

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 6

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da
Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Janeiro / Junho de 2010

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski, Prof. Sérgio Murilo Santos Campinho e Prof. Valter Shuenquener de Araújo).

Coordenação: Sérgio Murilo Santos Campinho e Mauricio Moreira Mendonça de Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Arnoldo Wald (UERJ), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Leonardo Greco (UERJ), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse 1 e Centre de Droit des Affaires de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg), Sérgio Murilo Santos Campinho (UERJ), Theóphilo de Azeredo Santos (UNESA) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto, Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Rosany Fagundes, Valter Shuenquener de Araújo e Viviane Perez.

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 6 (janeiro/junho 2010)

. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Bocater, Camargo, Costa e Silva Advogados Associados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

PARECER

CVM — INVALIDADE DO ITEM 13.11 DO ANEXO 24 DA INSTRUÇÃO Nº 480 — LEGALIDADE E COMPETÊNCIAS NORMATIVAS — PRIVACIDADE E SEGURANÇA INDIVIDUAL

Sumário: I. Hipótese e consulta. II. Notas teóricas. II.1. Princípio da legalidade e delegação legislativa. II.2. Direito de privacidade. II.3. Segurança individual. III. Invalidade da exigência contida no item 13.11 do Anexo 24 da Instrução nº 480/09 da CVM. III.1. Competências normativas da CVM e seus limites: incompetência para veicular a exigência. III.2. Privacidade, sigilo da remuneração, segurança individual e acesso do público a informações sobre valores mobiliários e companhias que os tenham emitido: a inconstitucionalidade material da exigência. IV. Conclusão

I. Hipótese e consulta

1. Consulta-me o Instituto Brasileiro de Executivos de Finanças — IBEF, por seu advogado, Dr. José Roberto Castro Neves, acerca da validade da exigência introduzida pela Comissão de Valores Mobiliários — CVM no subitem 13.11 do Anexo 24 da Instrução nº 480, de 07.dez.2009, expedida pela autarquia para regular uma série de temas envolvendo o mercado de valores mobiliários.

2. O subitem 13.11 do referido Anexo se insere em um item geral (item 13, composto de 16 subitens), que trata das informações que devem ser divulgadas no sítio da CVM na Internet e nos próprios sítios das companhias sobre a remuneração de seus administradores. De forma específica, o item 13.11 prevê que devem ser divulgados,

em relação ao conselho de administração, à diretoria estatutária e ao conselho fiscal, os valores da maior remuneração individual, da menor remuneração individual e da remuneração individual média, além do número de membros de cada órgão¹.

3. O consulente considera que a exigência contida no item 13.11 em questão é inválida, tanto porque a CVM teria extrapolado seu poder normativo ao editá-lo quanto porque haveria, na hipótese, violação às garantias constitucionais que protegem a segurança individual, a intimidade e o sigilo de dados pessoais (Constituição art. 5º, *caput*, X e XII). Segundo o consulente, a divulgação na Internet da maior remuneração dos integrantes de cada um dos órgãos das companhias referidos acima torna automaticamente pública a remuneração recebida por determinados indivíduos em particular, já que é apenas natural, e corresponde às regras de experiência, que a maior remuneração será recebida pelos presidentes dos órgãos em questão.

4. Já se pode adiantar que tem razão o consulente em relação aos dois pontos referidos. E isso porque **(i)** a CVM não dispõe de competência normativa para veicular a exigência contida no item 13.11 em questão; e **(ii)** de todo modo, a exigência veicula uma restrição inválida às garantias constitucionais que protegem a privacidade e a segurança individual. As razões que conduzem a tais conclusões serão expostas na seqüência de acordo com o roteiro inicialmente proposto.

II. Notas teóricas

II.1. Princípio da legalidade e delegação legislativa

5. No direito brasileiro, o **princípio da legalidade**, genericamente

1 CVM, Instrução nº 480/2009, Anexo 24, subitem 13.11: “Em forma de tabela, indicar, para os 3 últimos exercícios sociais, em relação ao conselho de administração, à diretoria estatutária e ao conselho fiscal: a. órgão; b. número de membros; c. valor da maior remuneração individual; d. valor da menor remuneração individual; valor médio de remuneração individual”.

mente considerado — CF, art. 5º, II —, reserva à *lei* a criação de deveres e obrigações². Vale dizer: todo ato que interfira com o direito de liberdade e propriedade das pessoas depende de lei prévia que de algum modo o autorize³. É verdade que essa enunciação haverá de ser compreendida hoje em sentido algo diverso do que já foi no passado. Em *primeiro lugar*, “lei” já não significa apenas lei formal — isto é: ato editado pelo Poder Legislativo — e sim um conceito mais abrangente de *juridicidade*, em cujo ápice está a própria Constituição, sem exclusão, é claro, das leis formais⁴.

6. Em *segundo lugar*, a nova distribuição de espaços de atuação entre os três Poderes — alimentada pela crise do Legislativo, da própria lei formal e pelo crescimento do papel do Executivo⁵ — tem levado a doutrina a elaborar em torno do princípio da legalidade uma formulação mais sofisticada, capaz de acomodar as necessidades contemporâneas. Nessa linha, já se tornou corrente a distinção entre reserva absoluta e reserva relativa de lei⁶, de um lado, e, de outro,

2 CF/88, art. 5º, II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

3 V. Luís Roberto Barroso, Apontamentos sobre o princípio da legalidade (delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional de competências legislativas). In: *Temas de direito constitucional*, t. I, 2001, p. 165 e ss..

4 Sobre o tema da substituição do conceito de legalidade estrita pela ideia de juridicidade, que abarca a lei, mas também a ordem constitucional (e, em certos contextos, o direito internacional e o direito comunitário), v. o trabalho pioneiro do autor português Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública*, 2003. Na literatura nacional, v. Patrícia Batista, *Transformações do direito administrativo*, 2003, e Gustavo Binenbojm, *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, 2006.

5 Sobre o tema, veja-se Clèmerson Merlin Clève, *Atividade legislativa do Poder Executivo*, 2000; Vicente Paulo Francisco Rão, Fatores políticos e sociais da legislação delegada, *Revista dos Tribunais* 742:765, 1997, p. 766-7; e Alexandre Santos de Aragão, O poder normativo das agências reguladoras, *Revista Forense* 354:3, 2001, p. 354-5.

