

ELTON CARLOS REIS OLIVEIRA

**DOSIMETRIA DE PENA: Juízo de valor de sua aplicação no caso
Eliza Samúdio**

CURSO DE DIREITO – UNIVERSIDADE EVANGÉLICA DE GOIÁS

2022

ELTON CARLOS REIS OLIVEIRA

**DOSIMETRIA DE PENA: juízo de valor de sua aplicação no caso
Eliza Samúdio**

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Adriano Gouveia Lima.

ANÁPOLIS – 2022

ELTON CARLOS REIS OLIVEIRA

**DOSIMETRIA DE PENA: Juízo de valor de sua aplicação no caso
Eliza Samúdio**

Anápolis, 27 de junho de 2022

Banca Examinadora

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar o que é o processo de fixação de pena, quais suas premissas, como ocorre, e ainda, se foi justa a forma aplicada ao caso envolvendo a vítima Eliza Samúdio. O tema abordado gera muitas dúvidas à sociedade, porque, como se sabe, não se pode exigir que um cidadão leigo entenda como funciona o sistema penal brasileiro, e neste sentido, busca desmistificar e descaracterizar a complicação no que pertine a forma de condenação de pessoas autoras de crimes no Brasil. O caso a ser apreciado foi levado como repercussão pública tanto nacional quanto internacional, o que gerou sentimento de revolta em toda a população, dada a gravidade dos fatos. Entender como a Juíza competente pelo caso julgou e aplicou a pena ao Réu Bruno, fará com que possa ser melhor compreendida as peculiaridades dos fatos, o que estabelecerá sentimento de justiça, e via de consequência, afirmação da restauração da paz social trazida com a sentença condenatória proferida. É notório que o processo penal em toda sua forma é algo instigante, tanto pela sua parte técnica, quanto pelos efeitos que isso traz à vida de alguém. Neste ponto, faz saber-se que uma sentença penal não é algo simples ou desnecessário, mas sim, um meio pelo qual o Estado diz ao autor de um crime, e à sociedade, que para todo ato praticado, concretiza-se uma consequência, logo, não somos donos da razão única, e tampouco, somos livres de responsabilidades sociais e jurídicas. Logo, através da técnica de compilação de dados esta monografia traz os pontos mais polêmicos acerca do sobredito julgamento.

Palavras-chave: Pena; Direito Penal; Dosimetria de Pena; Justiça, Júri.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
CAPÍTULO I – DA PENA.....	02
1.1 Conceito e aspectos gerais.....	02
1.2 Princípios ligados à pena	04
1.2.1 Princípio da legalidade.....	04
1.2.2 Princípio da anterioridade.....	05
1.2.3 Princípio da humanização.....	06
1.2.4 Princípio da individualização da pena.....	06
1.2.5 Princípio da intransferência ou pessoalidade.....	06
1.3 Espécies de pena no Brasil.....	07
1.3.1 Penas privativas de liberdade.....	08
1.3.1.1 Reclusão e detenção.....	09
1.3.1.2 Prisão simples.....	11
1.3.2 Penas restritivas de direitos.....	11
1.3.2.1 Característica.....	12
1.3.2.2 Espécies.....	13
1.3.2.3 Requisitos.....	14
1.3.3 Multa.....	15
CAPÍTULO II – DA FIXAÇÃO DA PENA.....	18
2.1 Conceito e princípios inerentes à dosimetria de pena, e estrutura do sistema dosimétrico penal.....	18
2.2 Fases da dosimetria da pena.....	21
CAPÍTULO III – DA DOSIMETRIA DE PENA APLICADA NO CASO ELIZA	

SAMÚDIO.....	34
3.1 Elementos da sentença no caso Eliza Samúdio, e a primeira fase da dosimetria de pena aplicada.....	34
3.2 Análise da pena intermediária e da pena definitiva aplicada.....	40
3.3 A pena final: acerto ou desacerto da decisão.....	42
CONCLUSÃO.....	44
REFERÊNCIAS.....	46

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem como ideia central analisar e entender como ocorre a dosimetria de pena nos processos criminais brasileiros, e discutir a forma como foi aplicada ao caso Eliza Samúdio, tendo como Réu, Bruno Fernandes das Dores de Souza.

A metodologia aplicada neste trabalho é de cunho essencialmente bibliográfico, com a utilização da doutrina majoritária acerca do tema da dosimetria da pena, baseando-se na pesquisa de livros atualizados, jurisprudências recentes, inovações legislativas e artigos científicos. Assim sendo, para propiciar um melhor entendimento, pondera-se que, foi sistematizado de forma didática, em três partes.

O primeiro capítulo surge para definir a pena, seus conceitos, princípios, espécies, história e fases de evolução. Com isso, o momento em que será discutido à luz da doutrina a base teórica sobre a pena, preparando para momento posterior, quando da explanação acerca do processo dosimétrico.

O segundo capítulo busca analisar como ocorre essa dosimetria, e as fases de fixação da pena. Pode então o leitor compreender de qual forma acontece o sistema de divisão das fases de dosimetria, com as principais características, peculiaridades e requisitos para uma correta e adequada fixação de pena ao caso concreto.

O terceiro capítulo, após a análise devida sobre o que é a pena, bem como, como acontece o sistema condenatório brasileiro, pretende verificar se houve a aplicação justa da dosimetria de pena ao caso Eliza Samúdio. Com isso, ao final, estabelecer uma opinião crítica sobre o acerto ou desacerto da decisão.

CAPÍTULO I – DA PENA

O presente capítulo tem por objetivo definir a pena a partir da abordagem de aspectos gerais e seu conceito, bem como conhecer os principais princípios constitucionais que norteiam e limitam sua aplicação, e as espécies de pena consideradas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

1.1 Conceito e aspectos gerais

Partindo da ideia de que não há direito sem sanção, tem-se a coercitividade como principal característica da norma jurídica. Isso, na sistemática do Direito Penal, implica na necessária previsão de uma pena para determinada conduta indicada como crime. Assim, conforme determinação constitucional, os tipos incriminadores devem fixar a respectiva resposta punitiva em retribuição à sua violação (CARVALHO, 2020).

Derivada do latim, pena “é o vocábulo, no sentido técnico do Direito, empregado em acepção ampla e restrita” (SILVA, 2016, p. 1027). De modo geral a pena pode ser entendida como qualquer espécie de castigo ou aflição imposto à pessoa como retribuição por qualquer espécie de falta cometida.

Segundo Raizman (2019), para que a sanção seja caracterizada como pena, deve haver a imposição de dor ou sofrimento, tanto pelo efeito lesivo quanto pela consequência segregativa, bem como da exclusão social que promove ao condenado. O autor destaca, ainda, que a pena também incide de maneira aflitiva (vexatória) na vida do indivíduo de forma proporcional ao reconhecimento deste quanto a sua dignidade.

Em outras palavras, quanto maior o entendimento acerca de sua dignidade enquanto pessoa humana, menor será a aceitação ou tolerância ao efeito aflitivo da pena. Do contrário, quanto menor for o reconhecimento, maior será sua manifestação e aceitação social (RAIZMAN, 2019).

De forma técnica, Luz (2019), leciona que a pena consiste na punição legalmente imposta ao indivíduo causador de uma infração, seja penal, civil, administrativa ou fiscal, cujo objetivo é a reparação do dano ou a repressão do infrator. E partindo desse pensamento, para conceituar a pena no âmbito do Direito Penal é necessário compreender que, como reparação da falta cometida a pena se aplica de formas distintas no sentido civil e no penal.

No primeiro a pena equivale à imposição de prestação pecuniária ou multa devida pelo infrator ou devedor inadimplente, promovendo a reparação material ao particular. Já no segundo, há a reparação moral e social à coletividade por meio da imposição de castigo, em regra de natureza física, ao infrator (SILVA, 2016).

Podemos, ainda, vislumbrar a definição da pena em termos formais ou materiais, conforme a dinâmica do discurso. Assim, formalmente, “a pena é uma sanção que restringe a liberdade ambulatoria ou outros direitos determinados em lei” (RAIZMAN, 2019, p. 57). Diferentemente, em termos materiais a pena consiste na restrição aflitiva e segregativa de um direito, por imposição estatal ou cuja concretização está sob sua responsabilidade.

Para Sidou *et al.* (2016), a pena é a expiação ou castigo, previsto pela lei, que tem como objetivos reprimir e prevenir a prática de quaisquer atos ou omissão de fato considerados ilícitos que atentem contra a ordem social. Portanto, sua aplicação se dá no sentido de sanção imposta pelo Estado, ao autor de fato criminoso ou de contravenção, resultante da ação penal.

Então, tem-se que a norma penal é estruturada pela união dos preceitos primário (que descreve a conduta defesa) e secundário (que estabelece a punição), sem o qual restaria descaracterizada a lei penal, aproximando-se de preceitos éticos

e de normas morais, haja vista a indispensável previsão e aplicação da respectiva sanção (CARVALHO, 2020).

1.2 Princípios ligados à pena

Assim como ocorre com os demais ramos do direito, o direito penal tem por base fundamental, princípios que conduzem a normativa penal desde sua elaboração até sua aplicação de forma efetiva. Esses princípios estão expressos, principalmente, na Constituição Federal, podendo ser também vislumbrados nos textos infraconstitucionais, com destaque no Código Penal ou, ainda, através da interpretação do próprio sistema legal. Vejamos adiante alguns dos princípios basilares relacionados às penas.

1.2.1 Princípio da legalidade

As penas são rigorosamente regidas pelos princípios da legalidade e da anterioridade, estampados no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, também contemplados pela redação do artigo 1º, do Código Penal, que inadmite a existência de crime sem devida previsão legal anterior, bem como a aplicação de pena sem prévia cominação legal (BRASIL, 1940, 1988).

Como resultado da formalização dos direitos e garantias individuais e coletivos como princípios fundamentais, observa-se o fortalecimento dos princípios penais e processuais penais através da inserção de critérios limitadores dos agentes punitivos, a fim de garantir a tutela das liberdades individuais e a efetivação dos direitos humanos. Portanto:

A preocupação central na edificação de um modelo jurídico-penal de garantias [...] é a de delimitar estratégias normativas e dogmáticas idôneas para maximizar os direitos fundamentais, reduzindo o impacto (danos) provocado pela incidência do poder punitivo na sociedade. Neste sentido, o princípio da legalidade representa o primeiro e mais potente instrumento (ou a primeira garantia) de controle dos atos dos poderes punitivos (CARVALHO, 2020, p. 281).

