



PÓS-GRADUAÇÃO EM
JURISPRUDÊNCIA PENAL

TEORIA GERAL DA PROVA

PROFESSOR CAIO PAIVA

ROTEIRO

1. Provas por indícios
2. Prova emprestada
3. Standards probatórios
4. Sistema da livre apreciação ou da persuasão racional
5. Prova e elementos informativos
6. Provas cautelares, não repetíveis e antecipadas
7. Aplicabilidade do art. 155 do CPP ao Júri
8. Prova quanto aos estado das pessoas
9. Ônus da prova
10. Iniciativa probatória do juiz
11. Inadmissibilidade da prova ilícita
12. Descontaminação do julgado
13. Cadeia de custódia da prova
14. Se quiser aprofundar



1 | PROVAS POR INDÍCIOS

- **CPP, art. 239:** "Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias".

1 | PROVAS POR INDÍCIOS

- **Maria Thereza Rocha de Assis Moura:** "Indício é todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo. (...) A relação do indício com o fato que se quer provar é outra exigência. Há de existir uma conexão lógica entre os dois fatos e uma relação de causalidade, a permitir o conhecimento do fato ignorado. O raciocínio faz-se pelas regras da experiência e da lógica, resultando no conhecimento provável acerca da existência de outro fato. (...) Sustentar-se a impossibilidade de condenação por indícios é, a nosso ver, confundi-los com suspeita. Esta, por certo, jamais fornecera, ao magistrado, a certeza moral necessária para um decreto condenatório. Os indícios têm a mesma eficácia probante que qualquer outra prova, face ao princípio do livre convencimento. (...) Conclusão final: a prova por indícios no processo penal é plenamente apta a conduzir à certeza moral, como critério da verdade para o juiz, ao entregar a prestação jurisdicional do Estado" (*A prova por indícios no processo penal*).



1 | PROVAS POR INDÍCIOS

- **Renato Brasileiro:** "(...) À evidência, por força da regra probatória que deriva do princípio da presunção de inocência, não se admite a condenação de alguém com base em *indícios como proba semiplena*, porquanto tal prova tem um valor persuasivo que autoriza apenas um juízo de probabilidade, mas não de certeza. Logo, se indícios como prova semiplena são suficientes para a decretação de medidas cautelares, a exemplo da prisão preventiva, não o são para um decreto condenatório. Lado outro, se pensarmos nos indícios como *prova indireta*, não há óbice à prolação de um decreto condenatório. Com a incorporação ao processo penal do princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional do juiz (...), e a consequente exclusão de qualquer regra de prova tarifada, permite-se que tanto a prova direta como a prova indireta sejam em igual medida válidas e eficazes para a formação da convicção do magistrado. Obviamente, não se pode admitir que um indício isolado e frágil possa fundamentar um decreto condenatório. De modo algum. Para tanto, a prova indiciária está sujeita às seguintes condições: a) os indícios devem ser plurais (...); b) devem estar estreitamente relacionados entre si; c) devem ser concomitantes, ou seja, univocamente incriminadores (...); e d) existência de razões dedutivas".



1 | PROVAS POR INDÍCIOS

- **STF:** "Os indícios, dado o livre convencimento do Juiz, são equivalentes a qualquer outro meio de prova, pois a certeza pode provir deles. Entretanto, seu uso requer cautela e exige que o nexó com o fato a ser provado seja lógico e próximo" (HC 70.344, Rel. Min. Paulo Brossard, 2ª Turma, j. 22.10.1993); "Indícios vários e concordantes são prova" (RE 68.006, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, 1ª Turma, j. 09.10.1969).
- **STJ:** "Vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, segundo o qual o magistrado, desde que, fundamentadamente, pode decidir pela condenação, ainda que calcada em indícios veementes de prática delituosa" (HC 15.736, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª Turma, j. 03.04.2001).



Flávio Dino 🇧🇷



@FlavioDino

Em 1969, o STF decidiu:

“Indícios são provas, se vários, convergentes e concordantes.”

RE 68.006 - MG --

Relator: Ministro Aliomar Baleeiro.

Ensino de grande atualidade.

1:05 PM · 17 de ago de 2023 · **562,3 mil** Visualizações



2 | PROVA EMPRESTADA

- Consiste na utilização, em um determinado processo, de prova produzida em outro processo.
- **CPC, art. 372:** "O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório".

2 | PROVA EMPRESTADA

- **Antonio Magalhães Gomes Filho:** "É preciso ressaltar que o aproveitamento da prova no segundo processo se faz pela juntada dos atos de documentação da prova originária do primeiro, o que equivale dizer que, na sua *forma*, a prova emprestada ou compartilhada será sempre *documental*. No entanto, pouco valeria realizar-se essa transferência se os elementos probatórios assim trazidos ao processo possuísem o mero valor de prova documental. A vantagem do compartilhamento decorre do fato de que, no segundo processo, os elementos de prova adquiridos manterão a natureza e a eficácia probatória original" (*CPP Comentado*).



2 | PROVA EMPRESTADA

- **Renato Brasileiro:** "(...) De acordo com a doutrina majoritária, a utilização da prova emprestada só é possível se aquele contra quem ela for utilizada tiver participado do processo onde essa prova foi produzida, observando-se, assim, os princípios do contraditório e da ampla defesa. Só se pode considerar como prova emprestada, portanto, aquela que foi produzida, no primeiro processo, perante aquele que terá que se sujeitar a seus efeitos no segundo, com a possibilidade de ter contado, naquele, com todos os meios possíveis de contrariá-la. (...) Logo, se a prova foi produzida em processo no qual o acusado não teve participação, não há falar em prova emprestada, e sim em mera prova documental".



2 | PROVA EMPRESTADA

- **STJ - identidade de partes:** "Quanto à validade da prova emprestada, a jurisprudência desta Corte não exige que as partes sejam as mesmas para que se possibilite a utilização da prova emprestada. Basta haver relação entre os fatos apurados nos processos, bem como observância do contraditório, em geral de forma postergada" (AgRg no REsp 2.062.215, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 26.06.2023).

