



**DEFENSORIA PÚBLICA  
DO ESTADO DO AMAZONAS**

17ª DEFENSORIA PÚBLICA FORENSE CRIMINAL DE 1º GRAU

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DO TRIBUNAL DO JÚRI DA COMARCA DE MANAUS-AM**

**Processo nº 0042274-61.2000.8.04.0011**

**Interessado:** E. B. de A.

**Advogado natural:** Excelentíssimo dr. *Marcelo Oliveira Lopes* (procuração - p. 225)

DEFENSORIA PÚBLICA DO AMAZONAS, órgão essencial e autônomo do Sistema de Justiça (art. 134, CRFB/1988), por seu defensor público signatário, dotado das respectivas prerrogativas processuais defensoriais – dentre as quais a contagem dobrada de *todos* os prazos (art. 128, I, LC n. 80/1994<sup>1</sup>), *no seu interesse institucional* e em “*favor defensionis*” à parte indicada em epígrafe, vem perante a presença de Vossa Excelência, respeitosamente, apresentar MANIFESTAÇÃO INSTITUCIONAL, por força da intimação de Vossa Excelência (p. 275-277), nos seguintes termos:

## I – DOS FATOS

O acusado fora denunciado por homicídio tentado (**Art. 121, caput, c/c art. 14, II, CPB**), praticado contra a vítima G. da S. M., fato ocorrido em 5/5/2001, por volta das 3:00 h, no Bairro Jorge Teixeira IV, nesta cidade. A **denúncia** foi recebida em 5/11/2001 (fl. 02). **Sentença de Pronúncia** em 23/11/2015, conforme fls. 241-246.

Diante de tal quadro fático, Vossa Excelência concedeu “vista à Defensoria Pública na condição de *custos vulnerabilis* do Sistema Constitucional de Justiça para apresentação de sua manifestação defensorial para firmar democraticamente sua posição na formação dos precedentes” (p. 275-277).

É o relato, no essencial. Segue a manifestação defensorial.

<sup>1</sup> **LC 80/1994, Art. 128.** São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Estado, dentre outras que a lei local estabelecer: **I** – receber, inclusive quando necessário, mediante entrega dos autos com vista, **intimação pessoal** em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa, contando-se-lhes em **dobro todos os prazos**;



**DEFENSORIA PÚBLICA  
DO ESTADO DO AMAZONAS**

**17ª DEFENSORIA PÚBLICA FORENSE CRIMINAL DE 1º GRAU**

**2. SOBRE A LEGITIMIDADE DA MANIFESTAÇÃO INSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA ENQUANTO “CUSTOS VULNERABILIS”**

Após determinação oficiosa de Vossa Excelência, a Defensoria Pública apresenta a presente manifestação na qualidade de **órgão complementar defensivo e interveniente *custos vulnerabilis***, em harmonia com a doutrina de **LUIGI FERRAJOLI**<sup>2</sup> já acolhida, por este e. TJ-AM (Vide as Revisões Criminais n. 4001836-59.2017.8.04.0000 e n. 4002158-79.2017.8.04.0000) no Processo Penal e, aplicável subsidiariamente (CPP, art. 3º), no Processo Civil por **CÁSSIO SCARPINELLA BUENO**<sup>3</sup> e em berço constitucional, por **JOSÉ EMÍLIO MEDAUAR OMMATI**<sup>4</sup>.

Deve-se esclarecer que a atuação defensorial como **órgão de execução penal (LEP, art. 61, VIII<sup>5</sup>)**, se estende também aos **presos provisórios (LEP, art. 2º, p.u.<sup>6</sup>)** e aos **potencialmente** afetados por mandamento prisional – mormente em razão de que todo acusado é vulnerável frente ao Poder Punitivo Estatal<sup>7</sup>, reforçando a legitimidade para a presente intervenção enquanto *custos vulnerabilis* (LC n. 80/1994, art. 4º, XI<sup>8</sup>).

<sup>2</sup> Ferrajoli afirma que o defensor público “(...) não só deveria substituir o defensor de confiança, como deveria sustentá-lo como órgão complementar, (...). Dotado dos mesmos poderes da acusação pública sobre a Polícia Judiciária e habilitado à coleta de contraprovas.” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 537, g.n.).

