
RESERVA DE JURISDIÇÃO: CLASSIFICAÇÃO DOCTRINÁRIA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

*JUDICIAL RESERVE: THEORETICAL ANALYSIS AND BRAZILIAN
HIGHER COURTS PRECEDENTS*

Daniel Pinheiro de Carvalho¹

Advogado da União em exercício na Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – CONJUR-MP/CGU/AGU. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. Especialista em Direito Público pela Faculdade Projeção.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Reserva de Jurisdição; 1.1 Conceituação; 1.2 Contexto histórico; 1.3 classificação; 1.4 Reserva de jurisdição na jurisprudência brasileira; 1.4.1 Ação Policial Controlada da Lei 9.034/95; 1.4.2 E-mail Corporativo; 1.4.3 Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público; 1.4.4 Comissão Parlamentar de Inquérito; 1.4.5 Quebra de sigilo bancário de dirigente de instituição financeira pelo Banco Central do Brasil; 2 Considerações Finais; Referências

¹ Agradecimento especial ao Dr. Henrique Fagundes Filho, Subprocurador-Geral da República e Professor efetivo de Direito Processual da Universidade de Brasília, pelo auxílio prestado durante a elaboração deste artigo.

RESUMO: Considerando a crescente opacidade dos limites de atuação de cada poder da República, o surgimento da noção de reserva, seja de lei, de administração ou de jurisdição, apresenta grande relevância, por procurar assegurar que determinadas questões sejam realmente decididas pelos órgãos constitucionalmente considerados mais aptos a solucioná-las. Nesse contexto, o presente artigo tem por objetivo discorrer sobre o tratamento doutrinário e jurisprudencial conferido à questão referente à(s) reserva(s) de jurisdição, realizando, para tanto, pesquisa exploratória, por meio de levantamento bibliográfico e documental submetido a uma abordagem qualitativa. Por ser um tema pouco explorado pela doutrina, a maioria dos debates travados nos Tribunais Superiores e no Supremo Tribunal Federal refere-se a casos sobre os quais há expressa previsão do constituinte no sentido da necessidade de ordem, decisão ou autorização judicial. Basicamente, são temas relacionados ao direito à intimidade e aos sigilos constitucionais de modo geral. Não há, todavia, grande desenvolvimento teórico quanto à possibilidade de reconhecimento de reservas tácitas de jurisdição.

PALAVRAS-CHAVE: Reserva de Jurisdição. Classificação. Precedentes Judiciais. Intimidade. Sigilo.

ABSTRACT: Due to the increasing disregard concerning the strict observance of the principle of the separation of powers, the emerging notion of “reserves” of legislative, executive and judicial acts is highly relevant for assuring that certain issues will be decided only by the branche considered by the Constitution the most capable to solve them. In this context, this article aims to discuss the treatment given by jurists and precedents about “judicial reserve”. Most debates in brazilian higher courts refer to cases for which there is express provision in the Constitution in regard to the need of a judicial decision, order or authorization. In general, the precedents are related to privacy rights. Nevertheless there isn’t much theoretical development regarding the possibility of tacit or implicity “reserves”.

KEYWORDS: Judicial Reserve. Classification. Judicial Precedents. Privacy Rights.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento da sociedade e dos Estados contemporâneos ao longo dos últimos séculos acarretou a multiplicação das atividades desempenhadas por entidades e órgãos públicos. A complexidade de tais atribuições, por sua vez, implicou o enfraquecimento dos limites existentes entre os três poderes da República. Introdução

Em nosso país, ao lado do constante exercício da função legiferante pelo Poder Executivo, por meio de medidas provisórias e instruções normativas expedidas por agências reguladoras, observa-se (a) a criação de diversos órgãos parajurisdicionais no âmbito da administração pública – como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), os órgãos de Proteção e Defesa do Consumidor (Procon) e a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) –, bem como (b) a elaboração de diversas leis estendendo à administração questões antes decididas apenas pelo Poder Judiciário – como a que permite a utilização, pelo Fisco, dos dados cobertos pelo sigilo bancário, e o projeto de lei que cria o processo executivo fiscal administrativo.

Nesse contexto, surge a necessidade de assegurar que determinadas questões sejam realmente decididas pelos órgãos constitucionalmente considerados os mais aptos a solucioná-las. Como a mera elaboração normativa, em regra, não causa danos imediatos aos indivíduos, e ainda é tímida a ingerência dos demais poderes sobre o Executivo, o foco da doutrina recai principalmente sobre possíveis usurpações da função jurisdicional – atribuída ao Poder Judiciário –, especialmente quando está em jogo lesão ou ameaça de lesão a direitos e garantias fundamentais.

Fala-se, desse modo, das denominadas “reservas de jurisdição”, expressão que, embora cada vez mais mencionada em artigos científicos e decisões judiciais, ainda não foi estudada com profundidade pela doutrina brasileira. Afirma-se, de modo geral, que se refere às matérias sobre as quais ao Judiciário é garantida não apenas a “última palavra”, mas também, com exclusividade, a “primeira palavra”, seguindo-se o consagrado critério “das duas palavras”, cujo maior propagador foi Canotilho.

