



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS  
Curso de Bacharelado em Direito

**ISABELA ROSA SAMBUICHI**

**AS TEORIAS DE (IN)ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS E SUA  
APLICAÇÃO NO ÂMBITO DO TJDF**

**BRASÍLIA  
2023**

**ISABELA ROSA SAMBUICHI**

**AS TEORIAS DE (IN)ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS E SUA  
APLICAÇÃO NO ÂMBITO DO TJDF**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Prof. Marcus Vinicius Reis Bastos

**BRASÍLIA  
2023**

**ISABELA ROSA SAMBUICHI**

**AS TEORIAS DE (IN)ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS E SUA  
APLICAÇÃO NO ÂMBITO DO TJDF**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Prof. Marcus Vinicius Reis Bastos

**BRASÍLIA, DIA MÊS ANO**

**BANCA AVALIADORA**

---

**Professor(a) Orientador(a)**

---

**Professor(a) Avaliador(a)**

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

<b>ABNT</b>	<b>Associação Brasileira de Normas Técnicas</b>
<b>Art.</b>	<b>Artigo</b>
<b>CPB</b>	<b>Código Penal Brasileiro</b>
<b>CPPB</b>	<b>Código de Processo Penal Brasileiro</b>
<b>CRFB</b>	<b>Constituição da República Federativa do Brasil</b>
<b>STF</b>	<b>Superior Tribunal Federal</b>
<b>STJ</b>	<b>Superior Tribunal de Justiça</b>
<b>TJDFT</b>	<b>Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios</b>
<b>UniCEUB</b>	<b>Centro Universitário de Brasília</b>

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. CARACTERÍSTICAS GERAIS DA PROVA	3
2.1. Conceitos	3
2.2. Classificações	3
2.2.1. Quanto ao valor da prova	3
2.2.2. Quanto ao objeto	4
2.2.3. Quanto ao sujeito	4
2.2.4. Quanto à forma	4
3. PROVAS ILÍCITAS	6
3.1. Requisitos de Existência, Legalidade e Validade da Prova	6
3.1.1. Requisitos de existência	6
3.1.2. Requisito de legalidade	7
3.1.3. Requisito de validade	7
3.2. A Prova Ilegítima <i>versus</i> Prova Ilícita	8
3.3. Princípio da Legalidade <i>versus</i> Princípio da Proporcionalidade	8
3.4. Princípio <i>Pro Reo versus</i> Princípio <i>Pro Societate</i>	9
3.5. A Evolução da Admissibilidade das Provas Ilícitas no Direito Brasileiro	10
4. AS TEORIAS DA (IN)ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS OU DERIVADAS	12
4.1. Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada	12
4.2. Teoria das Fontes Independentes	12
4.3. Teoria da Descoberta Inevitável	13
4.4. Teoria da Mancha Diluída	13
5. A JURISPRUDÊNCIA DO TJDFE QUANTO ÀS PROVAS ILÍCITAS	16
5.1. Considerações Iniciais	16

5.2. Do Resultado da Pesquisa	18
5.2.1. Do flagrante	18
5.2.2. Da busca pessoal	20
5.2.3. Do depoimento e interrogatório	20
5.2.3. Do inquérito policial	21
5.2.4. Da prova emprestada	21
5.2.5. Da quebra de sigilo bancário e telefônico	21
5.2.6. Do acesso a conversas de redes sociais	21
5.2.7. Do acesso a celular e computadores	22
5.2.8. Do reconhecimento	24
5.2.9. Da violação de domicílio	24
5.2.10. Da audiência por videoconferência	25
5.2.11. Da prova documental forjada	25
5.3. Conclusão	26
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	27
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	29

## 1. INTRODUÇÃO

O grande e eterno desafio do Direito Penal é encontrar o complexo, porém delicado equilíbrio entre os limites do poder de punir do Estado e a efetividade das funções da pena. Ora tendendo a permitir arbitrariedades e opressão de seus próprios indivíduos por parte do Estado, ora tendendo a uma impunidade generalizada dada a ineficácia do sistema penal, o Direito está sempre se modificando conforme a evolução da sociedade.

Quando se tem um Estado forte e opressor, os direitos fundamentais do homem não são respeitados, fazendo com que haja a privação da liberdade, e algumas vezes da própria vida, de vários inocentes. Não raro são os casos em que provas são forjadas, obtidas por meios ilegais ou simplesmente não existem, mas ainda assim as pessoas sofrem da opressão penal por mera arbitrariedade dos agentes do Estado.

Por outro lado, quando o sistema penal é deficitário e ineficiente, a pena perde sua função. Não havendo consequência para os crimes, cresce uma sensação de impunidade na sociedade, de forma que não há mais a função geral da pena, seja positiva ou negativa, visto que a norma se torna ineficaz e as pessoas não são coagidas a obedecê-la. Não há, principalmente, o que se falar na função ressocializadora da pena se o agente não sofre dela, ou apenas é jogado em uma cela e esquecido pela sociedade.

Nesta dicotomia, há a vertente criminológica que considera o crime como um comportamento social, devendo ser assim estudado e trabalhado num contexto sociopolítico. Um dos teóricos desta vertente é Durkheim<sup>1</sup>, que considera que o “crime é normal porque uma sociedade isenta dele é impossível”. Neste sentido, a sociedade não pode seguir em um sentido de erradicar o crime, mas sim, manter seu número em um patamar saudável à população e lidar com suas consequências.

Desta forma, ao assumir que é impossível acabar com todo o crime de uma sociedade, cria-se um questionamento de qual seria o caminho ideal para o Direito Penal: um rigorismo que admite que hajam inocentes condenados, contanto que se minimize ao máximo as impunidades – podendo-se citar o funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs<sup>2</sup> –, ou um garantismo penal que se pauta em um sistema de garantias mínimas ao homem, que admite que criminosos se vejam impunes, contanto que inocentes não sejam condenados injustamente.

---

<sup>1</sup> DURKHEIM, Emile. As regras do método sociológico. Tradução de Paulo Neves. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

<sup>2</sup> MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. The third pace of criminal law: enemy criminal law. 2006. 699 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

Representante do garantismo penal, Aury Lopes Junior<sup>3</sup> defende que impor limites ao poder punitivo do Estado não é gerador de impunidades, mas sim legitimador do próprio poder do Estado.

Em nosso processo penal atual, um valor fundante é o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal: “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. E por isto, o acusador deve provar que o acusado é culpado daquilo que lhe acusa.

Neste contexto, a prova detém um importante papel neste equilíbrio de direitos fundamentais e poder punitivo do Estado, visto que a partir dela se mostra a veracidade dos fatos de forma a fundamentar a decisão do julgador.

A obtenção da prova, por muitas vezes, no afã de justiça, acaba ferindo os direitos fundamentais dos acusados. Ao longo das transformações sofridas pelo direito penal, modificaram-se também a forma que essas provas eram aceitas no processo. A possibilidade de utilização das provas obtidas de forma ilícita é, não raramente, objeto de discussão no processo e na doutrina penal.

Se antes a prova ilícita era completamente descartada dos autos do processo penal, hoje vê-se uma relativização do art. 157<sup>4</sup> do Código de Processo Penal em nome do Princípio da Proporcionalidade, sob o argumento da periculosidade do acusado ante as provas de autoria do crime, ainda que estas sejam ilícitas.

Neste sentido, defende Fernando Capez<sup>5</sup> que os princípios constitucionais, como o da proporcionalidade, “autorizam a utilização da prova ilícita sempre que bens de maior magnitude, como a vida e a liberdade do indivíduo, estejam em jogo”.

---

<sup>3</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Fundamentos do Processo Penal. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

<sup>4</sup> Art, 157 do CPPB: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

<sup>5</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 29ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.



## 2. CARACTERÍSTICAS GERAIS DA PROVA

### 2.1. Conceitos

A prova é uma terminologia jurídica considerada plurívoca.

Segundo Aury Lopes Junior<sup>6</sup>, integra juntamente com o processo penal, os modos de construção do convencimento do julgador que influenciará sua convicção e legitimará a sentença.

Já Nucci<sup>7</sup> destaca três significados para o instituto da prova, sendo eles: o ato de prova, o meio de prova, e o resultado da prova. O ato de prova é o processo pelo qual se verifica a veracidade do fato alegado pelas partes no processo. O meio de prova é o próprio instrumento pelo qual se demonstra essa verdade, podendo ser considerado como a prova em si. O resultado da prova, por fim, se trata do produto extraído da análise dos instrumentos de provas, ou seja, a valoração que o juiz dá a elas.

### 2.2. Classificações

Fernando Capez<sup>8</sup> classifica as provas conforme o valor, o objeto, o sujeito e a forma.

#### 2.2.1. Quanto ao valor da prova

A classificação quanto ao valor da prova, segundo Capez<sup>9</sup>, se dá baseado no grau de certeza gerado pela sua apreciação. Assim, ela pode ser dividida em prova plena e prova indiciária ou prova não plena.