<sup>3</sup> “Com base nessa **missão institucional**, é correto aplaudir e desenvolver o entendimento de que a Defensoria Pública deve atuar, em processos jurisdicionais individuais e coletivos, na qualidade de *custos vulnerabilis* para promover a **tutela jurisdicional adequada** dos interesses que lhes são confiados, desde o modelo constitucional, similarmente ao Ministério Público quanto ao exercício da função de *custos legis*”. (BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 226).

<sup>4</sup> “A Defensoria Pública atua (...) um Estado Defensor. Essa ideia vem sendo finalmente recepcionada pelos tribunais brasileiros que começam a falar da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis*. Nesse sentido, recente decisão do Tribunal de Justiça do Amazonas”. (OMMATI, José Emílio Meaduar. **Uma teoria dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p.150).

<sup>5</sup> LEP, “Art. 61. São órgãos da execução penal: (...) VIII - a Defensoria Pública”.

<sup>6</sup> LEP, Art. 2º (...) **Parágrafo único**. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao **preso provisório** e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.

<sup>7</sup> Ditou **ADA PELLEGRINI GRINOVER** que o “**acusado está sempre numa posição de vulnerabilidade frente à acusação**”. (Ada Pellegrini Grinover em Parecer apresentado na ADI n. 3943, no STF)

<sup>8</sup> **LC n. 90/1994, “Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: (...) XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado;”**



**DEFENSORIA PÚBLICA  
DO ESTADO DO AMAZONAS**

**17ª DEFENSORIA PÚBLICA FORENSE CRIMINAL DE 1º GRAU**

Ademais, a partir da responsabilidade defensorial na formação de precedentes penais em favor dos vulneráveis (CPC, art. 977 c/c CPP, art. 3º), ressalta-se que a formação de precedentes em favor de tais categorias representará **eficiência e eficácia** na atuação defensorial, além de potencial **economia** de recursos judiciais.

**3. UM PRELÚDIO: DO INTERESSE PÚBLICO E SOCIAL NA SUPERAÇÃO OU DISTINÇÃO DO ENUNCIADO SUMULAR N. 438 DO STJ**

De antemão, é preciso registrar que todo **gasto de recurso público ineficiente e ineficaz**, constatado de antemão, é contrário aos interesses públicos e sociais na **eficiência da administração gerencial do Poder Judiciário**, desviando recursos de atividades potencialmente benéficas à sociedade – **o enunciado sumular n. 438 do STJ, porém, ofende tais valores racionais e republicanos.**

**3.1 DA NECESSÁRIA SUPERAÇÃO DO ENUNCIADO A PARTIR DA CRISE ECONÔMICA E ESCASSEZ DE RECURSOS PÚBLICOS (OU COMO EVITAR DISPÊNDIO INÚTIL DE RECURSO PÚBLICO DA SOCIEDADE)**

Inicialmente, cumpre esclarecer que a **crise econômica do Estado Brasileiro** é **FATO NOTÓRIO** e, por isso, dispensa prova de sua existência.

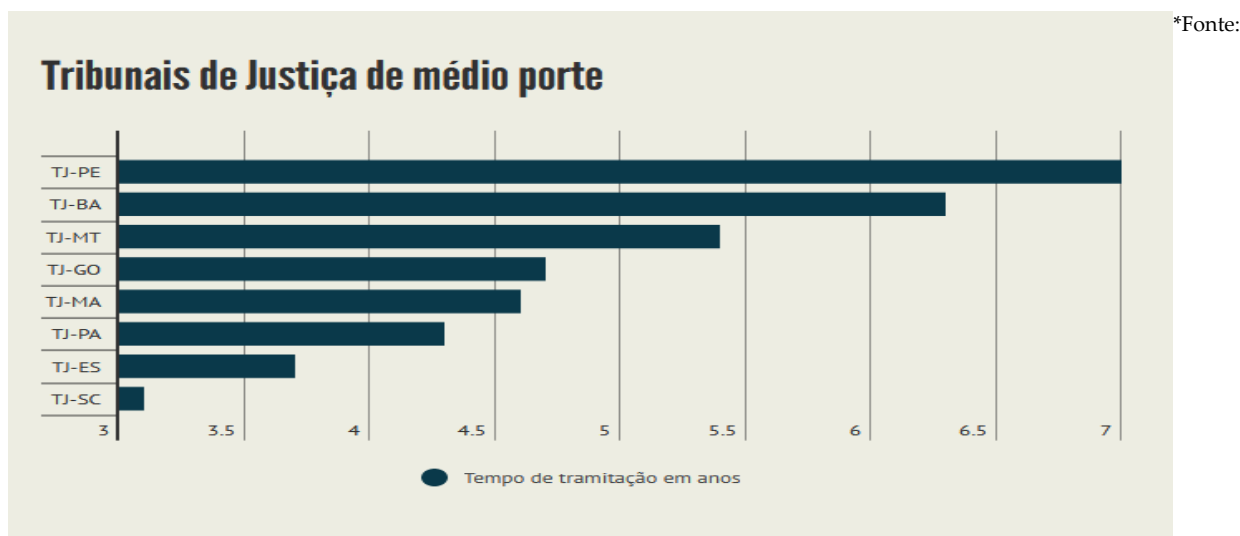
Dito isso é preciso se voltar os olhos à **análise econômica do direito (Law and Economics)** para se visualizar o **custo do Processo Penal** – principalmente no caso do **procedimento do Júri**, o qual tem **custo maior** que os demais, em razão das duas fases e por força da necessidade de composição de conselho de sentença – e seus custos peculiares, tais como compra de refeições aos jurados etc.