Aqui, pretendemos, em síntese, estudar as conceituações atribuídas pela doutrina à expressão “reserva de jurisdição”, expondo as principais classificações doutrinárias e analisar os principais casos em que nossos Tribunais Superiores e o Supremo Tribunal Federal, diante de direitos fundamentais como a intimidade, a vida privada e a liberdade, afirmaram ou negaram a existência de uma reserva de jurisdição. Trata-se, portanto, de questão de grande relevância acadêmica e social.

1 RESERVA DE JURISDIÇÃO

1.1 CONCEITUAÇÃO

Em diversos países europeus, a expressão “reserva de jurisdição” assume sentido semelhante ao dos nossos princípios da inafastabilidade da jurisdição e do acesso à justiça (diz-se que aos indivíduos é reservada – no sentido de assegurada – a jurisdição para a solução de seus conflitos).

Na doutrina brasileira, por outro lado, predomina o entendimento de que a expressão “reserva de jurisdição” refere-se às hipóteses em que ao Poder Judiciário é atribuída com exclusividade a “primeira palavra” sobre determinado assunto, ou seja, às questões que apenas podem ser decididas por órgãos judiciários no exercício da atividade jurisdicional. Segue-se, assim, a lição de J. J. Gomes Canotilho², também adotada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Como seguidores desse posicionamento, podemos citar Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho³, Américo Bedê Freire Júnior⁴ e Fernando Facury Scaff⁵.

Antônio Umberto de Souza Júnior, por sua vez, critica o denominado “critério das duas palavras”, utilizado por Canotilho. De acordo com o autor,

parece bem claro que a administração da justiça foi entregue ao monopólio dos tribunais constitucionalmente previstos. A isso se chega pela taxatividade do texto, ou seja, pela afirmação restritiva de serem os tribunais os órgãos de soberania incumbidos da administração da justiça. Administração da justiça aqui significa, fundamentalmente, desempenhar as tarefas atinentes à composição de conflitos e interesses mediante a intervenção exclusiva de órgãos soberanos, imparciais e independentes. Assim, o critério das duas palavras parte de premissa ilusória: a de que seja possível uma primeira palavra, em matéria jurisdicional, fora dos tribunais previstos na norma constitucional. Quando se quer invalidar um acordo privado, um contrato administrativo ou contestar a certeza e liquidez de um título executivo, não há qualquer situação de prévia

2 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

3 CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. As Ambulâncias e o Poder Judiciário – Reserva de Jurisdição e Direito de Liberdade. *Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 8, n. 29, 2005.

4 FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Restrição a Direitos Fundamentais: a Questão da Interceptação de E-mail e a Reserva de Jurisdição. *Revista de Informação Legislativa*, a. 43 n. 171 jul./set., 2006, p. 55-62.

5 SCAFF, Fernando Facury. Sigilo Fiscal e Reserva de Jurisdição. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 71, agosto de 2001.

heterocomposição de conflitos: o acordo privado representa uma autocomposição, o contrato administrativo um negócio jurídico e o título executivo um documento ao qual a lei atribuiu presunção de exigibilidade por razões de segurança e agilidade no comércio jurídico (2006. p. 111).

Já para o teórico lusitano Paulo Castro Rangel⁶, a expressão “reserva de jurisdição” pode ser entendida tanto como a atribuição ao Poder Judiciário da atividade de dizer o Direito (reserva geral de jurisdição), como a imposição do tratamento de certas matérias por meio de decisão judicial. É essa a lição que adotaremos para o desenvolvimento do artigo.

1.2 CONTEXTO HISTÓRICO

A reserva geral de jurisdição, tal qual a conhecemos hoje, é fruto das teorias acerca da separação dos poderes, em especial da elaborada por Montesquieu, que criou contornos assaz precisos para os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo.

Apesar de já cogitada por Aristóteles em sua obra *A Política*, a Teoria da Separação dos Poderes ressurgiu no final da Idade Média com o objetivo de limitar o poder dos monarcas, sujeitando-os à vontade de um corpo de representantes do povo, ao qual foi conferida a competência para legislar sobre os direitos, as garantias e as liberdades dos indivíduos.

Nasceu, assim, a noção de “reserva de lei” para o disciplinamento de determinados temas de relevância social, vedando-se ao administrador interferir nos assuntos que se encontrassem protegidos pelos limites materiais de tal reserva. Intimamente relacionada a esse conceito, adveio a expressão “reserva de jurisdição”, com a atribuição da atividade de dizer o “Direito” (que, à época, era praticamente sinônimo de lei) a órgãos específicos, independentes e desvinculados do Poder Executivo (embora não figurassem como um poder autônomo na repartição de Locke).

