

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

MATHEUS SCORSATTO PAIM

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARBITRAMENTO DE FIANÇA POR
AUTORIDADE POLICIAL À LUZ DA RESERVA ABSOLUTA DE JURISDIÇÃO

Porto Alegre
2021

MATHEUS SCORSATTO PAIM

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARBITRAMENTO DE FIANÇA POR
AUTORIDADE POLICIAL À LUZ DA RESERVA ABSOLUTA DE JURISDIÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção de grau em Bacharel em Direito
pela Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Mauro Fonseca
Andrade

Porto Alegre
2021

FICHA CATALOGRÁFICA

PAIM, Matheus Scorsatto

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARBITRAMENTO DE FIANÇA POR AUTORIDADE POLICIAL À LUZ DA RESERVA ABSOLUTA DE JURISDIÇÃO/
Matheus Scorsatto Paim. -- 2021.

70 f.

Orientador: Mauro Fonseca Andrade.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) -- Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, Porto Alegre, BR-RS, 2021.

1. Reserva Absoluta de Jurisdição. 2. Arbitramento de Fiança. 3. Direitos Fundamentais. 4. Direito à Liberdade.

I. Fonseca, Mauro Andrade, orient. II. A (in)constitucionalidade do arbitramento de fiança por Autoridade Policial à luz da reserva absoluta de jurisdição.

MATHEUS SCORSATTO PAIM

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARBITRAMENTO DE FIANÇA POR
AUTORIDADE POLICIAL À LUZ DA RESERVA ABSOLUTA DE JURISDIÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção de grau em Bacharel em Direito
pela Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Mauro Fonseca
Andrade

Aprovado em: 22/11/2021

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade – Orientador - UFRGS

Prof. Dr. Odone Sanguiné - UFRGS

Prof. Dr. Orlando Faccini Neto - UFRGS

A Deus, por me capacitar.
Aos meus pais, Paulo Roberto e Andréa,
por idealizarem e viverem o sonho comigo.
À minha companheira de caminhada,
Vanessa, pelo andar de mãos dadas.
Aos meus amigos e familiares.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, entendo ser de extrema relevância agradecer a todas e a todos os funcionários da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, àqueles que garantiram o bom funcionamento da faculdade de Direito ao longo destes anos. Em especial, agradeço à Ana Amaral, nossa querida vigilante, tantas e tantas vezes homenageada pelos alunos, gostaria que recebas um abraço como aquele que já me deste nestes anos todos.

Agradeço aos professores pela dedicação. O ciclo de graduação percorrido por mim, de agosto de 2016 a dezembro de 2021, contou com greves, ocupação da Universidade e, ainda, a trágica pandemia do novo Coronavírus – Covid-19. E mesmo assim, as senhoras e os senhores se mostraram atuantes, não apenas por comprometimento ao labor, mas por amor ao ensino. Faço voto de especial agradecimento ao meu amigo, futuro colega e agora orientador Mauro Fonseca Andrade, cujos conhecimentos e as aulas ministradas deram conta de sanar dúvidas a respeito da minha carreira e da área de atuação. Tenho certeza, professor, que cativaste o processualista penal que em mim habitava. *Gracias, meu caro!*

De igual forma, agradeço aos professores Odone Sanguiné e Orlando Faccini Neto por aceitarem compor a banca deste presente trabalho. Não tive a oportunidade de ser aluno dos senhores, mas acompanho as suas carreiras, especialmente junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, local onde colaboro com a prestação jurisdicional. É uma honra, certamente, tê-los por perto neste momento.

Ah, o Saju. Foram 3 anos, todos como estudante colaborador e um deles como Vice Coordenador Discente. É transformadora a experiência de acolher uma demanda social em sua roupagem mais latente e tentar efetivá-la, compreendê-la ou, então, dirimi-la. Ao meu grupo, o G5 - Direito das crianças e dos adolescentes -, obrigado por dividirem todas as angústias de quem espera abraçar o mundo com meros vinte anos. Esses anos ao lado de vocês mostraram inúmeras faces do ser humano, entre elas, e talvez a mais importante para levar comigo, é a da construção. Somos construtores até quando não desejamos ser. E somos ainda mais, quando nos propomos a permitir a existência do outro.

Faço agradecimento também às Instituições em que pude realizar meus estágios não-obrigatórios, a saber, Defensoria Pública do Estado, Procuradoria da República da 4ª Região e Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Compor esses espaços certamente possibilitou meu desenvolvimento não apenas acadêmico, como também humano. Em especial, aos meus atuais colegas e colaboradores do Gabinete do Desembargador Rinez da Trindade. O suporte afetivo e profissional dado por vocês foi fundamental na minha caminhada.

Agradeço também aos meus amigos. Àqueles que chegaram e resolveram ficar; àqueles que passaram por mim; e àqueles em que o tempo resolveu guardar na memória. Nesse momento, incorrer no esquecimento de alguns de vocês é o infeliz trajeto da nossa modernidade Baumaniana. Aos meus amigos do Truco – Dani, Marcon, Ricardo, Gui, Martina e Mennas -, obrigado por dividirem a vida comigo há quase 10 anos. Tenho certeza que nossa amizade atravessará nossas próximas décadas. Agradeço, e muito, à Grupa, este grupo de pessoas afetivas e humanas que resolveram se doar na busca de uma sociedade mais paritária, em cujo Direito enxergaram instrumento de ação. Dani, Duda, Gabi, Gica, Gus Oro, Gus Santos, Isa, Ju, Lubra, Malu, Narpi, Pi, depois de 5 anos, percebi que somos frutos de nós mesmo. Éramos unidade e, hoje, saímos entidade. Que o nosso amor percorra o tempo! Ainda, não poderia fechar a caixinha dos amigos sempre falar do Metcon. Camila, Leo, Patrício, Vih e Thaís, obrigado por dividirem não apenas a beleza da vida em movimento, mas a sutileza de quem reverbera o carinho e a intimidade de um laço fraterno. Obrigado, também, ao meu amigo Arthur, pelo amparo e incentivo ininterruptos. Tenho certeza que a tua amizade me fez o homem que sou hoje, com tantos reconhecimentos da nossa natureza humana.

Por fim, agradeço aos meus familiares, em especial aos meus irmãos – Gui, Dani e Paula -, pelo carinho que rompe distâncias; aos meus avós – Hércules, Vera e Merentina -, por construírem um indivíduo que admira a beleza e o saber do envelhecimento; aos meus pais, Andréa e Paulo Roberto, por fazer do coração de vocês minha eterna morada; e, por fim, agradeço à minha companheira, Vanessa, não apenas pelas trocas potentes, mas pela tua existência, pelo ser humano gigante que habita em ti. Obrigado por me ensinar que o que é nosso por direito divino chega até nós (16:16).

“Se podes olhar, vê;
Se podes ver, repara.”
(José Saramago, 1995).

RESUMO

O presente estudo busca fazer uma análise acerca da (in)constitucionalidade do arbitramento da fiança, enquanto medida cautelar pessoal, pela Autoridade Policial, tendo em vista a incidência da Reserva Absoluta de Jurisdição quando do exame de direitos fundamentais contrapostos no momento da autuação do flagrante. Para isso, em um primeiro momento, faz-se uma regressão histórica sobre os métodos de resolução de conflito e suas aplicações ao longo da civilização ocidental. Ainda, apresenta-se a noção de jurisdição e das reservas atribuídas ao Poder Judiciário, de modo a verificar a compatibilidade entre os atributos inerentes à função judicial e o conteúdo dos direitos fundamentais. Por fim, recupera-se o instituto da fiança no ordenamento jurídico brasileiro, desde as Ordenações Manuelinas até a vigência da Lei 12.403/11, que inseriu a fiança no rol de medidas cautelares diversas à prisão. Assim, considerando a natureza atribuída pelo legislador ao instituto da fiança, a saber, medida cautelar pessoal voltada à restrição do direito à liberdade, é possível concluir pela inconstitucionalidade do arbitramento, por parte da Autoridade Policial, de uma medida que visa à mitigação de um direito fundamental. Nesse sentido, o princípio da Separação de Poderes positivado na Constituição Federal/88, o regime de República Federativa, assim como a estrutura normativa desejada para a segurança de direitos fundamentais não concebem o arbitramento por uma autoridade que não goze da jurisdição atribuída ao Poder Judiciário, deflagrando a necessária incidência da Reserva Absoluta de Jurisdição.

Palavras-chave: Reserva Absoluta de Jurisdição. Arbitramento de Fiança. Direitos Fundamentais. Direito à Liberdade.

ABSTRACT

This study seeks for an analysis about the (un)constitutionality of the arbitration of bail, while personal precautionary measure, by the Police Authority, bearing in mind the incidence of the Absolute Jurisdiction Reserve when examining fundamental rights opposed in the moment of the flagrant notice. For this, in a first moment, it is made a historical regression about the method of conflict resolution and its applications throughout the western civilization. Furthermore, it is presented the notion of jurisdiction and the reservation attributed to the Judiciary, in order to verify the compatibility between the attributes inherent to the judicial function and the content of fundamental rights. Finally, the institution of bail in the Brazilian Legal system is recovered, since the *Manuelina* Ordinations until the validity of Law 12.403/11, which included bail in the list of precautionary measures other than prison. Thus, considering the nature attributed by the legislator to the bail institute, namely, personal precautionary measure aimed to restriction of the right of freedom, it is possible to conclude by the incompatibility of the arbitration, on the part of the Police Authority, of a measure that aims to mitigate a fundamental right. Therefore, the principle of Separation of Powers affirmed on the Federal Constitution/88, the Federative Republic regime, as well as the normative structure intended for the security of fundamental rights do not conceive the arbitration by an authority that does not experience of the jurisdiction attributed to the Judiciary, setting of the necessary incidence of the Absolute Jurisdiction Reserve.

Keywords: Absolute Jurisdiction Reserve. Bail Arbitration. Fundamental Rights. Right of Freedom.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 OS CONFLITOS, SUAS FORMAS DE RESOLUÇÃO E SUAS CONCEPÇÕES AO LONGO DA HISTÓRIA DAS CIVILIZAÇÕES	15
2.1 As modalidades de resolução dos conflitos	15
2.2 As resoluções conflitivas na história das Civilizações Antigas.....	21
2.3 A formação do Estado Nacional, a Separação de Poderes e o início da reserva do poder de julgar	24
3 A JURISDIÇÃO, SUA A RESERVA ATRIBUÍDA AO PODER JUDICIÁRIO E A INCIDÊNCIA SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	30
3.1 A jurisdição no Estado Democrático de Direito	30
3.1.1 A construção do conceito de jurisdição no Estado Democrático de Direito	30
3.1.2 A reserva de jurisdição atribuída ao Poder Judiciário e os seus aspectos justificantes.....	35
3.2. A reserva de jurisdição na análise de direitos fundamentais e a liberdade como direito de maior relevância.....	41
3.2.1. A concepção de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito: o conteúdo e o método de restrição como justificativas da reserva jurisdicional	42
3.2.2 A liberdade enquanto direito fundamental inviolável por autoridade não jurisdicional à luz das teorias das esferas da personalidade e dos círculos concêntricos	46
4 O ARBITRAMENTO DA FIANÇA POR AUTORIDADE POLICIAL À LUZ DA CLÁUSULA DE RESERVA ABSOLUTA DE JURISDIÇÃO.....	50
4.1 O instituto da fiança: das ordenações portuguesas à constituição democrática	50
4.1.1 O conceito e os aspectos históricos da fiança no ordenamento jurídico brasileiro.....	50
4.1.2 O instituto da fiança a partir da Constituição Federal de 1988 e do novo regime de medidas cautelares trazido pela Lei nº 12.403/2011	55
4.2 A inconstitucionalidade do arbitramento de fiança por autoridade policial, enquanto medida cautelar diversa à prisão, frente à cláusula da reserva absoluta de jurisdição	59
5 CONCLUSÃO	64
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	67

1 INTRODUÇÃO

A existência de conflitos – seja entre particulares, seja entre o cidadão e a norma –, compõe, essencialmente, a estrutura social de uma determinada população. A partir da noção de Animal Cívico, presente na obra *A Política*, de Aristóteles¹, é possível verificar que pertence à natureza humana a tendência à sociabilidade e à interação entre os indivíduos que dividem os espaços de convivência, embora nem sempre de forma pacífica.

Se as interações humanas nem sempre produzem efeitos naturalísticos desejáveis, é de se esperar que o ordenamento jurídico vigente na comunidade em que o conflito está inserido buscará dirimi-lo, a fim de retomar o *status quo* de ordem social. Se por um lado, em sociedades menos complexas, a solução nem sempre adveio de um terceiro imparcial, por outro, a formação do Estado jurisdicional demarcou o início da retirada do poder concentrado na figura do monarca, concebendo uma estrutura de resolução de conflitos isonômica.

A partir de então, foi possível visualizar que, diante do cometimento de uma conduta ilícita, direitos fundamentais entram em conflito, exigindo o exercício da ponderação por meio da intervenção estatal. Em um Estado Democrático de Direito como o atual, cujo princípio da Separação de Poderes – para além de elemento formador do próprio Estado de Direito² – é instrumento garantidor da independência do Poder Judiciário, o tema da restrição de direitos fundamentais merece especial atenção dos operadores do Direito.

Isto porque, verificada a conduta ilícita, as providências determinadas pela legislação processual penal soam contraditórias. O mesmo diploma legal que prevê a remessa do auto de prisão em flagrante para a Autoridade Judicial, a fim de que avalie a possibilidade de concessão da liberdade provisória mediante fiança, também possibilita o arbitramento de fiança pela Autoridade Policial. Esta segunda

¹ ARISTÓTELES. **A política**; tradução Roberto Leal Ferreira. – 3ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 04.

² VILARES, Fernanda Regina. **A reserva de jurisdição no processo penal – dos reflexos no inquérito parlamentar**. 2010. 239f. Dissertação (Faculdade de Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 37.

possibilidade, à luz da reserva absoluta de jurisdição exposta por Canotilho³, mostra-se incompatível com o pretendido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Por essa razão, a justificativa do presente estudo se manifesta nas aparentes incongruências previstas no Código de Processo Penal brasileiro, no que diz respeito ao arbitramento da fiança, ensejando uma análise crítica acerca dos pressupostos lógicos que antecedem a vigência do instituto.

Nesse sentido, o presente estudo propõe-se a responder: tendo em vista ser a fiança uma medida cautelar pessoal, arbitrada em evidente restrição a um direito fundamental – a saber, a liberdade -, pode ela ser operada por uma Autoridade desprovida de jurisdição?

Para responder à questão, o presente estudo, a partir de uma análise jurídico-sociológica da doutrina e da legislação, busca verificar a (in)compatibilidade do arbitramento de fiança enquanto medida cautelar pessoal pela Autoridade Policial. Além disso, ao explorar o tema proposto, busca-se uma análise crítica acerca dos pressupostos estruturantes do Estado Democrático de Direito, dos atributos que permeiam a atuação do Poder Judiciário, das características dos direitos fundamentais, bem como da capacidade do instituto da fiança em restringi-los. Assim, classifica-se esta pesquisa como hipotético-dedutiva, usando como ferramentas de pesquisa o levantamento de conceitos lógicos por meio de pesquisa bibliográfica e legislativa.

O presente trabalho está dividido em três capítulos. No primeiro, busca fazer uma regressão às formas de resolução de conflitos, passando pelas noções de autocomposição e heterocomposição de Alcalá-Zamora y Castillo⁴. Ainda, visa demonstrar como as sociedades da Antiguidade Ocidental aplicavam os métodos resolutivos de conflito, bem como as modificações ocorridas ao longo do surgimento do Estado jurisdicional e do postulado da Separação de Poderes.

No capítulo seguinte, a problemática centra-se na elucidação da ideia de Estado Democrático de Direito, a fim de que se possa visualizar o plano de fundo em que a restrição de direitos fundamentais está inserida. Ademais, busca-se

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed, 11ª reimp. – Coimbra: Almedina, 2000. p. 668.

⁴ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa**. Primera reimpresión. México: Imp Universitaria, 2000.p. 23.

conceituar jurisdição, suas espécies e a reserva atribuída ao Poder Judiciário. Ainda neste segundo capítulo, são abordados os direitos fundamentais de acordo com as teorias das esferas da personalidade, de Robert Alexy⁵, e dos círculos concêntricos, de Heinrich Henkel⁶, assim como o princípio da ponderação como instrumento de restrição a ser observado pelo Poder Judiciário⁷.

No terceiro capítulo, são examinados os aspectos gerais do instituto da fiança no ordenamento jurídico brasileiro, desde as Ordenações Manuelinas até a promulgação da Lei nº 12.403/2011, que incluiu o instituto no título de outras medidas cautelares do Código de Processo Penal. Por fim, ainda é analisado o arbitramento da fiança pela Autoridade Policial frente à noção de reserva absoluta de jurisdição.

