



João Daniel Jacobina
Edil Muniz Junior
Danilo Sady
Eliel Marins

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da 15^a
Vara Crime da Capital,

Aguirre Peixoto, devidamente qualificado nos autos da
ação penal nº. 0053399-43.2011.805.0001, por
intermédio de seus advogados, vem, perante Vossa
Excelência, opor Embargos de Declaração, em face das
escusáveis *omissões* identificadas na r. sentença de
fls. 556/561, pelos motivos que se seguem.

Antes de expor os fundamentos dos presentes
Aclaratórios, o Embargante registra os seguintes fatos
relevantes, à exceção de um deles, representativos do
grave cerceamento do direito de defesa que sofreu
durante o trâmite desta ação penal:

- i) *Indeferimento da oitiva do Sr. André Uzeda simplesmente porque, estando no gozo de férias, a testemunha não foi localizada no local de trabalho, em que pese manifestação da própria Acusação pela concessão de prazo à Defesa para indicar seu endereço residencial (fl. 447);*
- ii) *Ausência de deliberação do Juízo sobre a informação, certificada à fl. 487, de que a carta precatória expedida para a oitiva da testemunha Patrícia Britto teria retornado com certidão negativa, não obstante provocação do Embargante às fls. 523/527;*
- iii) *Supressão da fase procedimental prevista no art. 402 do CPP¹. Não foi oportunizado às partes requererem diligências ao final da instrução;*
- iv) *Inexistência de apreciação do pedido subsidiário, visando devolução do prazo para alegações finais, formulado pelo Embargante na petição de fls. 523/527;*
- v) *Nomeação de Defensor Dativo sem que houvesse inércia do defensor constituído e sem intimar pessoalmente o Embargante para constituir novo advogado, decisão manifestamente ilegal por contrariar sedimentada jurisprudência do STJ²;*

¹Art. 402. Produzidas as provas, ao final da audiência, o Ministério Público, o querelante e o assistente e, a seguir, o acusado poderão requerer diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução.

²PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. ALEGAÇÕES FINAIS. APRESENTAÇÃO. AUSÊNCIA. DEFENSOR CONSTITUÍDO DEVIDAMENTE INTIMADO. NOMEAÇÃO DIRETA DE DEFENSOR AD HOC. IMPOSSIBILIDADE. INTIMAÇÃO PRÉVIA DO RÉU PARA CONSTITUIÇÃO DE NOVO ADVOGADO. NECESSIDADE. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. NULIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. "Em respeito às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, esta Corte Superior de Justiça tem decidido que, verificada a

- vi) Ausência de apreciação do pedido de reconsideração da decisão que nomeou Advogado Dativo, formulado pelo Embargante às fls. 547/554;*
- vii) Inexistência de publicação, no DPJ, dos despachos prolatados à fl. 538 e fl. 555;*
- viii) Despacho determinando a remessa dos autos para o Ministério Público proferido em 31 de outubro de 2016 (fl. 555). Remessa e retorno, com manifestação, na mesma data (fl. 555-v), prolatando-se, ainda no dia 31, a sentença embargada (fls. 556/561).*

1. Primeira Omissão.

Por meio da petição de *fls. 523/527*, o Embargante apontou a ausência de deliberação deste Juízo acerca da certidão de *fl. 487*, especialmente no que tange ao registro de que a carta precatória expedida para a oitiva da testemunha *Patrícia Britto* teria retornado com certidão negativa.

inércia do profissional constituído, configura cerceamento de defesa a nomeação direta de defensor dativo sem que antes seja dada oportunidade ao acusado constituir novo advogado de sua confiança” (HC n.º 291.118/RR, Rel. Min. JORGE MUSSI, Quinta Turma, Dje 14/8/2014). 2. [...]. (RHC 40.749/AM, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 23/02/2016)



João Daniel Jacobina
Edil Muniz Junior
Danilo Sady
Eliel Marins

Apesar da provocação do Querelado, nem o despacho de *fl. 538* nem a r. sentença embargada manifestaram-se sobre o tema.

Observe-se que este Juízo simplesmente silenciou-se, pois, além de não ter oportunizado manifestação pelo Embargante, a fim de que, se fosse o caso, indicasse novo endereço onde a testemunha pudesse ser localizada, também não indeferiu de forma expressa a oitiva da testemunha.

Em razão do dever de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF), não se pode admitir indeferimento tácito de oitiva de testemunhas, retirando da parte o direito de conhecer as razões pela quais o Magistrado decidiu não viabilizar a produção da prova.

Omissa, portanto, a r. sentença embargada por não ter deliberado sobre a oitiva da testemunha *Patrícia Brito*, cujo documento de *fl. 487* informa que a carta precatória expedida para tal fim retornou com certidão negativa.