2 | PROVA EMPRESTADA

- **STJ:** "Em vista das reconhecidas vantagens da prova emprestada no processo civil, é recomendável que essa seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. No entanto, a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto. Independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo" (EREsp 617.428, Rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, j. 04.06.2014).



2 | PROVA EMPRESTADA

- **STJ:** "Esta Corte admite a utilização do conteúdo de depoimento obtido em ação penal diversa como prova emprestada, desde que respeitado o contraditório e a ampla defesa, não se exigindo identidade entre as partes do processo originário e do processo de destino" (AgRg nos EREsp 1.879.241, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 3ª Seção, j. 23.02.2022).



2 | PROVA EMPRESTADA

- **Valor precário quando produzida sem a observância do contraditório:** "A prova emprestada, especialmente no processo penal condenatório, tem valor precário, quando produzida sem observância do princípio constitucional do contraditório" (STF, HC 67.707, Rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, j. 07.11.1989).

2 | PROVA EMPRESTADA

- **Contraditório no ingresso da prova emprestada:** "É pacífico nesta Corte Superior que se permite a utilização de provas emprestadas no processo penal, mas que demanda seu prévio conhecimento pelas partes para que exerçam o devido contraditório, sob pena de cerceamento de defesa, uma vez que não se admitem provas não submetidas à análise pelas partes" (STJ, AgRg no REsp 2.018.392, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6ª Turma, j. 29.05.2023).

2 | PROVA EMPRESTADA

- **Elementos informativos emprestados:** "A jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que elementos informativos de uma investigação criminal, ou as provas colhidas no bojo de instrução penal, podem ser compartilhados para fins de instruir outro processo criminal ou procedimento administrativo disciplinar" (STF, AgR no ARE 118.218, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, j. 24.05.2019).

2 | PROVA EMPRESTADA

- **Prova emprestada de interceptação telefônica:** "Não há, em princípio, óbice à utilização de prova emprestada de interceptação telefônica realizada no bojo de outra investigação, desde que franqueado à defesa o acesso a essa prova, garantindo-se o contraditório (...)" (STF, HC 114.074, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, j. 07.05.2013); "Como a interceptação fora regularmente autorizada, à míngua de qualquer evidência de abuso de autoridade, afasta-se a aventada nulidade no seu empréstimo posterior, por decisão judiciousa e igualmente motivada, para ser usada como prova emprestada em persecução penal diversa" (STJ, AgRg no RHC 1.712.249, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, j. 15.05.2023).

2 | PROVA EMPRESTADA

- **Prova emprestada no procedimento do Júri:** "Não há nulidade por terem sido juntadas aos autos do processo principal - e eventualmente relevadas em julgamento plenário do Tribunal do Júri - provas emprestadas de outro processo-crime" (STF, HC 109.909, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, j. 12.03.2013).

2 | PROVA EMPRESTADA

- **Licitude originária:** "Cuidando-se de prova lícita, ao ser emprestada para o processo penal, ela permanece com a nota de licitude. (...) Nessa linha de inteligência, uma vez constatada a licitude originária da prova emprestada, não é possível considerá-la ilícita no processo penal" (STJ, AgRg no REsp 1.788.458, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 09.06.2020).

2 | PROVA EMPRESTADA

- **Desmembramento:** "(...) o uso da prova emprestada é amplamente admitido no processo penal, seja obtida de processos com partes distintas, seja de desmembramento do próprio feito, desde que assegurado ao réu o efetivo contraditório" (STJ, AgRg no REsp 1.690.449, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 26.11.2019).

3 | STANDARDS PROBATÓRIOS

- **Aury Lopes Jr.:** "Mas afinal, o que é *standard* de prova? Podemos definir como os critérios para aferir a suficiência probatória, o grau de confirmação da hipótese acusatória. É o preenchimento desse critério de suficiência que legitima a decisão. O *standard* é preenchido, atingido, quando o grau de confirmação alcança o padrão adotado. É um marco que determina o grau mínimo de prova exigido para considerar-se provado um fato. (...) E quais são os principais padrões probatórios (*standard*) adotados? Basicamente, a partir da matriz teórica mais bem elaborada, que é a anglo-saxã, são estabelecidos os seguintes padrões: 1) prova clara e convincente; 2) prova mais provável que sua negação; 3) preponderância da prova; e 4) prova além de toda a dúvida razoável. (...) E por que se adota um *standard* ou outro? É uma decisão de política pública com base na gestão do 'erro judiciário' (...)"



3 | STANDARDS PROBATÓRIOS

- **Pronúncia e *standard* probatório:** "A decisão de pronúncia requer uma preponderância de provas, produzidas em juízo, que sustentem a tese acusatória, nos termos do art. 414 do CPP" (STF, ARE 1.067.392, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 26.03.2019); "(...) havendo dúvida acerca dos indícios de autoria, deve o julgador, como fez o Magistrado processante, valer-se da doutrina dos *standards* probatórios e, no caso em que há uma preponderância de provas no sentido da não participação do acusado em detrimento de alguns elementos incriminatórias de menor força probatória, optar pela imponência, em homenagem ao princípio constitucional da inocência" (STJ, AgRg no HC 763.079, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 27.09.2022).

3 | STANDARDS PROBATÓRIOS

- **Standard probatório e recebimento da denúncia:** "Embora no momento do recebimento da denúncia o *standard* probatório mostre-se menos rigoroso do que aquele para a condenação, resta claro que não há elementos mínimos para fundamentar a justa causa" (STF, Inq 4.657, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 14.08.2018).

3 | STANDARDS PROBATÓRIOS

- **Standard probatório e imparcialidade do juiz:** "A imparcialidade do Magistrado é uma garantia processual prevista na CADH (art. 8.1) e condição *sine qua non* do devido processo legal, de modo que a melhor interpretação acerca do *standard* probatório necessário para o reconhecimento da imparcialidade do juiz é no sentido de que a existência de elementos concretos aptos a incutir dúvida razoável acerca da imparcialidade do Magistrado é suficiente para a declaração de suspeição almejada" (STJ, REsp 1.921.761, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, j. 28.02.2023).