A discussão, à luz dos conceitos trazidos ao longo do trabalho, aponta para a incompatibilidade do arbitramento da fiança pela Autoridade Policial, tendo em vista a necessária intervenção do Poder Judiciário quando da verificação da necessidade, da adequação e proporcionalidade de medidas cautelares que visem restringir direitos fundamentais.

⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**; tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. 4ª reimpr. - São Paulo: Malheiros, 2015. p. 360.

⁶ COSTA JR., Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 2ªed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 35.

⁷ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8ª ed. – São Paulo: Atlas, 2019. p. 378.

2 OS CONFLITOS, SUAS FORMAS DE RESOLUÇÃO E SUAS CONCEPÇÕES AO LONGO DA HISTÓRIA DAS CIVILIZAÇÕES

No presente capítulo, é apresentada uma regressão teórica das formas de resolução de conflitos, com base nos conceitos de autodefesa, autocomposição e processo, de Alcalá-Zamora y Castilho⁸. Ainda, demonstrar-se como as sociedades da Antiguidade Ocidental concebiam os métodos resolutivos de conflito, assim como as mudanças percebidas ao longo do surgimento do Estado jurisdicional e do postulado da Separação de Poderes.

2.1 As modalidades de resolução dos conflitos

O homem está no mundo. Contudo, passa a ser conhecido como um ser social quando é percebido pelo outro⁹. A constatação de que o ser humano é um animal político e sociável não é novidade sob a ótica atual, seja pela antiguidade desta suposição – presente na obra de Aristóteles¹⁰ –, seja pela sua difusão nas inúmeras áreas do conhecimento.

A conclusão filosófica de Aristóteles encontra embasamento na estrutura social que rege as vidas na atualidade. A necessidade de interação, para além de compor a natureza humana, mostrou-se indispensável para o desenvolvimento dos organismos sociais, bem como para a sua manutenção, tendo em vista a complexidade que se instalou no lugar do modo de vida anteriormente experimentado, cuja expressão *Leibniz*¹¹ melhor o define.

Portanto, tem-se hoje um indivíduo sociável e mutuamente dependente. No mesmo sentido, pode-se trazer a seguinte ideia: o menor dos atos humanos e

⁸ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa**. Primera reimpressão. México: Imp Universitaria, 2000.

⁹ SPENGLER, Fabiana Marion; WRASSE, Helena Pacheco. A (im)possibilidade da (auto)composição em conflitos envolvendo a administração pública: do conflito à posição do terceiro. Rio de Janeiro: **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, 2017. V. 18, n. 3. p.72.

¹⁰ ARISTÓTELES. **A política**; tradução Roberto Leal Ferreira. – 3ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 05.

¹¹ “Sem portas sem janelas.” Modo de vida eremita, essencialmente experimentado por mônadas. MONDIN, Batista. **Introdução à filosofia: problemas, sistemas, autores e obras**; tradução J. Renard. 18ª ed. – São Paulo: Paulus, 2010. p. 133.

quaisquer das realidades em que estejam inseridos, por menores que sejam, pertencem a um regime social e político que os dirige e os compenetra por toda a parte¹².

Não se poderia pensar que o encontro de tantos interesses, frustrações e outras sensações percebidas pelos seres humanos não produziriam diversas condutas dentro do sistema de convivência político-social, algumas delas benéficas e desejáveis e outras indesejáveis, cuja disseminação se buscaria evitar. Se por um lado, parece lógico afirmar que a mútua percepção dos indivíduos é que valida a existência de ambos em um contexto social, por outro, também se mostra evidente que o conflito decorrente da incompatibilidade dos interesses desses indivíduos acarreta uma necessária solução para o impasse, visando a retomada do *status quo* de ordem pública.

É bem verdade que a divergência apontada como fonte geradora de um conflito pode ter inúmeras explicações. No presente trabalho, não se buscará olhar para a gênese desses embates, seja, por exemplo, sob a perspectiva criminológica¹³, seja pelo espectro da neurocriminologia¹⁴, o que implicaria aprofundar um campo que tangencia o objeto aqui pretendido. Toma-se, então, o conflito como pressuposto lógico, como variável integrante da estrutura social.

E assim o é. O conflito integra a natureza humana. A sociedade, enquanto estrutura organizacional, inclusive, somente se deu em razão da confluência de estímulos divergentes capazes de efetivá-la, o que não aconteceria se fôssemos absolutamente semelhantes, conforme propõe Dahrendorf¹⁵.

O conceito de conflito aqui desejado está inscrito na ideia de um confronto de desejos, em que se busca resistir a uma imposição alheia, havendo, portanto,

¹² MONDIN, Batista. **Introdução à filosofia: problemas, sistemas, autores e obras**; tradução J. Renard. 18ª ed. – São Paulo: Paulus, 2010. p. 135.

¹³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**; tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 6ª edição, outubro de 2011. 1ª reimpressão, março de 2013.

¹⁴ REINE, Adrian. **A anatomia da Violência: as raízes biológicas da criminalidade**; tradução de Maiza Ritomy Ite - Porto Alegre: Artmed, 2015.

¹⁵ “*poderia haver dunas de areia humanas ou outras formações moleculares engendradas pelos elementos, mas não haveria estrutura, em sentido, nem progresso*”. DAHRENDORF, Ralf. **O conflito social moderno: um ensaio sobre a política da liberdade**. São Paulo: Jorge Zahar Editor, 1992, p. 40.

dois polos na relação¹⁶. Mais: não se quer olhar apenas para um conflito de interesses, mas, sim, para a maneira encontrada pela estrutura social vigente, quando da iminência deste conflito, para solucioná-lo.

Para Francesco Carnelutti¹⁷, se o processo é semelhante a um jogo, devido à sua estrutura, este faz as vezes da guerra, no que tange à sua função. O olhar do jurista italiano, embora tenha demonstrado a contraposição de forças existente em um delito, dirige seu olhar para a perspectiva processual, o que, a ora, ultrapassa a cadeia de pressupostos a ser concatenada, motivo pelo qual adotaremos uma visão inicialmente mais abrangente.

Como ponto de partida, portanto, para o delineamento do conceito de conflito, tomaremos o que Niceto Alcalá Zamora y Castillo define como litígio¹⁸, a saber, uma situação meta processual, que antecede a fase jurídica, e passível de solução. Trata-se, pois, de uma situação que inicia fora do estágio do processo, com possibilidade de resolução por meio de, basicamente, três métodos: a autodefesa, a autocomposição e o próprio processo, os quais merecem breve aprofundamento.

Antes da imersão mencionada, faz-se imprescindível justificar a adesão a esta divisão, dentre tantas deliberações doutrinárias a respeito do assunto. O ponto que une as três formas de resolução de conflito acima mencionadas é a finalidade¹⁹, que consiste no restabelecimento da ordem social, e consubstanciam uma disciplina apartada, cujo autor denomina Direito Processual. Assim, tratar autodefesa, autocomposição e processo de maneira conjunta implica assumir como pressuposto, para este trabalho, que os métodos estão vinculados pela sua finalidade.

¹⁶ SPENGLER, Fabiana Marion; WRASSE, Helena Pacheco. A (im)possibilidade da (auto)composição em conflitos envolvendo a administração pública: do conflito à posição do terceiro. Rio de Janeiro: **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, 2017. V. 18, n. 3. p. 72.

¹⁷ CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Campinas: Servanda, 2010. p. 33.

¹⁸ “*Es evidente, so pena de encerrarnos en un círculo vicioso, que el proceso no surge del proceso, sino de una situación extra y meta procesal, que él está llamado a canalizar y resolver. Esa situación de conflicto, originadora del proceso, puede ser denominada litigio...*”. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa**. Primera reimpresión. México: Imp Universitaria,. 2000. p. 12.

¹⁹ *Ibid.*, p. 24.

Dito isto, volta-se para o conflito. Uma vez produzido, a sua resolução poderá acontecer pela decisão dos litigantes de forma consentida – no caso da *autocomposição* – e de forma imposta - na hipótese da *autodefesa*, ou, ainda, mediante a decisão imperativa de um terceiro – na chamada *heterocomposição*²⁰. Percebe-se, então, a partir da posição em que o sujeito se encontra na relação conflituosa, a existência de dois conjuntos: o parcial e o imparcial.

A *solução parcial*, conceito aqui fixado em oposição à imparcialidade na posição do conflito, divide-se em duas espécies: ou um dos litigantes abdica do seu interesse, ou impõe a abdicção do interesse alheio. Nota-se que, na primeira hipótese, há o consentimento de uma das partes em contrair, para si, o ônus do litígio (*autocomposição*), enquanto na segunda, os gravames do conflito são impostos a uma das partes (*autodefesa*).

A *autocomposição*, inicialmente, resumia-se à ideia de disposição, total ou parcial, do interesse pretendido em prol do bem jurídico requerido pelo outro, ou seja, tratava-se, essencialmente, de um sacrifício voluntário do direito em questão²¹. No entanto, este conceito não se mostra suficiente para a estrutura jurídica hoje existente.

A ausência de uma divisão absoluta entre o que é público/indisponível e o que é privado/disponível e a ascensão de métodos alternativos de resolução de controvérsia, por exemplo, não permite que a *autocomposição* seja resguardada à mera hipótese de sacrifício de um interesse. Há, pois, uma nova acepção, consistente na verificação, pelo litigante, de que não possui razão quanto ao direito material²², fazendo-se valer de métodos mais práticos – e talvez menos penosos – à solução do conflito.

Na obra *Proceso, autocomposición y autodefensa*²³, o autor apresenta a ideia de que a *autocomposição* consiste não apenas em forma de se encerrar o processo de conhecimento, mas também em meios de resolução de conflitos

²⁰ *Ibid.*, p. 13.

²¹ SPENGLER, Fabiana Marion; WRASSE, Helena Pacheco. A (im)possibilidade da (auto)composição em conflitos envolvendo a administração pública: do conflito à posição do terceiro. Rio de Janeiro: **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, 2017. V. 18, n. 3. p. 79.

²² *Ibid.*, p. 82

²³ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa**. Primera reimpressão. México: Imp Universitaria,. 2000. p. 71

propriamente ditos. Alcalá-Zamora y Castillo elencou a existência de quatro meios: i) pelo ato das partes; II) pela inatividade dos litigantes; III) pelos atos dos julgadores e; IV) por acontecimentos que impeçam a continuação do processo.

Não se pretende, aqui, aprofundar a incidência de cada uma das formas mencionadas, tampouco quais institutos legais deflagram a sua ocorrência (a transação e a perempção, por exemplo). O ponto central consiste em destacar que, em todas as situações acima, uma das partes contrai, para si, as consequências do litígio, em decorrência de um ato seu de aquiescência. Necessário atentar-se ao fato de que, embora haja a participação de uma autoridade jurisdicional em alguma das hipóteses elencadas, não se trata do exercício propriamente dito de cognição do magistrado, e, sim, sua condução perante os atos das partes como mero instrumento homologatório.

Curiosamente, é partindo dessa diferenciação constatada na atuação jurisdicional que o autor firma sua irresignação à terminologia adotada por Carnelutti, a saber, *equivalentes jurisdicionais*, quando da classificação da autocomposição. Isto porque essa forma de resolução de conflitos deve mais encarada mais como uma hipótese *excludente*²⁴ do processo jurisdicional do que uma situação equivalente, muito embora a finalidade pretendida por ambas seja a mesma. Finalidade esta que é igualmente alcançada pela autodefesa, por meio de uma sequência de atos menos consensual.

Na autodefesa, também designada como *autotutela*²⁵, constata-se, assim como na autocomposição, a presença do sacrifício de uma das pretensões do conflito, não havendo, contudo, espaço para o consentimento da outra parte. Aqui, o indivíduo age diretamente contra o seu agente conflitante, fazendo uso de ameaças ou da força, sem dar espaço para a intermediação do Estado²⁶. Essencialmente, percebe-se que a imposição do interesse do agente ativo implica na submissão da vontade alheia.

²⁴ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa**. Primera reimpressão. México: Imp Universitaria,. 2000. p 75.

²⁵ *Ibid.*, p. 50.

²⁶ SPENGLER, Fabiana Marion; WRASSE, Helena Pacheco. A (im)possibilidade da (auto)composição em conflitos envolvendo a administração pública: do conflito à posição do terceiro. Rio de Janeiro: **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, 2017. V. 18, n. 3. p. 78.

Entretanto, exige-se latente cautela para sua incidência no campo da validade. Para que a autodefesa seja abarcada pelo que se espera de um Estado Democrático de Direito, ela deve vir sucedida de um processo – composto por uma sequência de atos submetidos a uma autoridade jurisdicional –, a fim de que seja reconhecida como medida válida dentro do ordenamento jurídico, como é o caso da legítima defesa no estatuto penal.

Portanto, a ausência de qualquer validação por parte do Estado significaria anuir que os indivíduos regressassem ao seu estado primitivo de natureza, momento da História em que, não havendo a intermediação de qualquer organismo social nos conflitos existentes, os membros de uma comunidade deveriam proteger seus interesses da forma mais adequada que lhes fosse possível²⁷. Evidentemente, o acúmulo de poder ou força por parte de um cidadão deflagrou a ineficácia deste método, ao passo que as medidas escolhidas para a solução das controvérsias eram demasiadamente desproporcionais. Esta verificação, aliás, ensejou a aceitação da presença de uma figura desvinculada das partes, despreendida dos interesses conflituosos, a quem se conferiu poder decisório sobre o litígio. Não mais se está diante de uma solução parcial, mas, sim, imparcial, distante dos polos da relação a ser dirimida.

A heterocomposição, por sua vez, enquanto *solução imparcial*, retira o poder de decisão sobre o conflito das partes e o entrega a um terceiro, cujo lugar não incide em nenhum dos polos da relação. Os indivíduos, então, não mais consentem ou impõem os seus interesses, uma vez que a atribuição para solucionar o embate foi designada para outrem, representante ou não do Estado. A este método, reserva-se o espaço da tutela jurisdicional e da arbitragem²⁸.

Sob pena de incorrer em um simplismo, não se ingressará nas pretensões, conceituações e modalidades atinentes ao termo processo enquanto tutela jurisdicional, tampouco nas acepções relativas à arbitragem. Atenta-se, neste momento, à ideia de heterocomposição como uma das formas de resolução de conflito em que o terceiro imparcial detenha mais poder que as partes envolvidas no litígio. Na hipótese processual, ainda, espera-se que, por meio desse poder, o

²⁷ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa**. Primera reimpressão. México: Imp Universitaria,. 2000. p 51.

²⁸ *Ibid.*, p. 13.

juiz consiga impor seu desfecho de modo coercitivo, fazendo uso dos instrumentos estatais²⁹.

A mera condução das demandas apresentadas pelas partes, de forma imparcial e coercitiva, contudo, não basta para garantir a atuação segura deste terceiro. É necessário que o poder exercido por ele seja percebido pelas partes como soberano, a fim de que as pretensões, ou as possíveis desobediências propostas por elas, encontrem limites na atuação da figura imparcial.

Logo, diante da iminência de um conflito, à luz das perspectivas extraídas da obra de Alcalá-Zamora y Castillo, a tendência é de que os indivíduos com interesses conflitantes busquem o retorno ao estado de ordem social, elegendo alguma das formas acima explicitadas – autocomposição, autodefesa ou processo – para atingir essa finalidade. Essa escolha sempre variou, na história das civilizações, de acordo com a complexidade da estrutura social, bem como pela disponibilidade das ferramentas legais disponíveis.

A esse respeito, necessário referir que quaisquer perspectivas sobre as estruturas políticas, os institutos legais e os ordenamentos jurídicos que hoje verificamos devem perpassar por uma análise evolutiva da história do Direito, a fim de que se compreenda as modificações realizadas ao longo das comunidades civilizatórias na busca pela manutenção da ordem social.

Geraldo Prado³⁰ vai além: seria impossível tomar-se conhecimento do direito sem previamente conhecer o lugar que as coisas ocupam na evolução jurídica. Assim, a fim de evitar que as formas de resolução de conflitos apresentadas não sejam percebidas em seus marcos de identificação, regressa-se a um olhar cronológico acerca dos conflitos e seus espaços nas formações sociais.

2.2 As resoluções conflitivas na história das Civilizações Antigas

As primeiras formas de organização civilizatória, como grupos, tribos ou clãs, não detinham um sistema regulamentado de resolução de conflitos, de modo que os costumes – o que mais tarde chamaríamos de *direito consuetudinário* –,

²⁹ *Ibid.*, p. 14.

³⁰ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. São Paulo: Lumem Juris, 2005.p. 111.

manifestados especialmente pelas crenças religiosas³¹, foram utilizados para diluir os conflitos deflagrados. Naquele momento, a vingança privada era a maneira estipulada para restabelecer *o status quo* modificado e por meio da qual se buscava punir o agente responsável pela transgressão da ordem social, a fim de que servisse de exemplo para os demais membros do grupo ou clã. Aqui, vê-se a clara incidência da autotutela.

