

23/09/2014

PRIMEIRA TURMA

**HABEAS CORPUS 111.535 SÃO PAULO**

**RELATOR** : **MIN. ROBERTO BARROSO**  
**PACTE.(S)** : MARIA DA GLÓRIA NAVARRO  
**IMPTE.(S)** : MARIA CLAUDIA DE SEIXAS E OUTRO(A/S)  
**COATOR(A/S)(ES)** : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DO RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. SONEGAÇÃO FISCAL. INDEFERIMENTO DE SUBSTITUIÇÃO DE TESTEMUNHA NÃO LOCALIZADA E DE PERÍCIA MÉDICA. DECISÃO FUNDAMENTADA. 1. A jurisprudência do STF consolidou o entendimento de que “a nulidade no direito penal não prescinde da demonstração do efetivo prejuízo para a defesa, consoante dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal, o que importa dizer que a desobediência às formalidades estabelecidas na legislação processual somente poderá implicar o reconhecimento da invalidade do ato quando a sua finalidade estiver comprometida em virtude do vício verificado” (HC 121.350, Rel. Min. Luiz Fux). 2. Alegação de nulidade desacompanhada da indispensável comprovação de efetivo prejuízo, conforme exigido pelo art. 563 do CPP e pela Súmula 523/STF. Precedentes. 3. As instâncias de origem demonstraram a desnecessidade da prova testemunhal e da perícia médica para a constatação do estado de saúde da paciente na data dos fatos. 4. *Habeas Corpus* extinto sem resolução de mérito por inadequação da via processual.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em julgar extinto o processo, sem apreciação da matéria de fundo, nos termos do voto do relator. Não participou do julgamento, justificadamente, o Ministro Luiz Fux.

Brasília, 23 de setembro de 2014.

**HC 111535 / SP**

**MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - RELATOR**

23/09/2014

PRIMEIRA TURMA

**HABEAS CORPUS 111.535 SÃO PAULO**

**RELATOR** : **MIN. ROBERTO BARROSO**  
**PACTE.(S)** : **MARIA DA GLÓRIA NAVARRO**  
**IMPTE.(S)** : **MARIA CLAUDIA DE SEIXAS E OUTRO(A/S)**  
**COATOR(A/S)(ES)** : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):**

1. Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo do recurso ordinário constitucional, impetrado contra acórdão unânime da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça que denegou o HC 162.984/SP (da relatoria da Ministra Laurita Vaz), nos termos da seguinte ementa:

*"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. INDEFERIMENTO DE SUBSTITUIÇÃO DE TESTEMUNHA. DECISÃO FUNDAMENTADA. PRESCINDIBILIDADE DA PROVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO ADVINDO DA AUSÊNCIA DA PROVA TESTEMUNHAL. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO PAS NULLITÈ SANS GRIEF. ORDEM DENEGADA.*

1. As instâncias ordinárias demonstraram a prescindibilidade da prova testemunhal para a constatação do estado de saúde da Paciente à época do cometimento da sonegação fiscal, suprindo a falta da indigitada prova requerida pela defesa com laudo pericial a respeito do estado de saúde da Paciente.

2. Não merece prosperar a alegação de que a perícia realizada objetiva apenas a verificação do estado de saúde atual da acusada. Isso porque restou esclarecido que a constatação do seu estado de saúde à época dos fatos também dependeria de avaliação por profissional de saúde habilitado para tanto.

HC 111535 / SP

3. Segundo entendimento pacífico desta Corte, ao juiz é conferida a faculdade de requisitar ou indeferir provas que considere protelatórias, desde que o faça de forma fundamentada, como no caso dos autos. Precedentes.

4. No processo penal só se declara nulidade se houver efetivo prejuízo, conforme dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal, que materializa a máxima francesa *pas de nullité sans grief*, o que restou indemonstrado no caso.