Para Rangel,

o estabelecimento de uma reserva de jurisdição estava ainda ao serviço da reserva de lei, porquanto se acreditava que o juiz se circunscrevia a aplicar a lei ao facto, a (re)afirmar a lei no caso concreto. E era precisamente essa garantia de actuação exclusiva da lei que já não ofereceria o administrador, ainda mal acordado dos tempos de polícia e, por conseguinte, decerto sensível à consideração e prossecução de

6 RANGEL, Paulo Castro. *Reserva de Jurisdição: Sentido Dogmático e Sentido Jurisprudencial*. Porto: Universidade Católica Portuguesa – Editora, 1997.

interesses estranhos ao Parlamento e à sociedade que ele putativamente representava. O que quer dizer que, ao consignar-se uma reserva de jurisdição, estava-se ainda a ajustar as contas do legislador com o executivo, retirando à administração a possibilidade de intervir em certos domínios [...]. Domínios esses que, por sinal, correspondiam à matéria dos direitos fundamentais (e, designadamente, do direito à liberdade), matéria que o próprio legislador livremente conformava, ou não se tratasse da reserva de lei por excelência. Em resumo, o juiz era ainda e só a *longa manus* do Parlamento e o sentido da reserva de jurisdição exauria-se nesse carácter essencialmente instrumental ante o princípio da reserva de lei⁷.

Ao longo dos anos, assim como houve modificação no conceito de “reserva de lei”⁸, também a noção de “reserva de jurisdição” sofreu alterações. Inicialmente, é importante registrar que a lei em sentido formal deixou de ser a fonte por excelência do Direito, cedendo espaço, por exemplo, aos regulamentos, às normas supranacionais, aos princípios gerais do Direito e à própria Constituição.

Assim, a reserva de jurisdição deixou de ser mera contraparte ou mera garantia da reserva de lei. Com efeito, atualmente:

quando o juiz diz o direito, já não diz a lei ou não diz “somente” a lei. Mais: justamente porque o ordenamento jurídico não se consome nessa instância legislativa, o juiz pode mesmo ser chamado a apreciar a validade material da lei, a sua conformidade a padrões jurídicos superiores – e a isso vieram as referências à dimensão da reserva da Constituição e da reserva do Direito. [...] E sendo as coisas assim, atrevemo-nos até a alvitrar, com MIELE, que “já não é o juiz que está submetido à lei, mas é a lei que está submetida ao juiz”⁹.

7 RANGEL, op. cit., p. 14.

8 Manuel Afonso Vaz, por exemplo, aponta quatro subdivisões da “reserva de lei”: (a) reserva de Parlamento; (b) reserva da função legislativa; (c) reserva do Direito (pela qual o legislador se encontra vinculado aos princípios jurídicos fundamentais, que chegariam até a pautar o exercício do poder constituinte, para quem defende a possibilidade de normas constitucionais inconstitucionais); (d) reserva de Constituição (direitos, liberdades e garantias deixam de estar à livre disposição dos parlamentares) (*apud* RANGEL, *ibid.*, p. 16-19). No Brasil, José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2000) diferencia o termo “legalidade” de “reserva de lei”: “o primeiro (genérica) significa a submissão e o respeito à lei; o segundo (legalidade específica) consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei formal; tem-se a reserva legal quando uma norma constitucional atribui determinada matéria exclusivamente à lei formal, subtraindo-a, com isso, à disciplina de outras fontes, àquelas subordinadas”.

9 RANGEL, op. cit., p. 20-21.

Se, por um lado, houve incremento da autonomia e do instrumental à disposição do Poder Judiciário para realizar sua missão constitucional de “dizer o direito”, por outro, a reserva geral de jurisdição também sofreu variadas ameaças, em razão da crescente e mútua imbricação dos poderes. Como exemplo da superação da divisão estanque dos poderes, podemos citar, entre outros:

- (a) a elaboração de medidas provisórias pelo Poder Executivo¹⁰,
- (b) a multiplicação de agências reguladoras – com soberania técnico-normativa sobre os temas de sua competência;
- (c) a diversificação dos procedimentos contraditórios e dos órgãos parajurisdicionais no âmbito da administração (ex: processos disciplinares, CADE, Procon, Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, Termos de Ajustamento de Condutas elaborados pelo Ministério Público, etc.);
- (d) as Comissões Parlamentares de Inquérito, com poderes de investigação próprios das autoridades judiciais;
- (e) a Justiça Desportiva;
- (f) a possibilidade de o Fisco ter acesso a dados cobertos por sigilo bancário, e
- (g) o projeto de lei referente à execução fiscal administrativa (PL 5080/2009), que, após ter suscitado muitos debates no ano de dois mil e nove, atualmente caminha a passos lentos no Congresso Nacional.

Embora se referindo aos exemplos portugueses de confusão entre as funções típicas de cada poder, o já citado doutrinador lusitano sinala que:

estes fenômenos e outros análogos [...] contribuíram para cimentar um ambiente de “promiscuidade” dos poderes, que podendo ser

¹⁰ Em que pese à tentativa, no ano de 2001, de tentar “moralizar” a edição de medidas provisórias pelo Poder Executivo, foi necessário, no início de 2009, diálogo informal entre os três poderes para viabilizar a utilização, pela Câmara dos Deputados, de sessões extraordinárias para a votação dos projetos de lei, já que as pautas das sessões ordinárias estão sempre “obstruídas” por número considerável de medidas provisórias pendentes de avaliação.

inelutável (e até, na medida certa, salutar), não deixou de representar, aqui e além, uma verdadeira “perversão” do princípio da separação dos poderes.¹¹

Ante tal quadro, cresce a preocupação quanto à necessidade de manter determinadas questões no âmbito de atuação do poder constitucionalmente orientado a solucioná-las, especialmente no que se refere à função jurisdicional. Nesse contexto se situa o debate acerca do estabelecimento de reservas de jurisdição.