O aperfeiçoamento das relações sociais, atrelado à tomada de consciência quanto à necessidade de encontrar um modelo único de resolução de conflitos, ensejou a sistematização de inúmeros métodos, criando-se um embrião do Direito Penal. Este momento foi importante para a distinção da repercussão social pretendida sobre cada conduta desviante, a fim de que se pudesse atribuir punições mais severas para os fatos mais degradantes, ainda que não houvesse uma separação entre ilícito penal e cível.

Na antiguidade oriental, tanto no Egito, quanto na Palestina, já havia presença de juízes e tribunais designados, em apartado, para o julgamento de delitos graves e outros para a resolução de crimes leves. Os membros eram escolhidos politicamente para o cargo, conforme a classe social a que pertenciam. O sínédrio, assembleia maior para o julgamento das autoridades³², marca também a presença do povo nos tribunais.

Por outro lado, no mundo ocidental, as reformas de Drácon e Sólon³³, datadas, aproximadamente, do século VII a.c. ao século VI a.c., representaram um esboço de sistema normativo, especialmente a partir do delineamento do conceito de dano, desvinculando-se as esferas cível e penal.

Enquanto as organizações sociais menos complexas atribuíam ao líder local, muitas vezes contemplado com o título de líder teológico naquela coletividade, o poder de decidir sobre um conflito apresentado, os gregos inauguraram uma verdadeira sistematização das normas, com distinção entre crimes privados e públicos³⁴. Aos primeiros, designava-se pouca importância, de

³¹ LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. **Sistemas Processuais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 04

³² PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. São Paulo: Lumem Juris, 2005. p. 126.

³³ LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. **Sistemas Processuais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 05

³⁴ *Ibid.*, p. 07.

modo que cabia ao ofendido decidir sobre a pretensão do seu interesse; por outro lado, o cometimento de um crime público pressupunha a participação dos cidadãos na sua resolução, por meio de conselhos e tribunais populares, como o Areópago e o Tribunal dos Heliastas³⁵, demonstrando a mudança de paradigma protagonizada pelos gregos na formação do Direito ocidental.

Nesse momento, inclusive, para além da constatação de que terceiros desinteressados poderiam resolver o conflito, havia, em último caso, a possibilidade de transação e de desistência ao longo do processo, marcando o aparecimento dos métodos de autocomposição. Ou seja, as três formas de resolução de conflitos mencionadas já eram experimentadas pelas sociedades mais antigas.

Anos mais tarde, a civilização romana, desde a República até o Império, marcou a instauração de procedimentos complexos, especialmente por adotar o processo penal público enquanto meio de julgamento dos crimes. A figura do magistrado como representante do rei foi agraciada com amplos poderes em sua atuação, em um procedimento que ficou conhecido como *cognitio*³⁶ e cujas diretrizes bebiam da fonte da *inquisitio* – fase preliminar em que o juiz atua de ofício.

Buscando dar uma resposta às arbitrariedades dos julgadores, surgiu a *accusatio*³⁷, procedimento em que se possibilitou, a quem cidadão fosse considerado, atribuir o cometimento de um delito a um terceiro de forma pública, apresentando-se provas e dando-se início à ação penal. Esse novo modelo, embora servisse como instrumento moderador da *inquisitio*, não se sustentou no tempo, na medida em que os acusadores (*quaesitor*) particulares ficavam com o ônus de comprovar a imputação alegada, o que gerava demasiado receio no seu exercício. Assim, a *accusatio* logo deu espaço a *cognitio extra ordinem*, devolvendo a soberania para o Estado.

Neste momento em que o Império se instalava em Roma, houve a retomada de grandes poderes por parte dos julgadores, não apenas alicerçada na atuação de ofício, mas, agora, sedimentada na possibilidade de tortura³⁸. A *cognitio extra*

³⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 4ª ed. – São Paulo: Atlas S.A., 2012. p. 23.

³⁶ LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. **Sistemas Processuais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 06.

³⁷ TUCCI, Rogério Lauria. **Persecução Penal, Prisão e Liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 63.

³⁸ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. São Paulo: Lumem Juris, 2005. p. 126.

ordinem, é bem verdade, não se confunde com o inquisitorialismo que viria a se alastrar pela Europa ocidental anos mais tarde; aqui, registra-se, é apenas enrijecimento do primeiro modelo, com exaltação de um poder conferido pelo imperador.

Assim, é possível verificar que a autotutela (autodefesa), a autocomposição e a própria figura do processo (enquanto tutela jurisdicional) foram presenciadas pelas estruturas sociais existentes até o século V d.C., em que não se falava, essencialmente, na figura do Estado enquanto nação.

Com a derrocada do Império romano, atrelada às invasões bárbaras, uma nova estrutura de formação social começava a se desenhar. Como a formação do Estado impactaria nos modelos de resolução de conflitos até agora aplicados? Mais: se antes a distribuição do poder de julgar era fidelizada a quem fosse cidadão, bem como membro de confiança dos imperadores, como os poderes atuantes na sociedade seriam agora percebidos, diante da convergência de inúmeros povos em um mesmo território? A resposta a esses questionamentos é para onde este presente trabalho se dirige a partir de agora.

2.3 A formação do Estado Nacional, a Separação de Poderes e o início da reserva do poder de julgar

A existência do Estado, enquanto uma realidade sensitiva, não constitui controvérsia na história da humanidade; contudo, sua mutabilidade abre margem para vários questionamentos sobre a sua finalidade, origem e necessidade na vida dos indivíduos em comunhão³⁹. E é por isso que, ao longo das civilizações, inúmeras foram as tentativas de explicá-lo.

A origem *natural* do Estado⁴⁰, cujos principais teóricos foram Aristóteles, Hegel e Marx, dispõe que a existência do indivíduo em comunidade é uma consequência lógica da percepção de que, sozinho, o ser humano não conseguiria se desenvolver. Os pensadores, nessa teoria, encontraram na natureza do indivíduo a razão para a formação do Estado, seja para atingir a felicidade (Aristóteles), para manifestar a vontade humana e a sua liberdade por meio de um

³⁹ MONDIN, Batista. **Introdução à filosofia: problemas, sistemas, autores e obras**; tradução J. Renard. 18ª ed. – São Paulo: Paulus, 2010. p. 137.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 138.

Espírito Absoluto (Hegel) ou pela instintiva tendência a exercer sua função em comunidade (Marx).

Por outro lado, a origem *sobrenatural* do Estado, conforme Santo Agostinho, dando organicidade às ideias de Platão, entende que o mundo é dividido em duas grandes esferas: a cidade de Deus (*civitas dei*) e o Estado (*civitas terrena*)⁴¹. Embora ambas estejam fundadas no sentimento de amor, a primeira goza de um amor altruísta, capaz de abdicar de si mesmo para o bom funcionamento dos demais elementos mundanos. Enquanto isso, a segunda privilegia um amor egoísta, humano, em que as relações são pautadas na autossatisfação.

Para que pudesse existir de forma funcional, nesta visão, o Estado deveria se pautar pelas normas divinas, impondo aos indivíduos a plena adesão aos hábitos e aos dogmas da Igreja, a fim de que o reino divino fosse a eles designado. Tais características são percebidas na Idade Medieval, em que o direito canônico começou a se difundir no mundo ocidental⁴².

Por fim, é possível falar, ainda, em uma teoria da origem *convencional/contratualista* do Estado. Enfrentada por nomes como Spinoza, Hobbes, Locke e Rousseau⁴³, a formação do Estado por meio do contrato social se volta à busca pela criação de um poder externo capaz de resolver os conflitos, na medida em que o ser humano, se inserido em seu estado de natureza – onde não encontra barreiras para os seus direitos –, não é capaz de promover uma convivência social adequada⁴⁴.

Esta teoria dialoga com a ideia de que, ao passo que as estruturas sociais foram se tornando complexas, o ser humano não mais tinha condições de se autogerir – leia-se, manter a ordem social de maneira sustentável. Assim, por meio de um acordo, os indivíduos decidiram abdicar de parte dos seus direitos individuais para realocá-los nas mãos de um Estado firme, soberano – o Estado-Leviatã de Hobbes⁴⁵.

⁴¹ MONDIN, Batista. **Introdução à filosofia: problemas, sistemas, autores e obras**; tradução J. Renard. 18ª ed. – São Paulo: Paulus, 2010. p. 139.

⁴² LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 4ª ed. – São Paulo: Atlas S.A., 2012. p. 68.

⁴³ CASTILHO, Ricardo. **Filosofia do Direito**. 1ª ed – 2ª reimpr. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 79.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 80.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 81.

Realizada breve análise sobre algumas perspectivas de surgimento da figura do Estado, bem como a visão de alguns pensadores acerca da sua função nas sociedades em que está inserido, faz-se imprescindível retomar a linha cronológica anteriormente iniciada. Isto porque, a partir de agora, será possível inserir a figura do Estado e destrinchá-lo até a tripartição dos Poderes – visualizada na evolução das organizações sociais –, a fim de que se perceba a imprescindibilidade da atuação do Poder Judiciário e da sua reserva de jurisdição.

O Estado, como unidade política, foi originado a partir do desaparecimento do império romano, somado à justaposição de elementos culturais germânicos, trazidos pelas invasões bárbaras⁴⁶. Neste contexto de miscigenação de culturas e fragmentação territorial e social do poder político, os vestígios de Roma e a cultura germânica propiciaram um vácuo político, em que Igreja católica, por meio das instituições eclesiásticas, disseminou seu poder aos longos dos séculos V a IX d.C.⁴⁷.

É sabido que o contexto acima referido se atém, exclusivamente, à realidade percebida no mundo ocidental, não se voltando ao surgimento de outros grandes Estados da época, quais sejam, o bizantino e o islâmico. Ainda que pareça evidente a escolha pela perspectiva ocidental, em razão do enraizamento jurídico que se pretende resgatar para adentrar no objeto do trabalho, faz-se necessária essa consideração.

O mundo ocidental, portanto, começou a verificar as consequências do choque cultural experimentado com as invasões bárbaras, como fraqueza econômica, militar e política da região, de modo que se constatou impossível o estabelecimento hegemônico de qualquer poder eclesiástico ou secular⁴⁸. O enfraquecimento de um território inteiro obrigou a reestruturação da sociedade em pequenas cidades ou regiões – chegava-se, então, ao medievo.

No sistema feudal, com a centralização do poder nos senhores responsáveis por cada parte de terra, os conflitos eram dirimidos conforme estes determinassem. O maior problema se atinha à parcialidade dos senhores feudais na relação

⁴⁶ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; DIEDER REVERBEL, Carlos Eduardo. **O tribunal constitucional como poder: uma nova visão dos poderes políticos**. 2ª ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 26.

⁴⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 4ª ed. – São Paulo: Atlas S.A., 2012. p. 57.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 59.

conflituosa, de modo que a aplicação de sanções era absolutamente discricionária. O que se percebeu, naquele momento, era um distanciamento excessivo entre quem tomava as decisões – sejam pertinentes ao funcionamento do reino, sejam atinentes aos conflitos – e quem contraía seus efeitos⁴⁹.

As relações privadas constituídas dentro do feudo repercutiam a ponto de formar o que se concebia pelo poder público lá existente, uma vez que estas ocupavam um vazio deixado pela ausência da unidade. Era preciso, no entanto, mudar. Inúmeros foram os fatores que colocaram termo ao sistema feudal, entre eles, destaca-se: a formação de estamentos parlamentares, o avanço das monarquias e a expansão econômica e mercadológica. Estes fatores deram início a um processo chamado de *nacionalização*⁵⁰.

Consistente em uma visão política centralizada, em território amplo, bem como em uma abertura religiosa, o Estado Nacional moderno começava a se estruturar, ensejando, igualmente, a construção da tão aguardada esfera pública. Aqui, entretanto, a concentração do poder na figura do Rei não permitia a distribuição das funções de administrar, legislar e julgar, sendo executada pela mesma pessoa. A soberania por ele exercida, à luz das ideias de Jean Bodin⁵¹, possuía três características: perpétua, absoluta e concentrada, não havendo espaço para contestação.

O reinado Inglês, no início do século XVII, viu seu poder absoluto, personificado na Dinastia Tudor, dar espaço ao surgimento do Poder Legislativo, diante da institucionalização do poder público e do aprimoramento das técnicas de representatividade. Era o marco necessário à descentralização do poder real. Com a Revolução Gloriosa de 1688, a vitória parlamentarista foi sedimentada, ao passo que, agora, passava a exercer a função deliberativa, anteriormente concentrada no rei.

O doutrinador responsável por construir a bipartição dos Poderes foi John Locke⁵². Para ele, o Poder Executivo e o Poder Legislativo deveriam coabitar, respeitando-se as origens monárquicas que concederam poder ao Rei, bem como

⁴⁹ *Op cit.*, p. 37.

⁵⁰ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; DIEDER REVERBEL, Carlos Eduardo. **O tribunal constitucional como poder: uma nova visão dos poderes políticos**. 2ª ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 39.

⁵¹ *Ibid.*, p. 44.

⁵² *Ibid.*, p. 57.

concedendo-se poder de controle sobre o monarca ao parlamento, a fim de que as leis do Estado fossem cumpridas.

Ainda que a sociedade inglesa da época estivesse satisfeita com o passo já realizado, percebeu-se, não tardiamente, que a função de julgar ainda estava esparsa no poder público. Oscilando entre juízes populares sob o formato do Tribunal do Júri e entre autoridades que ocupavam assentos no Parlamento inglês, o Poder Judiciário ainda permanecia, majoritariamente, sob as vestes do poder real. Foi então que, em 1701, por meio do Ato do Estabelecimento⁵³, pôs-se fim ao desequilíbrio de Poderes.

Muito embora o primeiro passo tenha sido dado pelos ingleses, foi o jurista francês Barão de Montesquieu⁵⁴ quem, munido da experiência anglo-saxã, teorizou acerca da tripartição dos Poderes. O autor trouxe consigo os ideais liberais, buscando efetivar, na figura do magistrado, o verdadeiro exercício da liberdade, ao passo que apenas um regime misto (monárquico, aristocrático e democrático) poderia propiciar a liberdade enquanto possibilidade prevista em lei.

A partir dos conceitos de Montesquieu, harmonia e independência (*check and balances*) passaram a ocupar a realidade do poder público, agora distribuído em Executivo, Legislativo e Judiciário. Não havia o que hoje se espera de um Estado Democrático de Direito – leis isonômicas, conceito de procedimento com garantias aos acusados, entre outras coisas –, mas o andar inaugurado no século XVIII, com a deflagração da independência do poder de julgar, abriu caminho para uma nova deliberação: consistiria a independência dos Poderes em sua exclusividade de atuação?

Sabe-se que os processos de transição das estruturas de poder não se estabelecem na prática de forma absoluta em pouco espaço de tempo. E para que a separação do Poder Judiciário fosse percebida de maneira realmente autônoma foi preciso encontrar seus pressupostos de atuação.

⁵³ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; DIEDER REVERBEL, Carlos Eduardo. **O tribunal constitucional como poder: uma nova visão dos poderes políticos**. 2ª ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 60.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 63.

Santiago Munhoz Machado⁵⁵, em *La reserva de jurisdicción*, apontou os requisitos para a atuação independente dos magistrados, a fim de eliminar o arbítrio ainda presente na figura do monarca. Primeiro, que as fontes para a resolução de conflitos estejam positivadas em normas gerais e objetivas; e, segundo, que os juízes julgadores do caso não tenham ocupado quaisquer dos lados do litígio. Trata-se, pois, da necessária existência de um ordenamento jurídico positivado e de uma autoridade jurisdicional.

A exigência de um sistema de normas se baseia no ato de jurisdição kelseniano, na medida em que julgar não consiste meramente em aplicar o disposto na lei, mas efetuar um processo hermenêutico, de criação, transformando a norma em regra ao inseri-lo no caso. A conservação deste espaço de criação é fundamental para o exercício independente do Poder Judiciário, haja vista que apenas a obediência aos parâmetros previstos – e anteriormente estipulados pelo Poder Legislativo – não conferiria a liberdade de atuação⁵⁶.

Da mesma forma, admitir como pressuposto a existência de uma autoridade judicial implica dizer que o funcionário público atuante não pode guardar qualquer relação com o órgão pertencente a outro poder público. Não se trata de adentrar na esfera da imparcialidade, ao menos neste momento, tampouco ingressar no campo da inamovibilidade; aqui, busca-se alguém dotado de jurisdição, a quem as atribuições do Poder Judiciário foram designadas.

Essa essencial característica do poder de julgar se chama *reserva de jurisdicción*. Na condição de instituto jurídico, a também chamada cláusula de reserva de jurisdição divide a doutrina e a jurisprudência, na medida em que incide sobre atos de toda a persecução penal e põe em questão a atuação de outras autoridades não jurisdicionais.

O limite entre atravancar atos essenciais à persecução penal, realizados por autoridades administrativas, por exemplo, e a violação de direitos fundamentais, quando indevidamente concebidos, é tênue e merece especial olhar neste trabalho.

⁵⁵ MACHADO, Santiago Muñoz. **La reserva de jurisdicción**. 2ª ed. Bogota: Temis S.A., 2020. p. 01.