6 Fala-se de reserva legal absoluta quando se exige do legislador que esgote o tratamento da matéria no relato da norma, sem deixar espaço remanescente para a atuação discricionária dos agentes públicos que irão aplicá-la. Será relativa a reserva legal quando se admitir a atuação subjetiva do aplicador da norma ao dar-lhe concreção. Há consenso de que a eliminação completa dessa atuação subjetiva no momento da aplicação é praticamente impossível, de modo

entre reserva de lei formal ou material⁷. E a própria Constituição brasileira de 1988 contempla, juntamente com a lei formal, variados instrumentos normativos que, embora não emanados diretamente do Legislativo, têm força de lei.

7. Com efeito, a Carta de 1988 confere ao Poder Executivo competência para (i) a edição de leis delegadas⁸; (ii) a edição de atos normativos primários, por meio de decreto, no espaço reservado à Administração (e.g., art. 84, VI⁹); e (iii) a edição *extraordinária* de atos normativos primários — as medidas provisórias — sem prévia autorização do Congresso¹⁰. O art. 62, § 1º da Constituição lista as matérias que não podem ser objeto de medidas provisórias e que, por isso, estão submetidas à reserva de lei formal¹¹.

que a distinção entre a reserva absoluta e relativa acaba por ser visualizada em termos de grau ou extensão. V. Alexandre Santos de Aragão, Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado contemporâneo, *Boletim de Direito Administrativo* 5:370, 2002, p. 378.

7 Haverá reserva de lei formal quando determinada matéria só possa ser tratada por ato emanado do Poder Legislativo, mediante adoção do procedimento analítico ditado pela própria Constituição, que, normalmente, incluirá iniciativa, discussão e votação, sanção-veto, promulgação e publicação. Tais ideias encontram-se sinteticamente expostas na notável conferência do Professor Alberto Xavier, Legalidade e tributação, *Revista de Direito Público* 47-48:329, 1978.

8 CF/88, art. 68: “As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional”.

9 CF/88, art. 84: “Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VI — dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos”. De parte isso, previsões como a do art. 103-B, que trata do Conselho Nacional de Justiça, sugerem uma excepcional competência normativa autônoma.

10 CF/88, art. 62: “Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”.

11 CF/88, art. 62, § 1º: “É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I — relativa a: a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; b) direito penal, processual penal e processual civil; c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

8. Nada obstante toda essa construção, cujo propósito evidente é atenuar a rigidez da noção original do princípio da legalidade, permanece válida a concepção clássica do direito constitucional brasileiro¹² de que é vedada a delegação de funções de um Poder a outro¹³ fora das hipóteses constitucionais¹⁴; ou, ao menos, de que a delegação, ainda que possível, não pode ser “em branco”, isto é, desacompanhada de parâmetros ou diretrizes obrigatórias que permitam o controle de seu exercício. Trata-se de uma exigência básica da separação de poderes que um Poder não concentre competências — as suas próprias e mais as que eventualmente receba de outro Poder —

II — que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; III — Reservada a lei complementar; IV — já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República”.

12 A Constituição de 1967/69 dispunha textualmente: “Art. 6º (...) Parágrafo único. Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; quem for investida na função de um deles não poderá exercer a de outro”. Não obstante a textualidade do dispositivo, ocorreram no regime constitucional anterior inúmeras delegações legislativas, copiosamente exemplificáveis. Algumas já vinham de longe, mas não foram questionadas. Confirme-se. Pela Lei nº 1779, de 22.12.52, criou-se a autarquia Instituto Brasileiro do Café, à qual se cometeram diversas atribuições de cunho normativo, inclusive quanto ao trânsito do café entre a produção e o escoamento, fixação de quotas etc. Semelhantemente se passara com o açúcar desde o Decreto nº 22.779, de 01.06.33. Mais recentemente, foi também por via de delegação que se submeteu a disciplina de todo o setor monetário e financeiro às resoluções do Banco Central do Brasil e do Conselho Monetário Nacional, com fulcro na Lei nº 4.595/64. Também no setor de comércio exterior, sucessivos diplomas legais, desde a Lei nº 3.244/57, repassaram a órgãos do Executivo vastíssimas competências de cunho normativo.

13 Confira-se, a propósito, o seguinte excerto de trabalho doutrinário do Ministro Carlos Mario da Silva Velloso: “no Direito Constitucional clássico, anotam os autores, a regra é a indelegabilidade, como corolário, aliás, da doutrina da separação de poderes teorizada por Montesquieu. Locke, no *Segundo Tratado de Governo Civil*, deixa expresso que nenhum poder pode delegar atribuições, porque o poder é exercido por delegação do soberano, e quem age por delegação não pode delegar o que não lhe pertence, o que se enuncia na máxima latina: *delegata potestas delegari non potest*”. (Delegação legislativa — A legislação por associações, *Revista de Direito Público* 90:179, 1989, p. 180).

14 Nessa linha, CF/88, ADCT: “Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todo os dispositivos legais que atribuem ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I — ação normativa”.

sem estar submetido a controle¹⁵. O tema da delegação legislativa merece uma nota adicional.

9. O direito brasileiro conhece, e o ponto é tradicional, a figura do **poder regulamentar**. Trata-se de competência atribuída ao Chefe do Poder Executivo para expedir atos normativos administrativos destinados a explicitar e detalhar o modo e a forma de execução de lei¹⁶ ou, eventualmente, de dispositivo autoaplicável da Constituição¹⁷. Em qualquer caso, porém, o regulamento, por definição, é ato normativo subordinado, por força da separação de Poderes e do princípio da legalidade. Não pode inovar na ordem jurídica, modificando situação preexistente, já que, como regra geral, somente a Constituição e a lei serão vias legítimas para a criação de obrigações para os particulares¹⁸.

15 Nuno Piçarra, *A separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional — Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, 1989, p. 26: “Na sua dimensão orgânico-funcional, o princípio da separação dos Poderes deve continuar a ser encarado como princípio de moderação, racionalização e limitação do poder político-estadual no interesse da liberdade. Tal constitui seguramente o seu núcleo intangível”.