Todavia, como são estabelecidas tais reservas? Quem tem competência para discipliná-las? O constituinte? O legislador? Os membros do Poder Judiciário, em sua tarefa de interpretação legal e constitucional? Para auxiliar a responder as indagações acima, exporemos uma proposta de classificação doutrinária dos diferentes níveis de reserva de jurisdição.

1.3 CLASSIFICAÇÃO

Pode-se distinguir, inicialmente, um nível de reserva absoluta de jurisdição e outro de reserva relativa de jurisdição. O primeiro refere-se às questões em que não basta o mero controle posterior do Poder Judiciário: faz-se necessária, de antemão, a existência de decisão judicial. Quanto a isso, Rangel, citando Canotilho, afirma que “existe verdadeiro ‘monopólio de juiz’, que impede, de todo em todo, o exercício ‘dessa função por parte de outras autoridades – administrativas, legislativas, ‘judiciais/não jurisdicionais’ – mesmo que das decisões destas últimas possa haver recurso para um juiz”¹².

As reservas absolutas podem ser decompostas em reservas especificadas e reservas de criação jurisprudencial (aqui denominadas “reservas tácitas de jurisdição”, tendo em vista que, teoricamente, a jurisprudência não pode *estabelecer* uma reserva, mas apenas *identificá-la* no contexto normativo constitucional). No caso das primeiras, podem ter natureza constitucional ou infraconstitucional.

Como exemplos de reservas absolutas especificadas de origem constitucional no ordenamento jurídico nacional, podemos citar a necessidade de decisão judicial para (a) ingressar no domicílio de alguém – e apenas durante o dia – sem sua autorização e fora dos casos de flagrante delito ou desastre ou para prestar socorro (CF, art. 5º,

11 RANGEL, op. cit., p. 28.

12 RANGEL, op. cit., p. 62-63.

XI); (b) quebrar o sigilo das comunicações telefônicas (e apenas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal) (CF, art. 5º, XII); (c) dissolver compulsoriamente associações ou suspender suas atividades (CF, art. 5º, XIX); e (d) prender alguém fora das hipóteses de flagrante delito, transgressão militar ou crime propriamente militar (CF, art. 5º, LXI).

Já no âmbito infraconstitucional, pode ser mencionada a necessidade de decisão judicial para (a) anular casamento, (b) obter separação de corpus, (c) anular a maioria dos atos e contratos civis, (d) executar atos administrativos não dotados de auto-executoriedade, e (e) conferir eficácia aos atos que devem ser obrigatoriamente submetidos à jurisdição voluntária¹³.

Por sua vez, as reservas relativas de jurisdição referem-se às hipóteses em que é assegurada ao Poder Judiciário apenas a “última palavra”. Subdividem-se em *integrais* (ou de plena jurisdição) e *parciais* (ou de mera anulação), conforme, respectivamente, seja conferida ao Poder Judiciário a revisão total ou o mero controle de legalidade dos atos levados a seu exame¹⁴.

A maior dificuldade reside na definição de parâmetros suficientes para a identificação das reservas tácitas de jurisdição, ou seja, das questões em que, embora sem qualquer previsão constitucional ou legal *expressa*, apenas ao Poder Judiciário caiba dar não apenas a última – por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição –, mas também a primeira palavra.

Nesse ponto, é possível apontar um considerável desequilíbrio entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Com efeito, é o Judiciário que detém mais poderes para dispor sobre a distribuição de competências constitucionais. Em sua tarefa de intérprete e guardião da Constituição, sempre caberá aos Tribunais dar a última palavra sobre a configuração ou não de uma reserva de jurisdição, especialmente no que se refere às reservas tácitas.

1.4 RESERVA DE JURISDIÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Conforme visto, nos casos de dúvida acerca da sujeição ou não de determinada questão à reserva de jurisdição, competirá ao próprio Poder

13 Em relação ao último exemplo, deve-se registrar também a discussão existente quanto ao acerto da expressão “reserva de jurisdição”: considerada a dificuldade de se achar conceituação definitiva para jurisdição, há quem proponha a utilização de “reserva do Poder Judiciário” em sua substituição. Todavia, no modelo brasileiro, esbarramos no problema da inclusão do Conselho Nacional de Justiça no âmbito do Poder Judiciário, ao qual não foi conferida função jurisdicional.

14 RANGEL, op. cit.

Judiciário decidir definitivamente. Com isso, é importante analisar os posicionamentos adotados por nossos tribunais acerca do tema para podermos, eventualmente, extrair alguma diretriz.

1.4.1 AÇÃO POLICIAL CONTROLADA DA LEI 9.034/95

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* 119.205/MS (5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* de 16/11/2009), analisou questão referente à necessidade de autorização judicial para a realização da ação policial controlada da Lei 9.034/95, que, de acordo com seu art. 2º, II:

consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações.