⁵⁶ MACHADO, Santiago Muñoz. **La reserva de jurisdicción**. 2ª ed. Bogota: Temis S.A., 2020. p. 11.

3 A JURISDIÇÃO, SUA A RESERVA ATRIBUÍDA AO PODER JUDICIÁRIO E A INCIDÊNCIA SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Anteriormente ao ingresso na temática da jurisdição, bem como da reserva de poder designada ao Poder Judiciário, faz-se imprescindível delinear o terreno do Estado Democrático de Direito, com o intuito de perceber a importância da cláusula de reserva como validação do próprio ordenamento jurídico. Somente assim será possível passar à conceituação da jurisdição e das espécies desempenhadas pelo órgão judicial.

Após a devida explanação da reserva de jurisdição, enquanto espectro escolhido para averiguar as incongruências do instituto da fiança em nosso sistema jurídico, será necessário se debruçar, ainda que perfunctoriamente, sobre a seara dos direitos fundamentais, a fim de compreender as nuances do bem jurídico submetido à restrição pela autoridade competente.

3.1 A jurisdição no Estado Democrático de Direito

A compreensão do conceito de Jurisdição, atrelada à exposição dos elementos formadores do Estado Democrático de Direito, são fundamentais para a percepção do terreno dos direitos fundamentais. Neste momento, busca-se demonstrar as nuances do ordenamento jurídico brasileiro que servem de plano de fundo à atuação dos Poderes Públicos.

3.1.1 A construção do conceito de jurisdição no Estado Democrático de Direito

A jurisdição é uma das expressões do poder e, como tal, seus objetivos se relacionam com os fins próprios do Estado⁵⁷. Compreender a expressão acima implica reconhecer, como pressuposto lógico, o estabelecimento de um Estado

⁵⁷ VILARES, Fernanda Regina. **A reserva de jurisdição no processo penal – dos reflexos no inquérito parlamentar**. 2010. 239f. Dissertação (Faculdade de Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 47.

Democrático de Direito, ou seja, um ambiente constitucional em que a democracia e os direitos fundamentais encontrem instrumentos de efetivação⁵⁸.

Para que a jurisdição possa, então, manifestar-se como expressão de poder, é necessário caracterizar os aspectos do Estado Democrático de Direito, antes de conceituar doutrinariamente o que vem a ser o objeto deste capítulo. Para isso, toma-se como embasamento as lições de Canotilho⁵⁹, a quem os autores brasileiros exaustivamente regressam.

A doutrina portuguesa divide os pressupostos do Estado Democrático de Direito em: a) *materiais*, consistindo em juridicidade, constitucionalidade e direitos fundamentais; e b) *formais*, abarcando a divisão de Poderes e a administração local autônoma. Enquanto os aspectos materiais se voltam à caracterização de um sistema normativo estruturante, que visa efetivar direitos de ordem subjetiva, os aspectos formais buscam garantir a manutenção da descentralização do poder no sistema normativo, de modo a garantir a independência dos três Poderes.

Por juridicidade, entende-se a instrumentalização da justiça, a exigência de proteção aos direitos fundamentais e de equidade na sua distribuição por meio da lei formal⁶⁰. Aqui, é necessário sinalizar que a mera sistematização de normas não tem o condão de garantir a efetividade de direitos fundamentais, sendo necessária a realização de um processo hermenêutico da constituição pelos magistrados, consubstanciando um verdadeiro fórum de princípios positivados, na visão de Dworkin, e de Razão Pública, para Rawls⁶¹.

A constitucionalidade, por sua vez, vincula-se à ideia de supremacia da constituição, ao afirmar que as funções dos poderes públicos, quais sejam, de legislar, de executar e de julgar, devem tomar como parâmetro a força normativa do texto constitucional⁶². Ainda, está abarcada neste aspecto a reserva material da

⁵⁸ MAZLOUM, Ali. **Reserva de jurisdição: os limites do juiz na investigação criminal**. 1ª ed. – São Paulo: Matrix, 2016. p. 15

⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed, 11ª reimp. – Coimbra: Almedina, 2000. p. 243-245.

⁶⁰ VILARES, Fernanda Regina. **A reserva de jurisdição no processo penal – dos reflexos no inquérito parlamentar**. 2010. 239f. Dissertação (Faculdade de Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 23.

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium – **Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará** – Fortaleza, jan./dez., v. 5, n. 8, p. 15. 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 08 de setembro de 2021.

⁶² *Op cit.*, p. 20.

Magna Carta, que consiste em resguardar, para a constituição, a previsão de matérias que não podem ser disciplinadas por leis ordinárias.

Nesse ponto, o ministro Luís Roberto Barroso contribui ao afirmar que são dois os papéis fundamentais a serem exercidos pela constituição⁶³: o de estabelecer as regras do jogo democrático, e o de proteger valores e direitos fundamentais. Assim, a força normativa oriunda da constitucionalidade se mostra como uma baliza para atos públicos e um porto seguro às garantias individuais e coletivas.

Quanto ao último aspecto material, a saber, dos direitos fundamentais, tem-se aqueles direitos dos seres humanos, que, a partir de um Poder Constituinte, foram reconhecidos e incluídos na esfera do direito constitucional de um determinado Estado⁶⁴. A juridicidade e a constitucionalidade acima referidas não teriam razão de ser se não houvesse o fim social de efetivar os direitos intrínsecos à existência da pessoa humana.

Todos os pressupostos materiais foram abarcados pela Constituição Federal de 1988, seja pela formação de existência de um ordenamento jurídico que tem como base um texto constitucional, seja pelo conteúdo dos artigos 5º e 6º da Carta Magna, os quais disciplinam um sistema de direitos fundamentais voltados ao indivíduo, à pessoa humana. Até aqui, portanto, os pressupostos analisados podem ser vislumbrados na realidade brasileira.

No que diz respeito aos pressupostos formais, atinentes à separação de Poderes e à administração local autônoma, é possível verificar que estes buscam garantir a liberdade de atuação dos Poderes por meio da conciliação entre a independência e a harmonia de atuação. Nesse contexto, Canotilho assinala que se trata da dimensão negativa da separação de Poderes⁶⁵, voltada à manutenção do controle e da imposição de limites entre os Poderes, resguardando, assim, a liberdade individual.

A presença da separação de Poderes, bem como da administração autônoma, está igualmente presente no ordenamento jurídico brasileiro, na medida

⁶³ *Op. cit.*, p. 11

⁶⁴ MAZLOUM, Ali. **Reserva de jurisdição: os limites do juiz na investigação criminal**. 1ª ed. – São Paulo: Matrix, 2016. p. 14

⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed, 11ª reimp. – Coimbra: Almedina, 2000. p. 250.

em que o federalismo instituído pelo art. 1º da Constituição Federal/88 e a liberdade de atuação dos Poderes prevista no art. 2º da Constituição Federal/88 garantem a vigência dos pressupostos formais. Não menos importante, é a previsão do art. 60, §4º, inc. III, do texto constitucional, que elegeu como cláusula pétrea a própria separação dos Poderes republicanos.

Para que a liberdade de atuação, especialmente da magistratura, seja possível no pretendido Estado Democrático de Direito, salienta-se uma atuação convicta dos Tribunais, de quem se espera a concretização das normas constitucionais. Na busca desse fim, a doutrina de Canotilho elenca duas funções essenciais a serem executadas pelos Tribunais⁶⁶: a) garantir a liberdade, uma vez que não há liberdade quando houver concentração entre quem legisla as leis, quem as executa e quem as julga; e b) garantir a independência da magistratura.

Nesse sentido, verifica-se a imprescindibilidade de assegurar não apenas a coexistência dos três Poderes, mas o livre exercício dos juízes, enquanto responsáveis pela concretização dos valores contidos na constituição. O desempenho funcional dos julgadores, embora tenha sido tangenciado desde logo no tema, será analisado com maior cautela à frente.

Portanto, com a definição da existência do Estado Democrático de Direito, enquanto pressuposto para a deflagração da jurisdição como expressão do poder, é possível partir para a conceituação desta, na medida em que os conceitos apresentados a seguir encontram respaldo nos pilares materiais e formais acima referidos.

Para Magalhães Noronha⁶⁷, jurisdição “é o poder de o juiz aplicar o direito objetivo”. Refinando-se para o processo penal, o autor afirma ser “o poder de dirimir o conflito entre a pretensão punitiva e os direitos concernentes à liberdade do indivíduo”. Já Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁸ aponta:

[...] A função jurisdicional é função que o Estado, e somente ele, exerce por via de decisões que resolvem controvérsias com força de coisa julgada, atributo este que corresponde à decisão proferida em última instância pelo Judiciário e que é predicado desfrutado por

⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed, 11ª reimp. – Coimbra: Almedina, 2000. p. 657.

⁶⁷ NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de direito Processual Penal**. 18ª ed. Atualizada por Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 44.

⁶⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª ed, ref., ampl. e atual., São Paulo: Malheiros, 2002. p. 101.

qualquer sentença ou acórdão contra o qual não tenha havido tempestivo recurso.

Canotilho⁶⁹ qualifica a jurisdição como “a *actividade* exercida por juízes e destinada à revelação, extrinsecação e aplicação do direito num caso concreto”. O autor ainda ressalta que a essa atividade está associada ao poder jurisdicional, sendo desenvolvida por indivíduos com determinados atributos (juízes) e regulada por regras e princípios processuais (processo).

O que se extrai, portanto, dos conceitos acima expostos, é a noção de que a jurisdição está, em síntese, representada pela ideia de interpretação e aplicação do direito a partir de um conflito específico, com o intuito de lhe impor o atributo de definitividade⁷⁰. Trata-se, pois, do poder de decisão. Mais: do dever de assim tomá-la.

A fim de dar vazão à jurisdição, a Constituição Federal positivou o princípio da inafastabilidade do controle (função) jurisdicional no inc. XXXV do art. 5º, dispondo que “a lei não exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim, mais do que mera recomendação, há uma obrigatoriedade na prestação jurisdicional por parte de membros do Judiciário, acompanhada de uma expectativa civil de ver suas demandas apreciadas pelos magistrados, enquanto instrumento do acesso à justiça.

As considerações acerca do conceito de jurisdição deflagram: o Poder Judiciário está no centro das resoluções de conflito entre direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito brasileiro. Seria possível, dito isso, ceder lugar a autoridades não jurisdicionais? Diante do conflito de direitos de extrema relevância, a solução poderia ser operada por alguém desprovido de jurisdição?

A resposta encontra divergências doutrinárias e incongruências com as leis esparsas vigentes no ordenamento jurídico atual. Aqui, defende-se que o exercício da função jurisdicional, dentro do que se pretende em um Estado Democrático de Direito, é exclusiva dos órgãos do Judiciário, tendo em vista que apenas eles detêm

⁶⁹ *Op cit.*, p. 657.

⁷⁰ PINTO, Guilherme Newton do Monte. **A reserva de jurisdição**. 2009. 306f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009. p. 185.

a competência para solucionar os conflitos e proteger os direitos fundamentais⁷¹. A essa indisponibilidade de atuação se denomina *reserva de jurisdição*, cujos aspectos e delimitações serão expostos a seguir.

3.1.2 A reserva de jurisdição atribuída ao Poder Judiciário e os seus aspectos justificantes

Ao deparar com a expressão *reserva de jurisdição*, a primeira compreensão – e por isso mais abrangente –, é de que se trata da competência atribuída ao Poder Judiciário para a prática de atos jurisdicionais específicos, normalmente por força constitucional, repelindo a interferência de outras autoridades na seara de atuação pretendida⁷². A essa concepção, Paulo Castro Rangel denominou *reserva total de jurisdição*⁷³, a qual decorre da própria função jurisdicional, pressupondo, assim, a vigência de um conteúdo intrínseco à função de julgar.

No mesmo sentido, Canotilho⁷⁴ define o postulado da reserva constitucional de jurisdição como a submissão da prática de determinados atos à esfera única de decisão dos magistrados, cuja realização, à luz de verdadeira designação constitucional, somente pode emanar do juiz, e não de outras autoridades – ainda que, eventualmente, gozem de poderes próprios das autoridades jurisdicionais.

Se for correto afirmar que a reserva atribuída ao Poder Judiciário é decorrente da própria função jurisdicional, igualmente é possível concluir que o exercício dessa cláusula de reserva busca materializar o princípio da separação de Poderes. Trata-se, pois, de um novo nome deste princípio constitucional⁷⁵.

⁷¹ VILARES, Fernanda Regina. **A reserva de jurisdição no processo penal – dos reflexos no inquérito parlamentar**. 2010. 239f. Dissertação (Faculdade de Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 17.

⁷² PINTO, Guilherme Newton do Monte. **A reserva de jurisdição**. 2009. 306f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009. p. 224.

⁷³ MAZLOUM, Ali. **Reserva de jurisdição: os limites do juiz na investigação criminal**. 1ª ed. – São Paulo: Matrix, 2016. p. 41.

⁷⁴ AGUIAR, Osmar de Oliveira. Comissão parlamentar de inquérito: a limitação dos poderes e os direitos fundamentais. **E-Legis**, Brasília, n. 8, p. 56-65, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/alesp/biblioteca-digital/obra/?id=20583>. Acesso em 18 de setembro de 2021. p. 60.

⁷⁵ RANGEL, Paulo Castro. **A reserva de jurisdição sentido dogmático e jurisprudencial**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997. p. 27.

Isto porque, a separação de Poderes, como já afirmado anteriormente, para além de compor os aspectos do Estado Democrático de Direito, disciplina a atribuição de funções específicas a cada um dos Poderes que constituem a estrutura de poder⁷⁶. Logo, na medida em que há independência de atuação, existe, paralelamente, a designação específica de competência a determinados atos, em plena observância à teoria dos freios e contrapesos – *check and balances*⁷⁷.

Está-se a sustentar, assim, que a reserva de jurisdição compreende um fenômeno de atribuição de determinados atos específicos ao Judiciário em razão da previsão constitucional vigente que a autoriza. É necessário, dessa forma, apontar as fontes que validam essa cláusula em nosso ordenamento jurídico.

Embora a Constituição Federal de 1988 não abarque, explicitamente, a expressão *reserva de jurisdição*, o texto constitucional prevê a decretação de prisão por autoridade judiciária competente em seu inciso LXI do art. 5^o⁷⁸ –ressalvadas as hipóteses previstas no dispositivo –, bem como a inviolabilidade do domicílio, salvo por determinação judicial, no inciso XI do mesmo diploma legal⁷⁹. Há, portanto, evidente incorporação da cláusula de reserva jurisdicional pelo Poder Constituinte no sistema de normas.

Para além da previsão constitucional, os ministros do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento dos mandados de segurança nº 23.452-1/RJ e 23.454/DF, expuseram opiniões divergentes em relação à vigência da reserva de jurisdição na atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito. Nos referidos julgados, para além da presença da cláusula de reserva de jurisdição no

⁷⁶ *Op cit.*, p. 42.

⁷⁷ “Assim, do empirismo britânico, da racionalização de MONTESQUIEU e do pragmatismo norte-americano, exsurge o que, como já dissemos, será o principal elemento caracterizador do princípio da separação dos poderes no Direito Contemporâneo, o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*).” MALDONADO, Maurílio. Separação de poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no estado brasileiro. São Paulo: **Revista Jurídica 9 de Julho**, 2003. n. 2, p. 230. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/alesp/biblioteca-digital/obra/?id=503>. Acesso em: 17 de setembro de 2021.

⁷⁸ “LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao. Acesso em: 21 de setembro de 2021.

⁷⁹ “XI - 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;” *Ibid*.

ordenamento jurídico, a Corte debateu sobre a compreensão de uma reserva *absoluta* ou *relativa* na hipótese apreciada, as quais se passa a distinguir.

A *reserva absoluta de jurisdição*, *reserva de juiz* ou, ainda, o *monopólio da primeira palavra*⁸⁰ consiste na atribuição ao magistrado não apenas da última apreciação do conflito, mas, desde logo, da primeira análise. Nesta circunstância, cabe apenas ao Poder Judiciário o pronunciamento sobre determinadas matérias, não havendo espaço para a interferência de quaisquer outras autoridades.

O posicionamento intransigente deste viés se justifica nas hipóteses em que se navega na seara de direitos de especial relevância jurídico-constitucional, cuja lesão ou inobservância deve ser atendida com uma efetiva proteção jurídica, concedida somente por autoridades dotadas de jurisdição⁸¹. Tem-se nítido, portanto, a pretensão desta visão doutrinária: assegurar que a apreciação da matéria ocorra, exclusivamente, pela via judiciária.

Por outro lado, a *reserva relativa de jurisdição*, *reserva de tribunal* ou, também denominada *monopólio da última palavra* pode ser compreendida como viabilidade de pronunciamento por autoridades administrativas diante de um conflito suscitado, carecendo, no entanto, de uma decisão definitiva, imparcial e juridicamente vinculativa⁸². Aqui, a primeira palavra pode emanar de fora do âmbito judicial, mas o acesso ao Poder Judiciário, em caso de irresignações, bem como a atribuição de qualquer solução com caráter de definitividade, perpassa, necessariamente, pela via jurisdicional.