16 CF, art. 84: “Compete privativamente ao Presidente da República: (...) IV — sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”.

17 Admitindo-se ser possível que a Constituição condicione diretamente a atividade administrativa, sem intervenção de lei, é natural que um regulamento possa ser editado para ordenar e uniformizar a aplicação do mandamento constitucional.

18 Nesse sentido, que expressa o ponto de vista da quase totalidade da doutrina, v. por todos, Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 2003, p. 94: “Portanto, a função do ato administrativo só poderá ser a de agregar à lei nível de concreção; nunca lhe assistirá instaurar originariamente qualquer cerceio a direitos de terceiros”; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 2002, p. 68: “Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, depende de lei”; e M. Seabra Fagundes, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 1984, pp. 3-5: “[Regulamentos] não acarretam, não podem acarretar qualquer modificação à ordem jurídica vigorante”. Vejam-se, ainda, Carlos Mário da Silva Velloso, *Delegação legislativa — A legislação por associações*, *Revista de Direito Público* 90:179; Celso Ribeiro Bastos, *Curso de direito constitucional*, 1990, p. 337; Michel Temer, *Elementos de direito constitucional*, 1999, p. 159-69; Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda 1/69*, 2ª ed., p. 314.

10. Embora a enunciação do conceito não apresente maiores dificuldades, não é incomum que, no espaço de conformação atribuído pela lei ao administrador, misturem-se e confundam-se criação e aplicação do direito, sendo difícil isolar conceitualmente os dois domínios em cada caso. Muitas vezes, a fronteira que separa o exercício ordinário do poder regulamentar da chamada *delegação legislativa* pode ser bastante tênue, reforçando a importância de se dar ao tema o devido tratamento teórico.

11. A expressão delegação legislativa é empregada, em geral, para descrever hipóteses nas quais o legislador fixa determinados parâmetros — mais ou menos gerais — e autoriza o Executivo a disciplinar de forma mais detalhada determinado tema. Embora o ato expedido com fundamento na delegação legislativa seja inferior à lei e a ela vinculado¹⁹, o espaço de criação outorgado ao Executivo pode ser substancialmente mais amplo aqui do que no exercício tradicional do poder regulamentar. Diversos sistemas constitucionais do mundo, tais como os dos EUA, Inglaterra, França, Itália e Alemanha, passaram a adotar mecanismos de delegação legislativa, seja mediante previsão expressa na Constituição — *e.g.*, os *decreti-leggi*, na Itália, e as *ordonnances*, na França —, seja em decorrência de construção jurisprudencial, como no caso dos EUA²⁰.

12. Também no Brasil a delegação legislativa tem sido admitida, mas entende-se que, além de subordinada à legislação, que sem-

19 Sobre esse ponto específico, v. Clémerson Merlin Clève, *A atividade legislativa do Poder Executivo*, 2000, p. 134. Embora não trate da questão nesses termos, Alexandre de Moraes considera que a evolução do entendimento liberal sobre a separação dos Poderes e sobre o conceito de lei, e a necessidade de descentralização administrativa tornaram plenamente aceitável a possibilidade de delegação legislativa. O autor também ressalta que o disposto no art. 49, V, que confere ao Congresso Nacional poderes para sustar os atos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar, deve ser aplicado para controlar os atos normativos das agências reguladoras (Agências reguladoras, *Revista dos Tribunais* 791:8, 2001).

20 Sobre o tema, vejam-se Richard J. Pierce, Jr., Sidney A. Shapiro e Paul R. Verkuil, *Administrative law and process*, 1999; e Jerry L. Mashaw e Richard A. Merrill, *Administrative Law: the American public law system*, 1985. Em língua portuguesa, confira-se a análise do fenômeno em Carlos Mário da Silva Velloso, Delegação legislativa — A legislação por associações, *Revista de Direito Público* 92:150, 1989, p. 152 e ss..

pre terá preferência²¹, a delegação deve vir acompanhada de parâmetros capazes de nortear a ação administrativa e, ao mesmo tempo, sujeitá-la a alguma espécie de controle posterior²². Sobretudo quando a delegação envolva a possibilidade de o Executivo restringir direitos, seus parâmetros devem ser especialmente claros e definidos, e isso por duas razões. Em *primeiro lugar*, para que o eventual atingido pela norma possa identificar — ou ao menos prever razoavelmente — a restrição a seu direito²³. E, em *segundo lugar*, porque a vagueza

21 Como aponta Anna Cândida da Cunha Ferraz, a competência regulamentar constitui um “poder administrativo concretizador do exercício de uma função normativa subordinada, qualquer que seja seu objeto” (Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Conflito entre Poderes — O poder congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo*, 1994, p. 69). V., também, Gustavo Binbenbojm, *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, 2006, p. 169; e STF, DJ10.out.2003, ADI-AgR 2489/MA, Rel. Min. Carlos Velloso: “O regulamento não está, de regra, sujeito ao controle de constitucionalidade. É que, se o ato regulamentar vai além do conteúdo da lei, ou nega algo que a lei concedera, pratica ilegalidade. A questão, em tal hipótese, comporta-se no contencioso de direito comum. Não cabimento da ação direta de inconstitucionalidade”.

22 É também nessa linha, aliás, o direito norte-americano, para o qual a delegação legislativa poderá ser legítima uma vez que o órgão legislativo fixe parâmetros, *standards* adequados e capazes de pautar e limitar a atuação normativa do órgão delegado. V. Carlos Mário da Silva Velloso, Delegação legislativa — A legislação por associações, *Revista de Direito Público* 92:150, 1989, p. 152: “(...) o primeiro é que a delegação legítima é aquela que pode, a qualquer momento, ser retirada daquele que recebeu a delegação. Se isto não fosse possível, o Congresso teria simplesmente abdicado dos seus poderes legislativos, o que seria inconstitucional, porque a Constituição estabelece a doutrina da separação dos poderes e confere ao Congresso todos os poderes legislativos. O segundo critério é aquele que diz respeito à fixação de standards, ou de padrões que limitam a ação do delegado. A qualquer momento, então, a Corte Suprema pode ser chamada a verificar da constitucionalidade da delegação, assim do regulamento, porque poderá verificar se este obedeceu aos standards ou padrões fixados pelo Legislativo. (...) O terceiro critério utilizado pela Corte Suprema, para aferir da legitimidade da delegação legislativa, é o da razoabilidade desta.” (negrito no original). A Suprema Corte, de fato, já coibiu aquilo que considerou “delegações excessivas” de poder normativo. V., como um exemplo, o caso citado em Nowak, Rotunda e Young, *Constitutional law*, 1986, p. 144, referente ao *National Industrial Recovery Act*, de 1933, o qual, entre outras medidas, autorizava o Presidente a proibir o transporte de produtos do petróleo obtidos com violação da lei: “*In Panama Refining Co. v. Ryan, the Supreme Court held that the Act was an excessive delegation of the legislative power to the executive because it did not set any standards for when the president should exercise his discretionary power to prohibit shipment of these products*”.