A prova plena é aquela convincente e verossímil que não deixa dúvidas quanto ao fato que se deseja provar, ou seja, aquela convincente para a formação do juízo acerca dos fatos provados. A prova indiciária, por sua vez, é aquela em que não há certeza do fato, trazendo apenas uma probabilidade.

O Código de Processo Penal, em seu art. 239, estabelece como indício: “a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

---

<sup>6</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>7</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Processual Penal. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

<sup>8</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 29ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

<sup>9</sup> *Idem*.

### 2.2.2. Quanto ao objeto

A classificação quanto ao objeto da prova se dá quanto ao fato que ela se refere, dividindo-se em prova direta e indireta. As provas diretas se referem ao fato principal, à tipicidade da norma aplicada. Segundo Malatesta<sup>10</sup>, essa hipótese “considera o caso de a prova ter por objeto imediato o delito ou algo diverso do delito”. Um exemplo disso é o caso de uma testemunha visual do fato crime.

As provas indiretas, por sua vez, se referem a circunstâncias secundárias, mas que leva ao fato principal através da lógica ou indução. Malatesta<sup>11</sup> considera o “caso de a prova não consistir em elemento incriminatório ou numa coisa diversa do delito”. Um exemplo de prova indireta ocorre no caso de álibis, pois, se alguém atesta que a pessoa estava em um determinado local diferente de onde ocorrera o fato, ela não poderia ter cometido o crime.

### 2.2.3. Quanto ao sujeito

A classificação das provas quanto ao sujeito se refere ao objeto prova. Se a prova se dá por um ser humano, como uma testemunha, ela consiste em uma prova pessoal. Nas palavras de Malatesta<sup>12</sup>, “prova pessoal de um fato consiste na revelação consciente, feita pela pessoa”.

Quando, porém, ela consiste em um objeto externo ao ser humano, ela é classificada como prova real. A prova real é a mais abrangente, podendo ser um documento, arma do crime, ou mesmo um cadáver.

### 2.2.4. Quanto à forma

Capez<sup>13</sup> classifica a prova quanto à forma ou aparência em testemunhal, quando resultante de depoimento prestado por sujeito estranho ao processo, documental, quando produzida por meio de documentos, ou material, quando produzida por meio químico, físico ou biológico.

A prova testemunhal também é subclassificada quanto ao fato em direta e indireta por Mehmeri<sup>14</sup>. A prova testemunhal direta ocorre quando o depoimento é da pessoa que viu diretamente o fato. A prova testemunhal indireta ocorre quando o depoimento é de testemunha que ouviu a pessoa que viu diretamente o fato falar sobre ele.

---

<sup>10</sup> MALATESTA, Nicola Framarino dei. A lógica das provas em matéria criminal. Campinas: Brookseller, 2001.

<sup>11</sup> *Idem.*

<sup>12</sup> *Idem.*

<sup>13</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 29ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

<sup>14</sup> MEHMERI, Adilson. Manual Universitário de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 1996.

O testemunho indireto não é considerado prova suficiente para sustentar condenação penal, conforme entendimento dado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo em Recurso Especial 1923674/RS<sup>15</sup>:

“Ementa

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. TRIBUNAL DO JÚRI. APLICABILIDADE DO ART. 155 DO CPP. DEPOIMENTO INDIRETO QUE NÃO É SUFICIENTE PARA SUSTENTAR A CONDENAÇÃO. ENTENDIMENTO RECENTEMENTE FIRMADO POR ESTA QUINTA TURMA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O art. 155 do CPP, ao impedir que as condenações se baseiem somente em elementos colhidos durante o inquérito judicial, aplica-se também aos vereditos do tribunal do júri. Além disso, o testemunho indireto – ainda que produzido em juízo – não é suficiente para sustentar a condenação. Conclusões recentemente firmadas por esta Quinta Turma no julgamento do REsp 1.916.733/MG, de minha relatoria, julgado em 23/11/2021, DJe 29/11/2021.

2. Agravo regimental desprovido”.

Os documentos, por sua vez, são “quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares”, conforme o art. 232 do Código de Processo Penal. Capez<sup>16</sup> ensina que atualmente o conceito de documento é mais amplo, abrangendo não apenas escritos, mas “qualquer forma corporificada de expressão do sentimento ou pensamento humano, tais como a fotografia, a filmagem, a gravação, a pintura, o desenho, o e-mail etc”.

Por fim, as provas materiais são aquelas produzidas por meios físicos, químicos ou biológicos, como as perícias. As perícias são meios de provas que consiste em exame elaborado por pessoa, sendo esta, em regra, profissional dotado de conhecimentos técnicos específicos<sup>17</sup>. Apesar do caráter mais técnico, o juiz não é vinculado a ela, podendo discordar dela no todo ou em parte<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 1923674/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em: 15 fev. 2022, DJe: 21 fev. 2022.

<sup>16</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 29ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

<sup>17</sup> *Idem*.

<sup>18</sup> Art. 182 do CPPB: “O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte”.

### 3. PROVAS ILÍCITAS

A nulidade das provas no processo penal tem construções diversas sendo a mais difundida a que procura fundar a natureza jurídica da nulidade na concepção de ato processual como negócio jurídico<sup>19</sup>.

Assim, ao se reconstruir a noção de ato jurídico, tem-se que as provas, para serem consideradas no âmbito penal, devem atender as condições de existência, legalidade e validade. Não atendendo quaisquer destes requisitos, a prova deve ser desentranhada dos autos<sup>20</sup>.

#### 3.1. Requisitos de Existência, Legalidade e Validade da Prova

##### 3.1.1. Requisitos de existência

Os requisitos para a existência se dá a todo objeto e atos jurídicos. Antes mesmo que qualquer discussão acerca da validade do ato jurídico, deve-se verificar a existência desse ato.

Nas palavras de Pontes de Miranda<sup>21</sup>:

Para que algo valha, é preciso que exista. Não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe. A questão da existência é questão prévia. Somente depois de se afirmar que existe é possível pensar-se em validade ou invalidade. Nem tudo o que existe é suscetível de a seu respeito discutir-se se vale, ou se não vale. Não se há de afirmar nem de negar que o nascimento, ou a morte, ou a avulsão, ou o pagamento valha. Não tem sentido. Tampouco a respeito do que não existe: se não houve o ato jurídico, nada há possa ser válido ou inválido. Os conceitos de validade ou invalidade só se referem a atos jurídicos, isto é, a atos humanos que entraram (plano de existência) no mundo jurídico e se tornaram, assim, jurídicos

Do ponto de vista jurídico, para que um ato seja existente, é necessário que se tenha: manifestação de vontade, objeto e materialização de sua forma conforme definida em lei. No caso das provas, o que mais ocorre no campo jurídico é a não observância da forma definida por lei.

Um exemplo disso é dado por Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes<sup>22</sup> os quais apontam que “a denúncia ou queixa não assinada

---

<sup>19</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no processo penal. 3ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2017.

<sup>20</sup> Art. 157 do CPPB: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

<sup>21</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco C. Tratado das ações. Revista dos Tribunais, Tomo IV, 1973.

<sup>22</sup> FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães & GRINOVER, Ada Pellegrini. As nulidades no processo penal. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

também pode significar inexistência”. Outro exemplo ocorre quando a prova é desentranhada do processo, deixando de existir no mundo jurídico.

A existência da prova é requisito essencial para que esta seja usada em fundamentação de sentença dada pelo juiz de direito. Ainda assim, é possível encontrar julgados que tenham anulado sentenças proferidas com base em prova documental inexistente, como o julgado da 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais<sup>23</sup>:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - INCIDENTE PROCESSUAL - IMPUGNAÇÃO À JUSTIÇA GRATUITA - SENTENÇA - FUNDAMENTAÇÃO - PROVA INEXISTENTE - NULIDADE - RECONHECIMENTO.

- A Sentença proferida com base em prova documental que não consta dos autos, está em desacordo com as diretrizes que norteiam os procedimentos judiciais, bem como ao disposto no art. 131, do CPC/73.

- Apesar da liberdade que tem o juiz na apreciação da prova, não pode amparar-se em prova inexistente, sob pena de nulidade.

- Caracterizada a nulidade processual impõe-se a cassação da sentença e o retorno dos autos à origem, para que seja proferida nova decisão, com base nas provas constantes dos autos, sob pena de supressão de instância e cerceamento de defesa.

### 3.1.2. Requisito de legalidade

A legalidade é um requisito dado como uma restrição ao poder do Estado, de forma a garantir aos cidadãos que não serão acusados de algo que não é considerado crime.