Assim, o princípio da legalidade condiciona a lei como fonte exclusiva da norma penal sancionadora, o que também impede a aplicação de analogia da norma

penal. Logo, tal princípio constitui garantia de imprescindível valor para a preservação do que conhecemos por Estado de Direito, haja vista a inadmissibilidade de aplicação de pena sobre fato cujo a ilicitude não lhe tenha sido atribuída por meio de prévia determinação legal (BUENO; AMORIM, 2012).

Partindo dessa premissa, Fabretti e Smanio (2019, p. 116) asseveram que “o princípio da legalidade é uma exigência básica de todo e qualquer Estado Democrático de Direito, já que por razões de segurança jurídica a lei penal deve ser, antes de tudo, uma garantia para o cidadão”. Dessa forma, a reserva legal garante, tanto ao acusado quanto a sociedade, que ninguém será acusado ou condenado por fato desconhecido pela norma penal.

1.2.2 Princípio da anterioridade

Assim como o princípio da legalidade, o princípio da anterioridade está igualmente impresso nos artigos 1º, do Código Penal e 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, determinando que a lei penal que cominar a aplicação da pena deve ser anterior ao fato. Tal princípio consiste na imposição de que nenhuma pena criminal poderá ser aplicada a um fato sem que este tenha sido definido por lei como crime, antes de sua ocorrência (ROSSETTO, 2014).

O princípio da anterioridade deve ser entendido e aplicado de forma harmônica com o art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, que firma a garantia da irretroatividade da lei penal em prejuízo do agente, ou seja, a lei penal apenas terá efeito retroativo para beneficiar o réu (BRASIL, 1988). Desse modo, a anterioridade confere maior segurança e liberdade à sociedade ao vedar a retroatividade da lei penal através da exigência de prévia existência legal do fato.

Em suma, graças ao princípio da anterioridade é inadmissível que determinada lei seja criada e aprovada para punir o autor de fato pretérito, isto é, após a prática de fato considerado não-criminoso. Da mesma maneira que não se admite que a aplicação de novo aumento de pena incida sobre fatos já ocorridos (LENZA, 2020).

1.2.3 Princípio da humanização

Segundo o princípio da humanização das penas, inserido no artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal, são vedadas as penas cruéis, de morte, de trabalhos forçados, de banimento ou perpétuas (BRASIL, 1988).

Para Paschoal (2015), ao vedar tais penas, a Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio da humanidade das penas e reafirmou a dignidade da pessoa humana como princípio basilar da normativa do Estado Brasileiro. Assim, mesmo a punição aplicada pelo Estado deve ser observada e limitada, a fim de que não se torne arbitrária.

1.2.4 Princípio da individualização da pena

De acordo com o princípio da individualização da pena, previsto no art. 5ª, XLVI, da Constituição Federal, a lei deve regular a individualização da pena de acordo com a culpabilidade e os méritos pessoais do acusado (BRASIL, 1988). Disso, depreende-se que a pena ao ser definida deve estar vinculada ao fato concreto e ao agente que o tenha praticado.

Nas palavras de Raizman (2019, p. 108), “trata-se, pois, de concretizar a regra abstrata prevista como cominação penal a um caso hipoteticamente acontecido, em razão das suas circunstâncias factuais e processuais”. Nesse sentido, podemos afirmar que não há a ocorrência de fatos idênticos, muito menos autores, sendo este o motivo da pena não poder ser a mesma para dois ou mais fatos ou autores.

Certamente podem existir dois fatos iguais, considerando sua submissão ao mesmo tipo penal incriminador, contudo, não serão idênticos em suas minúcias e contexto. Do mesmo modo, podem os agentes dos dois fatos serem autores, mas terem agido por razões distintas (PASCHOAL, 2015).

1.2.5 Princípio da intransferência ou pessoalidade

Vislumbramos o princípio da intransferência da pena no texto do art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, quando assevera que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado” (BRASIL, 1988, *online*).

Logo, a resposta punitiva do Estado deve atingir tão somente a pessoa do agente infrator, de modo que seus efeitos não se estendam a terceiro, especificamente sua família ou pessoas próximas (RAIZMAN, 2019).

De fato, a pena não passará da pessoa do condenado, entretanto, a obrigação de reparação do dano e a decretação do perdimento de bens, nos termos da lei, podem ser estendidas aos sucessores, contra os quais poderão ser executadas até o limite do valor do patrimônio transferido (art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal) (BRASIL, 1988).

1.3 Espécies de pena no Brasil

No tocante às penas no ordenamento jurídico brasileiro, é possível desenvolver uma análise de maior abrangência se considerarmos a licitude ou ilicitude dos diferentes tipos à luz da Constituição Federal de 1988, uma vez que adotou a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos enquanto Estado Democrático de Direito, expresso em seu artigo 1º, inciso III (BRASIL, 1988).

Assim, tendo em vista que a sanção penal constitui a forma mais gravosa de intervenção do Estado na vida dos cidadãos, o legislador constituinte estabeleceu dispositivos de limitação ao poder de punir do Estado. A inexistência de tais limitadores sobre a aplicação da pena implicaria em grave afronta e incompatibilidade tanto com o Estado de Direito quanto com a própria Democracia (FABRETTI; SMANIO, 2019). Assim, entende-se que:

O tratamento desumano e degradante ao criminoso é antítese do que se espera de um Estado protetor da vida e dos direitos humanos fundamentais. Destarte, a pena não pode contrastar com a finalidade imposta ao Estado de zelar pela dignidade da pessoa humana, nem de ir de encontro à regra constitucional que assegura aos presos o respeito à sua integridade física e moral (art. 5º, XLIX) (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 110 *apud* FABRETTI; SMANIO, 2019, p. 352).

Dessa forma, são consideradas penas lícitas aquelas previstas e expressamente autorizadas por lei, seguindo os ditames do artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, bem como o disposto pelo Código Penal em seu artigo 32. Por outro lado, serão ilícitas as penas expressamente defesas em lei ou, ainda, de maneira implícita, quando diante da ausência de expressa autorização legal (RAIZMAN, 2019).

O Texto Constitucional elenca no artigo 5º, inciso XLVII, as penas proscritas do Estado Brasileiro, são elas: a pena de morte com exceção do caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, inciso XIX, da Constituição Federal; a pena de caráter perpétuo; a de trabalhos forçados; de banimento; e as penas cruéis (BRASIL, 1988).

As penas lícitas, por sua vez, de acordo com a Constituição Federal (art. 5º, XLVII), são aquelas que implicam a privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e a suspensão ou interdição de direitos (BRASIL, 1988). Ao regulamentar o tema, o legislador elencou as penas privativas de liberdade, as restritivas de direitos e a multa como espécies de penas lícitas dispostas no Código Penal, artigo 32 (BRASIL, 1940). Passemos, então, ao estudo dessas espécies apresentadas pelo Código Penal.

1.3.1 Penas privativas de liberdade

O Código Penal classifica as penas privativas de liberdade em penas de reclusão e detenção, que de modo geral consistem na restrição dos direitos do condenado de forma similar. Contudo, é essencial que estabeleçamos algumas diferenças quanto ao tratamento jurídico de ambas, tanto no plano processual quanto no penal, uma vez que a pena de reclusão é tratada com maior rigor quando comparada à pena de detenção (RAIZMAN, 2019).

Além das penas de detenção e de reclusão, Nucci (2021) aponta a chamada prisão simples como espécie das penas privativas de liberdade. Cabe

destacar que há um tratamento diferenciado para a pena de prisão simples, pois se aplica às contravenções penais.

Decerto, as penas privativas de liberdade representam a principal forma de sanção de natureza criminal, uma vez que atingem diretamente o direito de ir e vir do indivíduo através do encarceramento. Além disso, são disciplinadas por legislação específica, a Lei n. 7.210 de 1984, denominada Lei de Execução Penal (LEP), que dispõe acerca do cumprimento da pena e suas especificidades (BUENO; AMORIM, 2012; PASCHOAL, 2015).

Vejamos adiante as especificidades e diferenças entre as espécies das penas de prisão ou privativas de liberdade, como são denominadas pelo Código Penal.

1.3.1.1 Reclusão e detenção

A reclusão e a detenção são os dois tipos de penas privativas de liberdade apresentados pelo Código Penal brasileiro e sua aplicação é expressamente indicada (se reclusão ou detenção) nos respectivos tipos penais, antes mesmo do apontamento do quantum da pena cominada ao delito.

Do estudo do Código Penal é possível identificar algumas diferenças entre os tipos supracitados. Dessa maneira, a primeira diferença que podemos citar é referente ao regime inicial de cumprimento da pena (art. 33, *caput*), uma vez que na pena de reclusão o regime inicial pode ser fechado, semiaberto ou aberto conforme o caso, enquanto as penas de detenção só admitem o regime semiaberto ou aberto para início da execução (BRASIL, 1940).

Cabe destacar que, apesar dessa previsão de regimes mais brandos para a pena detenção, o art. 118 da Lei de Execução Penal traz a possibilidade de regressão para o regime fechado. Não obstante, a lei prevê a progressão para um regime menos rigoroso, observados os requisitos dispostos no art. 112 e seus incisos (BRASIL, 1984).

Destaque-se que tais disposições não serão aplicadas em determinadas situações, como é o caso dos crimes hediondos, regulamentados pela Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, recebendo tratamento excepcional quanto ao regime e progressão da pena, dente outros aspectos (BRASIL, 1990).

Prosseguindo no estudo acerca das espécies da pena privativa de liberdade, tem-se que em caso de aplicação cumulativa das penas (art. 69, *caput*, Código Penal) ou quando houver concurso de infrações de acordo com o art. 76, Código Penal, a pena de reclusão – mais gravosa – deve ser cumprida em primeiro lugar, ou seja, antes da pena de detenção (BRASIL, 1940).

Outra diferença apontada por Nucci (2021), consiste no fato de que a reclusão é destinada aos crimes mais gravosos, enquanto a detenção é prevista para os mais leves ou menos gravosos. Por essa razão, deve o legislador, ao instituir um novo tipo penal incriminador, indicar a gravidade do crime.

Quanto aos efeitos da condenação, a pena de reclusão pode resultar na incapacidade do condenado para o exercício do poder familiar, bem como da tutela ou curatela, em caso de crime doloso cometido contra quem seja igualmente titular do mesmo poder familiar (filho (a), outro descendente, o tutelado ou curatelado), nos termos do art. 92, inciso II, do Código Penal. A reclusão também acarretará a internação quando se tratar de agente inimputável, enquanto a detenção permitirá que o juiz o submeta ao regime de tratamento ambulatorial (art. 97, *caput*) (BRASIL, 1940).

