

## DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

### **XLIII – Devido processo legal**

#### **Art. 5º (...)**

**LIV** - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

O princípio do devido processo legal é uma das garantias constitucionais mais amplas e relevantes; trata-se de um conjunto de práticas jurídicas previstas na Constituição e na legislação infraconstitucional cuja finalidade é garantir a concretização da justiça.

O devido processual legal é garantia que concede dupla proteção ao indivíduo: ele incide tanto no âmbito formal quanto no âmbito material.

No âmbito formal (processual), traduz-se na garantia de que as partes poderão se valer de todos os meios jurídicos disponíveis para a defesa de seus interesses. Assim, derivam do “devido processo legal” o direito ao contraditório e à ampla defesa, o direito de acesso à justiça, o direito ao juiz natural, o direito a não ser preso senão por ordem judicial e o direito a não ser processado e julgado com base em provas ilícitas.

No âmbito material, por sua vez, o devido processo legal diz respeito à aplicação do princípio da proporcionalidade (também chamado de princípio da razoabilidade ou da proibição de excesso). O respeito aos direitos fundamentais não exige apenas que o processo seja regularmente instaurado; além disso, as decisões adotadas devem primar pela justiça, equilíbrio e pela proporcionalidade.

É possível afirmar, portanto, que o princípio da proporcionalidade tem sua sede material no princípio do devido processo legal, considerado em sua acepção substantiva, não simplesmente formal. Em outras palavras, o princípio da proporcionalidade, que não está expressamente previsto na Constituição, tem como fundamento o devido processo legal substantivo (material).

O princípio da proporcionalidade está implícito no texto constitucional, dividindo-se em 3 (três) subprincípios:

- a) **Adequação:** a medida adotada pelo Poder Público deverá estar apta para alcançar os objetivos almejados.
- b) **Necessidade:** a medida adotada pelo Poder Público deverá ser indispensável para alcançar o objetivo pretendido. Nenhuma outra medida menos gravosa seria eficaz para o atingimento dos objetivos.
- c) **Proporcionalidade em sentido estrito:** a medida será considerada legítima se os benefícios dela resultantes superarem os prejuízos.

O STF tem utilizado o princípio da proporcionalidade como fundamento de várias de suas decisões, especialmente no que diz respeito ao controle de constitucionalidade de leis. Com efeito, leis de caráter restritivo deverão observar o princípio da proporcionalidade.

**Art. 5º (...)**

**LV** - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

As garantias do contraditório e da ampla defesa são corolários do princípio do devido processo legal, isto é, dele decorrem diretamente.

A ampla defesa compreende o direito que o indivíduo tem de trazer ao processo todos os elementos lícitos de que dispuser para provar a verdade, ou, até mesmo, de se calar ou se omitir caso isso lhe seja benéfico (direito à não-autoincriminação). Já o contraditório é o direito dado ao indivíduo de contradizer tudo que for levado ao processo pela parte contrária. Assegura, também, a igualdade das partes do processo, ao equiparar o direito da acusação com o da defesa.

A ampla defesa e o contraditório são princípios que se aplicam tanto aos processos judiciais quanto aos processos administrativos, sejam estes últimos referentes à aplicação de punições disciplinares ou à restrição de direitos em geral. O termo “litigantes” deve, portanto, ser compreendido na acepção mais ampla possível, não se referindo somente àqueles que estejam envolvidos em um processo do qual resulte ou possa resultar algum tipo de penalidade.

Todavia, entende o STF que a ampla defesa e o contraditório não se aplicam na fase do inquérito policial ou civil. Por esse motivo, é nula a sentença condenatória proferida exclusivamente com base em fatos narrados no inquérito policial. O juiz pode usar as provas colhidas no inquérito para fundamentar sua decisão; entretanto, por não ter sido garantida a ampla defesa e o contraditório na fase do inquérito, as provas nele obtidas não poderão ser os únicos elementos para motivar a decisão judicial.