No caso, os policiais, em investigação sobre o uso, por uma organização criminosa, de determinado veículo para o transporte de drogas, decidiram aguardar a coleta de mais informações, para que se encontrasse o momento mais propício para a abordagem. Sustentou o impetrante que os policiais não poderiam ter acompanhado o deslocamento de substância entorpecente sem a devida autorização judicial, de acordo com o art. 33 da Lei 10.409/02 (atual art. 53 da Lei 11.343/06), que, de fato, estabelece uma reserva especificada infraconstitucional de jurisdição.

A 5ª Turma, todavia, considerou que a operação era amparada pelo art. 2º, II, da Lei 9.034/95 – lei que “dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas” –, que não exige prévia autorização judicial para a realização da ação penal controlada. Reconheceu-se, portanto, a inexistência de uma reserva especificada infraconstitucional de jurisdição.

1.4.2 E-MAIL CORPORATIVO

No âmbito trabalhista, foi intenso o debate, há poucos anos, acerca da possibilidade de o empregador monitorar o conteúdo veiculado por seus empregados nos denominados *e-mails* corporativos, que são destinados a melhorar a eficiência da comunicação no ambiente de trabalho.

Alguns doutrinadores, para começar a investigação acerca do tema, adotaram como parâmetro constitucional o disposto

no art. 5º, XII, da CF/88, segundo o qual “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e as comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Outros, alegando que referido dispositivo não teve por objetivo regular a interceptação de *e-mails*, invocaram o inciso X do mesmo artigo, o qual dispõe que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização”.

Todavia, independentemente do fundamento constitucional adotado, a maioria da doutrina posicionou-se no sentido da possibilidade do monitoramento do conteúdo dos *e-mails* corporativos, sem necessidade de autorização judicial, asseverando que a proteção da privacidade ou do sigilo de correspondência dirige-se apenas à comunicação estritamente pessoal, por meio de *e-mail* particular.

Por outro lado, há várias correntes divergentes, dentre as quais citamos as principais:

- (a) a primeira considera que qualquer *e-mail* pode ser monitorado pelo empregador, uma vez que estaria no exercício de seu direito de propriedade sobre a internet e os computadores utilizados pelos empregados;
- (b) a segunda afirma que, embora os direitos fundamentais possam ser objeto de restrição, apenas o Poder Judiciário estaria legitimado a autorizar tão grave violação à intimidade e ao sigilo de correspondência, tratando-se ou não de *e-mail* corporativo;
- (c) a terceira admite apenas o controle formal dos *e-mails* (ex: quantidade dos *e-mails* recebidos e enviados);
- (d) a quarta admite o acesso ao conteúdo, mas apenas em caso de fundada suspeita de comportamento reprovável (ex: divulgação de material pornográfico).

A tese acolhida pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, após a inicial divergência entre suas Turmas, foi a da doutrina majoritária. Acórdão expressivo e pioneiro sobre o tema foi proferido no julgamento do Recurso de Revista 613/2000-013-10-00.7, cuja ementa, por sua clareza e por ilustrar bem a questão, transcrevemos:

PROVA ILÍCITA. *E-MAIL* CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO.

1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual (*e-mail* particular). Assim, apenas o *e-mail* pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal da inviolabilidade.

2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado *e-mail* corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço.

3. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre Internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o *e-mail* corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador.

4. Se se cuida de *e-mail* corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à INTERNET e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc. III), bem como que está em xeque o direito à imagem do

empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de *e-mail* de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido).

5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em *e-mail* corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal.

6. Agravo de Instrumento do Reclamante a que se nega provimento. (Recurso de Revista 613/2000-013-10-00.7, 1ª Turma, Rel. Min. João Oreste Dalazen, *DJ* de 10/6/2005)

1.4.3 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

No julgamento da ADI-MC 3823/DF, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade de ato normativo do Conselho Nacional de Justiça que restabelecia a possibilidade de férias coletivas nos 1º e 2º graus de jurisdição.

O que mais nos interessa, todavia, é o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, no qual faz críticas à atuação normativa e jurisdicional do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público. Eis o seu teor:

[...]

Inicialmente, é preciso estabelecer qual a natureza jurídica do Conselho Nacional de Justiça. Verifico que o Conselho, embora esteja inserido no Título IV, que trata da Organização dos Poderes, Capítulo III, Seção I, da Constituição Federal, figurando, no artigo 92, como um dos órgãos do Poder Judiciário, apresenta, a meu ver, uma natureza eminentemente administrativa e não legislativa ou judiciária.

[...]

Então, órgão administrativo que é, o Conselho Nacional de Justiça não pode inovar em matéria legislativa e nem tomar decisões de caráter judicial ou jurisdicional. Cumpre a ele respeitar o princípio da reserva legal e da reserva de jurisdição que, evidentemente, não foi quebrado pelo constituinte derivado em favor do CNJ na Emenda Constitucional nº 45. Logo, por meio de atos regulamentares, o Conselho não pode substituir-se à vontade geral que é expressa como disse a eminente Ministra Cármen Lúcia, em conformidade com os preceitos constitucionais.

[...]