23 Trata-se do *princípio da clareza e determinação das normas restritivas de direitos*. V. Gilmar

da norma poderia levar a autoridade que vai aplicá-la a encontrar espaço para, ao lado das restrições legítimas, impor outras, ilegítimas²⁴.

13. O tema já tem sido examinado pelo Supremo Tribunal Federal. Com efeito, a Corte considerou válida delegação, ainda na vigência da Carta anterior, por entender (i) que as circunstâncias da realidade justificavam a delegação e (ii) que os parâmetros previstos em lei, que deveriam balizar a atuação do Executivo, não eram arbitrários, nem constituíam um “cheque em branco”²⁵. Em outra ocasião

Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 1998, p. 35-6: “*Princípio da clareza e determinação das normas restritivas* [de direitos fundamentais]. O princípio da segurança jurídica, elemento fundamental do Estado de Direito, exige que as normas restritivas sejam dotadas de clareza e precisão, permitindo que o eventual atingido possa identificar a nova situação jurídica e as consequências que dela decorrem. Portanto, clareza e determinação significam cognoscibilidade dos propósitos do legislador”; J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2002, p. 248; e Jorge Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2003, p. 769 e ss.: “A determinabilidade das restrições — incluindo, como diz, entre nós, Gomes Canotilho, a exigência de clareza das normas legais e a exigência de densidade suficiente na regulamentação legal — é, em primeiro lugar, um factor de garantia da protecção da confiança e da segurança jurídica, uma vez que o cidadão só pode conformar autonomamente os próprios planos de vida se souber com o que pode contar, qual a margem de acção que lhe está garantida o que pode legitimamente esperar das eventuais intervenções do Estado na sua esfera pessoal”.

24 A Suprema Corte norte-americana tem uma tradicional jurisprudência pela qual se consideram inválidas as normas restritivas de direitos que sejam vagas, gerais e que não definam claramente a conduta que pretendem impor ou proibir. V. Steven L. Emanuel, *Constitutional Law*, 2001, p. 459: “*Vagueness: A statute will be held void for vagueness if the conduct forbidden by is so **unclearly defined** that persons ‘of common intelligence must necessarily **guess at its meaning** and differ as to its application.’* *Connally v. General Construction Co.*, 269 U.S. 385 (1926). (...) *The proscription against vagueness stems from the Due Process Clauses requirement that people be given **fair notice** of what conduct is prohibited.* (...) *The other main function of the vagueness doctrine is to **curb the discretion** afforded to law enforcement officers or administrative officials”* (negrito no original).

Sobre o mesmo tema, v. Jorge Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2003, p. 771: “Com efeito, uma restrição de enunciado vago ou não precisamente determinado abre a possibilidade de intervenções restritivas que vão eventualmente para além do que é estritamente exigido pela salvaguarda de outros bens dignos de protecção”.

25 STF, *DJU* 4.abr.2003, RE 290079-6/SC, Rel. Min. Ilmar Galvão. A Corte considerou válida delegação, levada a cabo na vigência da Carta de 67/69 acerca do salário-educação (que, à

o STF declarou inválida delegação legislativa exatamente porque ela não vinha acompanhada de qualquer parâmetro. Confira-se trecho desse último acórdão:

O legislador local, como se vê, instituiu e nomeou uma vantagem remuneratória, delegando, porém, ao Executivo — livre de quaisquer parâmetros legais —, a definição de todos os demais aspectos de sua disciplina — a qual, acrescente-se, se revelou extremamente complexa —, incluídos aspectos essenciais como o valor de cada ponto, as pontuações mínima e máxima e a quantidade de pontos atribuíveis a cada atividade e função. Essa delegação sem parâmetro, contudo, penso eu, é incompatível com o princípio da reserva de lei formal a que está submetida a concessão de aumentos aos servidores públicos (CF, art. 61, § 1º, II, a).²⁶

14. O mesmo tema foi examinado indiretamente na ADIn nº 1668²⁷, na qual se considerou inválido dispositivo da Lei da ANATEL (Lei nº 9.472/97) que conferia à agência poderes normativos para dispor sobre o procedimento licitatório simplificado de outorga do serviço de telefonia²⁸. Na hipótese, destacou-se que a delegação (i) não foi acompanhada de parâmetros (mesmo porque o art. 210 da Lei nº 9.472/97 excluiu expressamente a aplicação das Leis nºs 8.666/93, 8.987/95 e 9.074/95 às concessões, permissões e autorizações dos serviços de telecomunicações e uso de radiofrequência²⁹); e (ii) foi feita ao próprio órgão que procederia às licitações em concreto.

época, não tinha natureza tributária). Vale conferir trecho do voto do Ministro relator: “Portanto, a atribuição de competência ao Poder Executivo para fixar e alterar a alíquota do salário-educação, em razão da flutuação do custo atuarial do ensino fundamental, não era arbitrária, ilimitada, verdadeiro cheque em branco, como se alega, mas sujeita a condições (critério previsto em lei) e limites (custo atuarial do ensino fundamental) também previstos em lei”.

26 STF, *DJU* 14.dez.2001, RE 264289/CE, Min. Sepúlveda Pertence.

27 STF, *DJU* 23.out.1997, ADI 1668/DF, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello.

28 STF, *DJU* 23.out.1997, ADI 1668/DF, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello.

29 Ademais, as outras disposições sobre o tema “licitações” contidas na própria Lei da ANATEL também eram objeto de impugnação por inconstitucionalidade na mesma ocasião.

