Vamos iniciar o estudo sobre o tema de provas ilegais. A prova ilegal é aquela obtida por meio de violação de normas legais ou de princípios, de natureza material ou processual. Prova ilegal deve ser entendida como um gênero, do qual são espécies as provas ilícitas, ilícita por derivação e ilegítima.

Provas Ilícitas

O direito à prova, como qualquer direito fundamental, não tem natureza absoluta. Está sujeito à limitação porque coexiste com outros direitos igualmente protegidos pelo direito brasileiro. Por isso, a Constituição Federal dispõe que:

> **Art. 5º.**
>
> LVI são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

A prova ilícita é aquela obtida por meio da violação de regra de direito material que ofenda, direta ou indiretamente, garantia ou princípio constitucional. Logo, sempre que houver a obtenção de prova em detrimento de direitos e princípios reconhecidos pelo texto constitucional, independentemente do processo, a prova será ilícita.

A vedação a provas ilícitas também tem previsão no CPP:

> **Art. 157.** São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

Quando o artigo 157, caput, do CPP, refere-se a normas legais, deve-se enxergar única e exclusivamente as normas de direito material que violem direta ou indiretamente a Constituição Federal.

Podem-se citar como exemplos de provas ilícitas: a interceptação telefônica não autorizada ou a violação de correspondência, nos termos do artigo 5º, inciso XII, CF/88.

> **Art. 5º**

> É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal

Outros exemplos são:

- o interrogatório judicial do réu sem a presença do advogado (por violar, indiretamente, o princípio constitucional da ampla defesa);
- o interrogatório judicial do réu sob coação;
- a busca e apreensão domiciliar sem ordem judicial.

Procedimento

Segundo o já citado artigo 157, caput, do CPP, a prova ilícita é inadmissível, devendo ser desentranhada dos autos. Não se trata, portanto, de nulidade da prova ilícita, mas, sim de inadmissibilidade, ou seja, de não aceitação nos autos do processo. Assim,

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

Existe exceção a essa regra da inadmissibilidade da prova ilícita?

Sim, apesar da previsão expressa da CF/88 acerca da inadmissibilidade da utilização no processo de provas ilícitas, a doutrina majoritária entende que se esta for a única prova de inocência do acusado, poderá ser utilizada.

Provas Ilegítimas

Por sua vez, a prova ilegítima é aquela produzida mediante a ofensa de uma norma de natureza processual. É o caso, por exemplo, da perícia realizada por apenas um perito não oficial (art. 159, parágrafo 1º, CPP). Como não há ilicitude, o juiz deverá tomar as providências necessárias para a correção ou complementação da prova ilegítima.

Como ocorre a violação da norma processual, a prova ilegítima pode estar sujeita à nulidade, observados quatro princípios básicos:

1. Nenhuma nulidade será declarada quando não houver prejuízo – pás de nullité sans (CPP, artigo 563);
2. Nenhuma das partes pode arguir nulidade a que haja dado causa – princípio da lealdade ou boa-fé (CPP, artigo 565);
3. Nenhuma das partes pode arguir nulidade que só interesse à parte contrária (CPP, artigo 565);

4. Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade ou na decisão da causa (CPP, artigo, 566).

No caso de nulidade absoluta, esta pode ser arguida a qualquer momento, enquanto não houver o trânsito em julgado da decisão. No caso de sentença condenatória ou absolutória imprópria, as nulidades absolutas podem ser arguidas mesmo após o transito em julgado.

No caso de nulidade relativa, porém, entende-se que sua arguição deve ser feita no momento oportuno, sob pena de preclusão, além da necessária comprovação de prejuízo.