O Conselho Nacional de Justiça – isso, a meu ver, vale também para o Conselho Nacional do Ministério Público – enfrenta duas limitações bem claras: em primeiro lugar, uma *stricto sensu*, pela qual não podem expedir regulamentos com caráter geral e abstrato em face do princípio da reserva legal; em segundo lugar, numa limitação *lato sensu* a qual diz respeito à impossibilidade de cercearem, por meio de atos que expedem, direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

[...]

Senhor Presidente, aproveito também a ocasião para expressar uma preocupação relativamente à adoção de certos procedimentos de natureza judicialiforme pelo CNJ e também pelo Conselho Nacional do Ministério Público, notadamente a concessão de liminares, sustentando atos dos mais diversos, cujas conseqüências acabam onerando o Supremo Tribunal Federal.

Cito dois exemplos recentes que passaram pelo meu gabinete e entendo oportuno fazê-lo neste momento, embora não estritamente ligados à matéria em questão, para podermos pensar coletiva e conjuntamente sobre a natureza jurídica desse novo órgão que a Emenda Constitucional nº 45 introduziu na Constituição.

No primeiro deles, o Conselho Nacional do Ministério Público, através de uma liminar, sustou a posse de alguns promotores aprovados num concurso público num Estado do norte do País. No outro caso, também através de uma liminar, o Conselho Nacional de Justiça garantiu a classificação de uma candidata à juíza do Trabalho em concurso público porque não teria havido lá uma

revisão das provas etc. E essas liminares foram concedidas sem que tivessem sido esgotadas as instâncias administrativas inferiores, pois os interessados *per saltum* reclamaram diretamente a esses dois conselhos nacionais. Os interessados, também, não buscaram amparo nos órgãos competentes do Poder Judiciário. Os prejudicados, relativamente a essas liminares, ingressaram com mandado de segurança diretamente no Supremo, pois as autoridades coatoras eram os Conselhos Nacionais do Ministério Público e da Justiça, significando que o Supremo Tribunal Federal, daqui por diante, será o foro adequado para dirimir questões relativas a concursos públicos de ingresso no Ministério Público ou na magistratura em todos os rincões deste País.

Parece que isso também se passa relativamente aos cartórios, porque tenho notícia que há decisões do CNJ, de caráter liminar, interferindo em concursos de cartório. [...] (ADI-MC 3823/DF, Tribunal Pleno, Min. Cármen Lúcia, *DJe* de 23/11/2007)

Em que pese trazer argumentos laterais em relação à questão efetivamente posta em discussão, o voto do Min. Ricardo Lewandowski critica expressamente a adoção de “procedimentos de natureza judicialiforme” pelo Conselho Nacional de Justiça, asseverando que, a despeito de pertencer ao Poder Judiciário, deve respeitar a reserva geral de jurisdição estabelecida em favor dos órgãos de natureza efetivamente judicial. Igual crítica dirige ao Conselho Nacional do Ministério Público.

1.4.4 COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO

A maioria dos acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em que se discutem questões relacionadas à reserva de jurisdição refere-se à atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito. Certamente, a fonte originária dessas discussões reside no art. 58, § 3º, da CF/88, que lhes atribuiu “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”.

Em uma primeira leitura, realmente é possível extrair do mencionado dispositivo o entendimento de que as Comissões Parlamentares de Inquérito detêm as mesmas competências das autoridades judiciais. Todavia, não é esse o posicionamento do STF.

A despeito dos poderes que lhe foram atribuídos, a jurisprudência do STF firmou-se no sentido de que apenas órgão do Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional, pode atuar nas hipóteses em que

o constituinte expressamente fixou a necessidade de decisão, ordem ou determinação judicial.

O julgamento mais importante sobre o tema, de acordo com a doutrina, foi o proferido no MS 23.452/RJ. Advirta-se, desde logo, que, apesar de a ementa do acórdão fazer referência à reserva de jurisdição, seis Ministros do STF – a maioria, portanto – acolheram o pedido com base na ausência de fundamentação do ato apontado como coator, reservando-se para se pronunciar acerca da tese da reserva de jurisdição em outra oportunidade.

No caso, discutia-se a possibilidade de CPI determinar a quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico, bem como a busca e apreensão domiciliar. O Rel. Min. Celso de Mello, dissertando sobre a reserva de jurisdição, manifestou-se da seguinte forma:

O postulado da reserva constitucional de jurisdição – consoante assinala a doutrina (J. J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, p. 580 e 586, 1998, Almedina, Coimbra) – importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de verdadeira discriminação material de competência jurisdicional fixada no texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”.

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.

[...]