A legalidade das provas se dá no campo formal e material<sup>24</sup>. No campo formal, verifica-se se sua realização obedeceu a todos os critérios, procedimentos e trâmites adotados pela norma vigente, sendo esta a condição da legitimidade da prova. No campo material, verifica-se o respeito a todas as proibições previstas nas normas, assim como aos princípios constitucionais, sendo esta a condição da licitude da prova.

### 3.1.3. Requisito de validade

A validade das provas confunde-se com o plano de existência, visto que ambos dizem respeito às condições de forma impostas pela legislação. A validade, porém, refere-se ao plano de nulidades. Conforme o disposto por Aury Lopes Jr.<sup>25</sup>, a diferença entre a existência e a validade é que esta existe, tendo o ato sido realizado, porém, de forma falha, apresentando, portanto, defeito.

---

<sup>23</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0707.15.008920-9/001, Rel. Des. EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA, DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, julgado em: 16 fev. 2017, publicado em: 03 mar. 2017.

<sup>24</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 29ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

<sup>25</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

### **3.2. A Prova Ilegítima *versus* Prova Ilícita**

A prova ilícita é aquela que viola direito material ou princípio constitucional. A ilicitude da prova é insanável e ocorre no momento de colhimento da prova, podendo ser antes da formação ou durante o processo penal.

Este tipo de prova é inadmissível, de forma que, demonstrado sua ilicitude, devem ser desentranhadas dos autos, conforme o disposto no art. 157 do Código do Processo Penal: “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

A ilicitude da prova pode ser original ou derivada. A prova derivada é aquela em si mesma lícita, porém, obtida a partir de uma prova ilícita<sup>26</sup>. As provas derivadas das ilícitas serão analisadas posteriormente.

A prova ilegítima, por sua vez, é aquela que viola as regras processuais, como um prazo processual, por exemplo. O descumprimento da prova se dá na fase interna ao processo, por meio de um ato processual. As provas ilegítimas podem ter sua nulidade sanada ou serem refeitas, conforme o art. 573 do Código de Processo Penal: “Art. 573. Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados”.

### **3.3. Princípio da Legalidade *versus* Princípio da Proporcionalidade**

O princípio da legalidade se dá pelo art. 5º da CRFB, incisos II e XXXIX (“II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”; e “XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina nem prévia cominação legal”) e pelo art. 1º do Código Penal (“Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”) Assim, o princípio garante que os indivíduos não sofrerão de arbitrariedades do Estado, em seu direito de liberdade<sup>27</sup>.

Alguns autores consideram o princípio da legalidade como sinônimo de reserva legal, entretanto, Fernando Capez<sup>28</sup> os diferencia, determinando o princípio da legalidade como gênero que compreende duas espécies: o princípio da reserva legal, dado pelo inciso II do art. 5º da CRFB e primeira parte do art. 1º do CPB, e o princípio da anterioridade da lei penal, dado pelo inciso XXXIX do art. 5º da CRFB e segunda parte do CPB.

---

<sup>26</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 29ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

<sup>27</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>28</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Parte Geral, arts. 1º a 120. Vol. 1. 26ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

O princípio da proporcionalidade se desenvolveu na Alemanha pós-guerra, segundo o qual, em caso de conflito de preceitos fundamentais, o julgador poderá submeter o princípio de menor relevância ao de maior valor social<sup>29</sup>, fazendo, assim, um juízo de valor entre os princípios.

Os dois princípios entram em aparente conflito, visto que o princípio da proporcionalidade por vezes, é invocado de forma a ignorar o próprio princípio da legalidade, ou seja, de forma a imputar penalidades fora do disposto na legislação, seja pela forma, quantidade ou mesmo com sua fundamentação baseada em atos ilícitos, sendo utilizada, segundo Aury Lopes Junior<sup>30</sup> de forma banalizada pelo Poder Judiciário.

Apesar desse aparente conflito, os dois princípios não são opostos, mas sim complementares. Capez<sup>31</sup> defende que não existe propriamente conflito entre princípios e garantias constitucionais, de forma que, por meio do princípio da proporcionalidade, os princípios e garantias constitucionais se harmonizem, mas não que um seja suprimido com relação ao outro.

Outros autores, como Antônio Magalhães Gomes Filho<sup>32</sup>, defendem que o princípio da proporcionalidade deve apenas ser invocado em caso de prova ilícita *pro reo*, no qual o princípio da legalidade poderia ser mitigado em razão do direito máximo à prova da inocência, não apenas pela liberdade e pela dignidade humana serem valores inestimáveis, mas também porque não importa ao Estado a punição do inocente.

### **3.4. Princípio *Pro Reo* versus Princípio *Pro Societate***

O princípio do *in dubio pro reo* ou *favor rei* deriva do princípio da presunção de inocência e determina que o acusado sempre terá seu interesse prevalecido quando confrontado pelo direito de punir do Estado enquanto não for provado sua culpa. Este princípio se encontra marcado no art. 386, inciso VII do Código de Processo Penal:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:  
(...)

---

<sup>29</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 29ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

<sup>30</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>31</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 29ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

<sup>32</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 18, n. 85, p. 393-410, jul./ago. 2010.

VII – não existir prova suficiente para a condenação.

O princípio do *in dubio pro societate*, por sua vez, determina que, havendo dúvidas sobre alguma matéria de direito, o interesse da sociedade deve prevalecer.

No direito penal prevalece o princípio do *in dubio pro reo*, porém, tem-se alguns casos de prevalência do *in dubio pro societate*. Estes são os casos das prisões temporárias ou preventivas, que, havendo suficientes indícios de autoria ou perigo, decreta-se a prisão do indivíduo antes do trânsito em julgado, visto a proteção do interesse da sociedade<sup>33</sup>.

Tal mudança de princípio é duramente criticado por autores como Aury Lopes Junior<sup>34</sup>, que defende que a democracia valoriza o indivíduo frente ao Estado e não o oposto, de forma que o princípio que primeiro impera no processo penal é o da proteção dos inocentes.

Em relação à admissibilidade de provas ilícitas, tem-se a presente utilização do princípio do *in dubio pro reo* de forma a aceitar as provas ilícitas se estas foram colhidas pelo réu de forma a provar sua inocência. Essa admissibilidade se baseia no fato de que atos praticados em legítima defesa têm excludente de ilicitude. Sendo a prova colhida de forma a comprovar a própria inocência considerada como legítima defesa, elas não são, portanto, ilícitas e não devem ser desentranhadas dos autos<sup>35</sup>.

### **3.5. A Evolução da Admissibilidade das Provas Ilícitas no Direito Brasileiro**

Antônio Magalhães Gomes Filho<sup>36</sup>, em seu artigo “A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro”, ensina que na jurisprudência anterior à atual Constituição preponderou o que Ricardo Cintra Torres de Carvalho<sup>37</sup> denominou de “princípio da veracidade da prova”, sendo a prova analisada pelo seu poder de convencimento.

Dessa forma, as provas obtidas de maneira irregular eram aceitas no processo judicial, mas suas irregularidades eram apuradas de forma administrativa ou penal à parte do processo principal.

---

<sup>33</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>34</sup> *Idem*.

<sup>35</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 29ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

<sup>36</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 18, n. 85, p. 393-410, jul./ago. 2010.

<sup>37</sup> CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de. A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal: um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana, RBCCrim, 3(12): 162-200, 1995 *apud* GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 18, n. 85, p. 393-410, jul./ago. 2010.



Foi apenas na década de 60, explica Gomes Filho<sup>38</sup>, que começaram a considerar que as provas obtidas de maneira ilícita contaminavam todo o processo. Esse entendimento passou a ser adotado pelo STF em 1977<sup>39</sup> e foi consagrado na Constituição Federal de 1988 ao estabelecer em seu inciso LVI do art. 5º: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Da mesma forma, a Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008 modificou o art. 157 do Código de Processo Penal. O art. 157 tinha como redação: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”. Após a reforma da Lei nº 11.690/2008, o artigo passou a ter a seguinte redação:

Art. 157. 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.  
§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

Passou-se, então, a discutir qual a extensão de inadmissibilidade das provas ilícitas.

---

<sup>38</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 18, n. 85, p. 393-410, jul./ago. 2010.

<sup>39</sup> RE 85.439, 11.11.77, Xavier, RTJ 84/609

## **4. AS TEORIAS DA (IN)ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS OU DERIVADAS**

No direito penal, existem algumas teorias que defendem a inadmissibilidade das provas ilícitas ou derivadas, enquanto outras defendem a admissibilidade dessas provas. Elenco abaixo algumas das mais importantes.

### **4.1. Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada**

A teoria dos frutos da árvore envenenada surgiu inicialmente no direito norte-americano com o nome de *theory of the fruits of the poisonous tree*<sup>40</sup>. Utilizando-se de uma metáfora, a teoria aborda a ideia de que os frutos de uma árvore envenenada ainda seriam venenosos, desta forma, as provas que fossem derivadas das ilícitas, seriam ilícitas pela contaminação desde sua origem.