15. A necessidade de que a delegação legislativa seja acompanhada de parâmetros decorre de algumas razões bastante simples. Em *primeiro lugar*, o legislador não está autorizado a transferir incondicionalmente os poderes-deveres que lhe foram atribuídos pela Constituição, esvaziando o princípio da legalidade e desequilibrando o sistema de divisão de Poderes instituído pelo constituinte³⁰. Em *segundo lugar*, a delegação é excepcional e os parâmetros devem operar como o antídoto possível à concentração de poderes no Executivo, já que viabilizam algum controle sobre a atividade³¹. Por fim, veja-se que a Constituição de 1988 proibiu delegações incondicionadas mesmo na hipótese de lei delegada, disciplinada pelo art. 68 da Carta³². Tendo em conta a unidade da Constituição e o dever de coerência imposto ao intérprete³³, não faria sentido admitir delegações irres-

30 Também nesse sentido, Gustavo Binenbojm, *Uma teoria do direito administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, 2006, p. 272-284.

31 Não se está de acordo, portanto, com a tese da deslegalização, admitida por alguns notáveis autores, sobretudo no âmbito do direito administrativo, tais como Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do direito administrativo*, 2001, p. 166, e Alexandre Aragão, *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, 2002, p. 422-3.

32 CF/88, art. 68: “As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. § 1º — Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: I — organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; II — nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; III — planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos. § 2º — **A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.** § 3º — Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda” (negrito acrescentado).

33 A existência de tal dever chega a ser intuitiva, qualificando-se como pressuposto de racionalidade da ordem jurídica. Nessa mesma linha, a questão já foi objeto de referência expressa pelo Supremo Tribunal Federal. V. STF, *DJU* 9.jun.1995, RE 160486/SP, Rel. Min. Celso de Mello: “Os postulados que informam a teoria do ordenamento jurídico e que lhe dão o necessário substrato doutrinário assentam-se na premissa fundamental de que o sistema de direito positivo, além de caracterizar uma unidade institucional, constitui um complexo de normas que devem manter entre si um vínculo de essencial coerência”. O tema, inserido no âmbito da chamada teoria da argumentação, tem merecido diversos estudos aprofundados, de que são

tritas, sobretudo para agentes administrativos que, ao contrário do Chefe do Poder Executivo, não contam com legitimidade democrática direta, já que não são eleitos³⁴.

16. Em suma, é possível concluir que as delegações legislativas, respeitada a preferência da lei, têm sido consideradas compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro, exigindo-se, contudo: (i) que sejam expressas, uma vez que excepcionam a regra geral decorrente do princípio da legalidade, não sendo possível presumir ou inferir a exceção; (ii) que sejam necessárias em função da realidade a ser regulada, não se reconhecendo ao legislador a faculdade de se demitir de suas atribuições caprichosamente³⁵; e (iii) que venham

exemplos: Aleksander Peczenik, *On law and reason*, 1989; Neil McCormick, Coherence in legal justification. In: Aleksander Peczenik, Lars Lindahl e Bert C. van Roermund (eds.), *Theory of legal science. Proceedings of the conference on legal theory and philosophy of science*, 1984, p. 235-51; e Robert Alexy e Aleksander Peczenik, The concept of coherence and its significance for discursive rationality, *Ratio Juris* 3:130-47, 1990. No Brasil, v. Humberto Ávila, *Sistema constitucional tributário*, 2004, p. 27 e ss., e a dissertação de mestrado de Marina Gaensly, *O princípio da coerência. Reflexões de teoria geral do direito contemporânea*, 2005 (mimeo).

34 Na mesma linha, rejeitando a possibilidade de delegação legislativa sem parâmetros — que identifica simplesmente como delegação legislativa —, sem prejuízo de admitir as hipóteses de reserva legal relativa, nas quais o legislador pode atribuir ao Poder Executivo a tarefa de desenvolver conceitos relativamente indeterminados e complementar a disciplina legal, v. Clèmerson Merlin Clève, Proscrição da propaganda comercial do tabaco nos meios de comunicação de massa, regime constitucional da liberdade de conformação legislativa e limites da atividade normativa de restrição a direitos fundamentais, *Revista Forense* 382: 209, 2005, p. 237: “No Brasil, portanto, mesmo depois do advento da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, que admitiu um sensível elasticamento do poder normativo do Chefe do Executivo, o regulamento, como ato de eficácia externa, goza de uma função acessória, secundária, apresentando-se, sempre, como medida destinada a facilitar a execução da lei que o precede (princípio da precedência) e, mais, que o vincula (princípio da preeminência). Não há, aqui, lugar para o regulamento autônomo, para a partilha de matérias entre a lei e o regulamento (como ocorre, *v.g.*, na França), sequer calhando, exceto a eventualidade da lei delegada, possibilidade de lícita delegação de poder normativo do legislador para a Administração. Não há fundamento, portanto, para os regulamentos delegados (encontráveis em outras ordens jurídicas). A delegação legislativa, em território brasileiro, haverá de atender necessariamente ao especificado no art. 68 da Constituição, sendo certo que qualquer outra iniciativa configura delegação indébita, vedada, inconstitucional, ainda que velada, informal, ou sutil”.

35 Esse elemento — necessidade da delegação — foi destacado pelo STF no julgamento do RE

acompanhadas de parâmetros capazes de balizar o exercício de competência atípica por parte do Poder Executivo. Quando a delegação envolver a possibilidade de o Executivo restringir direitos, esses parâmetros devem ser especialmente claros e definidos.

II.2. Direito de privacidade

17. O direito à intimidade e à vida privada é protegido pelo art. 5º, X, da Constituição de 1988³⁶. A inviolabilidade do domicílio e dos dados pessoais, de que cuidam os incisos XI e XII do mesmo artigo³⁷, desenvolvem, de certo modo, essa mesma proteção. Essa a dicção do dispositivo constitucional:

Art. 5º (...)

