

## CRIMES HEDIONDOS COMETIDOS ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.464/07 (HABEAS CORPUS 92.410)

Vivian Netto Machado Santarém<sup>1</sup>

A DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO impetrou ordem de *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de J.A.M., contra ato ilegal imputado ao Superior Tribunal de Justiça, sustentando a nulidade do processo de conhecimento que culminou na condenação do paciente, bem como ilegalidade na dosimetria da pena.

O Paciente foi denunciado pelo Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul pela prática do delito tipificado pelo artigo 213 c/c artigo 224, “a” e “b” c/c artigo 226, II, na forma do artigo 71, todos do Código Penal Brasileiro.

Durante a instrução processual foi confeccionado, por determinação do juízo monocrático, um laudo psiquiátrico para fins penais, prova utilizada posteriormente para fundamentar o decreto condenatório contra o paciente e considerada absolutamente nula pela defesa, eis que elaborada sem a observância dos procedimentos previstos pelos artigos 149 e seguintes, 159 e 160 do Código de Processo Penal – realizada apenas por um perito oficial – e em total afronta aos princípios constitucionais do devido processo legal, ampla defesa, contraditório e ao direito do réu a não auto-incriminação.

A defesa também questionou a dosimetria da pena imposta no caso concreto, tendo em vista que o magistrado considerou as circunstâncias da violência do cometimento do crime e da gravidez da vítima como conseqüências negativas do delito para majorar a pena-base.

No que tange à violência, a defesa alegou ser esta circunstância elementar dos crimes previstos pelos artigos 213 e 214 do Código Penal, ainda que presumida, não podendo incidir na dosimetria da pena sob pena de *bis in idem*.

Em relação ao agravamento da pena pela gravidez, argumentou-se que a paternidade do filho da vítima não restou comprovada através do correspondente e indispensável exame técnico-científico de DNA.

Por fim, a defesa argüiu a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90, para o fim de afastar o cumprimento da pena privativa de liberdade imposta em regime integralmente fechado, tendo como base a decisão plenária proferida pelo STF no dia 23/02/2006, quando do julgamento do HC n. 82.959/SP, e a Lei nº 11.464, de 29 de março de 2007, que autorizou a progressão aos apenados por crimes hediondos, por ser, nesse ponto, mais benéfica.

O STF não conheceu do *writ* no que se refere ao alegado vício da prova pericial que lastreou a condenação, sobre a ilegalidade na dosimetria da pena e sobre a possibilidade de progressão de regime prisional nos crimes hediondos, por entender que a de-

<sup>1</sup> Defensora Pública da União

cisão impugnada não se manifestou sobre essas questões e, portanto, se assim o fizesse a Corte Constitucional, configurar-se-ia a supressão de instância.

No entanto, em relação à possibilidade de progressão do regime prisional, foi concedida ordem de ofício, a fim de que o Juízo da Execução analise o pedido de progressão do réu, observado, quanto ao requisito temporal, o art. 112 da Lei de Execuções Penais.

Segundo a referida decisão, a declaração de inconstitucionalidade da redação original do artigo 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90, havida no julgamento proferido no HC nº 82.959/SP (Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 1º/9/06), impede seja ele tomado como parâmetro de comparação, ainda que no plano abstrato, com a Lei nº 11.464/07, quando se investiga se esta norma é mais benéfica ou mais gravosa ao réu.

Por esta razão, com relação aos crimes hediondos cometidos antes da vigência da Lei nº 11.464/07, a progressão deve observar o requisito temporal previsto pela norma mais benéfica, representada pelos artigos 33 do Código Penal e 112 da Lei de Execuções Penais (HC nº 91.631/SP, Primeira Turma, Relatora a Ministra Carmen Lúcia, julgado em 16/10/07).