Trazendo para o plano real, a teoria afirma que as provas derivadas de uma prova ilícita ainda seriam contaminadas e, portanto, deveriam ser consideradas ilícitas. Esta teoria pode ser observada na norma brasileira por meio do § 1º do art. 157 do Código de Processo Penal Brasileiro:

§ 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.

### **4.2. Teoria das Fontes Independentes**

O § 1º do art. 157 do Código de Processo Penal transcrito acima permite a utilização das provas derivadas das ilícitas quando elas podem ser obtidas por fonte independente. O § 2º do mesmo artigo determina o que deve ser considerado como fonte independente:

§ 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.

---

<sup>40</sup> U.S. Supreme Court. *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920).

Esta teoria também teve origem no direito norte-americano<sup>41</sup>, sendo incorporado no direito pátrio pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, que modificou o art. 157 do Código de Processo Penal.

Neste caso não se trata de exceção à regra de contaminação da prova derivada propriamente dita, mas sim uma exclusão de causalidade entre a prova que fundamenta a condenação e a obtida ilicitamente, de forma que não há derivação de prova inconstitucional<sup>42</sup>.

### **4.3. Teoria da Descoberta Inevitável**

A teoria da descoberta inevitável, por sua vez, diz que a prova derivada da ilícita pode ser aceita se ela seria inevitavelmente descoberta pelas autoridades ainda que não houvesse tido a prova ilícita originalmente<sup>43</sup>.

Assim, ainda que sua origem seja ilícita, ainda que se retirasse essa origem e ela ainda teria sido descoberta ou produzida por outros meios lícitos, ela não deve ser desentranhada dos autos, podendo ser utilizada no processo.

Originada também no direito norte-americano<sup>44</sup>, a teoria confunde-se com a teoria da fonte independente, mas sua diferença principal se encontra na origem da prova. No caso da teoria da fonte independente, a prova derivada possui uma origem ilícita e uma lícita, enquanto no caso da teoria da descoberta inevitável, a prova tem uma origem ilícita, mas as circunstâncias são tais que ela poderia ter sido descoberta por meios lícitos<sup>45</sup>.

### **4.4. Teoria da Mancha Diluída**

Também chamada de limitação da mancha purgada ou teoria do nexo causal atenuado, a teoria da mancha diluída diz respeito a uma prova lícita, mas que derive de fatores que na sua origem distante venha de uma prova ilícita<sup>46</sup>. Utilizando também de uma metáfora, a teoria diz que uma mancha de óleo, apesar de sua contaminação, ao ser despejada no oceano, acabará por

---

<sup>41</sup> *U.S. Supreme Court. Bynum v. U.S.*, 423 U.S. 952 (1975).

<sup>42</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 85, p. 393-410, jul./ago. 2010.

<sup>43</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 29ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

<sup>44</sup> *U.S. Supreme Court. Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984).

<sup>45</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 85, p. 393-410, jul./ago. 2010.

<sup>46</sup> ZORZAN, Gilcinéia. A evolução da prova ilícita no processo penal brasileiro. *JUS.com.br*, 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31506/a-evolucao-da-prova-ilicita-no-processo-penal-brasileiro>. Acesso em: 06 mar. 2023.

se diluir de tal forma que não poderá se considerar que uma amostra da água do oceano estará contaminada por essa mancha.

Assim, esta teoria verifica o lapso temporal transcorrido entre a prova ilícita originária e a prova em questão, as circunstâncias da cadeia probatória, a relevância da ilegalidade ou a vontade do agente de colaborar com a persecução criminal, como disposto na Ação Penal nº 856/DF do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria da Ministra Nancy Andrichi<sup>47</sup>:

#### EMENTA

AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL. PROVA PRODUZIDA NO EXTERIOR. PARÂMETRO DE VALIDADE. ADMISSIBILIDADE NO PROCESSO. ORDEM PÚBLICA, SOBERANIA NACIONAL E BONS COSTUMES. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PROVAS ILÍCITAS DERIVADAS. FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. EXCEÇÕES. TEORIA DA MANCHA PURGADA. NEXO DE CAUSALIDADE. ATENUAÇÃO. PRERROGATIVA DE FORO. CONEXÃO E CONTINÊNCIA. COMPETÊNCIA. DESMEMBRAMENTO. FORO PREVALENTE. ART. 78 DO CPP. PREJUÍZO CONCRETO. DEFESA. AUSÊNCIA. CORRUPÇÃO PASSIVA QUALIFICADA. APTIDÃO DA DENÚNCIA. LAVAGEM DE DINHEIRO. CONSUNÇÃO. MATÉRIA DE PROVA. ATIPICIDADE. INOCORRÊNCIA. RECEBIMENTO.

1. O propósito da presente fase procedimental é verificar a aptidão da denúncia e a possibilidade de absolvição sumária do acusado, a quem é imputada a suposta prática dos crimes de corrupção passiva circunstanciada (art. 317, § 1º, do CP), por 17 (dezesete vezes), e de lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei 9.613/98).

2. A provas obtidas por meio de cooperação internacional em matéria penal devem ter como parâmetro de validade a lei do Estado no qual foram produzidas, conforme a previsão do art. 13 da LINDB.

3. A prova produzida no estrangeiro de acordo com a legislação de referido país pode, contudo, não ser admitida no processo em curso no território nacional se o meio de sua obtenção violar a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes brasileiros, em interpretação analógica da previsão do art. 17 da LINDB.

**4. A teoria dos frutos da árvore envenenada tem sua incidência delimitada pela exigência de que seja direto e imediato o nexo causal entre a obtenção ilícita de uma prova primária e a aquisição da prova secundária.**

**5. De acordo com a teoria do nexo 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.**

6. Na presente hipótese, as provas encaminhadas ao MP brasileiro são legítimas, segundo o parâmetro de legalidade suíço, e o meio de sua obtenção não ofende a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes brasileiros, até porque decorreu de circunstância autônoma interveniente na cadeia causal, a qual afastaria a mancha da ilegalidade existente no indício primário. Não há, portanto, razões para a declaração de sua inadmissibilidade no presente processo.

7. A fase investigativa de crimes imputados a autoridades com prerrogativa de foro no STJ, ocorre sob a supervisão desta Corte, a qual deve ser desempenhada durante toda a tramitação das investigações desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia.

---

<sup>47</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Apelação Penal nº 856/DF, Relatora Min. NANCY ANDRIGHI. CORTE ESPECIAL, julgado em: 18 out. 2017, DJe: 06 fev. 2018.

8. Havendo indícios do envolvimento de pessoa com prerrogativa de foro, os autos devem ser encaminhados imediatamente ao foro prevalente, definido segundo o art. 78, III, do CPP, o qual é o único competente para resolver sobre a existência de conexão ou continência e acerca da conveniência do desmembramento do processo.
9. In casu, embora o juízo de primeiro grau de jurisdição tenha usurpado a competência do STJ ao desmembrar o inquérito, não há prejuízo concreto à defesa do réu, razão pela qual esse vício não é capaz de impedir o recebimento da denúncia.
10. Ocorre a inépcia da denúncia ou queixa quando sua deficiência resultar em prejuízo ao exercício da ampla defesa do acusado, ante a falta de descrição do fato criminoso, da imputação de fatos determinados ou da circunstância de da exposição não resultar logicamente a conclusão.
11. Na hipótese, a denúncia narra que o acusado, funcionário público, teria, em mais de uma oportunidade, recebido vantagens indevidas em razão dos cargos que já ocupou e atualmente ocupa e que teria deixado de praticar atos de ofício e praticado outros com violação de dever funcional, evidenciando de modo suficiente a presença de elementos que permitem o exercício da ampla defesa pelo acusado.
12. Embora a tipificação da lavagem de dinheiro dependa da existência de um crime antecedente, é possível a autolavagem – isto é, a imputação simultânea, ao mesmo réu, do delito antecedente e do crime de lavagem –, desde que sejam demonstrados atos diversos e autônomos daquele que compõe a realização do primeiro crime, circunstância na qual não ocorrerá o fenômeno da consunção.
13. A verificação da efetiva prática de condutas tendentes a acobertar a origem ilícita de dinheiro, com o propósito de emprestar-lhe a aparência da licitude, é matéria que depende de provas e deve ser objeto da instrução no curso da ação penal.
14. Preliminares rejeitadas. Denúncia recebida. **(grifo nosso)**

Neste sentido, havendo uma prova ilícita que tenha gerado diversos outros atos processuais ou provas, a prova que for derivada de várias outras, tendo essa ilícita como sua origem, poderá ser considerada no processo penal, visto que sua ilicitude for diluída pelos vários atos processuais realizados após a prova ilícita.