4 | SISTEMA DA LIVRE APRECIACÃO OU DA PERSUASÃO RACIONAL

- **Sistemas de avaliação da prova:** 1) sistema da íntima convicção ou da certeza moral do juiz, em que o juiz tem liberdade para valorar as provas, sem uma obrigação de fundamentar seu convencimento, sendo este o sistema adotado no âmbito da decisão dos jurados; 2) sistema da prova tarifada ou da certeza moral do legislador, em que se trabalha com a ideia de que o legislador pode fixar o peso valorativo das provas, limitando, com isso, a atividade do juiz ("a confissão é a *rainha* das provas"); e 3) **sistema da livre apreciação ou da persuasão racional do juiz**, em que o juiz possui ampla liberdade para valorar as provas juntadas aos autos, sem que o legislador atribua a elas um peso prévio. É o sistema adotado no Brasil (excepcionado o método decisório dos jurados).

4 | SISTEMA DA LIVRE APRECIÇÃO OU DA PERSUASÃO RACIONAL

- **CPP, art. 155, caput:** "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova (...)"
- **STF:** "Vigora no sistema processual penal pátrio, como regra, o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual o magistrado tem ampla liberdade para valorar as provas que lhe são apresentadas, desde que o faça de forma fundamentada (...)" (AgR no HC 185.835, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 1ª Turma, j. 05.08.2020).
- **STJ:** "O sistema da persuasão racional, acolhido pelo ordenamento jurídico brasileiro, garante ao Julgador a livre apreciação da prova, desde que, evidentemente, o faça de maneira fundamentada" (HC 704.718, Rel. Min. Laurita Vaz, 6ª Turma, j. 16.05.2023).

5 | PROVA E ELEMENTOS INFORMATIVOS

- **Aury Lopes Jr.:** "Sobre os **atos de prova**, podemos afirmar que: a) estão dirigidos a convencer o juiz da verdade de uma afirmação; b) estão a serviço do processo e integram o processo penal; c) dirigem-se a formar um juízo de certeza - tutela de segurança; d) servem à sentença; e) exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação; e f) são praticados ante o juiz que julgará o processo. Substancialmente distintos, os **atos de investigação** (instrução preliminar): a) não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese; b) estão a serviço da investigação preliminar, isto é, da fase pré-processual e para o cumprimento de seus objetivos; c) servem para formar um juízo de probabilidade, e não de certeza; d) não exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação, pois podem ser restringidas; e) servem para a formação da *opinio delict* do acusador; f) não estão destinadas à sentença, mas a demonstrar a probabilidade do *fumus commissi delict* para justificar o processo ou o não processo; g) também servem de fundamento para decisões interlocutoras de imputação e adoção de medidas cautelares; e h) podem ser praticados pelo MP ou pela polícia judiciária".



5 | PROVA E ELEMENTOS INFORMATIVOS

- **CPP, art. 155, caput:** "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas".

5 | PROVA E ELEMENTOS INFORMATIVOS

- **STJ:** "Não se admite, no ordenamento jurídico pátrio, a prolação de um decreto condenatório fundamentado exclusivamente em elementos informativos colhidos durante o IP, no qual inexistente o devido processo legal (com seus consectários do contraditório e da ampla defesa), sendo certo que o juiz pode deles se utilizar para reforçar seu convencimento, desde que corroborados por provas produzidas durante a instrução processual ou desde que essas provas sejam repetidas em juízo. Ficam ressalvadas, no entanto, as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. As interceptações telefônicas enquadram-se na exceção legal que autoriza o juiz a condenar com base em elementos informativos colhidos na investigação" (HC 408.756, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, j. 15.02.2022).

5 | PROVA E ELEMENTOS INFORMATIVOS

- **STJ:** "O art. 155 do CPP não veda, de forma absoluta, a utilização das informações coletadas na fase policial na formação do convencimento do juiz. Ao contrário, permite que elementos informativos possam servir de fundamento à decisão condenatória, desde que existam, também, provas produzidas em contraditório judicial. Assim, para concluir acerca da veracidade dos fatos narrados na denúncia, o sentenciaste pode utilizar tanto os elementos de prova - produzidos em contraditório - como os de informação, coletados durante a investigação. Apenas lhe é vedado valer-se exclusivamente dos dados informativos obtidos durante a fase policial" (AgRg no HC 378.640, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6ª Turma, j. 11.09.2018).

6 | PROVAS CAUTELARES, NÃO REPETÍVEIS E ANTECIPADAS

- **Renato Brasileiro:** "**Provas cautelares** são aquelas em que há um risco de desaparecimento do objeto da prova em razão do decurso do tempo, em relação às quais o contraditório será diferido. (...) É o que acontece, p. ex., com uma interceptação telefônica. (...) **Provas não repetíveis** são aquelas que, uma vez produzida, não tem como ser novamente coletada ou produzida, em virtude do desaparecimento, destruição ou perecimento da fonte probatória. (...) **Provas antecipadas** são aquelas produzidas com a observância do contraditório real, perante a autoridade judicial, em momento processual distinto daquele legalmente previsto, ou até mesmo antes do início do processo, em virtude de situação de urgência e relevância".



6 | PROVAS CAUTELARES, NÃO REPETÍVEIS E ANTECIPADAS

- **STJ:** "Consoante a literalidade do disposto no art. 155, *caput*, do CPP, há uma ressalva para o cabimento de condenação exclusivamente com base em elemento não repetível colhido na fase administrativa" (AgRg no AREsp 1.404.660, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, j. 19.11.2019).

6 | PROVAS CAUTELARES, NÃO REPETÍVEIS E ANTECIPADAS

- **Processos administrativos:** "Processos administrativos sancionadores conduzidos por autoridades reguladoras ou autorreguladoras constituem, como documentos que são (CPP, art. 232), provas não repetíveis para fins processuais penais, sendo aptos a embasar condenações criminais (CPP, art. 155), desde que submetidos a amplo contraditório diferido em juízo" (STJ, REsp 1.613.260, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. 09.08.2016).

7 | APLICABILIDADE DO ART. 155 DO CPP AO JÚRI

- **CPP, art. 413, caput:** "O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação".