5. Ordem denegada.”

2. A paciente foi denunciada pelo crime de sonegação fiscal (art. 1º, I, da Lei nº 8.137/1990<sup>1</sup>), supostamente praticado por quatro vezes, em continuidade delitiva (art. 71 do CP<sup>2</sup>), tendo em vista que, *“na condição de pessoa física, nas declarações de renda referentes aos anos-calendários de 1999 a 2002, teria reduzido o Imposto de Renda da Pessoa Física, mediante a conduta de prestar informação falsa às autoridades fazendárias, lançando despesas médicas fictícias, reduzindo, fraudulentamente, a base de cálculo sobre a qual incidiria a alíquota de pagamento do imposto de renda e, conseqüentemente, o tributo devido, no valor, segundo apurado, de R\$ 4.065,00, que, acrescido de juros moratórios e multa, perfazia, em abril de 2005, o montante de R\$ 12.696,91...”*

---

1 “Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; [...] Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.”

2 “Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.”

**HC 111535 / SP**

3. No curso da instrução processual, o Juízo da 2ª Vara Federal de Araraquara/SP indeferiu o pleito defensivo de substituição de uma das testemunhas arroladas na fase da defesa prévia.

4. Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, alegando que a paciente tem o direito de “*substituir a testemunha que arrolou e que não foi encontrada, sob pena de vir a ser prejudicada em sua defesa*”. A ordem foi denegada, revogando-se a liminar anteriormente deferida.

5. O Superior Tribunal de Justiça, como visto, denegou a ordem de *habeas corpus* e também não enxergou nenhuma nulidade na decisão que indeferiu o pleito de substituição da testemunha.

6. Neste *habeas corpus*, a parte impetrante reitera a tese de cerceamento do direito de defesa. Argumenta que o indeferimento da substituição da testemunha, autorizada no art. 408, III, do CPC,<sup>3</sup> impossibilitou a comprovação do estado de saúde da acusada na data dos fatos, o que influenciaria na própria incidência do tributo (a paciente seria portadora de neoplasia maligna e, portanto, beneficiária de isenção). Daí afirmar que “*a supressão da prova testemunhal pretendida culminou na prolação de sentença condenatória em desfavor da paciente, cenário que poderia ter sido alterado com o teor das declarações daquela testemunha*”.

7. Por outro lado, alega a defesa que, na fase do art. 402 do CPP<sup>4</sup>, a magistrada processante também indeferiu a realização de perícia

---

3 “Art. 408. Depois de apresentado o rol, de que trata o artigo antecedente, a parte só pode substituir a testemunha: I - que falecer; II - que, por enfermidade, não estiver em condições de depor; III - que, tendo mudado de residência, não for encontrada pelo oficial de justiça.”

4 “Art. 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”

**HC 111535 / SP**

médica, sob o fundamento de que *“já teriam sido juntados aos autos documentos que comprovam o diagnóstico de neoplasia maligna”*. A reforçar o quadro de ofensas aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

8. Com essa argumentação, em síntese, a defesa pede a concessão da ordem para que se reconheça a *“nulidade da decisão que indeferiu a substituição da testemunha PEDRO IVO PAN pela testemunha NICOLAS TIZZINI VEITKIEWIC, bem como dos atos processuais que lhe sucederam”*.

9. O Ministro Joaquim Barbosa, relator originário do processo, indeferiu a liminar.

10. A Procuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem, em parecer da Dra. Cláudia Sampaio Marques.

11. É o relatório.

23/09/2014

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 111.535 SÃO PAULO

V O T O

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):**

1. Do ponto de vista processual, o caso é de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário constitucional. Nessas condições, tendo em vista a jurisprudência desta Turma, entendo que o processo deve ser extinto sem resolução de mérito, por inadequação da via processual (HC 109.956, Rel. Min. Marco Aurélio).