O inquérito é fase pré-processual, de natureza administrativa, consistindo em um conjunto de diligências realizadas para a apuração de uma infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação penal (Ministério Público ou o ofendido) possa ingressar em juízo. Somente aí é que terá início a fase processual, com as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório devendo ser respeitadas.

Cabe destacar que, apesar de a ampla defesa e o contraditório não serem garantias na fase do inquérito, o indiciado possui, mesmo nessa fase, certos direitos fundamentais que lhe devem ser garantidos. Dentre eles, podemos citar o direito a ser assistido por um advogado, o de não se autoincriminar e o de manter-se em silêncio.

Vejam bem: na fase do inquérito, o indivíduo pode ser assistido por advogado; todavia, não é obrigatória a assistência advocatícia nessa fase. É com base nessa lógica que o STF entende que não há ofensa ao contraditório e à ampla defesa quando do interrogatório realizado pela autoridade policial sem a presença de advogado.

Por meio dessa súmula, o STF garantiu a advogados o acesso a provas já documentada sem autos de inquéritos policiais que envolvam seus clientes, inclusive os que tramitam em sigilo. Observe, entretanto, que a súmula somente se aplica a provas já documentadas, não atingindo demais diligências do inquérito, às quais o advogado não tem direito a ter acesso prévio. Com isso, caso sinta necessidade, a autoridade policial está autorizada a separar partes do inquérito.

Também existe uma fase pré-processual que antecede os processos administrativos disciplinares: a sindicância. Segundo o STF, na sindicância preparatória para a abertura do processo administrativo disciplinar (PAD) não é obrigatória a obediência aos princípios do contraditório e da

ampla defesa. Esses princípios somente são exigidos no curso do processo administrativo disciplinar (PAD).

Ressalta-se que a razão disso é que a sindicância que precede a abertura do PAD, assim como o inquérito policial, caracteriza-se pela coleta de informações, que serão apuradas em fases futuras dentro de um processo. Caso a sindicância, entretanto, não resulte em abertura do PAD, mas se traduza em aplicação de penalidade (advertência, por exemplo), há sim, necessidade de obediência ao contraditório e à ampla defesa como requisito de validade da pena aplicada.

O STF entende que, nos processos administrativos disciplinares, a ampla defesa e o contraditório podem ser validamente exercidos independentemente de advogado. Dessa forma, em um PAD instaurado para apurar infração disciplinar praticada por servidor, não é obrigatória a presença de advogado.

Como forma de garantir a ampla defesa, é bastante comum que a legislação preveja a existência de recursos administrativos. No entanto, em muitos casos, a apresentação de recursos exigia o depósito ou arrolamento prévio de dinheiros ou bens. Em outras palavras, para entrar com recurso administrativo, o interessado precisava ofertar certas garantias, o que, em não raras vezes, inviabilizava, indiretamente, o exercício do direito de recorrer.

Dessa forma, será inconstitucional qualquer lei ou ato normativo que estabeleça a necessidade de depósito ou arrolamento prévio de dinheiro ou bens como requisito de admissibilidade de recurso administrativo.

Nessa mesma linha, o STF entende que não se pode exigir depósito prévio como condição para se ajuizar, junto ao Poder Judiciário, ação para se discutir a exigibilidade de crédito tributário.

**Art. 5º (...)**

**LVI** - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

O devido processo legal tem como uma de suas consequências a inadmissibilidade das provas ilícitas, que não poderão ser usadas nos

processos administrativos e judiciais.

As provas ilícitas, assim consideradas aquelas obtidas com violação ao direito material, deverão ser, portanto, expurgadas do processo; serão elas imprestáveis à formação do convencimento do magistrado.

Há que se destacar, todavia, que a presença de provas ilícitas não é suficiente para invalidar todo o processo, se nele existirem outras provas, lícitas e autônomas. Uma vez que seja reconhecida a ilicitude de prova constante dos autos, esta deverá ser imediatamente desentranhada do processo. As outras provas, lícitas e independentes da obtida ilicitamente, são mantidas, tendo continuidade o processo.