7 | APLICABILIDADE DO ART. 155 DO CPP AO JÚRI

- **STF:** "O sistema jurídico-constitucional brasileiro não admite nem tolera a possibilidade de prolação de decisão de pronúncia com apoio exclusivo em elementos de informação produzidos, única e unilateralmente, na fase de inquérito policial ou de procedimento de investigação criminal instaurado pelo Ministério Público, sob pena de frontal violação aos postulados fundamentais que asseguram a qualquer acusado o direito ao contraditório e à plenitude de defesa. Os subsídios ministrados pelos procedimentos inquisitivos estatais não bastam, enquanto isoladamente considerados, para legitimar a decisão de pronúncia e a consequente submissão do acusado ao Plenário do Tribunal do Júri" (HC 180.144, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 09.10.2020).



7 | APLICABILIDADE DO ART. 155 DO CPP AO JÚRI

- **STJ:** "É ilegal a sentença de pronúncia fundamentada exclusivamente em elementos colhidos no inquérito policial. De fato, admitir que a sentença de pronúncia se baseie em provas produzidas no inquérito igualaria em densidade à decisão de recebimento de uma denúncia. (...) É incompatível com os postulados do Estado Democrático de Direito admitir, no bojo do processo penal, a hipótese de que os jurados possam condenar alguém, com base em íntima convicção, em julgamento que sequer deveria ter sido admitido. Os julgamentos proferidos pelo Tribunal do Júri possuem peculiaridades em permanente discussão, até mesmo nos Tribunais Superiores, a respeito da possibilidade de revisão dos julgamentos de mérito, da extensão dessa revisão, o que torna, mais acertado exigir maior rigor na fase de pronúncia" (HC 589.270, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, j. 23.02.2021).



8 | PROVA QUANTO AO ESTADO DAS PESSOAS

- **CPP, art. 155, § único:** "Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil".

8 | PROVA QUANTO AO ESTADO DAS PESSOAS

- **STJ, Súmula 74:** "Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil".
- **STJ:** "Em diversas situações - redução do prazo prescricional, aplicação da atenuante do art. 65, I, do Código Penal, comprovação da idade de vítima de crimes contra a dignidade sexual -, a jurisprudência desta Corte Superior considera necessária, para a comprovação da idade, a referência a documento oficial que ateste a data de nascimento do envolvido - acusado ou vítima. (...) De fato, soa ilógico que, para aplicar medidas favoráveis ao réu ou que visam ao resguardo da dignidade sexual da vítima, por exemplo, se exija comprovação documental e, para agravar a situação do acusado - ou até mesmo para justificar a própria condenação - se flexibilizem os requisitos para a demonstração da idade. (...) Para ensejar a aplicação de causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006 ou a condenação pela prática do crime previsto no art. 244-B da Lei n. 8.069/1990, a qualificação do menor, constante do boletim de ocorrência, deve trazer dados indicativos de consulta a documento hábil - como o número do documento de identidade, do CPF ou de outro registro formal, tal como a certidão de nascimento" (ProfAfR no REsp 1.619.265, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 3ª Seção, j. 07.04.2020).

- **CPP, art. 156, caput:** "A prova da alegação incumbirá a quem a fizer (...)".
- **Entendimento majoritário doutrinário:** há uma distribuição do ônus da prova.
- **Entendimento minoritário doutrinário:** o ônus probatório deve ser exclusivo da acusação.

- **Receptação:** "(...) no crime de receptação, se o bem houver sido apreendido em poder do paciente, caberia à defesa apresentar prova da origem lícita do bem ou de sua conduta culposa, nos termos do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, sem que se possa falar em inversão do ônus da prova" (STJ, HC 626.539, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 09.02.2021).

- **Potencial lesivo da arma no crime de roubo:** "Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal" (STF, HC 96.099, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, j. 19.02.2009).

Tema com divergência na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

9 | ÔNUS DA PROVA

- **STF:** "A exigência de comprovação plena dos elementos que dão suporte à acusação penal recai por inteiro, e com exclusividade, sobre o Ministério Público. Essa imposição do ônus processual concernente à demonstração da ocorrência do ilícito penal reflete, na realidade, e dentro de nosso sistema positivo, uma expressiva garantia jurídica que tutela e protege o próprio estado de liberdade que se reconhece às pessoas em geral. Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete ao réu demonstrar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado" (HC 73.338, Rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, j. 13.08.1996).



9 | ÔNUS DA PROVA

- **STJ:** "No processo penal, prova positiva é ônus do Ministério Público, não cabendo aos réus comprovarem fato negativo indeterminado; isto é, produzirem provas de que não estariam presentes presencialmente em nenhuma das oportunidades em que os supostos fatos criminosos teriam sido praticados. Aplicação do princípio in dubio pro reo" (EDcl na AP 702, Rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, j. 03.08.2020).



**Você já ouviu falar da teoria
da perda de uma chance
probatória?**

9 | ÔNUS DA PROVA

- **STJ:** "Quando a acusação não produzir todas as provas possíveis e essenciais para a elucidação dos fatos, capazes de, em tese, levar à absolvição do réu ou confirmar a narrativa acusatória caso produzidas, a condenação será inviável, não podendo o magistrado condenar com fundamento nas provas remanescentes. A transposição da perda de uma chance do direito civil para o processo penal é uma ideia original de ALEXANDRE MORAIS DA ROSA e FERNANDA MAMBRINI RUDOLFO, exposta em interessante e recente trabalho. Inconformados com a baixa qualidade de investigações policiais, os juristas argumentam que quando o Ministério Público se satisfaz em produzir o mínimo de prova possível – por exemplo, arrolando como testemunhas somente os policiais que prenderam o réu em flagrante –, é na prática tirada da defesa a possibilidade de questionar a denúncia. Por isso, a acusação não pode deixar de realmente investigar o caso, transferindo à defesa o ônus de fazê-lo. Ao contrário, a polícia e o Ministério Público devem buscar o que os autores chamam de comprovação externa do delito: a prova que, sem guardar relação de dependência com a narrativa montada pela instituição estatal, seja capaz de corroborá-la. (...)"