X — são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

nº 290079-6/SC, no qual se discutia a validade de norma que atribuiu ao Poder Executivo a possibilidade de modificar a alíquota do salário educação. Um dos argumentos utilizados pelo STF foi a necessidade da delegação tendo em conta as circunstâncias da realidade a ser regulada; no caso, a variabilidade dos custos atuariais no tempo, insuscetível de apreensão pelo legislador. O Ministro Ilmar Galvão destacou o ponto nos seguintes termos: “Na verdade, como facilmente se percebe, não foi sem motivo que o Decreto-Lei nº 1.422/75 deixou de instituir, diretamente, a alíquota do salário-educação: considerou as dificuldades para a mensuração das despesas educacionais com o ensino primário e sua variabilidade, fatores esses incompatíveis com o caráter estático da disciplina legal (...)”.

36 Mônica Neves Aguiar da Silva Castro, *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*, 2002, p. 67: “Identificados como inatos, no sentido de que não é necessária a prática de ato de aquisição, posto que inerentes ao homem, bastando o nascimento com vida para que passem a existir, os direitos da personalidade vêm sendo reconhecidos igualmente aos nascituros.”

37 CF/88, art. 5º: “(...) 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; XII — é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”.

18. De forma simples, os direitos à intimidade e à vida privada protegem as pessoas na sua individualidade e resguardam o direito de estar só³⁸. A intimidade e a vida privada são esferas diversas³⁹ compreendidas em um conceito mais amplo: o de ***direito de privacidade***. Dele decorre o reconhecimento da existência, na vida das pessoas, de espaços que devem ser preservados da curiosidade alheia, por envolverem o modo de ser de cada um, as suas particularidades. Aí estão incluídos os fatos ordinários, ocorridos geralmente no âmbito do domicílio ou em locais reservados, como hábitos, atitudes, comentários, escolhas pessoais e financeiras, vida familiar e profissional, relações afetivas. Como regra geral, não haverá interesse público em ter acesso a esse tipo de informação.

19. A Constituição, é verdade, não apresenta uma lista dos fatos ou dados que integram esse espaço próprio da privacidade. Nada obstante, entende-se tradicionalmente no direito brasileiro que as informações acerca do patrimônio de um indivíduo, de sua renda e de suas movimentações bancárias são protegidas pelo direito de privacidade. Com efeito, doutrina⁴⁰ e jurisprudência⁴¹ relacionam o sigi-

38 O artigo *The right to privacy*, de Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, publicado na *Harvard Law Review* em 1890, marca o início da construção dogmática desses direitos.

39 A intimidade corresponde a um círculo mais restrito de fatos relacionados exclusivamente ao indivíduo, ao passo que a vida privada identifica um espaço mais amplo de suas relações sociais. A proteção de uma e outra, portanto, varia de intensidade. Sobre o tema, v. Edilson Pereira de Farias, *Colisão de direitos — a honra, a intimidade e a imagem versus a liberdade de expressão e de informação*, 2000, p. 140 e ss. e Antonio Fayos Gardó, *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, p. 25 e ss..

40 Miguel Reale, Os direitos da pessoa e o sigilo bancário, In: *Questões de direito privado*, 1997, p. 61: “Na realidade, uma conta bancária, qualquer que seja a sua modalidade, constitui uma projeção de personalidade do correntista que a constitui, valendo-se do serviço prestado pela instituição financeira. A sua assunção como titular do depósito ou da aplicação diz bem do vínculo pessoal de domínio que surge como resultado de um ato de vontade. Em se tratando, aliás, de um investimento, este traduz uma opção de livre iniciativa, outro valor pessoal que a Constituição vigente assegura em nada menos de dois Artigos (o 1º e o de nº 170) sendo declarado um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito”; e Arnoldo Wald, O sigilo bancário no projeto de lei complementar de reforma do sistema financeiro e na Lei Complementar nº 70, *Revista Ajuris* 56:14 e ss: “Garantidos os direitos da personalidade pelas Constitui-

lo bancário — fenômeno praticamente universal⁴² e especialmente antigo⁴³ — a uma proteção ao direito individual do cliente de não divulgar seus dados financeiros, em resguardo de sua privacidade. E a legislação dispõe sobre o dever das instituições públicas e privadas de preservarem o sigilo dessa espécie de dado, a que tenham acesso por razões funcionais, além de regularem as hipóteses admitidas de “quebra” desse sigilo⁴⁴. A informação acerca da remuneração do indi-

ções, o aspecto personalístico do sigilo bancário tem sido reconhecido em todos os países e constitui um dos seus principais fundamentos legais. Assim, na excelente e exaustiva monografia que Maurice Aubert, Jean Philippe Kernen e Herbert Schonle dedicaram ao sigilo bancário, esclarecem que o mesmo, ‘entendido em sentido amplo e independentemente de toda vinculação contratual, tem sua fonte no direito de cada um à proteção de sua personalidade. (...)’. No mesmo sentido, manifesta-se a doutrina francesa quando afirma que: ‘No plano jurídico e moral, o segredo dos negócios encontra seus fundamentos na necessidade de garantir o respeito da intimidade da pessoa humana e uma das armas mais condenáveis da concorrência desleal constitui em violar o segredo da vida privada dos homens de negócio.’ .

41 V. STF, *DJ* 19.out.2001, MS nº 21.729/DF, Rel. Min. Marco Aurélio: “Em última análise, tenho que o sigilo bancário está sob a proteção do disposto nos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal”. E STJ, *DJ* 28.mar.1994, REsp nº 37.566/RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo: “O sigilo bancário do contribuinte não pode ser quebrado com base em procedimento administrativo-fiscal, por implicar indevida intromissão na privacidade do cidadão, garantia esta expressamente amparada pela Constituição Federal (art. 5º, inciso X)”.

42 Confirmam-se sobre o ponto: Misabel Abreu Machado Derzi, *O sigilo bancário e a administração tributária*, in *Grandes questões do direito tributário*, 2001, p. 285 e ss.; Álvaro Mello Filho, *Dimensões jurídicas do sigilo bancário*, Revista Forense nº 287, p. 466 e ss.: “É tal a relevância do sigilo para a estabilidade e progresso das relações sociais, que ele é adotado e prescrito no Direito universal”. Sobre aspectos de direito comparado, vejam-se na doutrina brasileira especialmente os trabalhos de Sérgio Covelio, *As normas de sigilo como proteção da intimidade*, 1999; Álvaro Mello Filho, *Dimensões jurídicas do sigilo bancário*, Revista Forense nº 287, pp. 466 e ss.; Miguel Reale, *Os direitos da pessoa e o sigilo bancário*, in *Questões de Direito Privado*, 1997, p. 57 e ss.; e Arnoldo Wald, *Sigilo bancário e direitos fundamentais*, *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas* nº 22, p. 14.