2. O caso não autoriza a concessão da ordem de ofício.

3. Inicialmente, faço uma síntese dos principais fatos postos a julgamento: (i) dentre as 8 testemunhas arroladas pela defesa na resposta preliminar, uma delas residiria na cidade de Foz do Iguaçu/PR (Pedro Ivo Pan); (ii) expedida a carta precatória, contudo, descobriu-se que a residência dessa testemunha seria, na realidade, Porto Alegre/RS; (iii) remetida a carta precatória para a capital gaúcha, mais uma vez não foi possível localizar a testemunha; (iv) diante disso, o Juízo da Seção Judiciária de Araraquara/SP abriu prazo para que a defesa se manifestasse sobre o novo endereço da testemunha ou, se fosse o caso, indicasse testemunha em substituição, fundamentadamente; v) a defesa indicou testemunha em substituição, residente em Porto Alegre/RS, sob o argumento de que *“a testemunha acima descrita poderá informar a este Juízo sobre a enfermidade que a Requerente suportava à época dos fatos, bem como sobre sua atual condição de saúde”*; (vi) o pedido de substituição da testemunha foi indeferido, com apoio nos seguintes fundamentos:

“[...] Indefiro o requerimento de substituição da testemunha PEDRO IVO PAN por NICOLAS TIZZINI WEITKIEWIC, eis que a defesa não justificou satisfatoriamente

**HC 111535 / SP**

a necessidade de oitiva de qualquer delas, e não há necessidade de prova testemunhal para que se ateste o estado de saúde da ré.

No mais, determino que se officie o nosocômio onde a acusada se encontra internada, a fim de se forneçam informações acerca do estado de saúde, previsão de alta e possibilidade de locomoção da mesma. Saliento que não há qualquer ofensa ao dever profissional de sigilo, mesmo porque só se busca, com isto, aquilatar a possibilidade de comparecimento da ré a audiência a ser realizada neste Juízo...”

4. Nessas condições, não vejo ilegalidade flagrante ou abuso de poder que autorize a anulação do processo. De início, lembro que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que *“a nulidade no direito penal não prescinde da demonstração do efetivo prejuízo para a defesa, consoante dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal, o que importa dizer que a desobediência às formalidades estabelecidas na legislação processual somente poderá implicar o reconhecimento da invalidade do ato quando a sua finalidade estiver comprometida em virtude do vício verificado”* (HC 121.350, Rel. Min. Luiz Fux).

5. Com efeito, limitando-se a defesa à afirmação genérica de que a *“supressão da prova testemunhal pretendida culminou na prolação de sentença condenatória em desfavor da paciente, cenário que poderia ter sido alterado com o teor das declarações daquela testemunha...”*, entendo que a hipótese atrai o entendimento consolidado na Súmula 523/STF (*“No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”*) e na regra descrita no próprio art. 563 do Código de Processo Penal:

*“Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.”*

6. É bem verdade que o Plenário do Supremo Tribunal



**HC 111535 / SP**

Federal (Segundo Agravo Regimental na AP 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Sessão de 23/10/2008), entendendo perfeitamente aplicável no processo penal o art. 408, III, do Código de Processo Civil (com a revogação do art. 397 do CPP<sup>1</sup>), decidiu que *“não se pode usurpar o direito da parte de, na eventualidade de não ser localizada uma das testemunhas que arrolou para comprovar suas alegações, substituí-la por outra que considere apta a colaborar com a instrução”* .

7. No caso de que se trata, contudo, além de não me convencer do alegado prejuízo suportado pela acusada, entendo que as instâncias de origem justificaram adequadamente a impossibilidade de substituição da testemunha, conforme evidenciam as seguintes passagens dos autos:

**Trecho do acórdão do TRF da 3ª Região**

*“[...] Bem, no caso dos autos, a defesa requer a substituição de testemunha, reclamando outra seja ouvida, a qual reside em Porto Alegre/RS, sob o pretexto de que esta última poderia testemunhar ‘a gravidade do estado de saúde da paciente’.*

*Contudo, e muito embora isso possa ser verdade, alguém dizer que a gravidade do estado de saúde é esta ou aquela, em se tratando de crime contra a ordem tributária, como é o caso, em nada se aproveita, e, ainda que seja o caso de avaliar o estado de saúde da paciente, por qualquer outra razão prática, isso dependeria muito mais de avaliação clínica e atual, conduzida por médico, do que do depoimento de quem quer que seja...”*

---

1 CPP - “Art. 397. Se não for encontrada qualquer das testemunhas, o juiz poderá deferir o pedido de substituição, se esse pedido não tiver por fim frustrar o disposto nos arts. 41, in fine, e 395.” (Revogado pela Lei nº 11.719/2008).