Esta teoria apresenta uma exceção à teoria dos frutos da árvore envenenada, mas não é muito aceita na jurisprudência brasileira por não haver previsão legal<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> ZORZAN, Gilcinéia. A evolução da prova ilícita no processo penal brasileiro. JUS.com.br, 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31506/a-evolucao-da-prova-ilicita-no-processo-penal-brasileiro>. Acesso em: 06 mar. 2023.

## 5. A JURISPRUDÊNCIA DO TJDFE QUANTO ÀS PROVAS ILÍCITAS

### 5.1. Considerações Iniciais

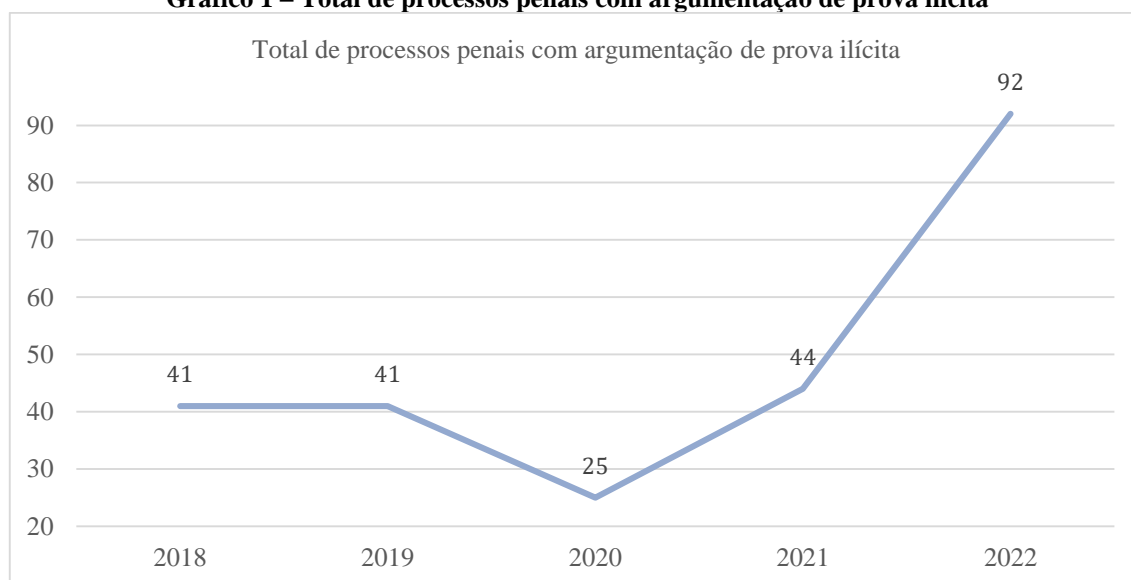
Foi realizada uma pesquisa no Sistema de Pesquisa de Documentos Jurídicos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios no tocante a processos criminais no âmbito recursal em que houve alegação de prova ilícita.

Entre os 321.727 Acórdãos julgados no TJDFE entre os anos de 2018 e 2022, 77.897 foram julgados por uma das três Turmas Criminais ou pela Câmara Criminal. Destes, 245 possuíam alegação de prova ilícita no processo.

Inicialmente cumpre destacar que não foram consideradas para análise a alegação de prova nula por motivo diferente de ilicitude, como por exemplo, a ausência de perícia no celular da vítima para verificar autenticidade de *prints* de conversas. Este é um caso de suposta nulidade da prova que não se trata de prova ilícita.

O primeiro ponto a se destacar é a quantidade de processos penais em que foi alegada a tese de prova ilícita nos autos. Conforme demonstrado no Gráfico 1 abaixo, houve uma queda brusca de processos em 2020, seguida de um aumento, com seu número máximo em 2022.

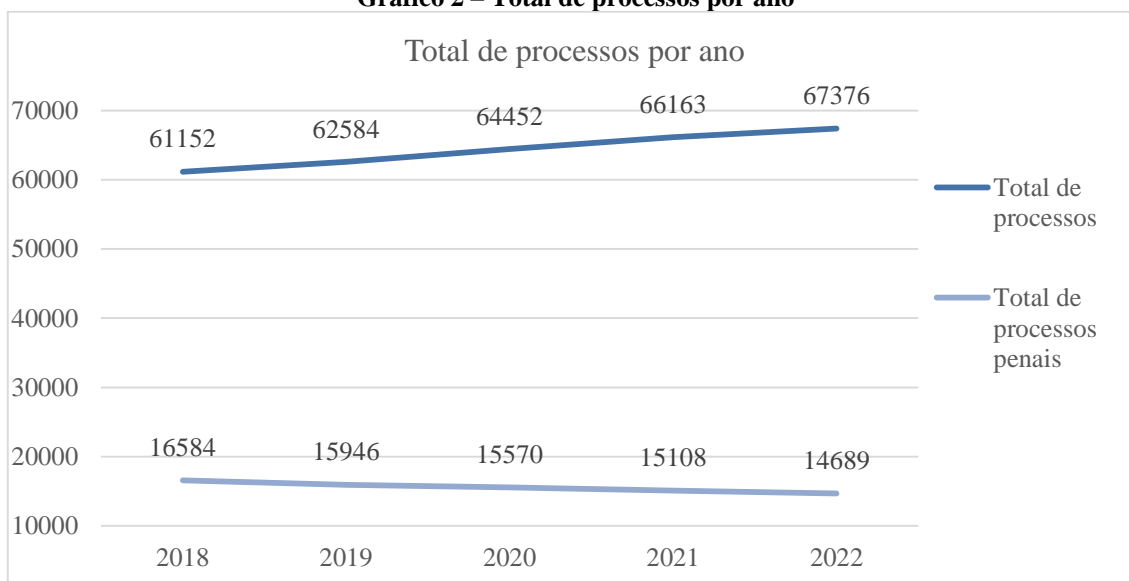
**Gráfico 1 – Total de processos penais com argumentação de prova ilícita**



Fonte: elaborado pelo autor

Apesar da queda de 2020 ter coincidido com o início da pandemia de COVID-19, o motivo dela não pode ser atribuído à pandemia, tendo em vista que não houve diminuição no número de Acórdãos neste ano. No gráfico 2 abaixo, podemos observar que esta queda não se deu nem mesmo entre os processos criminais:

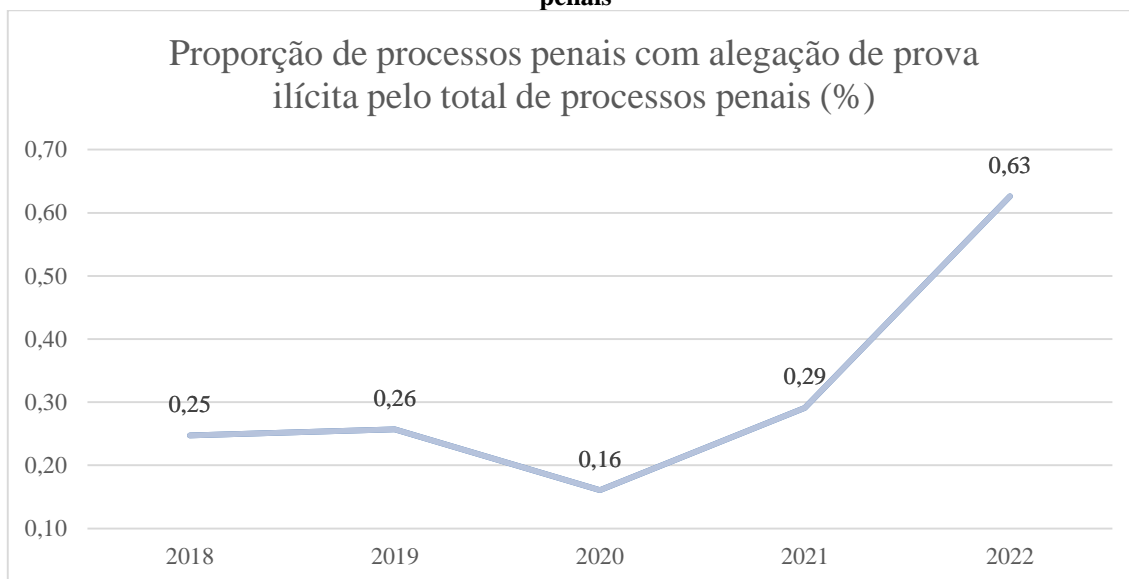
**Gráfico 2 – Total de processos por ano**



Fonte: elaborado pelo autor

Fazendo uma proporção entre o total de processos penais com alegação de prova ilícita e o total de processos julgados pelas Turmas Criminais e Câmara Criminal, observa-se que há uma efetiva queda na quantidade de alegações de prova ilícita nos processos criminais do ano de 2020 e um grande aumento dessa proporção em 2022. Vejamos:

**Gráfico 3 – Proporção de processos penais com argumentação de prova ilícita pelo total de processos penais**



Fonte: elaborado pelo autor

Em análise às próprias teses, verifica-se a argumentação sobre a própria ilegalidade da prova e as provas derivadas destas.