43 Max Weber, *História Económica General*, 1984, p. 223 e ss.

44 Nessa linha, v. a Lei Complementar nº 105/2001, que “Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências”. É bem de ver que a constitucionalidade das hipóteses de “quebra” de sigilo previstas pela referida Lei Complementar foram objeto de impugnação em ao menos cinco ações diretas de inconstitucionalidade, todas pendentes de julgamento. São elas: ADIn 2386/DF, ADIn 2390/DF, ADIn 2397/DF e ADIn 2859/DF, relatadas pelo Min. Dias Toffoli; e ADIn 4010, relatada pela Min. Ellen Gracie.

V., também, a Lei 10.174/2001, que altera a redação do §3º do art. 11 da Lei nº 9.311, para assim dispor: “A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicável à matéria, o sigilo das informações prestadas, facultada sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente, observado o disposto no art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e alterações posteriores”. E, ainda, CP, arts. 153 e 154: “Art. 153 — Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem: Pena — detenção, de um a seis meses, ou multa. (...) § 1º-A. Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública: Pena — detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.(...) Art. 154 — Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena — detenção, de três meses a um ano, ou multa”.

Na jurisprudência, v. *e.g.*, STF, *DJ* 12.mai.2000, MS 23452/RJ, Rel. Min Celso de Mello: “A QUEBRA DO SIGILO CONSTITUI PODER INERENTE À COMPETÊNCIA INVESTIGATÓRIA DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO. — O sigilo bancário, o sigilo fiscal e o sigilo telefônico (sigilo este que incide sobre os dados/registros telefônicos e que não se identifica com a inviolabilidade das comunicações telefônicas) — ainda que representem projeções específicas do direito à intimidade, fundado no art. 5º, X, da Carta Política — não se revelam oponíveis, em nosso sistema jurídico, às Comissões Parlamentares de Inquérito, eis que o ato que lhes decreta a quebra traduz natural derivação dos poderes de investigação que foram conferidos, pela própria Constituição da República, aos órgãos de investigação parlamentar. As Comissões Parlamentares de Inquérito, no entanto, para decretarem, legitimamente, por autoridade própria, a quebra do sigilo bancário, do sigilo fiscal e/ou do sigilo telefônico, relativamente a pessoas por elas investigadas, devem demonstrar, a partir de meros indícios, a existência concreta de causa provável que legitime a medida excepcional (ruptura da esfera de intimidade de quem se acha sob investigação), justificando a necessidade de sua efetivação no procedimento de ampla investigação dos fatos determinados que deram causa à instauração do inquérito parlamentar, sem prejuízo de ulterior controle jurisdicional dos atos em referência (CF, art. 5º, XXXV). (...) A QUESTÃO DA DIVULGAÇÃO DOS DADOS RESERVADOS E O DEVER DE PRESERVAÇÃO DOS REGISTROS SIGILOSOS. — A Comissão Parlamentar de Inquérito, embora disponha, *ex propria auctoritate*, de competência para ter acesso a dados reservados, não pode, agindo arbitrariamente, conferir indevida publicidade a registros sobre os quais incide a cláusula de reserva derivada do sigilo bancário, do sigilo fiscal e do sigilo telefônico. Com a transmissão das informações pertinentes aos dados reservados, transmite-se à Comissão Parlamentar de Inquérito — enquanto depositária desses elementos informativos —, a nota de confidencialidade relativa aos registros sigilosos. Constitui conduta altamente censurável — com todas as consequências jurídicas (inclusive aquelas de ordem penal) que dela possam resultar — a transgressão, por qualquer membro de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, do dever jurídico de respeitar e de preservar o sigilo concernente aos dados a ela transmitidos. Havendo justa causa — e achando-se configurada a necessidade de revelar os dados sigilosos,

vídúo é, por evidente, informação sobre a sua renda e patrimônio, de modo que é tranqüilo afirmar que ela integra, igualmente, seu espaço de privacidade, constitucionalmente protegido⁴⁵.

20. Isso não significa que o direito à privacidade, e em particular o direito ao sigilo acerca da remuneração, possa ser encarado como um direito absoluto⁴⁶. Na realidade, há relativo consenso no sentido de que os direitos em geral não são absolutos⁴⁷. E no campo do direito de privacidade, a doutrina e a jurisprudência costumam identificar um elemento decisivo na determinação da intensidade de sua proteção, como, *e.g.*, o *grau de exposição pública* da pessoa, em razão de seu cargo ou atividade, e a circunstância de o indivíduo ser titular de algum mandato público. A privacidade de indivíduos de vida pública — políticos, atletas, artistas — sujeita-se a parâmetro de aferição menos rígido do que os de vida estritamente privada. Isso decorre, naturalmente, da necessidade de auto-exposição, de promoção pessoal ou do interesse público na transparência de determina-

seja no relatório final dos trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito (como razão justificadora da adoção de medidas a serem implementadas pelo Poder Público), seja para efeito das comunicações destinadas ao Ministério Público ou a outros órgãos do Poder Público, para os fins a que se refere o art. 58, § 3º, da Constituição, seja, ainda, por razões imperiosas ditadas pelo interesse social — a divulgação do segredo, precisamente porque legitimada pelos fins que a motivaram, não configurará situação de ilicitude, muito embora traduza providência revestida de absoluto grau de excepcionalidade”.

45 STF, *DJ* 05.out.2007, RE 461366/DF, Rel. Min. Marco Aurélio: “Sigilo de dados — Atuação fiscalizadora do Banco Central — afastamento — inviabilidade. A atuação fiscalizadora do Banco Central do Brasil não encerra a possibilidade de, no campo administrativo, alcançar dados bancários de correntistas, afastando o sigilo previsto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal”.