**DEFENSORIA PÚBLICA  
DO ESTADO DO AMAZONAS**

**17ª DEFENSORIA PÚBLICA FORENSE CRIMINAL DE 1º GRAU**

Nesse cenário, convém, ilustrativamente, registrar dados de estudo realizado pelo CNJ (2016) e divulgado pela Revista Exame sobre o **tempo médio** de tramitação de um processo em primeira instância:



<<http://exame.abril.com.br/brasil/quanto-tempo-a-justica-do-brasil-leva-para-julgar-um-processo/>>

No contexto de (de)mora na prestação jurisdicional, há evidente **onerosidade ao Estado** – e via de consequência à **Sociedade**, o que se torna ainda mais preocupante se se analisar o **custo médio** do **processo** no Amazonas:

TJ-AM - Custo médio do processo	
2010	R\$ 2.151,45
2011	R\$ 2.415,32
2012	R\$ 1.829,56
2013	R\$ 1.658,36

\*Fonte: <<https://jota.info/justica/que-tribunal-gasta-mais-dinheiro-para-julgar-um-processo-30062015>>

Em um cenário dramático de escassez de recursos públicos, deve-se considerar a **prescrição em perspectiva** uma **possibilidade normativa implícita** do sistema penal é obediente ao princípio da **economia processual** (CRFB/1988, art. 5º, LXXXVIII) e **eficiência judiciária** (CRFB/1988, art. 37, *caput*) para racionalizar os gastos e recursos públicos no Poder Judiciário – uma **administração gerencial** e realista.



**DEFENSORIA PÚBLICA  
DO ESTADO DO AMAZONAS**

**17ª DEFENSORIA PÚBLICA FORENSE CRIMINAL DE 1º GRAU**

Assim sendo, deve-se levar em conta a **superveniência da crise na conjuntura econômica brasileira**, a recomendar a **análise concreta** de cada caso de possível **prescrição virtual** ou em perspectiva, para fins de eficiência processual e economia de recursos públicos – motivo pelo qual o enunciado sumular n.º 438 do STJ deve ser **superado**.

Ademais, a **tramitação de processos inócuos** ao fim a que se destinariam, como no caso concreto, é **prejudicial** não só **acusado**, como também à **sociedade** que terá odioso dispêndio ineficaz de recursos públicos, intolerável em tempos de escassez econômica. Ademais, a eventual atividade ineficaz retirará recursos (temporais, materiais e humanos) para processos que poderiam ainda render resultado social útil.

No quadro descrito de superveniente **escassez de recursos públicos**, o enunciado n. 438 do STJ deve ceder espaço à **racionalização responsável** da prescrição virtual enquanto mecanismo de **mitigar prejuízos sociais na tramitação de processos inócuos**, conforme fora aceito outrora na jurisprudência pátria:

“De todo razoável a DECISÃO que, face à improbabilidade de virem os réus, em caso de eventual condenação, auferir pena em patamar superior ao mínimo legal, reconhece a prescrição antecipada ou virtual, pela pena em perspectiva, **uma vez que não haveria utilidade prática alguma para se prosseguir com o andamento do feito, quando já se sabe, de antemão, que ao final, seria inevitável a decretação da extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição retroativa**”. (TJRO, Câmara Criminal, ReSE 100.501.2004.002725-8, rel. Desembargador Valter de Oliveira, j. 30/4/2008, g.n.).