## 5.2. Do Resultado da Pesquisa

### 5.2.1. Do flagrante

5 dos Acórdãos trataram sobre a alegação de ter ocorrido flagrante preparado que, nos termos da Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal<sup>49</sup>, torna impossível a consumação do crime. Foi requisitado, conforme a tese dos frutos da árvore envenenada, a anulação das provas derivadas desse flagrante, que demonstraram a existência de outros crimes como o de tráfico e receptação.

Nesses processos não foram vislumbradas à espécie o flagrante preparado, destacando-se o entendimento da 2ª Turma Criminal<sup>50</sup> que julgou que não é possível o flagrante preparado no crime de estelionato, tendo em vista este já ter sido consumado antes do contato dos policiais com os autores, não havendo, portanto, o que se falar em nulidade das provas derivadas. Vejamos:

#### EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO E RECEPÇÃO. PRELIMINARES. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. LEI 13.964/19 (PACOTE ANTICRIME). DESNECESSIDADE DE RIGOR FORMAL. FLAGRANTE PREPARADO. NULIDADE. REJEITADAS. MÉRITO. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. INVIÁVEL. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. PROVAS INDEPENDENTES. MATERIALIDADES E AUTORIAS COMPROVADAS. BENEFÍCIO DO ARTIGO 171, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. PRIMÁRIO. PREJUÍZO DE PEQUENO VALOR. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

(...)

3. Não há falar em flagrante preparado no crime de estelionato, pois este já havia se consumado quando os policiais resolveram entrar em contato com os acusados e os encontrar, tendo a referida providência apenas auxiliado no esclarecimento da autoria delitiva.

4. Não há falar em nulidade em razão de flagrante preparado, pois a notícia os agentes estatais tinham era que os réus vendiam celulares falsificados na internet como se originais fossem, nada sabendo sobre a receptação do celular que cada um tinha e usava como se seu fosse, razão pela qual o encontro destes dois aparelhos originais e produtos de crimes anteriores trata-se de encontro fortuito de provas, de forma independente.

(...)

Em um dos processos foi alegado que o flagrante foi forjado e, portanto, as provas derivadas dele são ilícitas, devendo ser desentranhadas do processo. Esta tese não prosperou,

---

<sup>49</sup> Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

<sup>50</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Criminal 0001674-72.2018.8.07.0014, Relator Des. SILVANO BARBOSA DOS SANTOS. 2ª Turma Criminal, julgado em: 15 jul. 2021, DJE: 21 jul. 2021.



tendo em vista a ausência de provas ou indícios que sustentam a tese de que o flagrante foi realmente forjado.

Em outro processo, foi alegada a ilicitude das provas obtidas por meio de uma ação policial controlada. A 1ª Turma Criminal decidiu<sup>51</sup> que a ação controlada não necessita de comunicação prévia ao Poder Judiciário:

EMENTA

RECURSOS DAS DEFESAS E DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRELIMINARES. INTEMPESTIVIDADE DA ACUSAÇÃO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA. PROVA ILÍCITA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NILIDADE DA SENTENÇA. DESCONSIDERAÇÃO DOS DIÁLOGOS TELEFÔNICOS INTERCEPTADOS. REJEIÇÃO. MÉRITO. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE À CONDENAÇÃO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONDENAÇÃO PELO CRIME PREVISTO NO ART. 2º, § 1º, DA LEI 12.850/2013. PROVIMENTO. DOSIMETRIA. AVALIAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DO CÁLCULO DA PENA-BASE PARA APLICAR A FRAÇÃO DE 1/8 (UM OITAVO) DA DIFERENÇA ENTRE AS PENAS MÁXIMA E MÍNIMA ABSTRATAMENTE COMINADAS PARA O DELITO, PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVELMENTE AVALIADA.

(...)

4. A ação controlada prevista no § 1º do artigo 8º da Lei nº 12.850/2013 não necessita de autorização judicial. A comunicação prévia ao Poder Judiciário visa a proteger o trabalho investigativo de forma a afastar eventual crime de prevaricação ou infração administrativa por parte de agente público, o qual responderá por eventuais abusos que venha a cometer. Na espécie, as diligências investigatórias empreendidas pela polícia tiveram por base informações prestadas por denunciante que conheciam os autores e suas práticas criminosas, e restaram confirmadas ao longo das investigações.

(...)

Quanto à ação controlada prevista pela Lei nº 11.343/2006, a 2ª Turma Criminal decidiu<sup>52</sup> que: “A abordagem policial devido a denúncias anônimas e investigação prévia não constitui ação controlada nos termos do artigo 53 da Lei 11.343/2006”.

Por fim, na Apelação Criminal nº 0011153-65.2017.8.07.0001<sup>53</sup>, foi levantada a hipótese de que o flagrante seria ilícito por derivação, tendo em vista ter se baseado em provas

---

<sup>51</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Criminal 0717908-75.2019.8.07.0007, Relator Des. HUMBERTO ULHÔA. 1ª Turma Criminal, julgado em: 05 ago. 2021, DJE: 06 ago. 2021.

<sup>52</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Criminal 0008616-96.2017.8.07.0001, Relatora Desa. MARIA IVATÔNIA. 2ª Turma Criminal, julgado em: 04 out. 2018, DJE: 08 out. 2018.

<sup>53</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Criminal 0011153-65.2017.8.07.0001, Relator Des. JOÃO BATISTA TEIXEIRA. 3ª Turma Criminal, julgado em: 14 jun. 2018, DJE: 25 jun. 2018.

ilícitas. A 3ª Turma Criminal rejeitou a tese de ilicitude das provas e, conseqüentemente, declarou lícito o flagrante.

#### 5.2.2. Da busca pessoal

Em relação à busca pessoal, foram cinco processos com alegação de ilicitude quanto à busca e, por consequência, das provas derivadas dela. Neste sentido, a 1ª e 3ª Turmas Criminais entenderam que a busca em veículo não utilizado como moradia se caracteriza como busca pessoa e não necessita de autorização judicial em caso de fundadas suspeitas.

A 2ª Turma Criminal, por sua vez, decidiu<sup>54</sup>, em um julgado de setembro de 2022, que a descoberta posterior de situação de flagrante não é suficiente para justificar a revista pessoal, de forma que esta e as provas derivadas dela são ilícitas. Por outro lado, em caso de denúncia anônima, atitude suspeita e tentativa de fuga dos réus, a 2ª Turma entendeu<sup>55</sup>, em novembro do mesmo ano, haver elementos suficientes para justificar a busca pessoal, não havendo o que se falar em ilicitude da prova e de suas derivadas. Em julgado mais antigo<sup>56</sup>, a 2ª Turma Criminal julgou que o flagrante delito autoriza a busca e apreensão.

#### 5.2.3. Do depoimento e interrogatório

18 Acórdãos trataram sobre ilicitude de depoimento recolhido em audiência. Foi questionada a validade de testemunhos de policiais, agentes penitenciários e parentes da vítima, alegando que os testemunhos são maculados pela parcialidade. Quanto aos agentes penitenciários e policiais, os julgados foram unânimes em declarar a validade dos depoimentos, pois os agentes do Estado gozam de fé pública e os depoimentos foram colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Quando aos familiares da vítima, também houve unanimidade em declarar que não há ilegalidade quando ouvidos como informantes e não testemunhas.

Quanto ao interrogatório do réu, observou-se quatro processos, alegando sua ilicitude, sendo dois referentes ao interrogatório na fase de inquérito e dois na fase judicial. Na fase de inquérito, foi julgado que a não advertência ao investigado de seu direito de permanecer em silêncio faz com que o interrogatório seja considerado ilícito, devendo, portanto, ser desentranhado do processo. Entretanto, a não presença de advogado não caracteriza ilicitude.

---

<sup>54</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Criminal 0708878-63.2021.8.07.0001, Relator Des. SILVANO BARBOSA DOS SANTOS. 2ª Turma Criminal, julgado em: 22 set. 2022, DJE: 22 set. 2022.

<sup>55</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Criminal 0710358-32.2019.8.07.0006, Relator Des. JOSAPHA FRANCISCO DOS SANTOS. 2ª Turma Criminal, julgado em: 17 nov. 2022, DJE: 17 nov. 2022.

<sup>56</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Criminal 0002906-14.2016.8.07.0007, Relator Des. ROBERVAL CASEMIRO BELINATI. 2ª Turma Criminal, julgado em: 10 mai. 2018, DJE: 22 mai. 2018.

No interrogatório judicial, por sua vez, foi julgado lícito o questionamento do magistrado diretamente ao réu se este lhe responder espontaneamente.