Conforme dispõe o art. 2º, inciso III, da Lei nº 9.296, de 1996, a interceptação telefônica não será admitida nas hipóteses em que a pena cominada ao crime investigado for de detenção, aplicando-se apenas aos fatos cujas penas previstas sejam de reclusão (BRASIL, 1996).

Segundo Raizman (2019), em contextos atuais, na esfera processual, não há distinção de tratamento entre os crimes previstos com pena de reclusão e de detenção. Por essa razão, há quem entenda ser razoável a extinção da diferença entre as duas espécies, considerando que tais diferenças são mínimas e de pouca

utilidade prática, diante da precariedade do sistema prisional que, quase sempre, não atende às condições características de cada regime de forma progressiva (PACELLI; CALLEGARI, 2020; NUCCI, 2021a).

1.3.1.2 *Prisão simples*

Prisão simples é a pena privativa de liberdade aplicada às contravenções penais, podendo ser isolada, alternativa ou cumulativamente com a sanção pecuniária (multa), conforme determinação do art. 1º da Lei de Introdução do Código Penal (Decreto-Lei nº 3.914/1941) (BRASIL, 1941a).

De acordo com o art. 6º, *caput*, do Decreto-Lei nº 3.688/1941 (Lei das Contravenções Penais) a prisão simples deve ser cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento ou seção especial de prisão comum e em regime semiaberto ou aberto, sendo vedada a imposição ou regressão ao regime fechado (BRASIL, 1941).

O condenado deve ficar separado dos condenados com pena de reclusão ou detenção. Além disso, a pena de prisão simples não poderá, sob nenhuma hipótese, exceder a 5 anos e, o trabalho será facultativo ao condenado cuja pena aplicada não seja superior a 15 dias (BRASIL, 1941).

No contexto prático, considerando se tratar de infrações de menor potencialidade ofensiva para as quais são admitidas a transação penal e a suspensão condicional do processo, dificilmente o infrator será condenado ao cumprimento de prisão simples, salvo em caso de reincidência, pois são previstas diversas medidas despenalizadoras com o objetivo de evitá-la (LENZA; ESTEFAM; GONÇALVES, 2020).

1.3.2 Penas restritivas de direitos

Em 1984, com a reforma geral do Código Penal, surgem as penas restritivas de direito como uma alternativa para minimizar os efeitos negativos decorrentes da aplicação das penas privativas de liberdade de curta duração. As penas alternativas ou substitutivas, como são comumente denominadas pela

doutrina, são autônomas e não acessórias, razão pela qual é inadmissível sua cumulação com a pena privativa de liberdade (FABRETTI; SMANIO, 2019; PRADO, 2021).

Logo, não há, em regra, nos tipos penais direta previsão de pena privativa de direito, só podendo ser aplicadas em substituição da pena de prisão. Contudo, existem exceções em que as penas restritivas de direitos são previstas no preceito secundário dos tipos penais, como ocorre nos casos dos arts. 302 e 303, da Lei nº 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro), bem como no art. 28, da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas) (BRASIL, 1997; 2006; FABRETTI; SMANIO, 2019).

Bueno e Amorim (2012) esclarecem que, diante dos prejuízos resultantes do convívio carcerário e da “falência do sistema penitenciário”, o legislador buscou reduzir os impactos negativos da pena ao adotar o sistema de substituição. A aplicação da pena substitutiva passa por uma etapa preliminar na qual o juiz fixa o *quantum* da pena privativa de liberdade e, posteriormente, atendidos os requisitos exigidos, a converte em pena restritiva de direitos.

1.3.2.1 Característica

Como vimos anteriormente, as penas restritivas de direitos têm como uma de suas principais características a substitutividade (art. 44, *caput*, Código Penal), haja vista a imprevisibilidade direta como pena principal nos tipos penais, sendo, em regra, aplicada em substituição da pena privativa de liberdade (BRASIL, 1940).

Também vimos que a pena restritiva de direitos é autônoma em relação à privativa de liberdade (art. 44, *caput*, Código Penal), de modo que, havendo a substituição, aquela será suficiente como retribuição à prática do crime. Assim, cumprida a pena restritiva de direitos, extingue-se a pena restritiva de liberdade substituída (BRASIL, 1940; PRADO, 2021).

Outra característica, não menos importante, é a reversibilidade das penas restritivas de direitos, disposta no art. 44, §4º, do Código Penal. Ela pode ocorrer diante do descumprimento injustificado de determinadas condições impostas pela

substituição, resultando na sua revogação e na consequente aplicação da pena privativa de liberdade aplicada originalmente (BRASIL, 1940).

1.3.2.2 Espécies

Quanto as espécies, o artigo 43, do Código Penal dispõe em seus incisos que são penas restritivas de direitos: a prestação pecuniária, a perda de bens e valores, a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana (BRASIL, 1940).

Prado (2021) entende que a denominação “penas restritivas de direitos” compreende apenas a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas (art. 43, inciso IV, Código Penal) e as interdições temporárias de direitos elencadas no art. 47, incisos I, II e III, do Código Penal. Dessa forma, o autor considera que a limitação de fim de semana (art. 43, IV) e a proibição de frequentar determinados lugares (art. 47, IV) são penas restritivas de liberdade e a prestação pecuniária e a perda de bens e valores (art. 43, I e II) são penas patrimoniais.

De modo geral, a prestação pecuniária tem por objetivo a antecipação da reparação do dano causado à vítima. Ela consiste no pagamento em pecúnia, feito à vítima e seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de valor fixado pelo juiz, não inferior a 1 salário-mínimo e que não exceda a 360 salários-mínimos (NUCCI, 2021).

Já a perda de bens e valores, de acordo com o art. 45, § 3º, do Código Penal, se dá em favor do Fundo Penitenciário Nacional, cujo teto equivale ao montante do prejuízo causado ou do proveito obtido, pelo agente ou por terceiro, com a prática do delito. O perdimento deve recair sobre os bens e valores obtidos de forma lícita pelo condenado, não se confundindo com o confisco; art. 91, II, b, Código Penal (BRASIL, 1940).

Nos termos do art. 46, §§ 1º e 2º, do Código Penal, a prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas é a atribuição de tarefas gratuitas (não remuneradas) ao condenado, que devem ser cumpridas nas entidades assistenciais,

hospitais, orfanatos e outros estabelecimentos similares, em programas comunitários ou estatais (BRASIL, 1940).

A interdição temporária de direitos a autêntica pena restritiva de direitos, cujas proibições estão elencadas no art. 47, do Código Penal. Sua aplicação consiste em impedir o exercício de determinada função ou atividade por determinado período, em resposta à prática do crime relacionado à respectiva função ou atividade proibida (BRASIL, 1940; NUCCI, 2021).

Por fim, a limitação de fim de semana refere-se à obrigação do condenado de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em Casa do Albergado ou lugar adequado, com o objetivo de participar de cursos e palestras ou, ainda, desenvolver atividades educativas, conforme o art. 48, *caput* e parágrafo único, do Código Penal e art. 152, da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1940; 1984).

1.3.2.3 Requisitos

Para que se proceda a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos é necessário que sejam observados os requisitos enunciados no art. 44, incisos I a III, do Código Penal. Vejamos:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente (BRASIL, 1940, *online*).

De maneira didática, pode-se classificar os requisitos supracitados em objetivos e subjetivos. Os requisitos objetivos estão ligados à natureza do tipo penal quanto ao seu elemento subjetivo, ou seja, referem-se ao dolo ou culpa e à quantidade de pena privativa de liberdade aplicada (FABRETTI; SMANIO, 2019).

Com base nos requisitos objetivos, quando o crime doloso for cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, a substituição só será admitida se a pena privativa de liberdade não for superior a quatro anos (art. 44, primeira parte do inciso I, Código Penal). Quando se tratar de crime culposos será possível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, independentemente do *quantum* da pena aplicada (art. 44, segunda parte do inciso I e art. 54, Código Penal) (BRASIL, 1940; LENZA, 2020).

Atendidos os requisitos objetivos, passa-se à verificação dos requisitos subjetivos, referentes às condições pessoais do condenado, para então proceder a substituição (FABRETTI; SMANIO, 2019).

No plano subjetivo estão a não reincidência do réu em crime doloso como regra geral e as circunstâncias judiciais favoráveis, bem como os motivos e as circunstâncias que indiquem ser a substituição suficiente (RAIZMAN, 2019). Contudo, o §3º do art. 44 consiste na relativização da regra, permitindo que o reincidente em crime doloso diverso goze da substituição da pena, desde que a medida seja socialmente recomendável (BRASIL, 1940).

Preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos, o magistrado deve efetivar a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, por se tratar de direito público subjetivo do condenado. Caso o juiz decida não proceda a substituição, por entender não ser a substituição recomendável, deverá fundamentar sua decisão apontando os elementos subjetivos que o motivaram, sob pena de nulidade, nos termos do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal (BRASIL, 1988; PASCHOAL, 2015).

Cabe destacar que, por se tratar de uma medida alternativa à pena privativa de liberdade, não se admite a suspensão condicional da pena restritiva de direitos. Além disso, tanto a limitação de fim de semana quanto a prestação de serviços à comunidade são condições impostas ao primeiro ano de prova da suspensão condicional da pena (*sursis simples*) (BITENCOURT, 2021).

1.3.3 Multa

A pena de multa consiste no pagamento em dinheiro ao fundo penitenciário, cujo montante é fixado em sentença (art. 49, Código Penal) (BRASIL, 1940). De caráter patrimonial, a pena de multa pode ser cominada como pena principal isolada ou cumulada a outras penas, ou ainda substituir a pena privativa de liberdade, caso em que vigora a regra do art. 44, §2º (PASCHOAL, 2015).

O Código Penal adotou como parâmetro o sistema de dias-multa como unidade de referência. Em regra, sua fixação não deve ser inferior a 10 nem superior a 360 dias-multa, contudo, existem dispositivos que preveem limites diversos para a multa como ocorre no art. 244, do Código Penal que fixa os limites entre uma e dez vezes o maior salário-mínimo vigente (RAIZMAN, 2019; BRASIL, 1940).

Quanto ao valor do dia-multa, caberá ao juiz fixá-lo de modo que não seja inferior a um trigésimo do valor do maior salário-mínimo mensal vigente à época do fato, e que não exceda a cinco vezes esse salário (art. 49, §1º, Código Penal) (BRASIL, 1940). A quantidade de dias-multa está atrelada ao fato praticado pelo condenado, assim, para sua fixação, o juiz deverá avaliar, além do fato em si, as circunstâncias judiciais.