João Daniel Jacobina
Edil Muniz Junior
Danilo Sady
Eliel Marins

2. *Segunda Omissão.*

Na petição de *fls. 523/527*, o Embargante noticiou a supressão, do rito procedimental desta ação penal, *da fase de diligências*, prevista no art. 402 do CPP.

No despacho de *fl. 538*, talvez por equívoco, *data venia*, consignou-se que o Embargante teria pleiteado a devolução do prazo para requerimento de diligências.

Apesar de a Defesa ter esclarecido que não pleiteou devolução do prazo (*fls. 547/554*), essa informação voltou a ser registrada nos autos, desta feita na r. sentença embargada (fl. 557).

Partindo da premissa de que a devolução do prazo pressupõe o seu prévio escoamento, forçoso indicar omissão na r. sentença ao deixar de esclarecer onde estaria nos autos o despacho intimando o Embargante para requerer diligências ao final da instrução.



João Daniel Jacobina
Edil Muniz Junior
Danilo Sady
Eliel Marins

3. *Terceira Omissão.*

Mediante petição de *fls. 523/527*, o Embargante requereu que, *na hipótese de indeferimento do pedido para intimação das partes visando requererem diligências*, fosse devolvido o prazo para apresentação das alegações finais.

Sem dedicar uma linha sequer ao pedido, mediante despacho de fl. 538 - *não veiculado do DPJ* -, Vossa Excelência nomeou Defensor Dativo para apresentar alegações finais.

Não se pode admitir, *data venia*, que o Poder Judiciário faça *vistas grossas* aos requerimentos defensivos, como se eles não existissem nos autos.

O pleito formulado à *fl. 526* seria *questão prejudicial* à própria sentença, daí porque ela não poderia ter sido proferida diante da pendência de exame do requerimento defensivo, daí porque, em face de mais esse motivo, aponta-se *omissão* no Julgado.



João Daniel Jacobina
Edil Muniz Junior
Danilo Sady
Eliel Marins

4. *Quarta Omissão.*

Examinando os últimos atos processuais praticados antes da sentença, a impressão que se tem é que o Embargante teria sido afastado da relação processual.

Diz isso porque os requerimentos que formulou simplesmente foram desconsiderados, como se nos autos não tivessem aportados.

Às 547/554, o Embargante peticionou argumentando que o Egrégio STJ possui farta jurisprudência assentado que a nomeação de *Defensor Dativo* somente tem cabimento quando, evidenciada a inércia do Advogado constituindo, intimado pessoalmente, o réu não constitui novo causídico.

PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. **ALEGAÇÕES FINAIS**. APRESENTAÇÃO. **AUSÊNCIA**. DEFENSOR CONSTITUÍDO DEVIDAMENTE INTIMADO. **NOMEAÇÃO DIRETA DE DEFENSOR AD HOC**. **IMPOSSIBILIDADE**. INTIMAÇÃO PRÉVIA DO RÉU PARA CONSTITUIÇÃO DE NOVO ADVOGADO. NECESSIDADE. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. NULIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. "Em respeito às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, esta Corte Superior de Justiça tem decidido que, verificada

a inércia do profissional constituído, configura cerceamento de defesa a nomeação direta de defensor dativo sem que antes seja dada oportunidade ao acusado constituir novo advogado de sua confiança” (HC n.º 291.118/RR, Rel. Min. JORGE MUSSI, Quinta Turma, Dje 14/8/2014).

2. No caso, o advogado constituído do recorrente foi intimado para apresentação das alegações finais, quedando-se inerte, tendo o Magistrado, em seguida, procedido diretamente à nomeação de defensor ad hoc para a sua realização sem, contudo, intimar previamente o réu a fim de ser-lhe deferida oportunidade de exercer o seu direito de nomear outro patrono, configurando-se, assim, o cerceamento de defesa.

3. Recurso em habeas corpus provido para declarar a nulidade do processo criminal desde a nomeação do defensor dativo para a apresentação das alegações finais.

(RHC 40.749/AM, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 23/02/2016)

* * *

[...]. ESTUPRO (ARTIGO 213, COMBINADO COM O ARTIGO 224, ALÍNEA “A”, DO CÓDIGO PENAL). INÉRCIA DO ADVOGADO CONSTITUÍDO EM OFERECER ALEGAÇÕES FINAIS. ENCAMINHAMENTO DOS AUTOS À DEFENSORIA PÚBLICA SEM A ANTERIOR INTIMAÇÃO DO ACUSADO PARA NOMEAR OUTRO CAUSÍDICO DE SUA CONFIANÇA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Em respeito às garantias constitucionais ao contraditório e à ampla defesa, esta Corte

Superior de Justiça tem decidido que, verificada a inércia do profissional constituído, configura cerceamento de defesa a nomeação direta de defensor dativo sem que antes seja dada oportunidade ao acusado constituir novo advogado de sua confiança. 2. [...].