**“De nenhum efeito a persecução penal, com dispêndio de tempo e desgaste do prestígio da Justiça Pública, se, considerando-se a pena em perspectiva, diante das circunstâncias do caso concreto, se antevê o reconhecimento da prescrição retroativa na eventualidade de futura condenação. Falta, na hipótese, o interesse teleológico de agir, a justificar a concessão *ex officio* de *habeas corpus* para trancar a ação penal”.** (TACrimSP, RT 669/314).



**DEFENSORIA PÚBLICA  
DO ESTADO DO AMAZONAS**

**17ª DEFENSORIA PÚBLICA FORENSE CRIMINAL DE 1º GRAU**

Com efeito, há de se reconhecer dever judicial de mitigar os prejuízos sociais no caso vertente (*duty to mitigate the loss*), superando o nefasto entendimento sumulado.

Outrossim, é de conhecimento geral que a prescrição possui três fundamentos, quais sejam:

- a) os **custos processuais** um “peso morto” acarretando desperdício inócuo de serviço público
- b) a **pacificação social** por meio da correção do processado por via da passagem temporal;
- c) o **decurso temporal**, lastreada no **direito ao esquecimento**;

Dessa forma, a prescrição virtual ou antecipada protegerá não só o réu face à inércia ou lentidão estatal em promover a ação penal eficientemente, como também resguardará a sociedade do dispêndio inútil de recursos públicos.

Por fim, tendo em vista a **notória crise econômico-financeira** no Brasil, a necessidade de **eficiência** (CRFB/88, art. 37, *caput*) na **gestão judiciária** e o direito à **razoável duração do processo** (CRFB/88, art. 5º, LXXVIII), não há sentido para continuar a movimentar a máquina estatal desnecessariamente, evitando-se o trâmite de processos fadados ao insucesso.

**3.2 DA POSSIBILIDADE DA DISTINÇÃO (*DISTINGUISHING*) NO CASO CONCRETO À LUZ DO STF: SOBRE A PRESCRIÇÃO DOSIMÉTRICA COM BASE LIMITE PENAL OBJETIVAMENTE POSSÍVEL**

Por argumentar, caso não se acolha a tese da superação do enunciado sumular n. 438 do e. STJ, entende-se que, ao menos, deve-se ***distinguir*** sua respectiva *ratio decidendi* e afastá-la no caso concreto.



DEFENSORIA PÚBLICA  
DO ESTADO DO AMAZONAS

17ª DEFENSORIA PÚBLICA FORENSE CRIMINAL DE 1º GRAU

No Direito Penal Brasileiro existem diversas formas de prescrição: (1) **prescrição da pretensão punitiva**; (2) **prescrição intercorrente** da pretensão punitiva; (3) **Prescrição retroativa** da pretensão punitiva; (4) a polêmica **prescrição virtual**; (5) **Prescrição dosimétrica com base no limite penal objetivamente possível** – sendo essa última extraída do **STF na AP 379 QO**, julgado no qual essa modalidade é claramente **distinguida**<sup>9</sup> da prescrição antecipada ou virtual. Assim sendo, esta última seria uma modalidade que exige **rigor dosimétrico concreto** por ocasião de sua avaliação para encontrar o limite possível.

Trata-se, portanto, de **distinguir** este caso (**prescrição dosimétrica** com base no limite penal possível) da típica **prescrição virtual** do enunciado sumular n.º 438 do STJ, enunciado que deve ter sua “**ratio decidendi**” **não** aplicada no caso concreto, em razão da notória ineficiência do processo penal para apuração do fato narrado na inicial – conforme demonstrado nas linhas seguintes.

### 3.3. DA PRESCRIÇÃO NO CASO CONCRETO

Compulsando os autos, verifica-se que o fato praticado pelo acusado enquadra-se, em tese, no art. 121, *caput*, c/c **art. 14, II**, ambos do Código Penal.