Muito conhecida na doutrina é a Teoria dos Frutos da árvore Envenenada, que se baseia na ideia de que uma árvore envenenada irá produzir frutos contaminados! Seguindo essa lógica, uma prova ilícita contamina todas as outras que dela derivam, é o que a doutrina denomina ilicitude por derivação; pode-se dizer também que, nesse caso, haverá comunicabilidade da ilicitude das provas ilícitas a todas aquelas que dela derivarem.

É importante destacar, porém, que a tão só existência de prova reconhecidamente ilícita no processo não basta para que a condenação seja considerada nula, ou seja, a prova ilícita não contamina todo o processo.

Nesse sentido, segundo o STJ, “não se aplica a Teoria da árvore dos Frutos Envenenados quando a prova considerada como ilícita é independente dos demais elementos de convicção coligidos nos autos, bastantes para fundamentar a condenação.

## QUESTÕES

**Questão 01. (FUNDATEC - Prefeitura de Tunas - Técnico Contábil - 2022).** Com fundamento na Constituição Federal, assinale a alternativa INCORRETA.

- a) O estrangeiro poderá ser privado de seus bens sem o devido processo legal.
- b) A Lei não prejudicará o direito adquirido.
- c) Ninguém será submetido a tratamento desumano.
- d) A certidão de óbito é gratuita para os reconhecidamente pobres.
- e) Ninguém será privado da liberdade sem o devido processo legal.

**Questão 02. (IBRASP - - Prefeitura de Rianópolis - Agente de Combate a Endemias - 2022).** De acordo com o artigo 5º da CRFB, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados, em geral, são assegurados:

- a) o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.
- b) permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.
- c) no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.
- d) seus bens sem o devido processo legal.

**Questão 03. (Objetiva Concursos - Prefeitura de Nova Hartz - Agente de Combate às Endemias - 2022)** De acordo com a Constituição Federal, sobre Direitos e Garantias Fundamentais, analisar a sentença abaixo:

*Às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (1ª parte). Ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (2ª parte).*

A sentença está:

- a) Totalmente correta.
- b) Correta somente em sua 1ª parte.
- c) Correta somente em sua 2ª parte.
- d) Totalmente incorreta.

**Questão 04. (FGV - PM SP - Aluno Oficial - PM Espanhol - 2021)** Oficial de Polícia Militar investigava, por meio de procedimento próprio, a prática de infração disciplinar por determinado policial militar. Com objetivo de obter provas do ilícito funcional, o oficial interceptou diretamente ligação telefônica realizada entre o policial investigado e terceira pessoa.

De acordo com a Constituição da República, a prova obtida com o grampo telefônico é.

- a) ilícita, pois é inviolável o sigilo das comunicações telefônicas, salvo por ordem judicial ou legislativa, para fins de investigação criminal, civil ou administrativa.
- b) ilícita, pois é inviolável o sigilo das comunicações telefônicas, salvo por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.
- c) lícita, pois a regra geral da inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas não se aplica a oficiais da Polícia Militar no exercício da função.
- d) lícita, pois a regra geral da inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas se aplica também a oficiais da Polícia Militar, exceto quando tiver objetivo de instrução de processo administrativo disciplinar.
- e) ilícita, pois a regra geral da inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas se aplica também a oficiais da Polícia Militar, exceto quando tiver objetivo de investigação de crime militar.

**Questão 05. (UECE - Prefeitura de Sobral - Guarda Civil Municipal – 2ª Classe - 2022)** Sobre os direitos e deveres individuais e coletivos, assinale a afirmação **FALSA**.

- a) A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade policial.
- b) Não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião.
- c) Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.
- d) São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

## GABARITO

**Questão 01.** Letra A

**Questão 02.** Letra A

**Questão 03.** Letra A

**Questão 04.** Letra B

**Questão 05.** Letra A