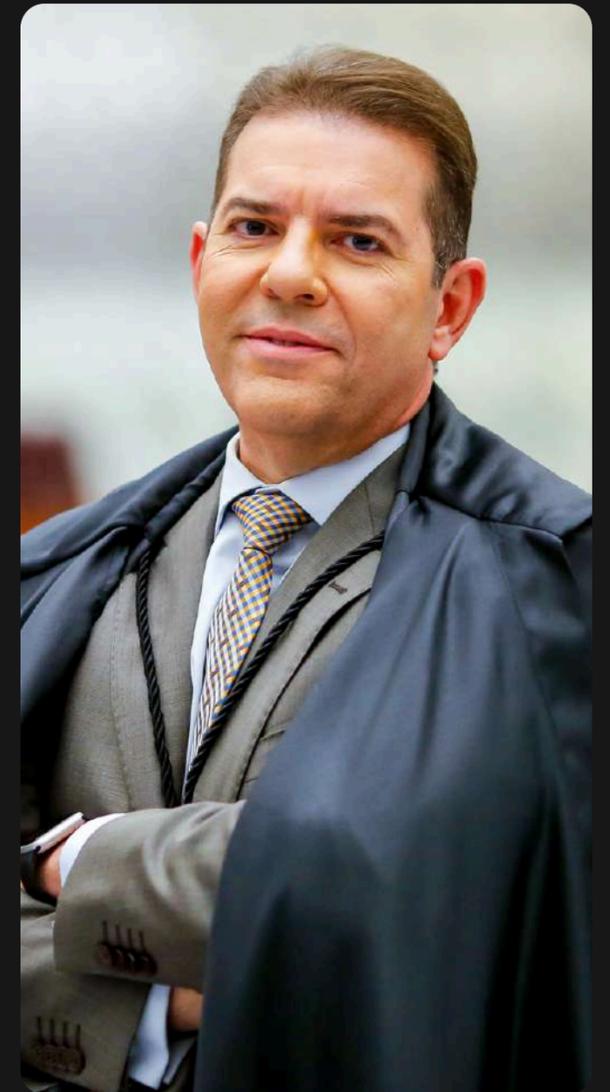
9 | ÔNUS DA PROVA

- **STJ:** (...) Nessa perspectiva, quando há outras provas em tese possíveis para auxiliar o esclarecimento dos fatos, é ônus do Parquet produzi-las, ou então justificar a inviabilidade de sua produção. Diversos exemplos práticos ilustram, em minha visão, a aplicabilidade da teoria. Para mencionar alguns: (I) se há testemunhas oculares do delito, a condenação não pode prescindir de sua prévia ouvida em juízo e fundamentar-se em testemunhos indiretos, como no caso ora julgado; (II) existindo câmeras de vigilância no local de um crime violento, a juntada da filmagem aos autos é necessária para aferir as reais condições em que ocorreu o delito e avaliar sua autoria ou excludentes de ilicitude; (III) sendo possível a consulta aos dados de geolocalização de aparelho celular do réu, a fim de verificar se estava na cena do crime, a produção da prova é necessária; e (IV) havendo coleta de sêmen do agressor em um caso de estupro, deve ser realizado exame de DNA para confirmar sua identidade. (...)



9 | ÔNUS DA PROVA

- **STJ:** (...) Como compete à acusação desfazer a presunção de não-culpabilidade que protege o acusado, é seu ônus lançar mão de todas as provas relevantes e possíveis para tanto. É inadmissível que, existindo uma prova capaz de inocentar o réu – e sendo a possibilidade de sua produção de conhecimento do Estado –, o Ministério Público a dispense por uma estratégia processual, contentando-se com os elementos mínimos que já apresentou, quando a prova adicional poderia concorrer para o esclarecimento dos fatos. Lembre-se que, diversamente de outras carreiras jurídicas, os membros do Parquet são dotados das mesmas garantias funcionais da magistratura (art. 128, § 5º, I, da Constituição da República), justamente para que ajam de maneira isenta, não lhes sendo permitido buscar condenações a qualquer custo. O interesse maior da instituição não pode ser a condenação do réu, mas sim a construção de uma solução jurídica correta para o caso concreto, que certamente não será alcançada com a condenação do acusado sem a produção das provas que poderiam lançar luz sobre seu estado de inocência. (...)



9 | ÔNUS DA PROVA

- **STJ:** (...) O caso destes autos demonstra, claramente, a perda da chance probatória. Os relatos da policial militar e do bombeiro, transcritos na sentença e no acórdão recorrido, deixam claro que havia diversas testemunhas oculares dos fatos investigados – os tais “populares” que teriam supostamente apartado a briga. Por qual razão essas pessoas não foram qualificadas pela polícia, para permitir sua posterior ouvida em juízo? Por que não foram questionadas no inquérito, quando da apreensão do menor em flagrante? Não há explicação nos autos para essa gravíssima omissão. Seja por despreparo dos agentes que atenderam a ocorrência, falta de estrutura material ou outra dificuldade institucional, fato é que a omissão do Estado extirpou a chance da produção de provas fundamentais para a elucidação da controvérsia. Essa postura viola o art. 6º, III, do CPP, que impõe à autoridade policial a obrigação de “colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias”. (...)



9 | ÔNUS DA PROVA

- **STJ:** (...) Ora, em um caso no qual se discute a existência de excesso na legítima defesa, seria de fundamental importância ouvir as pessoas que testemunharam o confronto entre vítima e representado e conhecer a extensão das lesões sofridas pelo ofendido. Com isso, o magistrado teria condições de analisar o que realmente ocorreu, podendo se fiar em elementos probatórios que guardam relação imediata com os fatos, e não apenas nos relatos de pessoas que sequer os viram. Mesmo sem a produção de nenhuma prova direta sobre os fatos por parte da acusação, a tese de legítima defesa apresentada pelo réu foi ignorada. Evidente injustiça epistêmica – cometida contra um jovem pobre, em situação de rua, sem educação formal e que se tornou pai na adolescência –, pela simples desconsideração da narrativa do representado" (AREsp 1.940.381, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 14.12.2021).



10 | INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ

- **CPP, art. 156, caput:** "(...) sendo, porém, facultado ao juiz de ofício, I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; e II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante".