Se na primeira classificação foi a presença de direitos de especial relevância que assegurou a indispensável atuação do Judiciário, neste momento, é justamente a ausência de um interesse de tal magnitude que a dispensa, resguardando-se a interferência na esfera administrativa.

A partir das duas classificações doutrinárias acima expostas, o Supremo Tribunal Federal entendeu, quando do julgamento das ações constitucionais anteriormente referidas, que os “atos próprios das autoridades judiciais”, executados pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, resumem-se a

⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed, 11ª reimp. – Coimbra: Almedina, 2000. p. 668.

⁸¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed, 11ª reimp. – Coimbra: Almedina, 2000. p. 669.

⁸² *Ibid.*, p. 668.

indagações probatórias, ou poderes necessários para a instrução processual, não abrangendo, por exemplo, o poder de julgamento e o poder de cautela⁸³.

Ainda, foi operada uma importante distinção: às Comissões Parlamentares de Inquérito se concede a legitimidade de quebrar sigilos bancário, fiscal e telefônico, desde que devidamente fundamentada a decisão de acordo com a noção de reserva de jurisdição relativa⁸⁴. Contudo, este entendimento não abarcou a interceptação das comunicações telefônicas, uma vez que o acesso à ação comunicativa está condicionado à prévia autorização judicial – deflagrando a primazia ao direito à intimidade e à privacidade⁸⁵. Aqui, acenou-se à incidência de uma reserva de jurisdição absoluta.

As variadas manifestações contidas nos mandados de segurança 23.452-1/RJ⁸⁶ e 23.454/DF⁸⁷, das quais se ressalta às concernentes à reserva absoluta de jurisdição, servem de amparo à análise pretendida neste trabalho. Ao longo deste capítulo, está-se a constatar a ideia de jurisdição como a função de dirimir conflitos por meio da aplicação do direito, do processo hermenêutico desempenhado pelos

⁸³ AGUIAR, Osmar de Oliveira. Comissão parlamentar de inquérito: a limitação dos poderes e os direitos fundamentais. **E-Legis**, Brasília, n. 8, p. 56-65, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/alesp/biblioteca-digital/obra/?id=20583>. Acesso em 18 de setembro de 2021. p. 59.

⁸⁴ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Os poderes de investigação das Comissões Parlamentares de Inquérito: autonomia investigativa**. 2004. 84f. (Graduação em Direito) – Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2004. p. 30.

⁸⁵ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Os poderes de investigação das Comissões Parlamentares de Inquérito: autonomia investigativa**. 2004. 84f. (Graduação em Direito) – Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2004. p. 31.

⁸⁶ “Nenhum outro Poder da República poderá desempenhar idênticas atribuições, porque existem assuntos em que os tribunais não de ter não somente a última palavra, mas logo a primeira palavra. Eis aí o monopólio do juiz, que impede que as autoridades administrativas, legislativas, bem como aquelas que têm “poderes de investigações próprios das autoridades judiciais”, pratiquem atos afetos à esfera de competência material da Magistratura.” BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno)**. Comissão Parlamentar de Inquérito. Poderes de Investigação (art. 58, §3º). Limitações constitucionais. Legitimidade do controle jurisdicional. Possibilidade de a CPI ordenar, por autoridade própria, a quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico. Necessidade de fundamentação do ato deliberativo. Deliberação da CPI que, sem fundamentação, ordenou medidas de restrição a direitos. Mandado de Segurança deferido. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>. Acesso em: 19 de agosto de 2021.

⁸⁷ “**Não obstante** a amplitude de sua competência investigatória, entendo **não** se revelar lícito a **qualquer** Comissão Parlamentar de Inquérito a prática de atos sujeitos ao **princípio constitucional da reserva de jurisdição**, vale dizer, a prática de atos cuja efetivação a Constituição Federal atribuiu, **com absoluta exclusividade**, aos membros do Judiciário. [...] Isso significa – considerada a **cláusula de primazia judiciária** que encontra fundamento no próprio texto da constituição – que esta exige, para a **legítima** efetivação de determinados atos, **notadamente** daqueles que implicam **restrição** a direitos, que sejam eles ordenados **apenas** por magistrados...” *Ibid.*

juízes. E mais: que a reserva atribuída ao Poder Judiciário se justifica na medida em que o princípio da separação de Poderes – positivado na Constituição Federal – disciplina não só a autonomia e a independência dos Poderes, como também a verificação da capacidade de atuação de determinado Poder.

No que se refere à atuação jurisdicional, o ministro Barroso contribui com dois conceitos importantes para o sopesar da atuação entre órgãos não jurisdicionais e o Poder Judiciário, quais sejam, *capacidade institucional* e *efeitos sistêmicos*⁸⁸. Enquanto o primeiro diz respeito à verificação de qual autoridade está mais capacitada – leia-se, dotada de conhecimento técnico – para decidir sobre a questão; o segundo, por sua vez, atém-se à cautela necessária quando do pronunciamento de questões sociais sensíveis, buscando-se equilibrar o ímpeto de justiça presente no funcionário público com os impactos da decisão perante outros Poderes.

Os conceitos apresentados são de extrema relevância para o enfoque de incidência da cláusula de reserva de jurisdição que se passará a expor. Até aqui, tratou-se a reserva de jurisdição de forma abstrata, podendo em inúmeros conflitos existentes ao longo da persecução penal.

Deseja-se, agora, que a reserva de jurisdição seja compreendida não apenas como a atribuição de resolução de conflito por parte do Poder Judiciário, mas como regras de relativização de direitos fundamentais mediante ordem judicial⁸⁹. Assim, busca-se refletir a partir da seguinte proposição: a reserva atribuída ao Poder Judiciário implica garantir que a mitigação de direitos fundamentais não se constitua em um ato abusivo, na medida em que a decisão tomada pela autoridade jurisdicional tenha como pressuposto uma ponderação entre os valores conflitantes.

Para isso, anteriormente à análise pormenorizada do campo dos direitos fundamentais, é imprescindível olhar para os motivos que concedem às autoridades

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium, **Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, jan./dez., v. 5, n. 8, p. 11-22. 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 08 de setembro de 2021. p. 20.

⁸⁹ MAZLOUM, Ali. **Reserva de jurisdição: os limites do juiz na investigação criminal**. 1ª ed. – São Paulo: Matrix, 2016. p. 39

judiciárias a capacidade de mitigar direitos fundamentais, deflagrando a necessidade de se observar a reserva absoluta de jurisdição nesses casos.

Legitimidade, independência, garantias e incompatibilidade⁹⁰. Esses atributos intrínsecos ao exercício do magistrado lhe garantem a capacidade necessária para o exame de direitos fundamentais, tendo em vista garantir a imparcialidade do julgador⁹¹.

Por *legitimidade*, salienta-se a capacidade decisória, a qual, diferentemente do que se verifica em outros cargos políticos, não tem sua origem no voto popular, mas, sim em concurso público previsto no texto constitucional. A vinculação do exercício do magistrado com o interesse de uma maioria comprometeria sua transparência, haja vista que a legitimidade de uma decisão é verificada pela apuração imparcial dos fatos, jamais pelo consenso de um grupo⁹².

A *independência* merece especial atenção. À luz das ideias já mencionadas de Canotilho no que diz respeito ao exercício convicto dos tribunais, o atributo da independência pode ser *objetivo* quando se ativer à necessária submissão à lei ou *subjetivo*, quando se vincular à imparcialidade – enquanto princípio estruturante do juiz natural – e à isenção do próprio magistrado.

No mesmo sentido, Santiago Munhoz⁹³ dispõe que a independência se manifesta de maneira *positiva* – ao submeter o juiz ao ordenamento jurídico -, e de maneira *negativa* – vedando a influência de outros órgãos na atuação do magistrado. Tem-se, portanto, uma independência que demanda observância à matéria produzida pelo legislador e que, concomitantemente, garante livre exercício da função.

Para que os atributos da legitimidade e da independência possam ser percebidos na prática, o Estado Democrático de Direito previu garantias e declarações de incompatibilidade ao magistrado, a fim de que seu exercício possa seguir o melhor dos rumos. A inamovibilidade, por exemplo, enquanto garantia de

⁹⁰ VILARES, Fernanda Regina. **A reserva de jurisdição no processo penal – dos reflexos no inquérito parlamentar**. 2010. 239f. Dissertação (Faculdade de Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 72

⁹¹ *Op cit.*, p. 22.

⁹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 2ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 48.

⁹³ MACHADO, Santiago Muñoz. **La reserva de jurisdicción**. 2ª ed. Bogota: Temis S.A., 2020. p. 26.

atuação sem risco de transferências ou demissões, confere liberdade de atuação aos juízes, protegendo-lhes de represálias de outros órgãos⁹⁴. Da mesma forma, as causas de impedimento e suspeição permitem a verificação, por parte do julgador, da sua imparcialidade frente ao conflito a ele submetido⁹⁵.

Esse conjunto de atributos, bem como as ferramentas destinadas à sua efetivação, é apto a justificar o porquê de o Poder Judiciário ser o mais adequado ao exame de direitos fundamentais e à imposição de restrições quando do embate verificado em situações conflitivas. Questiona-se, entretanto: para além dos atributos justificantes da atuação judiciária, a concepção de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito exige a apreciação, quando do conflito, por uma determinada autoridade? É o que se verá a seguir.

3.2. A reserva de jurisdição na análise de direitos fundamentais e a liberdade como direito de maior relevância

Diante dos atributos apresentados, os quais são inerentes à função judicial, é possível visualizar mais que o cabimento, mas a própria adequação do exercício do juiz na análise de um direito fundamental violado ou em conflito. No entanto, a fim de se somar aos aspectos justificantes oriundos da jurisdição, é de extrema relevância compreender a estrutura de um direito fundamental, bem como a técnica de ponderação desenvolvida para examinar sua mitigação.

Ainda, olhar-se-á para o direito à liberdade, diante da sua extrema relevância – o que fica evidenciado pelas teorias das esferas da personalidade e dos círculos concêntricos. Esse aprofundamento será determinante para compreender o momento da persecução penal escolhido por este estudo para análise da incidência da reserva de jurisdição, tendo em vista ser a fiança uma medida cautelar pessoal.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 14.

⁹⁵ VILARES, Fernanda Regina. **A reserva de jurisdição no processo penal – dos reflexos no inquérito parlamentar**. 2010. 239f. Dissertação (Faculdade de Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 79.

3.2.1. A concepção de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito: o conteúdo e o método de restrição como justificativas da reserva jurisdicional

Somente a partir do Estado Democrático de Direito, aqui devidamente desmembrado e conceituado, foi possível falar em direitos fundamentais enquanto “normas jurídicas de hierarquia constitucional destinadas à limitação jurídica do poder político”⁹⁶. Essa afirmação de Marmelstein, construída por meio de um estudo aprofundado sobre os direitos fundamentais, permite reafirmar o que se vem construindo no presente trabalho: a separação de Poderes, a função jurisdicional e a existência de direitos fundamentais formam um ecossistema de mutualismo.

Neste momento, não se pretende adentrar profundamente na esfera de direitos fundamentais, em razão do risco de se conferir um olhar superficial à matéria. No entanto, faz-se necessária a apresentação de conceitos que legitimem a própria vigência da reserva de jurisdição, a fim de que, posteriormente, possa-se vislumbrar a hipótese eleita para enfrentamento neste estudo com os devidos pressupostos lógicos.

A importância atribuída à noção de direitos fundamentais deriva, entre outras tantas origens, do que Robert Alexy chamou de *pretensão de correção*⁹⁷, pela qual entende-se que nenhum ato estará de acordo com o direito se inobservar os direitos fundamentais que permeiam a situação. Pautar-se, portanto, de modo a respeitar os direitos fundamentais representa mais do que meramente assegurar direitos individuais, mas dar vazão ao próprio Estado de Direito.

Para além da teoria dos direitos fundamentais e das premissas que englobam a sua existência⁹⁸, as quais se abdicaram de penetrar, a busca por um conceito de direitos fundamentais, igualmente, não é tarefa simples de se conceber. Entretanto, a doutrina busca mapear as suas origens e apontar a sua concepção no presente Estado brasileiro. Marmelstein⁹⁹ defende que:

⁹⁶ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8ª ed. – São Paulo: Atlas, 2019. p. 33.

⁹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**; tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. 4ª reimpr. - São Paulo: Malheiros, 2015. p. 64.

⁹⁸ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8ª ed. – São Paulo: Atlas, 2019. p. 11.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 18.

[...] Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

A partir dessa perspectiva, é possível verificar a conjugação de cinco elementos: I) normas jurídicas; II) constituição; III) limitação de poder; IV) Estado Democrático de Direito; e V) dignidade da pessoa humana. Fala-se, portanto, em um conjunto de princípios com força normativa – e supremacia constitucional –, previstos no ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito, que visa assegurar a limitação do poder – em evidente alusão à separação de Poderes –, e assegurar a dignidade dos cidadãos.

Dos elementos constitutivos acima referidos, apenas a dignidade humana ainda não foi abarcada, ao menos explicitamente, na análise do Estado Democrático de Direito e da reserva de jurisdição, na medida em que as outras variáveis já foram manifestadas como integrantes de um ordenamento jurídico pretendido.

A dignidade da pessoa humana, por sua vez, deve ser entendida como estado inviolável, impenetrável por qualquer outro indivíduo, garantindo-se, sobretudo, que não seja invocado um direito fundamental para a violação da dignidade de outrem¹⁰⁰. E nesse sentido, imprescindível é a atenção ao conflito de direitos fundamentais.

A elucidação do conflito entre direitos fundamentais exige, previamente, a aceitação de que inexistem direitos absolutos e ilimitáveis¹⁰¹. Paulo Bonavides¹⁰², na busca de sintetizar um conceito de direitos fundamentais, manifesta que se trata de direitos absolutos, passíveis de relativização, somente diante de previsão legal, demonstrando que – embora se busque manter o caráter absoluto desses direitos – estes podem ser mitigados.

¹⁰⁰ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8ª ed. – São Paulo: Atlas, 2019. p. 20.

¹⁰¹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Os poderes de investigação das Comissões Parlamentares de Inquérito: autonomia investigativa**. 2004. 84f. (Graduação em Direito) – Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2004. p. 63.

¹⁰² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32ª ed., atual. – São Paulo: Malheiros, 2017. p. 575.

Acerca das restrições direcionadas aos direitos fundamentais, Robert Alexy¹⁰³ apresenta duas classificações atinentes às espécies de mitigação: as *diretamente constitucionais*, a saber, aquelas provenientes do próprio texto constitucional; e as *indiretamente constitucionais*, aquelas oriundas de norma infraconstitucional, mas que observam os preceitos da Constituição. No mesmo sentido, o ministro Gilmar Mendes¹⁰⁴ faz a distinção entre restrição *imediate* e restrição *mediata*.

Um exemplo que caracteriza a restrição *diretamente constitucional* ou *imediate* pode ser vislumbrado no art. 5º, inc. XIII, da Constituição Federal brasileira, ao se verificar que é “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Nesse sentido, o próprio texto constitucional prevê que leis esparsas atinentes à regularização de determinada profissão possam vir a estipular restrições de funcionamento.

Por outro lado, tem-se como exemplo de uma *restrição indiretamente constitucional* ou *mediata* a circunstância em que, embora seja resguardado a qualquer litigante e acusados em geral o exercício do contraditório e da ampla defesa – nos termos do art. 5º, inc. LV, da CF/88 –, a lei prevê prazos processuais para a instrumentalização desse direito. Nesse sentido, o direito fundamental foi restringido pelo princípio da celeridade processual, buscando-se encontrar um equilíbrio para este confronto.

Além de estar positivada na Constituição, a restrição a direitos fundamentais foi manifestada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do mandado de segurança nº 23.452-1/RJ¹⁰⁵. Na oportunidade, o ministro Celso de Mello

¹⁰³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**; tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. 4ª reimpr. - São Paulo: Malheiros, 2015. p. 286.

¹⁰⁴ MENDES, Gilmar. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2007. p. 28.

¹⁰⁵ “Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio da convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria constituição [...]”. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno)**. Comissão Parlamentar de Inquérito. Poderes de Investigação (art. 58, §3º). Limitações constitucionais. Legitimidade do controle jurisdicional. Possibilidade de a CPI ordenar, por autoridade própria, a quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico. Necessidade de fundamentação do ato deliberativo. Deliberação da CPI que, sem fundamentação, ordenou medidas de restrição a direitos. Mandado de Segurança deferido. Relator: Min. Celso de Mello.

ênfatiou a existência de circunstâncias que autorizam a mitigação de direitos fundamentais em decorrência de outros interesses igualmente valorosos.