CPC - “Art. 408. Depois de apresentado o rol, de que trata o artigo antecedente, a parte só pode substituir a testemunha: I - que falecer; II - que, por enfermidade, não estiver em condições de depor; III - que, tendo mudado de residência, não for encontrada pelo oficial de justiça.”

**HC 111535 / SP**

**Trecho do acórdão do STJ**

“[...] Como se vê, as instâncias ordinárias demonstraram a prescindibilidade da prova testemunhal para a constatação do estado de saúde da Paciente à época do cometimento da sonegação fiscal, suprindo a falta da indigitada prova requerida pela defesa com laudo pericial.

Outrossim, não merece prosperar a alegação de que a perícia realizada objetiva apenas a verificação do estado de saúde atual da acusada. Isso porque restou esclarecido que a constatação do estado de saúde à época dos fatos também dependeria de avaliação por profissional de saúde gabaritado para tanto.

Aliás, consoante entendimento pacífico desta Corte, ao juiz é conferida a faculdade de requisitar ou indeferir provas que considere protelatórias, desde que o faça de forma fundamentada, como no caso dos autos...”

8. Por outro lado, o fato é que o próprio Juízo da origem reconheceu a presença nos autos de *“documentos que comprovam o diagnóstico de neoplasia maligna”*, rejeitando, a meu ver fundamentadamente, o pedido de realização de perícia médica na acusada (art. 402 do CPP<sup>2</sup>), tendo em vista a possibilidade de aferição da data em que contraída a doença por outros meios de prova. Vejam-se, a propósito, as razões lançadas pelo magistrado:

“[...] Trata-se de requerimento da defesa de Maria da Glória Navarro, formulado na fase do art. 402 do Código de Processo Penal, objetivando que o juízo determine a expedição de ofício ‘aos órgãos competentes, tais como o INSS e à Receita Federal, a fim de verificar se a doença que a Acusada suportava à época dos fatos (Neoplasia Maligna), encontra-se entre aquelas descritas como isentoras de Imposto de Renda, bem como a realização de perícia médica na acusada.

---

2 “Art. 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.”

**HC 111535 / SP**

Quanto ao pedido de expedição de ofício, conquanto o enquadramento da doença no rol daquelas que isentam do pagamento de Imposto de Renda seja matéria de direito, é conveniente avaliar se os rendimentos da ré vem sendo tributados e, se não, por qual razão.

No tocante à perícia, entendo ser desnecessária, uma vez que já estão juntados aos autos documentos que comprovam o diagnóstico de neoplasia maligna (cf. Fls. 42/43). Ademais, nada impede que a defesa junte outros documentos que comprovem o estado de saúde da acusada por ocasião das condutas narradas na denúncia.

Expeça-se ofício ao INSS, requisitando que, no prazo de 15 (quinze) dias, informe se a ré goza de isenção de IRPF, e, em caso positivo, desde quando e por qual motivo, incluindo o CID”.

9. Diante do exposto, julgo extinto este processo sem resolução de mérito por inadequação da via processual.

10. É como voto.

**PRIMEIRA TURMA**

**EXTRATO DE ATA**

**HABEAS CORPUS 111.535**

PROCED. : SÃO PAULO

**RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO**

PACTE.(S) : MARIA DA GLÓRIA NAVARRO

IMPTE.(S) : MARIA CLAUDIA DE SEIXAS E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Decisão:** A Turma julgou extinto o processo, sem apreciação da matéria de fundo, nos termos do voto do relator. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Senhor Ministro Luiz Fux. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, 23.9.2014.

Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber e Roberto Barroso.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Odim Brandão Ferreira.

Carmen Lilian Oliveira de Souza  
Secretária da Primeira Turma