### 5.2.3. Do inquérito policial

Houveram quatro Acórdãos que trataram de ilicitude em inquérito policial e das provas obtidas nele, no qual foi fundamentado que o inquérito policial é peça meramente informativa, não tendo o condão de provocar nulidade judicial se a sentença não foi fundamentada exclusivamente sobre ele e sobre as provas obtidas nele.

### 5.2.4. Da prova emprestada

Quanto ao uso de prova emprestada, a 1ª Turma Criminal determinou<sup>57</sup> que: “Não caracteriza prova ilícita a busca e apreensão de material biológico já colhido para exames de saúde alheios à investigação”. Já a Câmara Criminal julgou<sup>58</sup> que, apesar da prova emprestada não ser disciplinada no Código de Processo Penal, ela é lícita se observado o contraditório e ampla defesa.

### 5.2.5. Da quebra de sigilo bancário e telefônico

Foram alegados em 13 processos a quebra ilícita de sigilo bancário ou telefônico, sendo requisitado seu reconhecimento de ilicitude e das provas derivadas. Destes, 12 foram consideradas lícitas por haver autorização judicial ou a presença dos requisitos legais e 1 foi determinado o desentranhamento dos autos.

Destaco dois julgados realizados pela 2ª Turma Criminal. Inicialmente em 2018, na Apelação Criminal nº 0035310-38.2013.8.07.0003<sup>59</sup>, a 2ª Turma Criminal julgou ser ilícito o repasse ao Ministério Público, para fim de persecução penal, de informações e documentos destinados ao Fisco, sem autorização judicial. Posteriormente em 2019, foi mudado o entendimento, considerando<sup>60</sup> lícita a transferência de dados necessários à persecução penal a ser proposta pelo Ministério Público.

### 5.2.6. Do acesso a conversas de redes sociais

---

<sup>57</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Criminal 0702020-19.2021.8.07.0000, Relator Des. ROBERVAL CASEMIRO BELINATI. 1ª Turma Criminal, julgado em: 04 mar. 2021, DJE: 09 mar. 2021.

<sup>58</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Criminal 0709841-40.2022.8.07.0000, Relator Des. J.J. COSTA CARVALHO. Câmara Criminal, julgado em: 13 jul. 2022, DJE: 17 ago. 2022.

<sup>59</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Criminal 0035310-38.2013.8.07.0003, Relator Des. JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA. 2ª Turma Criminal, julgado em: 16 mar. 2019, DJE: 16 mar. 2019.

<sup>60</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Criminal 0702020-19.2021.8.07.0000, Relator Des. ROBERVAL CASEMIRO BELINATI. 2ª Turma Criminal, julgado em: 04 mar. 2021, DJE: 09 mar. 2021.

Quanto ao acesso a conversas de Whatsapp, a 3ª Turma Criminal decidiu<sup>61</sup> em 2019 que a verificação de mensagem preexistente em aparelho celular, cuja obtenção proveio da própria proprietária do aparelho, não é ilícita. Entretanto, tal entendimento foi modificado pela Turma<sup>62</sup> em 2021, após o Superior Tribunal de Justiça decidir<sup>63</sup> que tal prova é ilícita.

Entretanto, se tratando de conversas particulares mantidas em rede social fornecidas por um dos corréus, a 2ª Turma Criminal decidiu<sup>64</sup> pela licitude da prova e de suas derivadas, ainda que esta venha a prejudicar os demais corréus.

#### 5.2.7. Do acesso a celular e computadores

Em se tratando de provas são fruto de armazenamento em computadores da empresa vítima ou e-mail funcional, na Apelação Criminal nº 0004584-19.2015.8.07.0001, a 1ª Turma Criminal julgou ser legal seu uso.

Quanto ao acesso ao conteúdo de celular, houveram 43 processos criminais com alegações de ilicitude. Destes, 19 não tiveram a tese acatada por haver autorização judicial ou do próprio réu, sendo considerado como autorização o desbloqueio do aparelho ou fornecimento da senha, ou ainda o celular ter sido apreendido por meio de mandado de busca e apreensão, mesmo que não haja a autorização judicial para o acesso ao conteúdo do celular.

O acesso a celular abandonado no carro da vítima também foi considerado como lícito, conforme o julgado da 1ª Turma Criminal na Apelação Criminal nº 0001832-51.2018.8.07.0007.

Nove Acórdãos julgaram ser lícito o acesso ao conteúdo do celular quando o réu, mesmo sem autorização judicial ou do réu quando este estava em estado de flagrante, especialmente no flagrante de tráfico de drogas. Em um Acórdão que se tratava de celular apreendido dentro de presídio, a 3ª Turma Criminal julgou<sup>65</sup> não haver ilicitude na extração dos dados deste celular.

---

<sup>61</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Criminal 0006687-28.2017.8.07.0001, Relator Des. DEMETRIUS GOMES CAVALCANTI. 3ª Turma Criminal, julgado em: 05 dez. 2019, DJE: 11 dez. 2019.

<sup>62</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Criminal 0012369-61.2017.8.07.0001, Relator Des. SEBASTIÃO COELHO. 3ª Turma Criminal, julgado em: 09 dez. 2021, DJE: 17 dez. 2021.

<sup>63</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1903273 - PR (2020/0284879-7), Relatora Desa. NANCY ANDRIGHI. TERCEIRA TURMA, julgado em: 24 ago. 2021. DJE: 30 ago. 2021.

<sup>64</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Criminal 0005412-47.2017.8.07.0000, Relator Des. ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO. 2ª Turma Criminal, julgado em: 05 mar. 2021, DJE: 11 mar. 2021.

<sup>65</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Criminal 0004274-11.2018.8.07.0000, Relator Des. JOÃO BATISTA TEIXEIRA. 3ª Turma Criminal, julgado em: 19 jul. 2018, DJE: 01 ago. 2018.

Em cinco julgados a prova derivada em que se requeria seu desentranhamento dos autos foi considerada como advinda de fonte independente, sendo, portanto, considerada lícita, apesar da ilicitude do acesso ao conteúdo do celular.

Foram consideradas ilícitas as provas obtidas por acesso a celular sem autorização judicial ou do réu em sete processos. Destaco que este entendimento ocorreu de forma contemporânea aos demais entendimentos de licitude da prova, não havendo mudança de entendimento com o tempo, mas que ora se entendeu em um sentido, ora em outro. Também não se nota uniformização nas Turmas ou Câmara Cível, havendo essa alternância de entendimento dentro de um mesmo órgão julgador.

Por fim, no julgamento da Apelação Criminal nº 0006448-75.2018.8.07.0005, a 2ª Turma Criminal entendeu que a permissão de acesso ao celular pelo réu se deu apenas em parte, não irrestrita. Desta forma, a prova e suas derivadas obtidas por acesso à parte não autorizada do aparelho são ilícitas.

Quanto à gravação de áudio não autorizada por uma das partes, o TJDFT julgou por duas vezes que<sup>66</sup>:

EMENTA

HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. TRANCAMENTO. MEDIDA EXCEPCIONAL. HIPÓTESES NÃO VERIFICADAS. NECESSIDADE DILAÇÃO PROBATÓRIA. ILEGALIDADE GRAVAÇÃO AMBIENTAL. PROVA LÍCITA. SIGILO PROFISSIONAL. CASO DISTINTO. GRAVAÇÃO REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

(...)

3. A gravação do áudio registrada pela vítima consiste em gravação ambiental efetuada por um dos participantes do diálogo, renunciando ao seu direito de sigilo e fornecendo dados para a acusação, o que não se confunde com a quebra de sigilo por parte do advogado, tampouco com interceptação ilícita de dados.

(...)

Além disso, na Apelação Criminal nº 0016358-64.2016.8.07.0016, foi decidido que:

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. DIFAMAÇÃO. INJÚRIA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. PROVA ILÍCITA. INOCORRÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. A gravação ambiental, quando não se trata de gravação de conversa sigilosa, mas de conversa gravada em ambiente público, onde qualquer transeunte poderia ouvi-la, deve ser admitida como prova lícita, apta a auxiliar na persecução criminal.

---

<sup>66</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Criminal 0731221-56.2021.8.07.0000, Relator Des. GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA. 1ª Turma Criminal, julgado em: 21 out. 2021, DJE: 26 out. 2021.

(...)

No total, foram três processos com a gravação sendo alegada como ilícita, mas tendo o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios considerada como lícita.

#### 5.2.8. Do reconhecimento

Foi alegada em nove processos a tese de ilicitude do reconhecimento do réu pela não observância literal do artigo 226, inciso II, do Código de Processo Penal. Entretanto, nos casos em que não houve efetivamente essa observância legal, essa ilicitude não se demonstrou suficiente para anular a sentença judicial tendo em vista que esta não se baseou apenas no reconhecimento e este tenha sido ratificado em juízo.