10 | INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ

- **STF:** "O juiz pode determinar, de ofício, no curso da instrução criminal ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (art. 156, II, do CPP). As provas que o magistrado entender imprescindíveis à formação de sua convicção podem ser ordenadas, de ofício, em qualquer estágio do processo, desde que antes de proferida sentença" (HC 121.689, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 13.05.2014).

10 | INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ

- **STJ:** "O art. 156, II, do CPP determina que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. E, neste caso, é desnecessário até o requerimento prévio das partes" (AgRg no RHC 164.351, Rel. Min. Jesuíno Rissato, 6ª Turma, j. 17.04.2023).

10 | INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ

- **STJ:** "(...) é facultado ao d. Magistrado, considerando determinada prova como indispensável para a causa, determinar a realização de diligências, mesmo que de ofício, conforme preceitua o art. 156, II, do Código de Processo Penal; tudo, em decorrência dos princípios da busca da verdade real e do impulso oficial - o que afasta as teses defensivas de violação ao sistema acusatório e de imparcialidade do juízo" (AgRg no HC 656.920, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. 18.05.2021).

10 | INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ

- **STJ:** "O art. 156, II, do CPP - que faculta ao magistrado determinar, de ofício, a realização de diligências - não implica afronta ao princípio acusatório, nem lhe imprime parcialidade, apenas confere ao juiz da causa instrumento útil à busca da verdade real" (AgRg no RHC 132.769, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, j. 15.12.2020).

10 | INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ

- **STJ:** "É permitido ao Juiz determinar, de ofício, a produção de provas, caso entenda que elas são imprescindíveis para a solução do feito. Sendo assim, descabido falar em nulidade pela simples determinação de diligência. No caso, o Juízo processante, após a apresentação das alegações finais, converteu o julgamento em diligência, para determinar a apresentação de informações por instituições financeiras, o que não gera ofensa ao princípio acusatório e encontra previsão legal no art. 156, inciso II, do CPP" (AgRg no HC 564.148, Rel. Min. Laurita Vaz, 6ª Turma, j. 02.06.2020).

10 | INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ

- **STJ:** "O processo é produto da atividade cooperativa triangular entre o juiz e as partes, onde todos devem buscar a justa aplicação do ordenamento jurídico no caso concreto. A produção de prova testemunhal de ofício está ligada aos princípios da verdade real, do impulso oficial e da persuasão racional (livre convencimento motivado). O juiz pode entender pela necessidade de produção de prova essencial ao esclarecimento da verdade, em nítido caráter complementar" (AgRg no REsp 1.573.829, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 09.04.2019).

10 | INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ

- **STJ:** "(...) o juiz, após as alegações finais, por se tratar de infração penal que deixou vestígios (obtenção, mediante fraude, de financiamento em instituição financeira), converteu o julgamento em diligência e determinou, com fundamento no art. 156, II, do CPP, a realização de perícia grafotécnica em alguns documentos, com a finalidade de dirimir dúvida sobre ponto relevante para o deslinde da causa (autoria do fato), facultando às partes, ainda, o exercício dos direitos previstos no art. 159 do CPP (possibilidade de o acusado formular quesitos e indicar assistente técnico), o que não configura qualquer ilegalidade" (RHC 59.475, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. 09.06.2015).

- **STF:** "O art. 3º-A, incluído no CPP pela Lei 13.964, estabeleceu que 'O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação'. A estrutura acusatória do processo penal, prevista na primeira parte do dispositivo, apenas torna expresso, no texto do CPP, o princípio fundamental do processo penal brasileiro, extraído da sistemática constitucional (...). (...) A legítima vedação à substituição da atuação probatória do órgão de acusação significa que o juiz não pode, em hipótese alguma, tornar-se protagonista do processo. Simultaneamente, remanesce a possibilidade de o juiz, de ofício: (a) determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (art. 156, II); (b) determinar a oitiva de uma testemunha art. 209); (c) complementar a sua inquirição (art. 212); e (d) proferir sentença condenatória, ainda que o MP tenha opinado pela absolvição (art. 385). (...) Nestes termos, o novo art. 3º-A do CPP (...) deve ser interpretado de modo a vedar a substituição da atuação de qualquer das partes pelo juiz, sem impedir que o magistrado, pontualmente, nos limites legalmente autorizados, determine a realização de diligências voltadas a dirimir dúvida sobre ponto relevante" (ADI 6.298, Rel. Min. Luiz Fux, Plenário, j. 24.8.2023).



11 | INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

CPP, art. 157:

- **Caput:** "São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais".
- **§ 1º:** "São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras".
- **§ 2º:** "Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova".

11 | INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

- **Peças processuais que mencionem a prova ilícita:** "A denúncia, a pronúncia, o acórdão e as demais peças judiciais não são provas do crime, pelo que, em princípio, estão fora da regra de exclusão das provas obtidas por meios ilícitos – art. 5º, LVI, da CF. A legislação, ao tratar das provas ilícitas e derivadas, tampouco determina a exclusão de peças processuais que a elas façam referência" (STF, AgR no ARE 1.037.746, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 01.08.2017).

11 | INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

- **Teoria da descoberta inevitável:** "(...) mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (fruit of the poisonous tree), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no *caso Nix x Williams* (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º" (STF, HC 91.867, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 24.04.2012).

11 | INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

- **STF:** "A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do *male captum, bene retentum*. (...) A questão da doutrina dos frutos da árvore envenenada (fruits of the poisonous tree): a questão da ilicitude por derivação. Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. A exclusão da prova originariamente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do due process of law e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. (...)



11 | INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

- **STF:** (...) Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova – que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal –, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária" (HC 93.050, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 10.06.2008).