Se a possibilidade, e mais do que ela, a imprescindibilidade da restrição a direitos fundamentais compõe o ordenamento jurídico brasileiro, é necessário compreender de que modo o sopesar de direitos de igual envergadura é operado. Para isso, será necessário entender, brevemente, o *postulado da proporcionalidade* enquanto instrumento de validação dos atos que restringem direitos fundamentais, a fim de que nenhuma restrição tome dimensões desproporcionais¹⁰⁶.

Nota-se, inicialmente, a intencionada adesão ao termo postulado, e não princípio, como comumente é nomeado o instrumento ora analisado. Isto porque a doutrina de Humberto Ávila¹⁰⁷ distingue princípio de postulado, afirmando que, enquanto o primeiro se destina à satisfação do conflito de normas, o segundo se atém à exigência de elementos e critérios necessários para a aplicação de um princípio.

Inspirada nas decisões da Corte Constitucional alemã, Virgílio Afonso da Silva¹⁰⁸ desmembrou o *postulado da proporcionalidade* em três elementos de análise do cabimento da restrição realizada em um direito fundamental, quais sejam: a) *adequação*; b) *necessidade* ou *vedação de excesso*; e c) *proporcionalidade em sentido estrito*.

No campo da *adequação*, se analisa a capacidade que a medida possui para atingir o fim específico¹⁰⁹. Para melhor visualizar o raciocínio operado pelos juízes, a análise da adequação deve responder ao seguinte questionamento: o meio escolhido foi adequado e pertinente para atingir o resultado almejado?¹¹⁰ A

Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>.
Acesso em: 19 de agosto de 2021.

¹⁰⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: **RT**, v. 798, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 24.

¹⁰⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001. P. 90.

¹⁰⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: **RT**, v. 798, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 198.

¹⁰⁹ VILARES, Fernanda Regina. **A reserva de jurisdição no processo penal – dos reflexos no inquérito parlamentar**. 2010. 239f. Dissertação (Faculdade de Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 98.

¹¹⁰ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8ª ed. – São Paulo: Atlas, 2019. p. 382.

finalidade, evidentemente, necessita ser constitucionalmente legítima, de modo que, ao final, constando-se a inaptidão do ato em obter o resultado perseguido ou se o fim não está de acordo com a força normativa, deve a medida de restrição ser considerada inconstitucional.

Na esfera da *necessidade* ou da *vedação de excesso*, mede-se a indispensabilidade da medida. Aqui, é importante tomar em conta a seguinte pergunta: o meio escolhido foi o mais “suave” entre as opções existentes?¹¹¹ Isto pois, assegura-se ao cidadão a intervenção mínima em seus interesses. Como já referido, ainda que os direitos fundamentais não possuam caráter de absolutos, a restrição aos direitos fundamentais deve ser operada no campo da excepcionalidade, de modo que, havendo medidas alternativas à obtenção da mesma finalidade, deve-se optar pela mais branda.

Por fim, quanto à *proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação*, trata-se da última fase de análise da restrição. Aqui, observa-se o somatório entre o resultado adquirido e a mitigação aplicada ao direito fundamental, em flagrante sopesar dos bens jurídicos envolvidos. Neste último patamar, responde-se ao seguinte questionamento: o benefício atingido com a adoção da medida restringiu direitos fundamentais mais importantes do que a medida visou proteger?¹¹²

Enxerga-se, portanto, que a análise da restrição de um direito fundamental não se trata de um mero exercício hermenêutico, mas, sim, da utilização de uma cognição atribuída a quem esteja, para além de capacitado formalmente, localizado de forma adequada no ordenamento jurídico. Mais: não apenas os atributos do Poder Judiciário ensejam a incidência da reserva absoluta de jurisdição quando da análise de restrição de direitos fundamentais, mas o próprio conteúdo desses direitos e o seu processo de mitigação, quando necessário, assim a exigem.

3.2.2 A liberdade enquanto direito fundamental inviolável por autoridade não jurisdicional à luz das teorias das esferas da personalidade e dos círculos concêntricos

¹¹¹ *Ibid.*, p. 384.

¹¹² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**; tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. 4ª reimpr. - São Paulo: Malheiros, 2015. p. 360.

Diante do que se pretendeu até o presente momento, é esperado que a compressão da complexidade da reserva de jurisdição, atrelada à disciplina própria dos direitos fundamentais, tenha conduzido, por silogismo, para a conclusão de que estes direitos não podem ser mitigados por autoridades desprovidas de jurisdição. O que não é diferente com relação ao direito à liberdade.

O direito à liberdade é considerado com um dos mais importantes direitos constitucionais e, em razão disso, exige-se maior cautela à sua restrição, o que faz incidir a reserva de jurisdição absoluta quando da sua ponderação¹¹³. Para que a impenetrabilidade de autoridades desprovidas de jurisdição seja reafirmada, atentar-se-á para duas teorias que deflagram a importância peculiar deste direito.

A teorias das esferas da personalidade, de Robert Alexy¹¹⁴, e a teoria dos círculos concêntricos, de Heinrich Henkel¹¹⁵, em muito dialogam sobre o pertencimento, do direito à liberdade, ao nível mais profundo da intimidade da pessoa humana, consistindo em ambiente inviolável. Diante da similitude das linhas teóricas, passa-se a expô-las conjuntamente.

Segundo a *teoria das esferas da personalidade*, existem três níveis, dos quais a esfera *social* é a camada menos profunda, em que se encontram as relações interpessoais. Aqui, enxerga-se o sigilo patrimonial, fiscal, financeiro e de dados cadastrais, os quais, como já salientado, é alcançado pelos poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito, em atenção ao julgamento do mandado de segurança nº 23452-1/RJ. Por sua vez, a teoria dos círculos concêntricos denomina esta camada de círculo da vida privada.

Em um nível de transição, encontra-se a esfera da *vida privada* (círculo da *intimidade*), a qual, gozando de maior imersão, está ocupada pelas relações familiares e pelas amizades íntimas. Nesta camada, resguarda-se o sigilo familiar, o sigilo profissional v por mergulhar na esfera da atividade exercida b, o sigilo de

¹¹³ COSTA JR., Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 2ªed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 35.

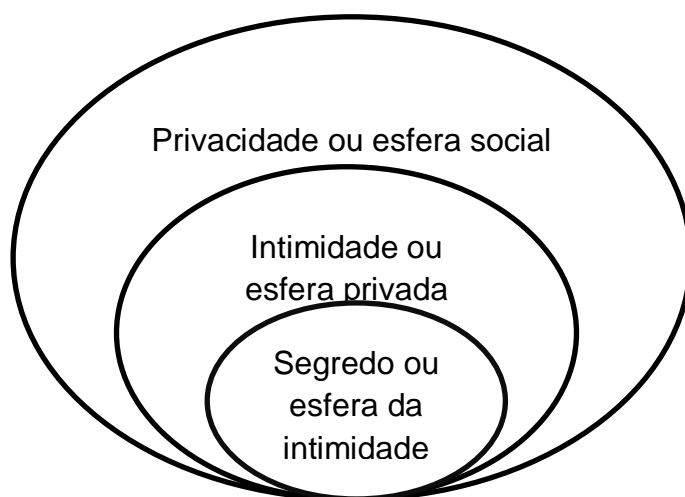
¹¹⁴ ÁVILA, Ana Paula Oliveira; WOLOSZYN, André Luiz. A tutela jurídica da privacidade e do sigilo na era digital: doutrina, legislação e jurisprudência. **Revista de Investigações Constitucionais** – Curitiba, vol. 4, n. 3, p. 167-200, set./dez., 2017. p. 197.

¹¹⁵ COSTA JR., Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 2ªed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 35.

domicílio – este já positivado na CF/88, no inc. XI do art. 5º –, bem como o sigilo de comunicação.

Por fim, tem-se a esfera da *intimidade* (círculo do *segredo*). Este é o patamar mais profundo, onde o acesso se restringe à pessoa detentora do direito. Aqui, no âmago das intimidades, encontra-se a habitação essencial da pessoa humana. Ainda, é possível ver os direitos exauridos em si próprio, como a liberdade, sendo ocupado por terceiros que somente a pessoa permitir. A fim de propiciar uma adequada visualização das esferas (círculos) que se inscrevem, segue composição didática.

Figura 1 – Imagem ilustrativa das esferas/círculos interseccionados



Fonte: Elaboração do autor (2021)

Desse modo, pode-se perceber a profundidade do direito à liberdade, e por isso sua relevância, na seara dos direitos fundamentais. Tal percepção é imprescindível para verificar a real necessidade da reserva jurisdicional em um caso concreto¹¹⁶, a fim de que se possa distinguir qual a autoridade mais adequada para penetrar em determinada esfera da personalidade.

No já mencionado julgamento acerca da atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito, por exemplo, viabilizou-se a interferência na esfera da

¹¹⁶ MAZLOUM, Ali. **Reserva de jurisdição: os limites do juiz na investigação criminal**. 1ª ed. – São Paulo: Matrix, 2016. p. 28

privacidade, não permitindo que o Legislativo adentrasse na epiderme da intimidade e do segredo¹¹⁷. Isto porque o Supremo Tribunal Federal não permitiu a privação de liberdade individual por ato da Comissão, independente de decisão judicial, uma vez que esta limitação adentra em esfera inviolável por autoridade não jurisdicional.

Ademais, como já visto, os poderes concedidos no momento da investigação se limitam à indagação probatória, resguardando-se a aplicação de cautelares pessoais a autoridades que gozem de reserva jurisdicional. Fala-se, então, em mais do que mera limitação material dos poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito; está-se a garantir a proteção das liberdades públicas e dos direitos fundamentais estabelecidos no ordenamento jurídico.

Entretanto, esta lógica não se mostra uniformizada em nosso ordenamento jurídico. O mesmo sistema de normas que prevê a cláusula de reserva de jurisdição para a restrição a direitos fundamentais também possibilita o arbitramento de fiança, cuja previsão legal atribuiu-lhe caráter de medida cautelar pessoal por Autoridade Policial.

Vê-se, portanto, uma medida cautelar pessoal diversa da prisão, voltada à restrição do direito à liberdade, sendo imposta por uma autoridade desprovida de jurisdição, em evidente desconstrução do que pretende o Estado Democrático de Direito. Faz-se necessário um combate vigilante quanto a essa circunstância.

¹¹⁷ AGUIAR, Osmar de Oliveira. Comissão parlamentar de inquérito: a limitação dos poderes e os direitos fundamentais. **E-Legis**, Brasília, n. 8, p. 56-65, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/alesp/biblioteca-digital/obra/?id=20583>. Acesso em 18 de setembro de 2021. p. 64

4 O ARBITRAMENTO DA FIANÇA POR AUTORIDADE POLICIAL À LUZ DA CLÁUSULA DE RESERVA ABSOLUTA DE JURISDIÇÃO

Chega-se, pois, ao objeto do presente trabalho. Emergidas as características da reserva absoluta de jurisdição, agora, volta-se o olhar para o instituto da fiança, tendo em vista ser um momento procedimental de restrição ao direito de liberdade.

Aqui, será abordada a trajetória do instituto da fiança no ordenamento jurídico brasileiro, bem como sua atual previsão legal. E mais: será deflagrada a inconstitucionalidade do exercício do arbitramento pela Autoridade Policial, em razão da ausência de jurisdição fundada na separação de Poderes e na independência do Poder Judiciário.

4.1 O instituto da fiança: das ordenações portuguesas à constituição democrática

A compreensão do atual modelo de arbitramento de fiança no sistema de justiça brasileiro somente se faz possível por meio da visualização, em sentido macro, do instituto. Desse modo, necessária é a realização de uma regressão histórica das previsões legais que acompanharam o a vigência da fiança.

4.1.1 O conceito e os aspectos históricos da fiança no ordenamento jurídico brasileiro

Paulo Rangel aponta que a fiança é espécie do gênero caução¹¹⁸. Compreender o conteúdo do instituto da fiança pressupõe, portanto, que se atente para o conceito de caução. E nesse sentido, a caução pode ser entendida como a cautela adquirida com o fim de oferecer ou de exigir de outrem a garantia necessária para o cumprimento de determinada obrigação¹¹⁹.

¹¹⁸ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19ª ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2011. p. 820.

¹¹⁹ CARPENA, Márcio Louzada. **Da caução**. Processo Cautelar Estudos Avançados. São Paulo: Ed. Manole Ltda, 2017. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Da%20cau%C3%A7%C3%A3o%20pronto.pdf>.

A cautela aqui referida ganha substancialidade quando se parte para a visualização do conceito de fiança. Isto porque a caução é dividida entre *real* e *fidejussória*. A *caução real* consiste na entrega de valores – representada por bens materiais ou valores em pecúnia – por parte do autor do fato ou por terceiro com o objetivo de restabelecer a liberdade do agente quando da mitigação advinda do suposto cometimento de um ilícito penal¹²⁰.

De outra sorte, a *caução fidejussória* se caracteriza pela obrigação acessória atribuída a terceiro, o qual passa a ser responsável, em nome do devedor, pelo cumprimento, total ou parcial, de uma obrigação, em caso da impossibilidade de cumprimento pelo agente. Aqui, assim como na caução real, a busca é pela retomada integral do direito à liberdade, restringido diante de ato ilícito.

A fiança, nesse sentido, está representada pela *caução real*, na medida em que o próprio acusado busca garantir a sua permanência em liberdade mediante o pagamento de um valor arbitrado, haja vista o início da persecução penal quando da prisão em flagrante – procedimento com aptidão para restringir seus direitos individuais.

Na mesma toada, Nucci¹²¹ afirma se tratar de “uma garantia real, consistente no pagamento em dinheiro ou na entrega de valores ao Estado, para assegurar o direito de permanecer em liberdade, no transcurso do processo criminal”. Assim, fica evidente a ideia de que a fiança representa a possibilidade de, frente ao conflito entre o direito à liberdade e o direito à segurança, garantir ao acusado que se mantenha em liberdade desde logo, mediante o cumprimento de uma medida alternativa à prisão. Alguns aspectos dessa premissa serão examinados mais à frente.

Anteriormente à análise que se pretende realizar neste capítulo – voltada à demonstração de que o arbitramento de fiança por autoridade policial, enquanto medida cautelar diversa da prisão, viola a reserva absoluta de jurisdição atribuída ao Poder Judiciário –, mostra-se necessário rememorar a evolução do instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Para isto, impõe-se olhar os aspectos do instituto desde a sua incorporação por meio das Ordenações Manuelinas, quando da

¹²⁰ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2011. p. 820.

¹²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 2012. p. 685

chegada dos portugueses ao território latino, até a recente reforma do Código de Processo Penal com a Lei nº 12.403/11.

O instituto da fiança está presente em nosso ordenamento jurídico – *lato sensu* –, desde a vinda dos lusitanos da Europa, em meados do século XVI. O reinado de D. Manuel I em Portugal foi marcado por inúmeras expedições destinadas ao território brasileiro e, com a chegada da sua tripulação, desembarcaram no Brasil também as Ordenações Manuelinas¹²², consistentes no conjunto de normas aplicado aos súditos do rei.

Em substituição às Ordenações Afonsinas, embora mantendo boa parte do seu conteúdo, as normas sociais de convívio outorgadas pelo rei D. Manuel I já previam a fiança como uma das formas de *contracautela* à prisão. Para além dos institutos da Carta de Seguros, Fiéis Carcerários e Homenagem¹²³, a fiança era destinada aos presos, sendo excepcionalmente concedida aos libertos como um instrumento facultado aos réus de se manterem soltos mediante o pagamento de uma caução¹²⁴.

A importância das Ordenações Manuelinas para a construção social brasileira está atestada não somente no ineditismo de um conjunto de normas, mas pela sua vigência no tempo. Embora se tenha percebido inúmeras sucessões de textos legais, o caráter contido nas previsões manuelinas se prolongou ao longo dos séculos, resistindo, inclusive, à transição ocorrida entre o Império e a República¹²⁵.

Após a vigência das Ordenações Manuelinas, em 1603, entraram em vigor as Ordenações Filipinas, responsáveis por conferir maior rigidez ao direito à liberdade, momento, inclusive, em que a manutenção da prisão preventiva

¹²² BUSATO, Sérgio Eduardo. A Dicotomia Sistêmica da Liberdade Provisória Mediante Fiança no Brasil e o Papel da Autoridade Policial na Defesa do Direito Fundamental à Liberdade. **Revista Brasileira de Ciências Policiais** - Brasília, v. 1, n. 2, p. 41-71. jul/dez, 2010. p. 40.

¹²³ “[...]Cartas de seguro eram formas “de se cessar a prisão, quando o réu, mediante certas condições, permanecia livre até o julgamento da causa, sendo concedida quando o imputado, confessando o fato, alegasse legítima defesa, ou quando negasse o próprio fato”. [...] Já os denominados fiéis carcereiros eram uma forma de caução fidejussória, pela qual terceiros se comprometiam pelo comparecimento do réu à Justiça, cabendo apenas nas hipóteses de delitos mais leves. Por fim, a homenagem era uma espécie de liberdade provisória concedida especialmente aos nobres, constituindo-se em uma licença deferida ao réu para permanecer solto mediante certa promessa” *Ibid.*, p. 43.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 44.