Cabe enfatizar, por necessário, [...] que o *princípio da reserva de jurisdição* – mais do que simples formulação de ordem doutrinária – *representa*, na concreção do seu alcance, um expressivo *instrumento de proteção* das pessoas em geral *contra* as ações eventualmente arbitrárias do Poder Público, *qualquer* que seja a dimensão institucional em que se projete a atividade estatal. (Grifos no original.) (MS 23.452/RJ, Tribunal Pleno, Min. Celso de Mello, DJ de 12/5/2000)

Com base nesse entendimento, afirmou ser inconstitucional a determinação de busca e apreensão domiciliar, mas reconheceu a possibilidade de quebra dos sigilos bancário, fiscal e de dados telefônicos, porquanto não há dispositivo constitucional que expressamente imponha a necessidade de decisão judicial. Acompanharam o relator os Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Carlos Velloso¹⁵. Na ocasião, o segundo afirmou:

Convenci-me de que, efetivamente – sem embargo daquilo a que poderia levar uma interpretação literal do art. 58, § 3º –, quando a Constituição mesma se preocupou em reservar a interferência em certas liberdades e direitos fundamentais a uma decisão judicial, ela reclamou, então, uma ponderação de interesses com todas as garantias, não apenas do procedimento, mas da autoridade e das garantias dos órgãos do Poder Judiciário. (MS 23.452/RJ, Tribunal Pleno, Min. Celso de Mello, *DJ* de 12/5/2000)

Posteriormente, no julgamento do MS 23.652 (Tribunal Pleno, *DJ* de 16/02/2001), também de relatoria do Min. Celso de Mello, o STF, por unanimidade, reconheceu a possibilidade de CPI determinar a quebra dos sigilos bancário, fiscal e de dados telefônicos.

Observe-se, por oportuno, que os precedentes acima mencionados reconheceram não ser vedado às *Comissões Parlamentares de Inquérito*, que detêm *poderes de investigação próprios das autoridades judiciais*, a quebra dos referidos sigilos. A observação é importante porque ainda é controvertida a questão referente à quebra do sigilo bancário, a despeito do disposto no art. 38 da Lei 4.595/64 (atualmente revogado) e na Lei Complementar 105/01.

1.4.5 QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO DE DIRIGENTE DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PELO BANCO CENTRAL DO BRASIL

Exemplificando a controvérsia mencionada no tópico anterior, no RE 461.366/DF (*DJe* de 5/10/2007), a Primeira Turma do STF, por maioria, acolheu a tese de que a competência do Banco Central do Brasil de fiscalizar as entidades financeiras não lhe conferia poderes para,

15 Registre-se, apenas, que, apesar de afirmar que acompanhava o voto do relator, aparentemente houve divergência quanto à possibilidade de CPI determinar a quebra do sigilo dos dados telefônicos. Com efeito, o Ministro Carlos Velloso afirmou o seguinte: “em voto que proferi, neste Plenário, cheguei a admitir a possibilidade de a CPI quebrar o sigilo dos dados telefônicos: HC 75.232-RJ, in *Cadernos de Direito Const. e Ciência Política*, Rev. Dos Tribunais, nº 26, p. 36. Hoje, *entretanto*, perfilho, integralmente, a doutrina da ‘reserva constitucional de jurisdição’”.

administrativamente, ter acesso a dados bancários dos dirigentes das referidas instituições. Ressalte-se, desde logo, que o caso referia-se a período anterior ao advento da Lei Complementar 105/01, não havendo pronunciamento acerca de eventual inconstitucionalidade de seu art. 2º, § 1º¹⁶, embora o teor dos votos vencedores possa levar a essa conclusão.

O Rel. Min. Marco Aurélio afirmou o seguinte:

[...] O preceito regeedor da espécie, considerado o sistema da Constituição Federal, é o do inciso XII do mencionado artigo. Surge como regra o sigilo de dados, somente podendo ocorrer o afastamento por ordem judicial e, mesmo assim, visando a investigação criminal ou instrução processual penal. (STF, RE 461.366/DF, 1ª Turma, Min. Marco Aurélio, DJe de 5/10/2007)

O Ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, sustentou “que a quebra do sigilo fiscal e bancário constitui medida excepcionalíssima, coberta pela reserva de jurisdição, como sempre tem afirmado o Supremo Tribunal Federal, inclusive em face do Ministério Público”. Adiante, complementou ser necessário “que isso ocorra dentro de um procedimento formal, de caráter judicial, com autorização das autoridades deste Poder, que é independente, neutro e se coloca acima dos interesses da própria máquina administrativa”.

O terceiro a votar, o Ministro Carlos Britto, após discorrer sobre o papel de destaque conferido pela Constituição ao Banco Central do Brasil, posicionou-se no sentido de que “no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, [...] seus protagonistas centrais têm um regime jurídico diferenciado, a ponto de quebrantar essa força

16 Art. 2º O dever de sigilo é extensivo ao Banco Central do Brasil, em relação às operações que realizar e às informações que obtiver no exercício de suas atribuições.

§ 1º O sigilo, inclusive quanto a contas de depósitos, aplicações e investimentos mantidos em instituições financeiras, não pode ser oposto ao Banco Central do Brasil:

I – no desempenho de suas funções de fiscalização, compreendendo a apuração, a qualquer tempo, de ilícitos praticados por controladores, administradores, membros de conselhos estatutários, gerentes, mandatários e prepostos de instituições financeiras;

II – ao proceder a inquérito em instituição financeira submetida a regime especial.

§ 2º As comissões encarregadas dos inquéritos a que se refere o inciso II do § 1º poderão examinar quaisquer documentos relativos a bens, direitos e obrigações das instituições financeiras, de seus controladores, administradores, membros de conselhos estatutários, gerentes, mandatários e prepostos, inclusive contas correntes e operações com outras instituições financeiras.

de que se reveste o inciso XII do artigo 5º”, tendo sido seguido pelo Ministro Sepúlveda Pertence.