Para a atribuição do valor de cada dia-multa, o juiz considerará a situação econômica do condenado, de modo que não constitua prejuízo dos meios necessários à subsistência do acusado e de sua família, nem tão ínfima a ponto de não ser sentida pelo pagador (PASCHOAL, 2015). Por isso, a multa também poderá ser aumentada em até três vezes, caso o magistrado a considere ineficaz, diante da situação econômica do réu, ainda que aplicada no montante máximo (art. 60, §1º, Código Penal) (BRASIL, 1940).

Além disso, há que se considerar a atualização do valor da multa a ser feita por ocasião da execução, será atualizado conforme os índices de correção monetária, nos termos do art. 149, § 2º, do Código Penal (BRASIL, 1940). A atualização será feita por contador judicial e data a se considerar para efeito do cálculo será a do dia do cometimento do delito. Posteriormente, ouvido o Ministério

Público, o juiz homologará o valor e designará a notificação do condenado para que efetue o pagamento em até 10 dias (LENZA, 2020).

Ademais, o art. 50, *caput*, do Código Penal prevê a possibilidade de parcelamento da multa a pedido do condenado, a depender das circunstâncias do caso. Também é possível que a cobrança seja feita mediante desconto no salário do condenado nas situações elencadas no §1, alíneas *a*, *b* e *c*, do artigo supracitado, desde que não resulte em prejuízos a sua subsistência e de sua família. Finalmente, efetuado o pagamento, o magistrado declarará extinta a pena (BRASIL, 1040).

CAPÍTULO II – DA FIXAÇÃO DA PENA

O processo dosimétrico no Brasil, em estrita observância à legislação atual e ao entendimento doutrinário e jurisprudencial, obedece ao sistema trifásico de aplicação. Com isso, este capítulo possui como finalidade entender como ocorre o procedimento dosimétrico e, ainda, como é formada sua estrutura, focando especialmente no critério trifásico, o qual foi utilizado no Código Penal por sugestão do relator do anteprojeto, o então Ministro Nélson Hungria.

2.1 Conceito e princípios inerentes à dosimetria de pena, e estrutura do sistema dosimétrico penal

O conceito de dosimetria de pena demanda entendimento direto com a sua finalidade, sendo o exato momento em que o Estado em sua função social de intervenção nas relações entre as pessoas, cumpre o “*jus puniendi*”, tendo o instituto sido exposto pelo Professor Marques da seguinte forma:

O Estado pune e castiga porque houve uma conduta humana reprovável que atentou contra os valores primordiais e básicos da convivência social. As sanções extrapenais são insuficientes, em tal caso, para a reparação do mal praticado, e por isso, o Estado reage com mais energia e mais rigor, para impor ao delinquente (*sic*) a punição merecida (MARQUES, 1999, p. 139).

A dosimetria de pena é a ocasião em que o julgador expõe sua forma de avaliação do caso em concreto, impondo à pessoa transgressora do direito individual, uma sanção legal como forma de reparar o dano cometido e a violência praticada, ou seja, o julgador faz a dosagem da pena a ser imposta.

Conforme dito, o procedimento dosimétrico não existe de forma desamparada ou descabida. Assim, para que o julgador se utilize de sua função

deverá atentar-se aos princípios que regem o próprio ato da dosagem da pena, dentre eles, cito dois: proporcionalidade e individualidade.

Efetivamente, com a aplicação correta dos princípios, obtém-se a dosimetria de pena legal. Essa, é a tripartição do convencimento do julgador, dividida em três momentos que se traduzem por mensurar as circunstâncias judiciais, agravantes e atenuantes e, as hipóteses de aumento e diminuição da pena.

Partindo deste ponto, o juiz atenta-se à individualização da pena, princípio basilar exposto na Constituição Federal, art. 93, IX, restando como motivação ao procedimento trifásico com base no art. 59 e art. 68, do Código Penal. (BRASIL, 1940, 1988).

Não obstante a existência de outras correntes doutrinárias a respeito do sistema trifásico brasileiro, é certo que o Brasil é adepto, majoritariamente, às condições de tripartição. A respeito disso, o Professor Nucci esclarece que:

[...] como já ressaltado, prevaleceu o critério proposto por Hungria, aliás o mais detalhado para as partes conhecerem exatamente o que pensa o juiz no momento de aplicar a pena. Havendo a separação em três fases distintas, com a necessária fundamentação para cada uma delas, torna-se mais clara a fixação da sanção penal. É imperioso destacar que cada fase exige fundamentação [...] (NUCCI, 2016, p.477).

Trata-se de um direito do réu acompanhar todas as etapas da individualização de sua pena. A falta de motivação pode acarretar a nulidade da sentença ou, ainda, a redução da reprimenda ao mínimo possível.

Na terceira fase da fixação da pena, o juiz deverá valer-se das causas de aumento e diminuição, as quais são causas obrigatórias ou facultativas de aumento ou de diminuição da pena em quantidades previstas pelo próprio legislador, contudo não estabelecido o valor mínimo e o máximo para a pena. Denomina-se, ainda, como qualificadoras do delito.

Exemplos de causas legais genéricas, previstas na Parte Geral do Código Penal, encontram-se nos arts. 14, II, parágrafo único; 16; 21, parte final; 24, § 2.º;

26, parágrafo único, 28, § 2.º; 29, §§ 1.º e 2.º; 69, 70 e 71. Exemplos de causas legais específicas, previstas na Parte Especial do Código Penal: arts. 121, §§ 1.º e 4.º; 129, §§ 4.º, 7.º e 10; 155, § 1.º; 157, § 2.º; 158, § 1.º; 168, § 1.º; 171, § 1.º; 226 etc” (NUCCI, 2016).

Acerca do processo de individualização, cabe ressaltar que este processo possui etapas bem definidas, senão vejamos:

[...] o processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares [...] a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material (BRASIL, 2013, p. 31)

A premissa de individualização da pena, exatamente conforme a etimologia da palavra, busca fazer com que o magistrado se atente à medida da culpabilidade exercida pelo indivíduo, não podendo se valer de atitudes de agentes alheios ao ato.

Acerca da individualização da pena, leciona o grupo de professores da Escola de Magistratura do Rio de Janeiro, mediante análise da doutrina de Nucci, que:

O princípio da individualização da pena, pilar do Estado Democrático de Direito vigente e direito fundamental previsto no art. 5º, inc. XLVI da Constituição Federal, determina que a sanção penal aplicada seja um reflexo da análise, por parte do magistrado, de todos os elementos e circunstâncias presentes no caso concreto, de maneira que a pena imposta ao final esteja de acordo com a situação particular de cada réu (NUCCI, 2016, p. 37-38).

Afirma-se que a individualização da pena é formada por três fases. Em primeiro ponto, na fase de individualização legislativa, o legislador fará uma seleção dos bens jurídicos tutelados mais importantes, escolherá as condutas que, se praticadas contra esses bens, serão passíveis de punição e dosará a quantidade de

pena abstrata em mínima e máxima, limites que serão observados pelo juiz na próxima fase, conforme esse sistema de determinação (NUCCI, 2016).

Na fase de individualização judicial, caso haja a prática do delito e, concluindo o magistrado pela sua existência, procederá com a fixação da pena ao indivíduo observando os elementos do caso concreto. Enquanto, na fase de individualização executória, haverá a execução da pena, onde se deverá respeitar a classificação do condenado, o comportamento e benefícios a que fizer jus no cumprimento da sanção imposta (NUCCI, 2011).

Em linhas somáticas, o princípio de proporcionalidade da pena, possui relação técnico jurídica ao da individualização, fazendo com o que de forma individual na apreciação, seja aplicada uma pena proporcional ao caso. A exemplo, não se pode dizer que a mesma pena aplicada a um delito de furto simples, será cabida a um crime de roubo.

Fez-se valer o legislador de distintas elementares do tipo penal, cada uma com a finalidade social de preservar um bem jurídico diferente, de modo que no caso do furto tem-se o patrimônio e no roubo, a tutela jurisdicional da vida e do patrimônio.

2.2. Fases da dosimetria da pena

Na primeira etapa de aplicação da pena e no que se refere às circunstâncias de caráter judicial, as quais definem a pena inicial, o doutrinador Cunha afirma na análise do artigo 59 do Código Penal que:

[...] a primeira etapa de aplicação a sanção privativa de liberdade tem por finalidade fixar a pena-base, partindo do preceito secundário simples ou qualificado estampado no tipo incriminador, sobre o qual incidirão as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias judiciais e consequência do crime, bem como o comportamento da vítima (CUNHA, 2020, p. 507-508)

Observe-se que caberá, a critério do magistrado, mediante decisão fundamentada, elevar ou não o patamar da pena a ser aplicada.

Conforme a redação do art. 315, do Código de Processo Penal, com as inovações da Lei n° 13.964/19 (pacote anticrime), predispôs o legislador que “a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada” (BRASIL, 1941, *online*).

Da simples leitura do artigo da lei, de forma analógica, entende-se que sempre que o magistrado apreciar quaisquer das circunstâncias judiciais em sentido negativo, é obrigatório que a decisão seja acompanhada de fundamentos.

Para a fixação da pena-base, a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal expôs que:

[...] passa a importar apenas a identificação das circunstâncias neutras, não apreciadas pelo magistrado ou mesmo valoradas como favoráveis não repercutirão no quantum da pena-base, sendo, nestes termos, equivalentes. Aceitas essas premissas, imperioso reconhecer que circunstâncias judiciais favoráveis em nada favorecem o apenado, ao menos no que se refere à fixação da pena-base. (BRASIL, 2016, *online*).

Assimilada à dogmática dosimétrica, para apreciação das circunstâncias judiciais, a começar pela culpabilidade, Cunha (2020), diz que nada tem a ver com a culpabilidade, terceiro substrato do crime, tratando-se na verdade do maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta do agente.

Seguindo a linha de raciocínio do doutrinador, a referida circunstância judicial revela-se como uma majoração na reprovabilidade da conduta do agente, devendo atentar-se o magistrado para que não ocorra o *bis in idem*, considerando que o tipo penal criado pelo legislador já impôs ao agente a pena suficiente ao crime eventualmente praticado. Nesta ocasião, tão somente valorar-se-á o que mediante fundamentação revelou-se como exacerbado na conduta do agente para a prática do delito (CUNHA, 2020).

Acerca dos antecedentes do agente, Cunha (2020) leciona que deverá ser obedecido o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, em

Súmula editada de nº 444, sendo vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar-se a pena-base.

Neste momento, tão somente poderá ser dosada em sentido negativo a circunstância judicial, caso o agente possua em seu desfavor sentença penal condenatória já com trânsito em julgado. Quanto à conduta social do agente, refere-se ao comportamento do réu no seu ambiente familiar, de trabalho e na convivência com os outros (CUNHA, 2020).