¹²⁵ AZEVEDO, Luiz Carlos de. **O reinado de D. Manuel e as ordenações Manuelinas**. Revistas USP. São Paulo, agosto de 1999. p. 13.

prevaleceu como regra majoritária no procedimento penal. Estas ordenações permaneceram vigentes até o final do período colonial no Brasil.

Foi então, somente no século XIX, que o cenário começou a se modificar. A liberdade no âmbito do direito penal passou a ganhar novas concepções com a outorga da Constituição Imperial de 1824, responsável por atribuir o caráter de garantia constitucional ao instituto da fiança, nos termos do art. 179, inc. IX, do texto assinado por Dom Pedro I¹²⁶.

Mais: nesse momento, a fiança continha duas espécies: a real e a pessoal. Enquanto a primeira previa a apresentação, por parte do preso, de bens capazes de cobrir integralmente o valor da fiança, a segunda consistia na indicação de terceiros responsáveis por adimplir o valor arbitrado até o final da persecução penal. Percebia-se, portanto, uma retomada da medida de contracautela fidejussória, parecida com o instituto dos Fiéis Carcerários, previsto nas Ordenações Manuelinas.

Para além das origens e da previsão legal da concessão de fiança nos casos de prisão em flagrante, importa o olhar atento às autoridades responsáveis pelo seu arbitramento. E no que diz respeito a essa perspectiva, o Brasil Império previa a competência do arbitramento ao cargo de Chefe de Polícia, que vinha a ser exercido por um Juiz de Direito. A jurisdição policial era designada às figuras do Juiz Municipal e do Juiz de Paz¹²⁷, não havendo espaço para interferência, portanto, de autoridades não judiciais.

Entretanto, em posterior reforma do Código de Processo Penal, impulsionada pela Lei nº 261 de 1841, deu-se início a um movimento chamado *policialismo judiciário*¹²⁸, no qual, a partir da criação dos cargos de Delegado e Subdelegado, atribuem-se algumas funções – anteriormente exercidas por juízes –

¹²⁶ “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (...)

IX. Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto.” BUSATO, Sérgio Eduardo. A Dicotomia Sistêmica da Liberdade Provisória Mediante Fiança no Brasil e o Papel da Autoridade Policial na Defesa do Direito Fundamental à Liberdade. **Revista Brasileira de Ciências Policiais** - Brasília, v. 1, n. 2, p. 41-71. jul/dez, 2010. p. 45.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 46.

¹²⁸ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 35

, a autoridades administrativas. Entre as funções delegadas aos cargos mencionados, ressalta-se a realização de prisões, expedição de mandados de busca e apreensão, arbitramento de fiança, bem como formação da culpa e prolação da decisão de pronúncia¹²⁹ – esta última, pendente de confirmação por magistrado.

Este momento é de importância histórica sem precedentes. O acúmulo de inúmeras funções, de forma delegada, a uma autoridade vinculada ao Poder Judiciário implicou caminhar na contramão de uma série de avanços até então conquistados, principalmente na seara do direito fundamental à liberdade. Como já mencionado, as atribuições referidas tangenciam e colocam em confrontos direitos individuais dos acusados com outros direitos a serem tutelados no campo da persecução penal, o que deveria atrair a incidência de uma autoridade judicial. Felizmente, a contaminação do ordenamento jurídico com o poder moderador imperial encontraria freios na Proclamação da República.

Às vésperas da formação republicana, reverberando já um sentimento de enfraquecimento do Império, entrou em vigor a Lei nº 2.033/1871, retirando o poder de julgar certos delitos do Delegado de Polícia. Entretanto, foi mantida a possibilidade de arbitramento de fiança pela autoridade administrativa, por meio da análise da gravidade do delito e das condições financeiras do réu¹³⁰.

A partir do estabelecimento da República Federativa, o ordenamento jurídico brasileiro passou a contar com a fiança em caráter de garantia constitucional, prevista na Declaração de Direitos da Constituição de 1891¹³¹ e na Constituição Federal de 1934¹³².

¹²⁹ BUSATO, Sérgio Eduardo. A Dicotomia Sistêmica da Liberdade Provisória Mediante Fiança no Brasil e o Papel da Autoridade Policial na Defesa do Direito Fundamental à Liberdade. **Revista Brasileira de Ciências Policiais** - Brasília, v. 1, n. 2, p. 41-71. jul/dez, 2010. p. 08.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 09.

¹³¹ Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 14 - Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvo as exceções especificadas em lei, nem levado à prisão ou nela detido, se prestar fiança idônea nos casos em que a lei a admitir. BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1981. Brasília, 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm.

¹³² Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 22) Ninguém ficará preso, se prestar fiança idônea, nos casos por lei estatuídos. BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16

Experimentou-se, no meio do caminho, mais um retrocesso. As políticas antidemocráticas do governo Getúlio Vargas, durante o período do Estado Novo, acarretaram na retirada do instituto da fiança do rol de direitos constitucionais subjetivos do preso. Definitivamente, a Constituição de 1937 representou a ruptura de um avanço constitucional anteriormente consolidado.

Esta situação, no entanto, não perdurou no tempo. Com a promulgação da Constituição Federal de 1946, a fiança retornou ao ordenamento jurídico na forma de direitos e garantias individuais, reassumindo de forma explícita sua natureza de direito subjetivo do indivíduo perante o Estado¹³³.

Ainda, é necessário falar sobre o ano de 1977. Embora quando da vigência do Código de Processo Penal de 1941 e de um Regime Antidemocrático no governo brasileiro, a reforma operada pela Lei nº 6.416/77 é marcada pela ampliação do direito à liberdade provisória e a conseqüente minimização do instituto da fiança. Isto pois, a novel legislação possibilitou ao juiz a concessão de liberdade provisória ao agente de quaisquer crimes¹³⁴.

Se a aplicação do instituto da fiança por autoridade policial entrou em crescente desuso no ordenamento jurídico, qual a sua relevância para a análise do Estado Democrático de Direito inaugurado na pós-redemocratização? Há razão para exaustivo exame do instituto enquanto medida cautelar diversa à prisão? A manutenção da possibilidade de arbitramento da fiança por autoridade policial impõe necessária atenção sobre o instituto.

4.1.2 O instituto da fiança a partir da Constituição Federal de 1988 e do novo regime de medidas cautelares trazido pela Lei nº 12.403/2011

A reforma ocorrida no Código de Processo Penal com a Lei nº 12.403/2011, juntamente aos princípios já solidificados na Constituição Federal de 1988, buscou

de julho de 1934. Brasília, 1934. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm.

¹³³ BUSATO, Sérgio Eduardo. A Dicotomia Sistêmica da Liberdade Provisória Mediante Fiança no Brasil e o Papel da Autoridade Policial na Defesa do Direito Fundamental à Liberdade. Revista Brasileira de Ciências Policiais - Brasília, v. 1, n. 2, p. 41-71. jul/dez, 2010. p. 15.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 16.

modificar o panorama da liberdade provisória no ordenamento jurídico brasileiro por meio de um rol significativo de medidas cautelares diversas à prisão. Entre elas, a fiança, com a tentativa de retomada substancial da sua aplicação.

Pode-se falar, portanto, que um dos intuitos da reforma, no que diz respeito às cautelares, foi de conceder especial atenção aos direitos fundamentais que pairavam sobre a imposição das medidas cautelares. Significa dizer que as medidas cautelares, por afetarem bens e direitos do acusado, sujeitam-se a critérios de proporcionalidade, estando vedado o uso de medida inadequada, desnecessária e desproporcional ao bem que se pretende proteger com a medida. Mais: considera-se impositiva a adoção de uma ou mais medidas que, diante da necessidade de restringir a liberdade do acusado, sejam menos gravosas e igualmente aptas a alcançar a tutela cautelar¹³⁵.

O que se percebe, portanto, é a necessária análise do cabimento das medidas cautelares em atenção ao princípio da proporcionalidade já destrinchado, deflagrando a concepção de que, tratando-se da liberdade de um direito fundamental do indivíduo, a sua restrição deve ocorrer em caráter de excepcionalidade e por meio de apreciação judicial. Não por outro motivo assim determina o Código de Processo Penal brasileiro em inúmeras situações.

É o caso, por exemplo, do não cabimento de prisão preventiva. Conforme dispõe o art. 321 do Código de Processo Penal, uma vez ausentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, deve o magistrado – fixando ou não medidas cautelares –, conceder liberdade provisória ao acusado¹³⁶.

Para além da hipótese acima, a legislação processual penal brasileira prevê a concessão de liberdade provisória em outras circunstâncias, tais como: liberdade provisória vinculada sem fiança; liberdade provisória com ou sem medida cautelar; liberdade provisória sem fiança em caso de miserabilidade jurídica com ou sem

¹³⁵ CRUZ, Rogério Schietti Machado. As medidas cautelares no projeto do novo CPP. **Revista de informação legislativa**. Brasília, v. 46, n. 183, p. 211-224, jul./set. 2009. p. 212. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194942>.

¹³⁶ Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código. BRASIL. **Código de Processo Penal**, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.

medida cautelar; e a liberdade provisória mediante fiança – em cima da qual se debruça o presente trabalho.

À luz do art. 319, inc. VIII, do Código de Processo Penal, a fiança criminal consiste em uma medida cautelar diversa da prisão, cujo objetivo se além a assegurar o comparecimento do acusado ao processo, evitar a obstrução da própria persecução penal, bem como para garantir o cumprimento de ordem judicial¹³⁷. Está positivada, portanto, a natureza cautelar da fiança.

Para o que se pretende apontar aqui, juntamente à natureza do instituto da fiança, é imprescindível analisar os sujeitos processuais capazes de arbitrá-la. E nesse sentido, a Lei nº 12.403/11 trouxe uma alteração importante: o critério para aplicação ou não da fiança deixou de ser a qualidade da pena (reclusão ou detenção), e passou a ser a quantidade máxima de pena cominada no tipo legal.

Este critério quantitativo parece estar em consonância com a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos, prevista no art. 44 do Código Penal¹³⁸. Isto porque não haveria razão em se manter a prisão do agente quando, mesmo condenado pela pena máxima cominada àquele delito, sua pena privativa de liberdade seja substituída por uma restritiva de direitos.

Excetua-se do critério aqui mencionado os crimes inafiançáveis, aos quais o legislador conferiu enrijecimento na tratativa, a fim de que a sociedade perceba a magnitude da repulsa do seu cometimento. Estes estão previstos no art. 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV¹³⁹, da Constituição Federal e, embora possam obter liberdade

¹³⁷ Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; BRASIL. **Código de Processo Penal**, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.

¹³⁸ " Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo “; *Ibid.*

¹³⁹ "XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”; *Ibid.*

provisória caso não estejam previstos os requisitos autorizadores da prisão preventiva, não estão suscetíveis à liberdade mediante pecúnia.

A adoção do critério quantitativo à verificação do arbitramento de fiança encontra respaldo, portanto, no próprio ordenamento jurídico – que, por sua vez, busca respeitar os parâmetros de necessidade e adequação das medidas acautelatórias. O que não se mostra congruente é a aplicação por diversos sujeitos processuais.

Está resguardado à Autoridade Policial, nos termos do art. 322 do Código de Processo Penal, o arbitramento de fiança nas hipóteses de infrações cuja pena privativa de liberdade não seja superior a quatro anos¹⁴⁰. E, sendo esse o caso, o valor arbitrado deverá observar o parâmetro de um a cem salários mínimos, conforme dispõe o art. 325, inciso I, da legislação processual¹⁴¹.

Por outro lado, caberá a imposição da medida cautelar diversa à prisão pela autoridade judicial quando se tratar de delito com pena máxima superior a 4 anos¹⁴², tendo como limites do valor a ser arbitrado de 10 a 200 salários mínimos, com fulcro no parágrafo único do artigo 322 e no art. 325, inc. II, respectivamente, ambos previstos no Código de Processo Penal.

Para Nucci¹⁴³, à luz do art. 326 do Código de Processo Penal, a observância dos critérios da natureza da infração, das condições pessoais de fortuna do preso, da vida pregressa do acusado, das circunstâncias indicativas de sua periculosidade e, por fim, da importância provável das custas do processo até o final julgamento deve estar de acordo com o princípio da proporcionalidade. Ou seja, para além do cabimento ou não da medida cautelar diversa à prisão, o *quantum* fixado a título de

¹⁴⁰ " Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos." BRASIL. **Código de Processo Penal**, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.

¹⁴¹ " Art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites: I - de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos"; *Ibid.*

¹⁴² " Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos
Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas." *Ibid.*

¹⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 690.

fiança deve ser sopesado mediante o procedimento da restrição de direitos fundamentais.

A importância disso busca repelir o arbitramento de valores que exerçam qualquer caráter coercitivo sob o acusado, uma vez que a fixação de montantes exacerbados representaria a própria restrição ao direito de liberdade, por apresentar a prisão como a única alternativa possível.

4.2 A inconstitucionalidade do arbitramento de fiança por autoridade policial, enquanto medida cautelar diversa à prisão, frente à cláusula da reserva absoluta de jurisdição

Para Schietti¹⁴⁴, o Fórum é o ambiente mais adequado e seguro para o exame da restrição de direitos fundamentais, como na hipótese de concessão de liberdade provisória ao indivíduo preso em flagrante, mediante arbitramento de fiança. O autor acrescenta que apenas um Juiz de Direito é capaz de assegurar aos presos a apreciação proporcional do conflito entre o direito à liberdade e a necessidade do devido prosseguimento da persecução penal.

Para que a conclusão apontada se mostre evidente, faz-se imprescindível retomar os pressupostos expostos no presente trabalho, a fim de elucidar a concatenação pretendida. Saliencia-se, desde logo, que a lógica construída não visa desmerecer a atuação das autoridades policiais, a quem o sistema de Justiça deve verdadeiros agradecimentos. O que se busca apontar é a incoerência verificada no ordenamento jurídico brasileiro no que diz respeito ao regime das cautelares pessoais.

Como já vergastado, é preciso preparar o terreno do ordenamento jurídico para que se possa verificar a atuação de seus institutos, sob pena de equívocos irresponsáveis. E o ponto de partida aqui almejado é o Estado Democrático de Direito.

O instituto da fiança e o seu arbitramento por autoridade policial não parecem estarem de acordo com os aspectos materiais e formais constituintes de um Estado

¹⁴⁴ CRUZ, Rogério Schietti Machado. As medidas cautelares no projeto do novo CPP. **Revista de informação legislativa**. Brasília, v. 46, n. 183, p. 211-224, jul./set. 2009. p. 212. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194942>. p. 220.

de Direito pretendido pela Constituição Federal democrática. A efetivação de direitos de ordem subjetiva – vale lembrar, os inerentes à existência humana – por meio de um sistema normativo estruturante, de obediência à força constitucional e à descentralização e à independência dos Poderes não comporta a restrição de direitos fundamentais por autoridades desprovidas de jurisdição.

Importa neste ponto lembrar que a própria ideia de jurisdição está, em síntese, associada ao processo hermenêutico voltado à aplicação do direito a partir de um conflito específico, com o intuito de lhe impor o atributo de definitividade¹⁴⁵. E nesse ponto, a atuação do Poder Judiciário é central. Os instrumentos conferidos aos magistrados, seja pelo princípio da separação de Poderes, seja pela própria independência no exercício da função, asseguram um olhar assertivo para as liberdades individuais.

A problemática se torna ainda mais delicada quando se percebe o momento do arbitramento da fiança. Trata-se, pois, do primeiro contato de uma autoridade competente para com o conflito entre direitos fundamentais originado no ilícito penal. Ou seja, diante da magnitude do que está em confronto, é preciso atribuir uma cláusula de reserva à jurisdição ali exercida.

Fala-se, portanto, da reserva atribuída ao Poder Judiciário. Tal previsão implica garantir que a mitigação de direitos fundamentais não se constitua em um ato abusivo, na medida em que a decisão tomada pela autoridade jurisdicional tenha como pressuposto uma ponderação entre os valores conflitantes. Nesta circunstância, cabe apenas ao Poder Judiciário o pronunciamento sobre determinadas matérias, não havendo espaço para a interferência de quaisquer outras autoridades.

Mais: a *reserva absoluta de Jurisdição*, *reserva de juiz* ou, ainda, o *monopólio da primeira palavra*¹⁴⁶ - que consiste na atribuição ao magistrado não apenas da última apreciação do conflito, mas, desde logo, da primeira análise, da primeira palavra – não dialoga com a aplicação do instituto da fiança por uma autoridade policial. Isto porque, os direitos sopesados quando da fixação da fiança

¹⁴⁵ PINTO, Guilherme Newton do Monte. **A reserva de jurisdição**. 2009. 306f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009. p. 185.

¹⁴⁶ MAZLOUM, Ali. **Reserva de jurisdição: os limites do juiz na investigação criminal**. 1ª ed. – São Paulo: Matrix, 2016. p. 44.

devem perpassar pelo exame apurado do princípio da proporcionalidade, onde necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito serão devidamente justificadas¹⁴⁷.