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para anular a Ação Penal n. 010.05.109546-0 desde a fase de alegações finais, determinando-se que o Juízo da 4ª Vara Criminal da comarca de Boa Vista/RR intime o paciente para que indique advogado de sua confiança para patrociná-lo no feito, sob pena de, não o fazendo, lhe ser nomeado defensor dativo, nos termos do artigo 263 do Código de Processo Penal, expedindo-se alvará de soltura em seu favor, salvo se por outro motivo estiver preso.

(HC 291.118/RR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 14/08/2014)

* * *

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. EXTORSÃO. INÉRCIA DA DEFESA PARA APRESENTAR CONTRARRAZÕES. RÉU NÃO LOCALIZADO NO ENDEREÇO DOS AUTOS. FALTA DE INTIMAÇÃO POR EDITAL PARA CONSTITUIR NOVO ADVOGADO ANTES DA NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. NULIDADE. OCORRÊNCIA. RÉU CITADO PESSOALMENTE NO LOCAL. FALTA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DA DEFENSORA DATIVA DA SESSÃO DE JULGAMENTO. PREJUÍZO CONCRETO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Constatada a inércia do advogado constituído, o réu deve ser intimado para indicar novo patrono de sua confiança antes de proceder-se à nomeação

da Defensoria Pública ou de defensor dativo para o exercício do contraditório.

2. [...].

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para anular o processo desde a nomeação de defensora dativa ao paciente e para determinar o novo julgamento da apelação, com a prévia intimação do advogado de sua livre escolha para oferecer contrarrazões ao recurso do Ministério Público.

(HC 321.219/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 29/10/2015)

Com base em tais precedentes, o Embargante pleiteou a reconsideração da decisão que nomeou o advogado dativo, a fim de que seus advogados regularmente constituídos fossem intimados para apresentar *alegações finais* (fl. 547/554).

Infelizmente, mais uma vez, *data venia*, este Juízo silenciou-se, não tendo havido nenhuma consideração a esse respeito na r. sentença embargada, motivo pelo qual a decisão apresenta omissão.



João Daniel Jacobina
Edil Muniz Junior
Danilo Sady
Eliel Marins

5. *Quinta Omissão.*

Consoante AURY LOPES JR³, “[...] o *contraditório* é, *essencialmente, o direito de ser informado e de participar no processo. É o conhecimento completo da acusação, o direito de saber o que que está ocorrendo no processo, de ser comunicado de todos os atos processuais⁴”*.

Na espécie, não houve publicação, no Diário, dos despachos proferidos por Vossa Excelência às *fls. 538 e 555*, o que evidencia ausência de comunicação, ao Querelado, dos atos processuais praticados no feito.

A prolação da sentença pressupõe à comunicação dos atos processuais anteriores às partes da relação processual, até para que, se fosse o caso, elas pudessem se insurgir.

Omissa, destarte, a sentença embargada ao desconsiderar a ausência de comunicação, ao Embargante, dos despachos de *fls. 538 e 555*.

³ JUNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 242.

⁴ Sem grifos no original.



João Daniel Jacobina
Edil Muniz Junior
Danilo Sady
Eliel Marins

6. *Sexta Omissão.*

A r. sentença fixou o valor de 05 (cinco) salários mínimos como forma de remuneração para o advogado dativo, o fazendo com fundamento no art. 22 da Lei nº. 8.906/94, cujo § 1º possui a seguinte redação:

“ § 1º O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado” .

A r. sentença embargada, todavia, deixou de consignar que os honorários do advogado dativo seriam pagos pelo Estado, razão pela qual omissa neste particular.



João Daniel Jacobina
Edil Muniz Junior
Danilo Sady
Eliel Marins

7. *Dos Pedidos.*

Ante o exposto, requer sejam conhecidos e providos os presentes Aclaratórios para que, suprimindo as *omissões* ora suscitadas, este Juízo:

- i) Delibere sobre a prova testemunhal pendente nos autos, notadamente sobre a não realização da oitiva da testemunha Patrícia Britto;*
- ii) Esclareça onde estaria nos autos despacho intimando o Embargante para requerer diligências ao final da instrução;*
- iii) Manifeste-se sobre o pedido de devolução do prazo para apresentação das alegações finais, formulado às fls. 523/527;*
- iv) Examine o pedido de reconsideração formulado as fls. 547/554;*
- v) Consigne, expressamente, que o valor dos honorários estipulados para o advogado dativo será pago pelo Estado.*

Nestes termos,

Pede deferimento.

Salvador, 03 de novembro de 2016.

João Daniel Jacobina
OAB nº. 22.113/BA

Edil Muniz Junior
OAB 32.751/BA