Para a valoração prejudicial ao agente das circunstâncias judiciais, deverá restar claro ao juiz que aquele possui conduta diversa da esperada quanto a sua vivência em sociedade, mostrando-se como negativos seus preceitos e valores morais.

Ademais, acerca da personalidade do agente, esclarece Cunha (2020), que o Superior Tribunal de Justiça entende da seguinte forma:

A circunstância judicial referente à personalidade do agente não pode ser valorada de forma imprecisa ou objetivamente desamparada porquanto, através de considerações vagas e insuscetíveis de controle, a sua utilização acarretaria a ampla e inadequada incidência do Direito Penal do Autor (CUNHA, 2020, p.516).

Há quem defenda que a valoração dessa circunstância judicial não somente pode ser feita mediante estudo psíquico promovido por profissionais da área da saúde mental, como também, quando o juiz auferir, em seu critério, que na ação penal ficou evidente que o indivíduo possua configurado em seu caráter, elemento intrínseco da pessoa, uma tendência para qualquer conduta que desabone sua integralidade no mundo social. Sendo esse entendimento coadunado ao do Superior Tribunal de Justiça (CUNHA, 2020).

Tratando-se da particularidade dos motivos do crime, esta circunstância corresponde ao “porquê”, a qual razão levou o agente ao cometimento do crime, sendo certo que somente poderá ser dosada de forma negativa quando os motivos não integrarem o próprio tipo penal, o que já foi previsto pelo legislador quando da fixação da pena em abstrato (CUNHA, 2020).

Assim, equivale-se a uma forma de maior reprovação na razão em que levou o agente a praticar o crime. A circunstância do crime, segundo Cunha (2020):

Exige do Magistrado a análise da maior ou menor gravidade do crime espelhada pelo *modus operandi* do agente. São as condições de tempo e local em que ocorreu o crime, a relação do agente com a vítima, os instrumentos utilizados para a prática delituosa etc (CUNHA, 2020, p. 519).

Deve o julgador equivaler-se, sobretudo, ao objetivo do crime interligado ao momento e circunstância em que ocorreu. A exemplo, pode-se consignar o fato de um delito ser cometido no repouso noturno, quando, em tese, a segurança social estaria mais precária, trazendo o agente isso a seu favor para conseguir êxito na concretude do delito. Restando, portanto, tal circunstância judicial como desfavorável.

Reportando-se às consequências do crime, evidencia Cunha (2020, p. 519) que “São os efeitos decorrentes da infração penal, seus resultados, particularmente para a vítima, para sua família ou para a coletividade”. Não se tratando de algo relacionado necessariamente ao patrimônio, pois até mesmo os danos psicológicos graves já foram admitidos pelo julgador para aumento da pena-base.

Os Tribunais Superiores já se posicionaram por ocasião de diversos julgados, dentre eles, o HC 153.549/DF, HC 401.764/SP, AgRg no HC 463.788/SP, e outros. Arrima-se o entendimento doutrinário na jurisprudência pátria, sendo certo que as circunstâncias do crime deverão necessariamente serem evidentes para além daquilo previsto no tipo penal para a punição.

O legislador integrou como último caso, o comportamento da vítima, sendo o entendimento majoritário de que nessa circunstância judicial os efeitos são tão somente neutros ou favoráveis, nas situações evidentes em que a vítima se mantém inerte ou, outrossim, atua de forma a não prejudicar a forma que se deu o crime, sendo estritamente vedado o aumento em desfavor do agente, neste momento (CUNHA, 2020).

A toda esta análise individualizada dos reprovadores da conduta do agente no cometimento do delito, dá-se o nome de primeira fase dosimétrica, e a pena encontrada ao final pode ser definida como pena-base.

O magistrado deverá revestir-se de proporcionalidade, devendo extrair a porcentagem numérica entre a pena máxima e mínima prevista em lei ao crime imposto, de maneira proporcional a cada uma das circunstâncias, dosar o percentual correto e somar à análise obtida.

Cunha (2020) preleciona que a segunda fase dosimétrica tem por finalidade encontrar a pena intermediária, tendo como ponto de partida a pena-base, fixada na etapa anterior, fazendo incidir sobre ela as circunstâncias agravantes (arts. 61 e 62) e atenuantes (arts. 65 e 66) previstas na parte geral do Código Penal.

Chega-se o momento em que o responsável pela aplicação da pena legal deverá não mais observar as causas que reportam maior reprovabilidade na condenação do agente, mediante apreciação da circunstância em que se deu o crime, mas sim, atentar-se ao total previsto em lei, de forma objetiva, com valoração de agravantes e atenuantes do crime, subdividindo-se estas em caráter objetivo e subjetivo.

Em sentido genérico, as agravantes e atenuantes podem ser definidas, conforme supramencionado, em objetivas e subjetivas, não integrando a estrutura do tipo penal, mas se vinculando ao crime. Nos casos em que estiverem ausentes as agravantes e atenuantes, a pena intermediária apenas confirmará a pena-base aplicada na primeira fase (CUNHA, 2020).

Existe dentro da segunda fase da dosimetria, a preponderância no concurso de agravantes e atenuantes, o que na forma do artigo 67 do Código Penal nota-se que: 1º atenuantes da menoridade e da senilidade; 2º agravantes de reincidência; 3º atenuantes e agravantes subjetivas; e 4º atenuantes e agravantes objetivas. Nessa etapa, chega-se à conclusão exposta por Nucci:

Neste momento se dá atenção as agravantes e atenuantes, que como a própria designação aponta, pode alterar o quantum da pena, para maior ou menor. Tratando do montante a ser calculado apresenta se cada agravante ou atenuante deve ser equivalente a um sexto da pena-base (NUCCI, 2007, p. 209).

Passemos então à análise de ambas ocasiões de forma individual:

Agravantes, preleciona o art. 61, *caput*, do Código Penal, que “são circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime [...]” (BRASIL, 1941, *online*). Ressalte-se que é necessário evitar a dupla valoração em prejuízo do réu (*bis in idem*), quando o legislador proíbe a aplicação de agravante devido a circunstância já constituir elementar do crime ou sua qualificadora (CUNHA, 2020).

Em regra, as agravantes somente incidem na ocorrência dos crimes dolosos, excepcionado o caso de reincidência. Deverá haver perfeita relação entre o fato narrado na denúncia ou queixa, de modo que esse vínculo, imprescindível entre a imputação e a sentença, vem do princípio da correlação, da congruência ou da adstrição da condenação com a imputação (CUNHA, 2020).

O art. 385 do Código de Processo Penal afirma que “nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada” (BRASIL, 1941, *online*). É perfeitamente cabível a valoração de uma agravante pelo magistrado, ainda que não arguida nos autos a respeito de sua existência expressa.

Em observação especial a cada uma das causas que podem agravar a pena do agente, temos a reincidência, que conforme disciplina o art. 63 do Código Penal, “verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior” (BRASIL, 1940, *online*).

Cumpra salientar que a doutrina e a jurisprudência pátrias exigem a existência de dois requisitos, o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, bem como o cometimento de novo delito.

Incidirá no caso da reincidência o disposto quanto ao princípio da contemporaneidade, o que é claro no art. 64, inciso I do Código Penal a atenção de que “não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação” (BRASIL, 1940, *online*).

Em linhas de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese de que tão somente se aplica para os fins de reincidência o prazo quinquenal para sua eficácia. A reincidência não poderá ser valorada pela mesma condenação que se negativou os antecedentes criminais da primeira fase, ocorrendo *bis in idem*, cumprindo-se dizer que em caso de apenas uma sentença penal condenatória, esta deverá ser valorada por ocasião da segunda fase da dosimetria.

A respeito disso, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula de nº 241, estabelecendo que para efeitos de reincidência penal não poderá ser considerada como circunstância agravante e, em mesmo tempo, como circunstância judicial utilizando-se dos precedentes HC 9.219-SE (5ª T, 08.06.1999 – DJ 16.08.1999), REsp 95.479-AM (6ª T, 02.09.1997 – DJ 06.10.1997), REsp 160.171-RS (5ª T, 13.10.1998 – DJ 23.11.1998), RHC 3.947-SP (6ª T, 26.09.1994 – DJ 28.11.1994) (STJ, 2000).

Quanto as demais circunstâncias que poderão agravar a pena, temos o motivo fútil ou torpe (art. 61, II, “a”, do Código Penal), crime para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime (art. 61, II, “b”, do Código Penal), à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido (art. 61, II, “c”, do Código Penal), com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum (art. 61, II, “d”, do Código

Penal), contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; art. 61, II, “e”, do Código Penal (BRASIL, 1940).

Com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica (art. 61, II, “f”, do Código Penal), com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão (art. 61, II, “g”, do Código Penal), contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida (art. 61, II, “h”, do Código Penal), quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade (art. 61, II, “i”, do Código Penal), em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido (art. 61, II, “j”, do Código Penal), em estado de embriaguez preordenada; art. 61, II, “l”, do Código Penal (BRASIL, 1940).

Existem ainda as agravantes no caso de concurso de pessoas que se reporta ao artigo 29 do Código Penal, quais sejam:

Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que:
I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;
II - coage ou induz outrem à execução material do crime;
III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;
IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa” (BRASIL, 1941, *online*).

Incidem de modo a agravar a pena do agente por ocasião da segunda fase dosimétrica, havendo a imprescindibilidade de restarem comprovadas na ação penal, não bastando o julgador citar a configuração do dispositivo legal, mas estabelecer em quais condições que restaram traduzidas ao caso.

Também temos as hipóteses que poderão atenuar a pena do agente que comete o crime, as quais encontram-se elencadas nos artigos 65 e 66 do Código Penal. Sobre isso, tem-se que:

A regra também é a de que as atenuantes sempre atenuam a pena, por previsão expressa do art. 65, *caput*, do Código Penal. Porém, a doutrina alerta existirem (questionáveis) exceções:

1ª) Não incide a atenuante quando a circunstância já constitui ou privilegia o crime [...] configurando analogia *in malam partem*.

2ª) Por força de interpretação jurisprudencial, a pena intermediária não pode ficar aquém da sanção mínima cominada ao tipo penal [...]

3ª) Por fim, atento ao disposto no artigo 67 do Código Penal, constatado o concurso entre agravantes e atenuantes [...] não incidem estas quando aquelas forem preponderantes (CUNHA, 2020, p. 536-537).