#### 5.2.9. Da violação de domicílio

Houveram 124 processos com alegação de ilicitude na violação de domicílio, com conseqüente ilicitude das provas obtidas por esta violação. Destes 65 Acórdãos foram julgados no sentido de que o flagrante delito em crime permanente autoriza o ingresso forçado dos policiais na residência. Em 29 Acórdãos, o ingresso foi julgado lícito por motivo de ter sido autorizado pelo réu ou pessoa da casa ou quando a entrada não foi resistida ou negada pelos moradores.

Em seis outros Acórdãos também foi considerado lícito o ingresso de policiais quando este se deu: para se efetuar prisão em flagrante por crime diverso; pelo fato de um usuário de drogas ter levado os policiais ao endereço onde havia adquirido as drogas; quando motivado por prévia investigação realizada mediante escutas telefônicas; quando baseado no conhecimento real e absoluto ou na fundada suspeita de prática de um delito; e quando o local não era utilizado como residência, mas apenas depósito.

A 1ª Turma Criminal decidiu<sup>67</sup> em 2021 que a denúncia anônima era suficiente para autorizar o ingresso de policiais em residência, entretanto, este entendimento é contrário aos outros 23 processos tanto da 1ª Turma quanto das demais, que decidiram que a denúncia e outros elementos de suspeita não são suficientes. Vejamos o julgado da 2ª Turma Criminal<sup>68</sup>:

#### EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR. NULIDADE. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. CIRCUNSTÂNCIAS DO FLAGRANTE. JUSTA CAUSA E URGÊNCIA NÃO VERIFICADAS. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO VÁLIDO DE MORADOR. PRELIMINAR ACOLHIDA.

<sup>67</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Criminal 0005268-65.2020.8.07.0001, Relator Des. HUMBERTO ULHÔA. 1ª Turma Criminal, julgado em: 22 jul. 2021, DJE: 28 jul. 2021.

<sup>68</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Criminal 0741609-15.2021.8.07.0001, Relator Des. SILVANO BARBOSA DOS SANTOS. 2ª Turma Criminal, julgado em: 27 out. 2022, DJE: 26 nov. 2022.

PROVA ILÍCITA. FURTO DA ÁRVORE ENVENENADA. POSSE DE PEQUENA QUANTIDADE DE MACONHA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA ART. 28 DA LAD. PRELIMINAR ACOLHIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal consagra o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, ao dispor que: "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".

2. Em repercussão geral (Tema 280), o Supremo Tribunal Federal definiu que: "A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori" (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010).

3. O Superior Tribunal de Justiça, em precedente paradigmático, consagrou entendimento no seguinte sentido: "As circunstâncias que antecederem a violação do domicílio devem evidenciar, de modo satisfatório e objetivo, as fundadas razões que justifiquem tal diligência e a eventual prisão em flagrante do suspeito, as quais, portanto, não podem derivar de simples desconfiança policial, apoiada, v. g., em mera atitude "suspeita", ou na fuga do indivíduo em direção a sua casa diante de uma ronda ostensiva, comportamento que pode ser atribuído a vários motivos, não, necessariamente, o de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente." (HC 598.051/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2021, DJe 15/03/2021).

4. São nulas todas as provas obtidas após o ingresso irregular na residência do réu, haja vista que a medida extrema se baseou, tão somente, na suposta localização, com o acusado, de pequena quantidade de maconha, e no fato de ele ter assobiado para um terceiro, não abordado ou identificado nos autos, pois, embora sejam elementos de suspeita, não são suficientes para excepcionar a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio. De rigor o reconhecimento da ilicitude das provas obtidas mediante a violação do domicílio, bem como de todas que delas decorreram.

5. Desconsiderando-se a apreensão realizada na residência do réu, é fato inconteste que ele foi abordado em via pública na posse uma pequena porção de maconha (cerca de 4g), a qual ele confessou, em juízo, ser destinada a seu consumo pessoal, de modo que a desclassificação da conduta descrita na denúncia para aquela disposta no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 é medida de rigor e, por conseguinte, a extinção da punibilidade, por efetivo cumprimento de pena.

6. Preliminar acolhida.

Recurso parcialmente provido.

#### 5.2.10. Da audiência por videoconferência

Foram alegados ainda em dois processos criminais, a ilicitude de audiência por videoconferência por violar o princípio da ampla defesa. Estas teses, porém, não foram acatadas, de forma que as provas produzidas na audiência não foram consideradas ilícitas por derivação.

#### 5.2.11. Da prova documental forjada

Por fim, foi alegado em dois processos que a prova documental acostada aos autos era forjada. Entretanto, não havendo comprovação dessa alegação, o Tribunal decidiu pela licitude das provas.

### **5.3. Conclusão**

Verifica-se, portanto, que na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, apesar de haver algumas divergências quanto à própria licitude da prova, é ampla a utilização do art. 157 do Código de Processo Penal, tanto no que tange à teoria dos frutos da árvore envenenada quanto à teoria da fonte independente, sendo esta por vezes confundida com a teoria da descoberta inevitável.

Não foi identificada, no período pesquisado, a alegação ou acolhimento da tese da mancha diluída. Conforme explicitado anteriormente, esta teoria não é muito aceita na jurisprudência brasileira por não haver previsão legal, o que explica a ausência de sua alegação no âmbito criminal dentro do período de 2018 a 2022 no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.



## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As provas são consideradas como parte essencial ao processo penal, visto que a partir delas são averiguados os fatos. Não podendo as pessoas serem consideradas como culpadas sem um devido processo e antes do trânsito em julgado, o ônus de provar os fatos se encontram nas mãos do acusador.

No afã de justiça, por vezes, os direitos fundamentais do acusado são desrespeitados no colhimento da prova. A utilização dessas provas é motivo de discussão no âmbito penal, numa dicotomia entre a justiça e a arbitrariedade do Estado e a impunidade e os direitos do ser humano.

Nesta discussão surgiram teorias sobre a utilização dessas provas colhidas de forma ilícita ou as provas derivadas delas, de forma a as admitir ou inadmitir no processo. No atual Código de Processo Penal, inadmite-se as provas ilícitas ou as 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.

Este entendimento encontra-se amplamente utilizado no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que, por meio da pesquisa realizada, foi possível verificar que a interpretação dada ao art. 157 do Código de Processo Penal busca seguir o garantismo penal. Neste sentido, verifica-se a ampla utilização da teoria dos frutos da árvore envenenada e a inadmissibilidade da prova ilícita, enquanto as teorias de admissibilidade da prova ilícita são usadas mais raramente, não havendo o que se falar na teoria da mancha diluída.

O que se verificou no âmbito do TDFT foi a utilização da própria interpretação jurídica para classificação da prova como lícita ou ilícita, não havendo muita divergência quanto à aplicação de teorias de admissibilidade das provas derivadas.

Essa possibilidade de interpretação é própria do Direito em si, de forma que apresenta as mesmas vantagens e desvantagens que a interpretação do Direito possui: ao mesmo tempo que permite que o Direito se adeque à cada situação da forma que o juiz compreender melhor atender “aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum<sup>69</sup>”, também abre espaço para que, por vezes, sejam julgados os fatos de forma arbitrária pelo julgador.

Uma possível forma de se evitar essas arbitrariedades, seria a padronização dos julgados pelos Tribunais Superiores, o que, apesar de diminuir o alcance dessa interpretação, não impede

---

<sup>69</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas de Direito Brasileiro. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 27 mar. 2023.

completamente sua aplicação a depender do caso concreto, como ocorre, por exemplo, nos Recursos Extraordinários sobre o assunto no âmbito do STF de nº 1116949, 1055941 e outros.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 16 jul. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm). Acesso em: 08 out. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas de Direito Brasileiro. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 27 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0707.15.008920-9/001, Rel. Des. EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA, DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, julgado em: 16 fev. 2017, publicado em: 03 mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 1923674/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em: 15 fev. 2022, DJe: 21 fev. 2022.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 29ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Parte Geral, arts. 1º a 120. Vol. 1. 26ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

DURKHEIM, Emile. As regras do método sociológico. Tradução de Paulo Neves. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no processo penal. 3ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2017.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 18, n. 85, p. 393-410, jul./ago. 2010.

LOPES JUNIOR, Aury. Fundamentos do Processo Penal. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. A lógica das provas em matéria criminal. Campinas: Brookseller, 2001.

MEHMERI, Adilson. Manual Universitário de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 1996.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. The third pace of criminal law: enemy criminal law. 2006. 699 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Processual Penal. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. Tratado das ações. Revista dos Tribunais, Tomo IV, 1973.

*U.S. Supreme Court. Bynum v. U.S.*, 423 U.S. 952 (1975).

*U.S. Supreme Court. Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984).

*U.S. Supreme Court. Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920).

ZORZAN, Gilcinéia. A evolução da prova ilícita no processo penal brasileiro. JUS.com.br, 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31506/a-evolucao-da-prova-ilicita-no-processo-penal-brasileiro>. Acesso em: 06 mar. 2023