Já a Ministra Cármen Lúcia acompanhou a conclusão do relator, sinalando, apenas, que não haveria óbice à solicitação de autorização judicial para o acesso aos dados bancários do dirigente da instituição financeira.

2 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando a crescente opacidade dos limites de atuação de cada Poder da República, o surgimento da noção de reserva, seja de lei, de administração ou de jurisdição, apresenta grande relevância, por procurar assegurar que determinadas questões sejam realmente decididas pelos órgãos constitucionalmente considerados os mais aptos a solucioná-las.

Por outro lado, a reserva de jurisdição – aqui entendida como a imposição do tratamento de certas matérias apenas por meio de decisão judicial – destaca-se entre as demais espécies de reserva, devido à cada vez mais forte “presença” do Poder Judiciário junto à sociedade, na defesa dos direitos e garantias fundamentais.

Tratando-se de tema pouco explorado pela doutrina, a maioria dos debates travados nos Tribunais Superiores e no Supremo Tribunal Federal refere-se a casos sobre os quais há expressa previsão do constituinte no sentido da necessidade de ordem, decisão ou autorização judicial (reserva especificada constitucional de jurisdição). Basicamente, são questões relacionadas ao direito à intimidade e aos sigilos constitucionais.

Não há, todavia, grande desenvolvimento teórico e jurisprudencial quanto à possibilidade de reconhecimento de reservas tácitas de jurisdição. Mesmo no caso do último precedente citado, procurou-se ler o art. 5º, XII, da CF/88 de forma que incluísse a necessidade de autorização judicial também para a quebra do sigilo bancário, ressaltando o Ministro Marco Aurélio que ela só poderia ocorrer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Portanto, com exceção das reservas especificadas constitucionais de jurisdição, de menos complicada aplicação, permanece em aberto a discussão, cujo estudo aprofundado e conclusivo, certamente, demanda ainda muitas laudas, com a necessária incursão na intrincada teoria da separação dos poderes, percorrendo sua elaboração inicial e seu desenvolvimento até os dias atuais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Brasília, DF, 1988.

_____. *Lei nº 9.034, de 4 de maio de 1995*. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Brasília, DF, 1995.

_____. *Lei nº 11.343, de 24 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF, 2006.

_____. *Lei nº 10.409, de 14 de janeiro de 2002*. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. Brasília, DF, 2002.

_____. *Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964*. Dispõe sobre a Política e as Instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Brasília, DF, 1964.

_____. *Lei Complementar nº 105, de 11 de janeiro de 2001*. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Brasília, DF, 2001.

_____. *Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno*. Acórdão no Mandado de Segurança nº 23.452/RJ. Impetrante: Luiz Carlos Barretti Júnior. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em 16/9/1999. Publicado no Diário de Justiça em: 12/5/2000, p. 20.

_____. *Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma*. Acórdão no *Habeas Corpus* 119.205/MS. Impetrante: Fábio Ricardo Mendes Figueiredo e outros. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Relator: Min. Jorge Mussi. Julgado em 29/9/2009. Publicado no Diário de Justiça eletrônico em 16/11/2009.

_____. *Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma*. Acórdão no Recurso Extraordinário 461.366/DF. Recorrentes: José Longo de Araújo e Banco

Central do Brasil. Recorridos: Banco Central do Brasil e José Longo de Araújo. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 3/8/2007. Publicado no Diário de Justiça eletrônico em 5/10/2007.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Tribunal Pleno. Acórdão na Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.823/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Conselho Nacional de Justiça e outro. Relator: Min. Cármen Lúcia. Julgado em: 6/12/2006. Publicado no Diário de Justiça eletrônico em 23/11/2007.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Tribunal Pleno. Acórdão no Mandado de Segurança nº 23.652/DF. Impetrante: José Aleksandro da Silva. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI do Narcotráfico). Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em 22/11/2000. Publicado no Diário de Justiça em: 16/2/2001, p. 92.

_____. *Tribunal Superior do Trabalho*. Primeira Turma. Acórdão no Recurso de Revista 613/2000-013-10-00.7. Recorrentes: HSBC Seguros (Brasil) S.A. e Elielson Lourenço do Nascimento. Recorridos: Elielson Lourenço do Nascimento e HSBC Seguros (Brasil) S.A.. Relator: Min. João Oreste Dalazen. Publicado no Diário de Justiça em: 10/6/2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. As Ambulâncias e o Poder Judiciário – Reserva de Jurisdição e Direito de Liberdade. *Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, v. 8, n. 29, 2005.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Restrição a Direitos Fundamentais: a Questão da Interceptação de E-mail e a Reserva de Jurisdição. *Revista de Informação Legislativa*, a. 43 n. 171 jul./set., 2006.

GIL, Antônio Carlos. *Como Elaborar Projetos de Pesquisa*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

RANGEL, Paulo Castro. *Reserva de Jurisdição: Sentido Dogmático e Sentido Jurisprudencial*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997.

SCAFF, Fernando Facury. Sigilo Fiscal e Reserva de Jurisdição. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 71, agosto de 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