Deixo para adentrar ao teor da Súmula nº 231, editada pelo Superior Tribunal de Justiça, para quando findar-se a análise da pena intermediária.

Sendo certo que, “[...] diferente das agravantes, as atenuantes incidem nos crimes dolosos, culposos e preterdolosos” (CUNHA, 2020, p. 537). Não reconhecer uma circunstância atenuante vai contra o princípio da legalidade, o que segundo afirma Ferrajoli (2009), deve o magistrado atentar-se não só a legalidade formal das leis, que é a relativa ao processo e à competência para sua edição, mas também a legalidade substancial delas, que diz respeito à sua filtragem constitucional.

Dispõe o artigo 65 do Código Penal que são circunstâncias que sempre atenuam a pena, senão vejamos:

São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;

II - o desconhecimento da lei;

III - ter o agente:

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou (BRASIL, 1940, *online*).

Segundo o art. 66 do mesmo código, “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei” (BRASIL, 1940, *online*). Incidindo objetivamente a

qualquer uma das atenuantes acima expressas, deverá o magistrado atenuar obrigatoriamente a pena do agente, atentando-se nos casos em que ocorrer o concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes.

No que diz respeito à quantidade que deverá ser agravada e/ ou atenuada, existe sustentação na doutrina quanto a limitação do aumento ou diminuição de 1/6 (um sexto) da pena-base aplicada, utilizando como limite para tal afirmação o mínimo de causa especial de aumento de pena. Isso vem prevalecendo em decisões do Supremo Tribunal Federal (HC 69392/SP, HC 69666/PR e HC 73.484-7/SP) (KUEHNE, 2000; BOSCHI 2013; BRASIL, 2016). Sobre a pena-base, agravará ou atenuará o percentual de 1/6 (um sexto), a cada uma das hipóteses, e o resultado final será necessariamente chamado de pena intermediária.

Referente à Súmula nº 231, do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 1999), dispõe-se que “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”, conforme precedentes REsp 7.287-PR (6ª T, 16.04.1991 – DJ 06.05.1991), REsp 15.691-PR (6ª T, 1º.12.1992 – DJ 03.05.1993), REsp 32.344-PR (6ª T, 06.04.1993 – DJ 17.05.1993), REsp 46.182-DF (5ª T, 04.05.1994 – DJ 16.05.1994), REsp 49.500-SP (5ª T, 29.06.1994 – DJ 15.08.1994), REsp 146.056-RS (5ª T, 07.10.1997 – DJ 10.11.1997).

Deverá o julgador obedecer ao parâmetro legal estabelecido pelo Superior Tribunal de Justiça, o que conclui dizer que a pena não poderá ser atenuada abaixo do mínimo legal, tampouco agravada acima do máximo previsto em lei.

Esses termos deverão ser obedecidos também na fixação da pena-base por ocasião da primeira fase da dosimetria, não podendo o juiz reputar como desfavorável as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, de maneira a impor uma pena acima do máximo previsto para o tipo penal.

Com relação à pena de multa, o entendimento doutrinário e jurisprudencial afirma que uma vez aumentada a pena-base acima do mínimo legal, a pena de multa deverá de forma proporcional ser também elevada, o que na

segunda fase da dosimetria se assemelha muito, sendo que caso atenuada ou agravada a pena, a multa deverá em equilíbrio ser alterada.

Schmitt (2014) destaca que também se aplica à dosimetria da pena de multa o entendimento consagrado na Súmula nº 231, do Superior Tribunal de Justiça, de modo que “a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal” (STJ, 1999), evidenciando que os limites mínimo e máximo estabelecidos em abstrato pelo legislador para as penas privativas de liberdade só podem ser ultrapassados na terceira fase da dosimetria, quando da aplicação das causas de diminuição e aumento.

Encerra-se deste modo a aplicação da segunda fase de dosimetria da pena, onde encontramos então a pena intermediária e, partindo dela, iniciam-se as ponderações e aplicações da terceira fase da dosimetria.

Cunha (2020) menciona que a última fase do cálculo da pena possui como fim estabelecer a reprimenda definitiva. Tendo como ponto de partida a pena intermediária da etapa anterior, incidindo sobre ela as causas de aumento e de diminuição de pena.

Nesse momento, na aplicação das causas de diminuição e de aumento, poderão haver várias operações, sendo que o cálculo se dará de forma sucessiva (BRASIL, 2016).

A primeira modificação incidirá sobre a quantidade de pena provisória, obtendo-se um novo quantitativo de pena, diminuída ou aumentada, aplicando-se da mesma forma as demais causas de diminuição ou causa de aumento, sucessivamente, até fazer incidir todas as causas de aumento ou diminuição presentes para o caso específico (excetuando-se a situação previsão do parágrafo único do art. 68) (BRASIL, 2016).

Nessa fase de fixação da sanção criminal, a pena final obtida pode resultar em valor inferior ao mínimo legal estabelecido para o crime, ou ainda, em quantitativo superior ao máximo legal também estabelecido (BRASIL, 2016).

Poderão também ser chamadas de majorantes e minorantes, localizadas na parte geral e também especial do Código Penal, e ainda, na legislação extravagante, sendo facilmente identificadas, pois estabelecem uma fração para o aumento ou diminuição, sendo ela fixa ou variável, conforme previsto em lei (CUNHA, 2020).

Vale destacar que não se pode de forma alguma confundir as causas de aumento e de diminuição de pena com as circunstâncias agravantes e atenuantes, de modo geral, preponderantemente pelo fato de que nesta ocasião da dosimetria, a pena poderá ficar abaixo do mínimo ou acima do máximo previsto em lei (CUNHA, 2020).

Neste sentido, existe o chamado princípio da incidência isolada, isto é, o segundo aumento sobrevém à pena precedente, não sobre a pena já aumentada. Em outras palavras, a exemplo, havendo uma pena intermediária de 5 anos, e duas causas de aumento de pena, sendo elas de $1/6$ e $1/3$, calcula-se separadamente $1/6$ de 5 anos, e $1/3$ de 5 anos, obtendo-se ao final com a soma isolada a pena definitiva, em caso de não haver causas de diminuição da pena. Isso, quando aplicadas as causas ensejadoras que estiverem previstas expressamente na parte geral do Código Penal (CUNHA, 2020).

Existe ainda a possibilidade de o juiz, considerar as causas de aumento ou diminuição previstas na parte especial ou em leis especiais, limitando-se a utilizar uma só causa de aumento e uma só causa de diminuição, prevalecendo a causa que mais aumente e aquela que mais diminua. Sendo que há então, causa de aumento na parte especial e causa de diminuição na parte especial, serão ambas aplicadas cumulativamente, e quando houver mais de uma causa de aumento e/ou mais de uma causa de diminuição, o magistrado condutor deve definir a causa de aumento e/ou a causa de diminuição que prevalecerá (BRASIL, 2016).

Diversas são as hipóteses de aumento e diminuição da pena, elencadas, conforme já definido outrora, por toda a parte geral e especial da legislação pátria.

Nesse sentido, finalizado o aumento e diminuição, quando houver, teremos então a pena definitiva, findando-se deste modo, o processo dosimétrico.

CAPÍTULO III – DA DOSIMETRIA DE PENA APLICADA NO CASO ELIZA SAMÚDIO

No presente capítulo, o qual adentra no mérito da dissertação, trataremos da análise da sentença do caso Eliza Samúdio, bem como, adentraremos especificamente na dosimetria da pena aplicada.

Sabemos que tal aspecto de pesquisa aborda elementos sensíveis, bem como, que demandam alta subjetividade do intérprete, porquanto, o tema dosimetria da pena comporta múltiplas indagações.

3.1 Elementos da sentença no caso Eliza Samúdio, e a primeira fase da dosimetria de pena aplicada

No relatório de sua sentença, a Juíza do caso, Presidenta da Sessão do Tribunal do Júri da comarca de Contagem, estado de Minas Gerais, realizou as seguintes considerações acerca do julgamento e logo no relatório da sentença realiza a história relevante do processo, sendo estas as palavras do julgado, literalmente:

Vistos, etc.

Bruno Fernandes das Dores de Souza e Dayanne Rodrigues do Carmo Souza, qualificados nos autos, foram regularmente processados nesta Comarca e, ao final, pronunciados como incurso, o primeiro nas sanções do art. 121, § 2º, incisos I, III e IV, art. 148, § 1º, IV, em relação à vítima Bruno Samúdio e art. 211, todos do Código Penal e a segunda, como incurso nas sanções do art. 148, § 1º, IV, em relação à vítima Bruno Samúdio. Nesta data foi realizado o julgamento pelo Tribunal do Júri, oportunidade em que os Senhores Jurados, ao votarem a primeira série de quesitos em relação ao réu Bruno Fernandes das Dores de Souza, no tocante ao crime de homicídio, por 04 (quatro) votos reconheceram a materialidade do fato e a autoria. Por 04 (quatro) votos a 01 (um) foi afastada a tese de participação de crime menos grave e negado o quesito absolutório. Por 04 (quatro) votos a 03(três) afastada a tese de

participação de menor importância. Por 04 (quatro) votos a 01(um) foi reconhecida a qualificadora do motivo torpe. Por 04 (quatro) votos foram reconhecidas as qualificadoras do emprego da asfixia e do recurso que dificultou a defesa da vítima. Proposta a segunda série de quesitos, ainda em relação ao réu Bruno Fernandes das Dores de Souza, quanto ao crime previsto no art.148, § 1º, IV, do CPB, contra a vítima Bruno Samúdio, por 04 (quatro) votos a 03 (três) reconheceram a materialidade do crime de sequestro. Por 04 (quatro) votos a 02 (dois), foi negado o quesito absolutório. Por 04 (quatro) votos foi reconhecida a qualificadora prevista no inciso IV, do § 1º, do art. 148 CPB. Na terceira e última série de quesitos, quanto ao crime de ocultação de cadáver, por 04 (quatro) votos reconheceram a materialidade. Por 04 (quatro) votos contra 01 (um) voto foi reconhecida a autoria, sendo por 04 (quatro) votos a 02 (dois) negado o quesito absolutório. Ao votarem os quesitos em relação à ré Dayanne Rodrigues do Carmo Souza, no tocante ao crime do art.148, § 1º, IV, do CP contra a vítima Bruno Samúdio, por 04 (quatro) votos reconheceram a materialidade. Por 04(quatro) votos contra 01 (um) voto foi reconhecida a autoria, sendo por 04(quatro) votos a 03 (três) foi afirmado o quesito absolutório. Assim exposto e considerando a vontade soberana do Júri, declaro o réu Bruno Fernandes das Dores de Souza incurso nas sanções do art. 121, § 2º, I, III e IV, art.148, § 1º, IV, e art. 211, todos do CPB. Absolvo a ré Dayanne Rodrigues do Carmo Souza do crime previsto no art. 148, § 1º, IV, do CP. Passo à dosimetria da pena. Réu Bruno Fernandes das Dores de Souza, pelos crimes do art. 121, 2º, I, III e IV, do CP e art. 148, § 1º, IV, do CP, art. 211 do CPB. (SENTENÇA, 2013, p. 1-2)

Utilizo-me tão somente da condenação do Réu Bruno Fernandes das Dores de Souza para estudo clínico da dosimetria aplicada.