Ademais, a legitimidade, a independência, as garantias e as incompatibilidades a que gozam os magistrados os diferenciam no trato das liberdades individuais¹⁴⁸. Esses atributos intrínsecos ao exercício dos juízes, garantem-lhes a capacidade necessária para o exame de direitos fundamentais, tendo em vista assegurar a imparcialidade do julgador¹⁴⁹. Assim, muito embora se louve a atuação das autoridades policiais no curso das persecuções penais, acredita-se que prevalece a atuação do órgão judiciário nas hipóteses em questão.

Portanto, a mitigação de direitos fundamentais – leia-se, arbitramento da fiança enquanto medida cautelar diversa da prisão -, não pressupõe apenas atributos legitimadores por parte do sujeito processual, mas também exigências próprias da natureza dos direitos fundamentais.

Imprescindível ainda apontar que o direito à liberdade é considerado com um dos mais importantes direitos constitucionais e, em razão disso, exige-se maior cautela à sua restrição, o que faz incidir a reserva de jurisdição absoluta quando da sua ponderação¹⁵⁰. Por isso o tratamento rigoroso do presente estudo. Não se está a lidar com direitos cuja incidência da reserva relativa de jurisdição já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal¹⁵¹, mas, sim, com o direito reconhecido como o núcleo, a esfera mais íntima dos direitos fundamentais.

¹⁴⁷“Bem percebeu a Comissão de Juristas que, em tema de intervenção estatal na liberdade humana, uma das mais fiéis balanças a pesar os interesses conflitantes é a regra-princípio da proporcionalidade, que, na linguagem da Exposição de Motivos, significa «que o remédio não pode ser mais agressivo que a enfermidade.” CRUZ, Rogério Schietti Machado. As medidas cautelares no projeto do novo CPP. **Revista de informação legislativa**. Brasília, v. 46, n. 183, p. 211-224, jul./set. 2009. p. 212. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194942>. p. 220.

¹⁴⁸ VILARES, Fernanda Regina. **A reserva de jurisdição no processo penal – dos reflexos no inquérito parlamentar**. 2010. 239f. Dissertação (Faculdade de Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 72.

¹⁴⁹ MAZLOUM, Ali. **Reserva de jurisdição: os limites do juiz na investigação criminal**. 1ª ed. – São Paulo: Matrix, 2016. p. 22.

¹⁵⁰ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Os poderes de investigação das Comissões Parlamentares de Inquérito: autonomia investigativa**. 2004. 84f. (Graduação em Direito) – Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2004. p. 72.

¹⁵¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno)**. Comissão Parlamentar de Inquérito. Poderes de Investigação (art. 58, §3º). Limitações constitucionais. Legitimidade do controle jurisdicional. Possibilidade de a CPI ordenar, por autoridade própria, a quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico. Necessidade de fundamentação do ato deliberativo. Deliberação da CPI que, sem fundamentação, ordenou medidas de restrição a direitos. Mandado de Segurança deferido.

Interessante é perceber, no entanto, que o mesmo ordenamento jurídico que prevê o arbitramento de fiança por autoridade policial, também disciplina, em seu art. 282, §2º, do Código de Processo Penal¹⁵², que as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, estando dependentes dos pedidos das partes ou da autoridade policial. A previsão legal busca, mais do que nunca, evidenciar a seguinte conclusão: a atribuição da função de restringir liberdades individuais em local destinado à investigação de crimes não é compatível com a missão de tutelar a liberdade humana designada ao Poder Judiciário.

Em que pese as flagrantes incongruências já apontadas no ordenamento jurídico, algumas questões procedimentais, vislumbradas no campo da prática, merecem atenção. Sustentar apenas a incompatibilidade presente no ordenamento jurídico, de forma absolutamente desconexa com a realidade, afastaria o verdadeiro espírito do desempenho acadêmico.

Nesse ponto, torna-se necessário olhar para a eventual e justa crítica de que a aplicação da reserva absoluta de jurisdição, quando do arbitramento da fiança, resultaria em verdadeira demora de autuação do flagrado, ainda mais considerando a extensão continental do território brasileiro¹⁵³. Contudo, é possível apontar alternativas ao entrave possivelmente sustentado por vertentes arraigadas ao poder policial.

A primeira delas está prevista no art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que prevê a condução do réu, tão logo lavrado o auto de prisão em flagrante, à presença da autoridade judicial, a fim de que seja ouvido informalmente e para que se avalie o cabimento, ou não, de liberdade provisória, com ou sem fiança¹⁵⁴. Nesse sentido, a incidência da reserva absoluta de jurisdição

Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>. Acesso em: 19 de agosto de 2021.

¹⁵² "As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público." BRASIL. **Código de Processo Penal**, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao>.

¹⁵³ CRUZ, Rogério Schiatti Machado. As medidas cautelares no projeto do novo CPP. **Revista de informação legislativa**. Brasília, v. 46, n. 183, p. 211-224, jul./set. 2009. p. 212. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194942>. p. 221.

¹⁵⁴ "Item 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento

daria vazão a um direito já reconhecido em um tratado internacional ratificado e internalizado no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a confirmar sua imprescindibilidade em questão.

A segunda alternativa diz respeito à previsão constitucional disposta no inciso LXII do art. 5º, atinente à imediata comunicação da prisão em flagrante delito ao Poder Judiciário, a fim de que se analise a presença ou não do *periculum libertatis*. Desse modo, além de consistir em direito fundamental do flagrado, a sua condução até autoridade jurisdicional se justificaria pela urgência de instantânea reação social à prática do ilícito penal, bem como pela imediata coleta de provas¹⁵⁵.

Por fim, pode-se apontar como outro desdobramento de importância salutar a inibição da prática de tortura. Nesse ponto, não se está a presumir a prática pelos agentes de segurança pública; apenas se menciona que, diante do natural receio, por parte de agentes de campo, de que a visualização do flagrado pela autoridade judiciária revele a violência empregada para a efetivação da prisão do suspeito, tal providência poderia inibir essas condutas¹⁵⁶.

Definitivamente, o Estado Democrático de Direito a que se pretende estabelecer no Brasil não parece admitir o arbitramento de fiança por autoridade policial. Não se trata de mero apego formalista, mas sim da prospecção de direitos fundamentais e do devido exercício do Poder Judiciário.

A manutenção da fixação da fiança, enquanto medida cautelar pessoal, voltada à mitigação do direito fundamental à liberdade, viola o Estado Democrático de Direito, desconstrói o princípio da Separação de Poderes e, principalmente, minimiza a relevância atribuída às liberdades individuais, em flagrante inobservância do que pretende no ordenamento jurídico brasileiro. E é por isso, que a já presente reserva absoluta de jurisdição, desempenhada substancialmente pelos magistrados, faz-se imperiosa na manutenção de um sistema normativo republicano.

em juízo.” BRASIL. **Convenção Americana Sobre Direito Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**, de 22 de novembro de 1969. Brasília, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm.

¹⁵⁵ *Op cit.*, p. 223.

¹⁵⁶ CRUZ, Rogério Schietti Machado. As medidas cautelares no projeto do novo CPP. **Revista de informação legislativa**. Brasília, v. 46, n. 183, p. 211-224, jul./set. 2009. p. 212. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194942>. p. 224.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou apontar as incongruências existentes no arbitramento de fiança – tomando em conta esta como uma medida cautelar pessoal –, pela Autoridade Policial, tendo em vista não apenas as previsões legais contidas no Código de Processo Penal, mas considerando, principalmente, a exigência de uma reserva absoluta de jurisdição neste caso.

Para que esta concatenação fosse possível, perpassou-se por uma noção geral das formas de resolução de conflito, tendo como norte as ideias de Alcalá-Zamora y Castillo. A heterocomposição imparcial, adotada como método resolutivo, demonstrou sua importância ao longo da trajetória das civilizações ocidentais, especialmente com o surgimento do Estado jurisdicional, cujos princípios da Separação de Poderes e da independência do Poder Judiciário deram vazão a uma estrutura normativa imparcial.

A construção do conceito de Estado Democrático de Direito, a partir dos seus elementos formais e materiais constitutivos, preparou o terreno do exercício da jurisdição. Os elementos voltados aos direitos de ordem objetiva e subjetiva deflagram a primazia da atuação do Poder Judiciário na restrição de direitos fundamentais, não apenas por obediência à estrutura normativa, mas para própria garantia de direitos do agente que cometeu o ato ilícito.

A primazia acima referida ficou ainda mais evidente na distinção entre reserva relativa e reserva absoluta de jurisdição, tendo em vista os aspectos inerentes ao exercício da magistratura, a saber: legitimidade, independência, garantias e incompatibilidade. Isto pois, diante de um conflito de direitos

fundamentais, o ordenamento jurídico brasileiro clama pela atuação de uma autoridade com legitimidade e independência fundadas para além da previsão legal, mas intrínsecas ao próprio exercício da profissão. Ainda, é de se esperar que esta autoridade detenha garantias e afastamentos possíveis para cada caso em análise, a fim de garantir a imparcialidade dos atos decisórios.

A fim de consubstanciar a ideia de necessidade da primeira palavra pelo Poder Judiciário, buscou-se olhar para as demandas do objeto de mitigação das autoridades, quais sejam, os direitos fundamentais. A partir das teorias das esferas da personalidade e dos círculos concêntricos, foi possível visualizar a existência de um núcleo nos direitos fundamentais que é inviolável por autoridades desprovidas de jurisdição, onde se encontra a liberdade e a intimidade não compartilhada do indivíduo.

Os direitos fundamentais, evidentemente, não são absolutos, mas se pretendem assim. Desse modo, apenas por meio do postulado da ponderação – cujo exercício consiste na análise da necessidade, da adequação e da proporcionalidade da medida restritiva –, é que se faz concebível a mitigação de um direito desta espécie. Aqui, as exigências dos próprios direitos fundamentais, aliadas aos atributos da função jurisdicional, atraem a atuação do Poder Judiciário.

Nesse sentido, fica evidente, a partir do presente trabalho, que sendo a fiança uma medida cautelar pessoal voltada à restrição do direito à liberdade, não pode ela ser arbitrada por uma autoridade desprovida de jurisdição. O ordenamento jurídico, os princípios que regem a atuação do sistema de Justiça e as características do exercício judicial e dos direitos fundamentais não permitem a mitigação do direito à liberdade – cuja análise está intrínseca ao cometimento de um ato ilícito –, se não pela figura do magistrado.

A justificativa deste trabalho se manifesta a percepção de que o mesmo diploma legal que prevê a remessa do auto de prisão em flagrante para a Autoridade Judicial - a fim de que avalie a possibilidade de concessão da liberdade provisória mediante fiança -, também possibilita o arbitramento de fiança pela Autoridade Policial. Esta segunda possibilidade, à luz da reserva absoluta de

jurisdição exposta por Canotilho¹⁵⁷, mostra-se incompatível com o pretendido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, respondida a pergunta central a qual o presente trabalho buscou explorar, chega-se à conclusão de que, embora os entraves existentes no plano prático do sistema de Justiça – considerando as condições demográficas e territoriais do Brasil –, o arbitramento de fiança pela Autoridade Judicial é fundamental à vigência da dignidade da pessoa humana.

Como dispõe a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 7º, item 5, que prevê a condução do réu, tão logo lavrado o auto de prisão em flagrante, à presença da autoridade judicial, já consolidou a importância deste modelo de procedimento, seja como tentativa de inibir atos ilegais no decorrer da prisão, seja em obediência à ideia de detenção de jurisdição para o caso.

Assim, a manutenção da fixação da fiança, enquanto medida cautelar pessoal, voltada à mitigação do direito fundamental à liberdade, viola o Estado Democrático de Direito, desconstrói o princípio da Separação de Poderes e, principalmente, minimiza a relevância atribuída às liberdades individuais, em flagrante inobservância do que pretende no ordenamento jurídico brasileiro. Cabe, pois, ao legislador interessado na vigência de um sistema normativo justo, o reexame exauriente da matéria.

¹⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed, 11ª reimp. – Coimbra: Almedina, 2000.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Osmar de Oliveira. Comissão parlamentar de inquérito: a limitação dos poderes e os direitos fundamentais. **E-Legis**, Brasília, n. 8, p. 56-65, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/alesp/biblioteca-digital/obra/?id=20583>. Acesso em 18 de setembro de 2021.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa**. Primera reimpressão. México: Imp Universitaria, 2000.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**; tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. 4ª reimpr. - São Paulo: Malheiros, 2015.

ARISTÓTELES. **A política**; tradução Roberto Leal Ferreira. – 3ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. – São Paulo: Revista dos tribunais, 2001.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira; WOLOSZYN, André Luiz. A tutela jurídica da privacidade e do sigilo na era digital: doutrina, legislação e jurisprudência. **Revista de Investigações Constitucionais** – Curitiba, vol. 4, n. 3, p. 167-200, set./dez., 2017.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. **O reinado de D. Manuel e as ordenações Manuelinas** - São Paulo: Revistas USP, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium – Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, – Fortaleza, jan./dez., v. 5, n. 8, p. 11-22. 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 08 de setembro de 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32ª ed., atual. – São Paulo: Malheiros, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.

BRASIL. **Código de Processo Penal**, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Brasília, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1981. Brasília, 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm.

BRASIL. **Convenção Americana Sobre Direito Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**, de 22 de novembro de 1969. Brasília, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno)**. Comissão Parlamentar de Inquérito. Poderes de Investigação (art. 58, §3º). Limitações constitucionais. Legitimidade do controle jurisdicional. Possibilidade de a CPI ordenar, por autoridade própria, a quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico. Necessidade de fundamentação do ato deliberativo. Deliberação da CPI que, sem fundamentação, ordenou medidas de restrição a direitos. Mandado de Segurança deferido. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>. Acesso em: 19 de agosto de 2021.

BUSATO, Sérgio Eduardo. **A Dicotomia Sistêmica da Liberdade Provisória Mediante Fiança no Brasil e o Papel da Autoridade Policial na Defesa do Direito Fundamental à Liberdade** – Brasília: Revista Brasileira de Ciências Policiais, jul/dez 2010. v. 1, n. 2, p. 41-71.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed, 11ª reimp. – Coimbra: Almedina, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Campinas: Servanda, 2010.

CARPENA, Márcio Louzada. **Da caução**. Processo Cautelar Estudos Avançados. São Paulo: Ed. Manole Ltda, 2017. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Da%20cau%C3%A7%C3%A3o%20pronto.pdf>.

CASTILHO, Ricardo. **Filosofia do Direito**. 1ª ed – 2ª reimpr. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 302.

COSTA JR., Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 2ªed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. As medidas cautelares no projeto do novo CPP. **Revista de informação legislativa**. Brasília, v. 46, n. 183, p. 211-224, jul./set. 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194942>.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 2ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

- LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. **Sistemas Processuais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 4ª ed. – São Paulo: Atlas S.A., 2012.
- MACHADO, Santiago Muñoz. **La reserva de jurisdicción**. 2ª ed. Bogota: Temis S.A., 2020.
- MALDONADO, Maurílio. **Separação de poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no estado brasileiro**. – São Paulo: Revista Jurídica "9 de Julho", 2003. n. 2, p. 224-246. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/alesp/biblioteca-digital/obra/?id=503>. Acesso em: 17 de setembro de 2021.
- MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8ª ed. – São Paulo: Atlas, 2019.
- MAZLOUM, Ali. **Reserva de jurisdição: os limites do juiz na investigação criminal**. 1ª ed. – São Paulo: Matrix, 2016. p. 304
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª ed, ref., ampl. e atual., São Paulo: Malheiros, 2002.
- MENDES, Gilmar. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2007.
- MONDIN, Batista. **Introdução à filosofia: problemas, sistemas, autores e obras**; tradução J. Renard. 18ª ed. – São Paulo: Paulus, 2010.
- NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de direito Processual Penal**. 18ª ed. Atualizada por Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1987.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Os poderes de investigação das Comissões Parlamentares de Inquérito: autonomia investigativa**. 2004. 84f. (Graduação em Direito) – Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2004.
- PINTO, Guilherme Newton do Monte. **A reserva de jurisdição**. 2009. 306f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009.
- PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3ª ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; DIEDER REVERBEL, Carlos Eduardo. **O tribunal constitucional como poder: uma nova visão dos poderes políticos**. 2ª ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 350.

RANGEL, Paulo Castro. **A reserva de jurisdição sentido dogmático e jurisprudencial**. – Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2011. p. 820.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: **RT**, v. 798, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SPENGLER, Fabiana Marion; WRASSE, Helena Pacheco. **A (im)possibilidade da (auto)composição em conflitos envolvendo a administração pública: do conflito à posição do terceiro**. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, 2017. V. 18, n. 3.

TUCCI, Rogério Lauria. **Persecução Penal, Prisão e Liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 342.

VILARES, Fernanda Regina. **A reserva de jurisdição no processo penal – dos reflexos no inquérito parlamentar**. 2010. 239f. Dissertação (Faculdade de Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.