11 | INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

- **STJ:** "A teoria da descoberta inevitável está prevista em nosso ordenamento no art. 157, § 2º, do CPP (...). A construção teórica é oriunda dos Estados Unidos (inevitable discovery limitation) e foi adotada pela primeira vez na Suprema Corte daquele país no julgamento do caso Nix x Willians (467 US 431, 1984). Tratava-se de caso em que o investigado havia matado uma criança e escondido o corpo, o que motivou 200 voluntários a iniciarem um processo de busca. Durante a procura, a polícia ilegalmente extraiu uma confissão do acusado quanto à localização do cadáver e o encontrou no local por ele indicado. Na espécie, todavia, apesar da ilicitude da confissão, a Corte considerou que o caminho natural do plano previamente traçado para as buscas, em poucas horas, inevitavelmente passaria pelo lugar em que achado o corpo, razão pela qual a prova foi mantida nos autos. Por consistir em exceção à regra da exclusão das provas ilícitas - e, por consequência, a direito fundamental (art. 5º, LVI, da Constituição) - tal teoria deve ser interpretada restritivamente, até como forma de dar conformidade constitucional ao dispositivo legal, que limita o âmbito de aplicação da norma contida na Carta Magna quanto à exclusão das provas ilícitas" (HC 695.895, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, j. 08.11.2022).



11 | INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

- **Gravidade do crime:** "Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação" (STF, HC 80.949, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. 30.10.2001).

11 | INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

- **Distinção entre provas ilegítimas e provas ilícitas e possibilidade de renovação:** "A Constituição Federal considera inadmissível a prova obtida por meio ilícito e a consequência dessa inadmissão é aquela prevista no art. 157 do CPP. Embora a redação desse dispositivo, operada pela reforma de 2008, não haja distinguido a natureza da norma violada, tal não significou a superação da separação feita pela doutrina (amplamente aceita pela jurisprudência) de que provas contrárias à lei material ou a direitos do investigado ou réu, derivados da Constituição da República, pertencem ao gênero das provas ilegais. (...)

11 | INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

- **Distinção entre provas ilegítimas e provas ilícitas e possibilidade de renovação:** (...) A prova ilícita, em sentido estrito, deve, então, ser associada, exclusivamente, às obtidas com violação de direitos fundamentais, materiais ou protetivos de liberdades públicas, e não àquelas obtidas com a vulneração de normas puramente processuais, ainda que estas possam ter algum subsídio constitucional. Assim, as provas ilegais são ilegítimas quando infringirem normas de caráter procedimental ou de direito processual; e ilícitas quando violarem os princípios ou garantias constitucionais fundamentais ou as normas que versam sobre o direito material. E a consequência processual para a prova ilícita é a sua inadmissibilidade, a impedir o seu ingresso (ou exclusão) no processo, enquanto a prova ilegítima gera sua nulidade. (...)

11 | INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

- **Distinção entre provas ilegítimas e provas ilícitas e possibilidade de renovação:** (...) O acesso a mensagens do WhatsApp decorrente de busca pessoal e sem autorização judicial constitui violação de uma garantia fundamental e, portanto, sua utilização possui a natureza de prova ilícita, e não de prova meramente ilegítima. Sem embargo, ainda que excluída a prova ilícita, enquanto tal, é possível sua renovação, se, ainda existente e disponível no mundo real, puder ser trazida ao processo pelos meios legítimos e legais. Assim, muito embora a ilicitude imponha o desentranhamento das provas obtidas ilegalmente, nada impede seja renovada a coleta de dados (bancários, documentais, fotográficos etc), com a devida autorização judicial" (STJ, Rcl 36.734, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 3ª Seção, j. 10.02.2021).

11 | INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

- **Teoria do nexu causal atenuado ou da mancha purgada:** "A teoria dos frutos da árvore envenenada tem sua incidência delimitada pela exigência de que seja direto e imediato o nexu causal entre a obtenção ilícita de uma prova primária e a aquisição da prova secundária. De acordo com a teoria do nexu causal atenuado ou da mancha purgada, i) o lapso temporal decorrido entre a prova primária e a secundária; ii) as circunstâncias intervenientes na cadeia probatória; iii) a menor relevância da ilegalidade; ou iv) a vontade do agente em colaborar com a persecução criminal, entre outros elementos, atenuam a ilicitude originária, expurgando qualquer vício que possa recair sobre a prova secundária e afastando a inadmissibilidade de referida prova" (STJ, APn 856, Rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, j. 18.10.2017).

12 | DESCONTAMINAÇÃO DO JULGADO

- **CPP, art. 157, § 5º:** "O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão".

**Dispositivo idêntico,
incluído no CPP pela Lei
11.690/2008, foi vetado
pelo Presidente Lula.**

- **Razões do veto:** "O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso. Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, a sua redistribuição não atende necessariamente ao que propõe o dispositivo, eis que mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão colegiada".

12 | DESCONTAMINAÇÃO DO JULGADO

- **Importante:** o dispositivo, novamente introduzido no CPP pela Lei Anticrime, havia tido sua eficácia suspensa por decisão do Ministro Fux e, em agosto de 2023, foi declarado inconstitucional pelo STF no julgamento da **ADI 6.299**.

13 | CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA

- **CPP, art. 158-A, caput:** "Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte".
- **Etapas (CPP, art. 158-B):** reconhecimento, isolamento, fixação, coleta, acondicionamento, transporte, recebimento, processamento, armazenamento e descarte.

13 | CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA

- **Finalidade a aplicação para fatos anteriores à Lei Anticrime:** "A principal finalidade da cadeia de custódia é garantir que os vestígios deixados no mundo material por uma infração penal correspondem exatamente àqueles arrecadados pela polícia, examinados e apresentados em juízo. Embora o específico regramento dos arts. 158-A a 158-F do CPP (introduzidos pela Lei 13.964/2019) não retroaja, a necessidade de preservar a cadeia de custódia não surgiu com eles. Afinal, a ideia de cadeia de custódia é logicamente indissociável do próprio conceito de corpo de delito, constante no CPP desde a redação original de seu art. 158. Por isso, mesmo para fatos anteriores a 2019, é necessário avaliar a preservação da cadeia de custódia" (STJ, AgRg no RHC 143.169, Rel. p/ acórdão Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 07.02.2023).

13 | CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA

- **Aplicação para fatos anteriores à Lei Anticrime:** "Ressalte-se que embora os dispositivos legais relativos à cadeia de custódia da prova somente tenham sido positivados em 2019, com a aprovação do pacote anticrime, ou seja, após o auto de apreensão, as diretrizes estabelecidas por essa teoria já se encontravam consolidadas no âmbito da doutrina e da jurisprudência, razão pela qual entendo serem aplicáveis ao caso" (Ministro Gilmar Mendes, voto no HC 214.908, j. 27.09.2022).