Os jurados, quando passado para o momento de votação dos quesitos, após a solenidade dos demais atos ocorridos na Sessão de Julgamento do Tribunal do Júri, entenderam a maioria pelo reconhecimento da materialidade e autoria. Isto implica dizer que restou evidente a existência do crime, e ainda, que o autor do fato criminoso foi a pessoa de Bruno. (SENTENÇA, 2013)

A Defesa arguiu diversas teses em seu momento de fala, em nada sendo acatado pelos Senhores jurados, negando-se a suposta participação de crime menos grave, tampouco a absolvição do Réu Bruno. (SENTENÇA, 2013)

De igual modo, os jurados não reconheceram a participação de menor importância, concluindo-se pela qualificação do crime por motivo torpe, emprego de asfixia e recurso que dificultou a defesa da vítima. (SENTENÇA, 2013)

O Réu Bruno Fernandes ficou condenado pelo crime previsto no artigo 121, §2º, incisos I, III e IV do Código Penal, com uma pena de 17 (dezessete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, ou seja, pelo homicídio em desfavor da vítima Elisa Samúdio, com a presença de três qualificadoras. (SENTENÇA, 2013)

Condenado também pelo crime do artigo 148, §1º, inciso IV do Código Penal, sequestro e cárcere e privado, a uma pena de 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão. (SENTENÇA, 2013)

Outrossim, pela ocultação de cadáver, prevista no artigo 211 do Código Penal, a uma pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão. (SENTENÇA, 2013)

Restou aplicado ao caso o concurso material de crimes, conforme previsto no Código Penal, em seu artigo 69, somando-se as penas aplicadas, e tornando-se como definitiva a reprimenda de 22 (vinte e dois) anos e 3 (três) meses de reclusão. (SENTENÇA, 2013)

Para dosar a pena de todos os três crimes, a julgadora entendeu que na culpabilidade a reprovação dos delitos era intensa e altamente reprovável, desta forma, o deslinde da ação criminosa se deu de maneira elaborada, impiedosa, premeditada, e com a certeza da impunidade (SENTENÇA, 2013).

Verificou-se a existência de antecedentes criminais em desfavor do Réu, de modo a refletir na primeira fase da dosimetria, sem, contudo, configurar a reincidência. Pois, as condenações existentes não continham o trânsito em julgado, medida adotada por diversos doutrinadores, inclusive por alguns Tribunais de Justiça do País, de forma que, não obstante a ausência do trânsito em julgado, o agente por ocasião da dosimetria da pena, não pode na primeira fase ser considerado como neutro em seus antecedentes, visto que já foi condenado por crimes que tão somente aguardam-se o respectivo trânsito de eventual recurso interposto (SENTENÇA, 2013; CUNHA, 2020).

Seguindo o quanto preceituado pelo Superior Tribunal de Justiça, um agente que comete delitos por mais de uma vez não pode ser tratado pelo julgador como indivíduo primário, não caracterizando as condenações tão somente para efeitos da reincidência, devendo manter-se a valoração negativa na pena-base, tese esta, acatada pela Julgadora, inalterando-se em razão à proporcionalidade do outro delito gerador do antecedente desfavorável, qual seja, tráfico de drogas. (CUNHA, 2020; BRASIL, 2013)

Na hipótese da conduta social, atentou-se a julgadora para o envolvimento do Réu no mundo do tráfico de drogas, e na forma obscura no âmbito futebolístico, concluindo-se pela má conduta perante a sociedade, deixando de cumprir com sua função social esperada (SENTENÇA, 2013).

Na personalidade, o agente foi entendido como uma pessoa fria, violenta e dissimulada, mantendo um caráter subjetivo que foge dos padrões morais e éticos, dada sua subversão de valores (SENTENÇA, 2013).

Acerca dos motivos do crime, destacou que são inerentes ao tipo penal, já valorados por ocasião da sanção prevista pelo legislador, e sua valoração nesta etapa ocasionaria em dupla negatificação da conduta, hipótese que contraria os preceitos normativos penais atuais (SENTENÇA, 2013).

Pertinente as circunstâncias em que os crimes ocorreram, foi sopesada ao caso a forma como o Réu planejou o delito, com reserva do hotel, tudo ficando a encargo de Bruno, o transporte para levar a vítima até a mão dos executores, o lapso temporal até o desfecho do crime, e o desprezo ao ocultar o corpo da vítima (SENTENÇA, 2013).

As consequências que os crimes de homicídio e sequestro deixaram foram desfavoráveis, vez que a morte da vítima resultou em uma criança órfã e, inclusive, privou-a da companhia da mãe enquanto necessitava de seus cuidados integralmente em um dos dias que precedeu a consumação do delito. E, com relação a ocultação do cadáver, nada há ao caso para ser valorado, que ultrapassasse o tipo penal já punido (SENTENÇA, 2013).

O comportamento da vítima em nada corroborou para o cometimento dos delitos, de forma que não foi valorado na primeira fase para nenhum dos crimes (SENTENÇA, 2013).

Para o crime de homicídio qualificado, restou fixada a seguinte condenação na primeira fase dosimétrica:

(...) Com tal diagnóstico, na 1ª. fase, em relação ao crime do art. 121, 2º, I, III e IV, do CPB com preponderância das circunstâncias desfavoráveis e reconhecidas as qualificadoras do motivo torpe, do emprego de asfixia e recurso que dificultou a defesa da vítima, fixo a pena base em 20 (vinte) anos de reclusão. (SENTENÇA, 2013, p. 5)

Nas circunstâncias judiciais valoradas, denota-se que foram devidamente apreciadas de forma individual conforme preconiza a legislação vigente, devendo permanecer irretocável as ponderações ao caso. (CUNHA, 2020)

Observa-se que a Julgadora apreciou de forma devida todas as oito hipóteses previstas na Lei, fazendo-se as ressalvas, quando e, onde necessário.

Portanto, nota-se a correta aplicação da Lei na primeira fase dosimétrica do crime de homicídio. (NUCCI, 2021)

Considerando as seis circunstâncias judiciais desfavoráveis, quais sejam, culpabilidade, antecedentes criminais, conduta social, personalidade do agente, circunstâncias do crime e consequências, a pena-base foi fixada em 20 (vinte) anos de reclusão. (SENTENÇA, 2013)

Alinhando-me aos ditames aritméticos da dosimetria, evidencia-se que ocorreu um equívoco na aplicação da pena-base, quando não observada a proporcionalidade de valoração de cada circunstância judicial. (CUNHA, 2020; NUCCI, 2021)

O correto ao caso seria, a cada uma das circunstâncias elevar-se a pena em uma quantidade proporcional às oito existentes. (NUCCI, 2021)

Se a pena do crime qualificado vai de 12 (doze) anos a 30 (trinta) anos, a lacuna entre os patamares, sendo de 18 (dezoito) anos, deve ser dividida em oito partes idênticas e iguais, e quando assim não compactuado, deveria a ressalva ser feita pelo julgador, hipótese que não restou evidente na sentença. (CUNHA, 2020)

A pena-base correta a ser aplicada seria de 25 (vinte e cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, assim não o fazendo a Julgadora conforme preconizado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, concluindo-se que neste ponto, o seu julgado deve ser reformado, e conseqüentemente, toda a dosimetria seja ineficaz ao caso. (BRASIL, 2013)

Com relação ao crime de sequestro, houve a seguinte condenação “(...) No tocante ao crime do art. 148, § 1º, IV, do CP, já analisadas as circunstâncias judiciais, na sua maioria desfavoráveis, na 1ª. fase, fixo a pena base em 3 (três) anos de reclusão” (SENTENÇA, 2013, p. 6)

Foram valoradas negativamente ao agente as idênticas seis circunstâncias judiciais do homicídio e, de igual modo, embora a valoração deva permanecer irretocável, a pena-base foi aplicada de forma equivocada, qual seja, em 3 (três) anos, enquanto o correto seria 4 (quatro) anos e 3 (três) meses de reclusão. Não fazendo-se a julgadora da mesma proporcionalidade de elevação da pena conforme ocorrido no crime de homicídio, configurando erro idêntico, aplicando-se uma reprimenda menor do que o caso comporta. (CUNHA, 2020; LENZA, 2020)

No delito de ocultação de cadáver, a julgadora fixou da seguinte forma a pena-base: “No tocante ao crime do art. 211 do CP, já analisadas as circunstâncias judiciais, na sua maioria desfavoráveis, na 1ª. fase, fixo a pena base em 1 (um) ano e 06 meses de reclusão.” (SENTENÇA, 2013, p. 7).

Denota-se a este crime, a valoração negativa ao Réu das circunstâncias judiciais da culpabilidade, antecedentes criminais, conduta social, personalidade do agente, e circunstâncias do crime, ou seja, somente cinco das oito previstas no

Código Penal, tendo aplicado o total de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, enquanto o correto seria 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão. (BRASIL, 2013; NUCCI, 2021).