<sup>9</sup>“I. Prescrição retroativa: **possibilidade do seu reconhecimento antes da prolação da sentença, quando, como no caso, impossível a majoração da pena**, pois se está considerando a pena máxima cominada em abstrato ao fato descrito na denúncia. II. **Situação diversa** do reconhecimento da tese já repelida pelo Tribunal da **prescrição antecipada da pena em perspectiva**, que, quando da condenação, poderá ser maior do que se conjecturava: precedentes. III. Crime continuado de omissão de recolhimento de contribuição previdenciária: declaração da extinção da punibilidade do fato objeto da denúncia pela prescrição da pretensão punitiva, considerada a pena máxima cominada, com a redução decorrente de já ter o acusado, hoje, mais de setenta anos, tendo em vista que transcorridos mais de 6 anos entre a data em que cessou a continuidade criminosa (setembro de 1995) e o recebimento da denúncia (5 de agosto de 2004) (C. Penal, arts. 107, IV; 109, III; 110; e 115; L. 8.212/91, art. 95, § 1º).” (STF, AP 379 QO, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, j. 3/5/2006).



**DEFENSORIA PÚBLICA  
DO ESTADO DO AMAZONAS**

**17ª DEFENSORIA PÚBLICA FORENSE CRIMINAL DE 1º GRAU**

A pena cominada ao ilícito em questão, segundo inteligência dos próprios artigos, é a de 6 (seis) anos a 20 (vinte) anos de reclusão. Como no caso do homicídio simples a pena máxima é de 20 anos, prescreve-se em 20 anos a teor do art. 109, I do CP.

Entretanto, o réu possui bons antecedentes, é primário e não foi denunciado por nenhuma causa de aumento de pena, determinando que o mesmo não seja condenado a mais que 6 (seis) anos, que é a pena mínima prevista pelo cometimento do delito do art. 121, *caput*, do CPB – além de ter direito ainda à **redução máxima por tentativa** (CPB, art. 14, II e p.u.<sup>10</sup>), face a todos os elementos serem favoráveis, podendo implicar na redução de pena para 2 (dois) anos, quando a prescrição ocorreria em 8 anos (CPB, art. 109, IV).

Desse modo, entre a data do recebimento da denúncia ([5/11/2001](#), p. 2) até a prolação da sentença de pronúncia ([23/11/2015](#), p. 246) verifica-se que transcorreu um lapso temporal de mais de **12 (doze) anos** (art. 109, III, CP).

Portanto, entende-se pela possibilidade de reconhecimento da prescrição a partir do **limite penal objetivamente possível no caso concreto**, seja superando o enunciado sumular n. 438 do STJ ou aplicando a *distinção* decorrente do julgado proferido pelo STF na **AP 379 (QO)**.

Embora o acusado também tenha o direito a uma sentença de mérito, nosso sistema processual penal, inspirado no princípio da **economia processual** e na **racionalidade na gestão dos recursos judiciais**, determina o reconhecimento de causa extintiva da punibilidade quando ocorrer, tais como a prescrição por inutilidade de eventual provimento jurisdicional condenatório quando aplicado dentro do limite legalmente possível para o caso concreto.

<sup>10</sup> CPB, Art. 14 (...) Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a **dois terços**.





DEFENSORIA PÚBLICA  
DO ESTADO DO AMAZONAS

17ª DEFENSORIA PÚBLICA FORENSE CRIMINAL DE 1º GRAU

#### IV. DA MANIFESTAÇÃO FINAL

Pelo exposto, a **Defensoria Pública do Amazonas**, na condição de *custos vulnerabilis*, manifesta-se:

(1) Preferencialmente, pela **superação** (*overruling*) do enunciado sumular n. 438 do e. STJ, a partir da superveniência da crise dos recursos públicos no Brasil e da análise econômica do processo penal, decretando-se a prescrição em perspectiva neste caso;

(2) Subsidiariamente, pela **distinção** (*distinguishing*) quanto ao enunciado sumular n. 438 do STJ, nos termos do entendimento prelecionado no STF (**AP 379-QO**), decretando-se a prescrição dosimétrica com lastro no limite penal objetivamente aferível no caso concreto.

**É a manifestação defensorial de *custos vulnerabilis***

Manaus-AM, 6 de maio de 2018.

**Maurilio Casas Maia**  
Defensor Público