13 | CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA

- **Registro fotográfico do material apreendido:** "Quebra da cadeia de custódia da prova. Não verificada. Não obrigatoriedade do registro fotográfico do material apreendido (art. 158-B, inciso III, do CPP)" (STF, AgR no HC 205.294, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, j. 23.11.2021).

13 | CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA

- **Cadeia de custódia de diálogos interceptados:** "Em se tratando de interceptação de mensagens telefônicas, sem nenhuma apreensão dos aparelhos eletrônicos, a manutenção da cadeia de custódia corresponde ao ônus do Estado de manter disponível a integralidade das conversas, desde a sua captação até a sua utilização como prova na decisão. O uso de programa de computador, criado pela Polícia Federal, diferente daquele utilizado pelo fabricante do aparelho Blackberry, apenas para decifrar e transcrever as mensagens trocadas, por não possuir proibição normativa expressa, e não acarretar nenhum prejuízo concreto, não configura manifesta ilegalidade a ser sanada por meio de habeas corpus" (STJ, AgRg no HC 633.447, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 22.08.2023).

13 | CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA

- **Preclusão:** "A superveniência de sentença condenatória não tem o condão de prejudicar a análise da tese defensiva de que teria havido quebra da cadeia de custódia da prova, em razão de a substância entorpecente haver sido entregue para perícia sem o necessário lacre. Isso porque, ao contrário do que ocorre com a prisão preventiva, por exemplo - que tem natureza rebus sic standibus, isto é, que se caracteriza pelo dinamismo existente na situação de fato que justifica a medida constritiva, a qual deve submeter-se sempre a constante avaliação do magistrado -, o caso dos autos traz hipótese em que houve uma desconformidade entre o procedimento usado na coleta e no acondicionamento de determinadas substâncias supostamente apreendidas com o paciente e o modelo previsto no Código de Processo Penal, fenômeno processual, esse, produzido ainda na fase inquisitorial, que se tornou estático e não modificável e, mais do que isso, que subsidiou a própria comprovação da materialidade e da autoria delitivas" (STJ, HC 653.515, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, j. 23.11.2021).

13 | CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA

- **Consequência da quebra:** "Se é certo que, por um lado, o legislador trouxe, nos arts. 158-A a 158-F do CPP, determinações extremamente detalhadas de como se deve preservar a cadeia de custódia da prova, também é certo que, por outro, ficou-se em silêncio em relação aos critérios objetivos para definir quando ocorre a quebra da cadeia de custódia e quais as consequências jurídicas, para o processo penal, dessa quebra ou do descumprimento de um desses dispositivos legais. No âmbito da doutrina, as soluções apresentadas são as mais diversas. (...) Mostra-se mais adequada a posição que sustenta que as irregularidades constantes da cadeia de custódia devem ser sopesadas pelo magistrado com todos os elementos produzidos na instrução, a fim de aferir se a prova é confiável. Assim, à míngua de outras provas capazes de dar sustentação à acusação, deve a pretensão ser julgada improcedente, por insuficiência probatória, e o réu ser absolvido. (...) A questão relativa à quebra da cadeia de custódia da prova merece tratamento acurado, conforme o caso analisado em concreto, de maneira que, a depender das peculiaridades da hipótese analisada, pode haver diferentes desfechos processuais para os casos de descumprimento do assentado no referido dispositivo legal" (STJ, HC 653.515, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, j. 23.11.2021).

13 | CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA

- **Ainda sobre a consequência da quebra:** "O instituto da quebra da cadeia de custódia refere-se à idoneidade do caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, e uma vez ocorrida qualquer interferência durante o trâmite processual, esta pode implicar, mas não necessariamente, a sua imprestabilidade" (STJ, AgRg no RHC 147.885, Rel. Min. Olindo Menezes, 6ª Turma, j. 07.12.2021).

13 | CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA

- **Cadeia de custódia da prova digital:** "(...) Diante da volatilidade dos dados telemáticos e da maior suscetibilidade a alterações, imprescindível se faz a adoção de mecanismos que assegurem a preservação integral dos vestígios probatórios, de forma que seja possível a constatação de eventuais alterações, intencionais ou não, dos elementos inicialmente coletados, demonstrando-se a higidez do caminho percorrido pelo material. A auditabilidade, a repetibilidade, a reprodutibilidade e a justificabilidade são quatro aspectos essenciais das evidências digitais, os quais buscam ser garantidos pela utilização de metodologias e procedimentos certificados, como, e.g., os recomendados pela ABNT. A observação do princípio da mesmidade visa a assegurar a confiabilidade da prova, a fim de que seja possível se verificar a correspondência entre aquilo que foi colhido e o que resultou de todo o processo de extração da prova de seu substrato digital. Uma forma de se garantir a mesmidade dos elementos digitais é a utilização da técnica de algoritmo hash, a qual deve vir acompanhada da utilização de um software confiável, auditável e amplamente certificado, que possibilite o acesso, a interpretação e a extração dos dados do arquivo digital. (...) Neste caso, não houve a adoção de procedimentos que assegurassem a idoneidade e a integridade dos elementos obtidos pela extração dos dados do celular apreendido. Logo, evidentes o prejuízo causado pela quebra da cadeia de custódia e a imprestabilidade da prova digital" (STJ, AgRg no HC 828.054, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, j. 23.4.2024).

14 | SE QUISER APROFUNDAR

- **Ministro Rogerio Schietti Cruz**, voto no HC 695.895, j. 08.11.2022.
- **Ministro Rogerio Schietti Cruz**, voto no HC 653.515, j. 23.11.2021.
- **Ministro Gilmar Mendes**, voto no HC 214.908, j. 27.09.2022.
- Acórdão da Rcl 36.734, STJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 3ª Seção, j. 10.02.2021.
- **Geraldo Prado**, *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. Marcial Pons.

Caio Paiva

profcei.caiopaiva@gmail.com