3.2 Análise da pena intermediária e da pena definitiva aplicada

Na segunda fase da dosimetria da pena, a julgadora entendeu que no crime de homicídio restou configurado que o Réu foi o mandante da execução, agravante prevista no artigo 62, inciso I do Código Penal. (SENTENÇA, 2013)

Na ocasião, foi agravada a pena tão somente em 6 (seis) meses, e atenuada em 3 (três) anos, dada a confissão do Réu. Vejamos a exposição da julgadora:

Na 2ª fase, registro que durante todo o processo o réu negou qualquer envolvimento no crime, inclusive por ocasião do seu interrogatório ocorrido na data de ontem. Naquele depoimento, prestou esclarecimentos, identificando o executor do homicídio. Hoje, o réu, pediu para ser novamente ouvido, oportunidade em que reconheceu que sabia que a vítima Elisa Samúdio iria morrer. Não quis mais responder às perguntas. Data vênia, mas essa lacônica confissão não merece a mesma redução concedida ao corréu Luiz Henrique Ferreira Romão, no julgamento passado como quer a defesa. Naquela ocasião consignei que a admissão do réu Luiz Henrique de que realmente tinha levado Elisa Samúdio para ser executada, ao afirmar que a levou ao encontro com a morte, colocou uma pá de cal na discussão criada desde o início pela defesa dos acusados que sempre afirmou que Elisa estava viva. Dessarte, dou à confissão do réu Bruno Fernandes hoje no Plenário valoração que permite a redução pela atenuante em 03 (três) anos, ficando, pois, fixada em 17 (dezesete) anos de reclusão. (SENTENÇA, 2013, p. 5 e 6)

A pena-base aplicada foi superior a 15 (quinze) anos, desta forma, para fins de aplicação da pena intermediária, não é crível dizer que haja proporcionalidade e coerência na reprimenda dosada. (CUNHA, 2020)

Revela-se medida extrema a correção da quantidade agravada e atenuada, devendo, ao mínimo, conforme entendimento do Doutrinador Rogério Sanches Cunha, haver uma agravação de 1/3 (um terço) da pena-base, e atenuação

de 1/6 (um sexto) passando-se a sanção intermediária para 28 (vinte e oito) anos e 4 (quatro) meses. (CUNHA, 2020)

Não há a compensação entre a agravante e a atenuante, visto que possuem naturezas diversas. (BRASIL, 2013)

No delito de sequestro, foi reconhecida a ausência de atenuantes e a presença da agravante do cometimento do crime em desfavor de descendente, agravando-se a pena somente em três meses. (SENTENÇA, 2013)

Evidente que passível de correção e reforma, uma vez que seguindo os mesmos critérios dosimétricos já estabelecidos, a pena haveria de ser agravada em, no mínimo, 8 (oito) meses e 15 (quinze) dias, ou seja, 1/6 (um sexto) da pena-base, passando a pena intermediária a 4 (quatro) anos, 11 (onze) meses e 15 (quinze) dias de reclusão. (NUCCI, 2021)

Não foram reconhecidas agravantes ou atenuantes acerca do crime de ocultação de cadáver, devendo, pois, a pena-base, converter-se em intermediária, qual seja, 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão. (SENTENÇA, 2013)

Na terceira fase da dosimetria de pena, em nenhum dos crimes restou configurada a presença de causas especiais de aumento ou diminuição da pena aplicada ao Réu Bruno, de modo que, a pena intermediária em todos os delitos, deverá transformar-se em definitiva. (SENTENÇA, 2013)

Portanto, restaria o Réu Bruno Fernandes das Dores de Souza condenado pelo crime de homicídio em 28 (vinte e nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, ao crime de sequestro em 4 (quatro) anos, 11 (onze) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, e ao crime de ocultação de cadáver em 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão. (SENTENÇA, 2013)

Amolda-se ao caso a ocorrência do concurso material de crimes, devendo, portanto, as penas serem somadas, o que imediatamente impõe ao Réu uma pena definitiva de 35 (trinta e cinco) anos, 6 (seis) meses e 15 (quinze) dias de

reclusão, diferente do quanto fixado pela julgadora, quando aplicada a pena definitiva em 22 (vinte e dois) anos e 3 (três) meses de reclusão. (SENTENÇA, 2013)

3.3 A pena final: acerto ou desacerto da decisão

Na sentença do caso, restou evidente o equívoco na aplicação da pena, quando da fixação errônea na reprimenda do Réu, pelo cometimento dos delitos que foram a ele imputados. (PACELLI, 2020)

Na primeira fase, evidencia-se o reconhecimento devido das circunstâncias judiciais, contudo, por ocasião da soma aritmética, observando-se a proporcionalidade exigida, a pena-base foi aplicada abaixo da quantidade devida ao caso em todos os delitos que foram, por Bruno praticados. (NUCCI, 2021; CUNHA, 2020; SENTENÇA, 2013)

Houve reconhecimento ideal e eficaz das circunstâncias judiciais conforme inteligência do artigo 59 do Código Penal. A julgadora do feito trouxe todos os aspectos peculiares do caso, e analisou uma a uma, cada situação em que se deram os crimes. (SENTENÇA, 2013)

No entanto, não ter observado a proporcionalidade por ocasião da soma aritmética, fez com que todo o processo de dosimetria fosse aplicado de forma diversa ao quanto necessário e estabelecido pelo legislador da norma, e entendimentos dos Tribunais Superiores, visto que a pena-base é a quantidade regulamentadora e norteadora para seguimento dos demais procedimentos da dosimetria. (SCHMITT, 2014)

Destaco, referente ao tema dosimétrico, o ensino e entendimento adotado por Antônio Magalhães Gomes Filho:

(...) tanto a falta de apresentação de qualquer justificação como a fundamentação incompleta, não dialética, contraditória, incongruente ou sem correspondência com o que consta dos autos, em relação à aplicação da pena, devem levar ao reconhecimento da nulidade da própria sentença condenatória, pois na verdade é a motivação desta que estará incompleta, na

medida em que um dos pontos sobre o qual deveria versar não ficou devidamente fundamentado. (GOMES FILHO, 2001, p.216/217)

Na sentença, afiguram-se presentes as fundamentações para reconhecimento negativo de cada uma das circunstâncias judiciais, inexistindo ausência de fundamentos por parte da julgadora, contudo, expressivo o cálculo aritmético equivocado. (SCHMITT, 2014)

A partir disso, nas demais fases dosimétricas, conseqüentemente haveria o estabelecimento de uma reprimenda inadequada e ineficaz. (SCHMITT, 2014)

Na segunda fase, ainda que a pena-base aplicada pela julgadora estivesse correta, o patamar agravado restou ínfimo, dada a quantidade de reprimenda aplicada na primeira etapa. (SCHMITT, 2014)

No caso, apesar de a doutrina indicar o percentual de 1/6 (um sexto) para atenuantes e agravantes, mesmo que não adotado o valor atribuído nos também entendimentos majoritários, o juízo agravou a pena em um patamar integralmente inexpressivo à quantidade estabelecida na primeira fase da dosimetria. (SCHMITT, 2014)

Conclui-se afirmar que no caso em que figurou como vítima a pessoa de Elisa Samúdio, e como Réu o ex-goleiro Bruno, não houve justiça na aplicação de sua pena, uma vez que fixada pela Juíza responsável do julgamento, em uma reprimenda 13 (treze) anos, 3 (três) meses e 14 (quatorze) dias, inferior ao quanto necessário e punível aos delitos por ele praticados. (SCHMITT, 2014)

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho foi dissertado acerca do sistema penal condenatório brasileiro, como ocorre, quais suas peculiaridades e necessidades. Ainda, suas fases, e se houve a correta aplicação da condenação de um caso concreto, qual seja, o do Réu Bruno ex-jogador de futebol, conhecido mundialmente.

O caso gerou muita repercussão nos dias à época, e até hoje, uma vez que crime envolveu mais de 8 pessoas, contando com meios executórios desumanos, e figurando Bruno na condição de mandante.

Todos os envolvidos permaneceram presos. Até que, nos dias de hoje, Bruno encontra-se sob liberdade.

A sociedade mantém um senso de justiça talvez de caráter perpétuo, fazendo com que somente se o autor do crime cumprir uma pena sem fim, é que lhe seria o justo.

Com isso, este trabalho monográfico demonstrou que até mesmo para se condenar alguém autor de crime no Brasil, é necessário seguir-se parâmetros legais e ainda, princípios de uma norma maior, a qual rege toda a estrutura da nossa legislação, a Constituição Federal.

Assim, além de desmistificar o processo condenatório brasileiro, esta monografia fez com que seja estabelecido o que realmente é justo em todas as linhas gerais e graus de necessidade. Até mesmo porque, se a sensação de justiça partisse de cada um de nós, havendo disparidade nas formas, uma vez que, o que é justo para um indivíduo, pode não ser para o outro.

Portanto, com fundamento na norma, esta, com natureza punitiva e de grande valia social, não somente condena, mas demonstra a sociedade uma série de valores.

A pena aplicada ao Réu restou ineficiente, uma vez que abaixo das condições legais, contudo, ainda que sua condenação tenha sido abaixo do devido, trouxe à sociedade uma resposta, qual seja, cada escolha ou atitude gera reações, e com estas, persegue-se as consequências, das quais jamais ninguém pode escapar.

Evidente, deste modo, a restauração da paz social e cumprimento da função social da condenação no caso apreciado.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral (arts. 1 a 120). 27. ed. v.1. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1940 [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1941 [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 20 fev. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941**. Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-1940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1941a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941**. Lei das Contravenções Penais. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1941b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1984 [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988 [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondo, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990 [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Código de Trânsito Brasileiro. Brasília. DF: Presidência da República, 1997 [2021]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503compilado.htm. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 231. A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. **Diário da Justiça**: seção 3, Brasília, DF, 22.09.1999, p.76, 15 out. 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 241. A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, como circunstância judicial. **Diário da Justiça**: seção 3, Brasília, DF, 23.08. 2000, p. 229, 15 set. 2000.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2006 [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal. **Roteiro de atuação**: dosimetria da pena. Brasília: MPF, 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/docs-cartilhas/roteiro-de-atuacao-dosimetria-da-pena>. Acesso em: 05 mar. 2022.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BUENO, P. A. T. A. C.; AMORIM, J. R. N. (coord.). **Direito penal**: parte geral. Barueri, SP: Editora Manole, 2012.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Coletânea temática de jurisprudência**: direito penal e processual penal [recurso Eletrônico]. Brasília: Secretaria de Documentação, Supremo Tribunal Federal, 2013.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral (arts. 1º ao 120). 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2019.

FERRAJOLI apud GRECO, Rogério, **Curso de direito penal: parte geral**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2001, p.216/217.

KUEHNE, Maurício. **Teoria e Prática da Aplicação da pena**. Curitiba: Juruá, 2000.

LENZA, Pedro (coord.); ESTEFRAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LUZ, Valdemar P. da. **Dicionário jurídico**. 4. ed. Barueri, SP: Manole, 2021.

MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal. V. 3. Campinas: Millennium, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021a.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do código penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021b.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Barueri, SP: Manole, 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: volume único. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

RAIZMAN, Daniel. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SANCTIS, Fausto Martin de. **Direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014.

SENTENÇA, **Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais**, disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-bruno-elisa-samudio.pdf>. Acesso em: 16 abril, 2022.

SHECAIRA, Sérgio Salmão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena**: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: RT, 2002.

SIDOU, J. M. *et al.* (org.). **Dicionário jurídico**: academia brasileira de letras jurídicas. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória: teoria e prática**. Salvador: JusPodivm, 2014.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.