46 STF, *DJ* 28.set.2007, AIAGR 655298/SP, Rel. Min. Eros Grau: “O sigilo bancário, espécie de direito à privacidade protegido pela Constituição de 1988, não é absoluto, pois deve ceder diante dos interesses público, social e da Justiça. Assim, deve ceder também na forma e com observância de procedimento legal e com respeito ao princípio da razoabilidade. Precedentes”. Na mesma linha, *DJ* 10.set.1999, RE 219.780/PE, Rel. Min. Carlos Velloso.

47 STF, *DJU* 12 mai. 2000, MS 23452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello: “Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto.”

das condutas. No caso das pessoas públicas, portanto, o âmbito do que se deve interditar à curiosidade do público é menor⁴⁸.

21. Seja como for, e em qualquer hipótese, também não se haverá de admitir livre restrição à garantia constitucional de privacidade, sob pena de ela já não ter qualquer serventia. Com efeito, muito embora se entenda que a restrição a um direito fundamental seja possível, ela deverá justificar-se com fundamento em outras normas constitucionais⁴⁹. A lógica dessa afirmação é simples e decorre da compreensão conjunta dos princípios da supremacia⁵⁰ e da unidade⁵¹ da Constituição: apenas outro elemento constitucional pode restringir um direito de estatura constitucional. Mas mesmo um elemento constitucional também não poderia, é claro, autorizar o total esvaziamento de outro⁵². E, por isso, eventual restrição a um direito fundamental

48 V. Pedro Frederico Caldas, *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*, 1997, p. 99 e ss.; e Miguel Angel Alegre Martínez, *El derecho a la propia imagen*, 1997, p. 120 e ss.

49 Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, Tomo IV, 2000, p. 338: “a) Nenhuma restrição [a direitos] pode deixar de se fundar na Constituição; pode deixar de fundar-se em preceitos ou princípios constitucionais; pode deixar de se destinar à salvaguarda de direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (...)”.

50 V. Luís Roberto Barroso, Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: *Temas de direito constitucional*, t. II, p. 32: “O Direito, como se sabe, é um sistema de normas harmonicamente articuladas. Uma situação não pode ser regida simultaneamente por duas disposições legais que se contraponham. Para solucionar essas hipóteses de conflito de leis, o ordenamento jurídico se serve de três critérios tradicionais: o da *hierarquia* — pelo qual a lei superior prevalece sobre a inferior —, o *cronológico* — onde a lei posterior prevalece sobre a anterior — e o da *especialização* — em que a lei específica prevalece sobre a lei geral. Estes critérios, todavia, não são adequados ou plenamente satisfatórios quando a colisão se dá entre normas constitucionais, especialmente entre princípios constitucionais, categoria na qual devem ser situados os conflitos entre direitos fundamentais.”; e Edilson Pereira de Farias, *Colisão de direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e de informação*, p. 120: “Sucede que não há hierarquia entre os direitos fundamentais. Estes, quando se encontram em oposição entre si, não se resolve a colisão suprimindo um em favor do outro. Ambos os direitos protegem a dignidade da pessoa humana e merecem ser preservados o máximo possível na solução da colisão.”

51 Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2004, p. 196 e ss..

52 Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, In: Luís Roberto Barroso (org.), *A*

deve, ademais, atender aos requisitos da proporcionalidade⁵³, que servirá de filtro para investigar a legitimidade da medida⁵⁴.

22. Nesse contexto, o tema específico do direito ao sigilo acerca da remuneração pessoal tem sido objeto de interessante discussão envolvendo agentes públicos. Atos normativos de vários entes da Fe-

nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas, 2006. p. 345: “De alguma forma, cada um desses elementos deverá ser considerado na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que na solução final, tal qual em um quadro bem pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, ainda que uma ou algumas delas venham a se destacar sobre as demais”.

53 A idéia de razoabilidade remonta ao sistema jurídico anglo-saxão, tendo especial destaque no direito norte-americano, como desdobramento do conceito de devido processo legal substantivo. O princípio foi desenvolvido, como próprio do sistema do *common law*, através de precedentes sucessivos, sem maior preocupação com uma formulação doutrinária sistemática. Já a noção de proporcionalidade vem associada ao sistema jurídico alemão, cujas raízes romano-germânicas conduziram a um desenvolvimento dogmático mais analítico e ordenado. De parte isto, deve-se registrar que o princípio, nos Estados Unidos, foi antes de tudo um instrumento de direito constitucional, funcionando como um critério de aferição da constitucionalidade de determinadas leis. Já na Alemanha, o conceito evoluiu a partir do direito administrativo, como mecanismo de controle dos atos do Executivo. Sem embargo da origem e do desenvolvimento diversos, um e outro abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Por essa razão, razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis. Este é o ponto de vista que tenho sustentado desde a 1ª. edição de meu *Interpretação e aplicação da Constituição*, que é de 1995. No sentido do texto, v. por todos Fábio Corrêa Souza de Oliveira, *Por uma teoria dos princípios. O princípio constitucional da razoabilidade*, 2003, p. 81 ss. É certo, no entanto, que a linguagem é uma convenção. E se nada impede que se atribuam significados diversos à mesma palavra, com muito mais razão será possível fazê-lo em relação a vocábulos distintos. Basta, para tanto, qualificar previamente a acepção com que se está empregando um determinado termo. É o que faz, por exemplo, Humberto Ávila (*Teoria dos princípios*, 2003), que explicita conceitos diversos para proporcionalidade e razoabilidade. Ainda na mesma temática, Luís Virgílio Afonso da Silva (O proporcional e o razoável, *Revista dos Tribunais* 798:23, 2002) investe grande energia procurando demonstrar que os termos não são sinônimos e critica severamente a jurisprudência do STF na matéria.

54 Se o instrumento escolhido pela lei não é apto a atingir o fim perseguido (*adequação*); ou se a medida não é necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (*necessidade/vedação do excesso*); ou, por fim, se o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (*proporcionalidade em sentido estrito*), o Judiciário poderá intervir para invalidar a decisão tomada pelos demais Poderes.

deração têm determinado, nos últimos anos, a divulgação da remuneração de seus servidores. A restrição à privacidade aqui está diretamente relacionada a outras disposições constitucionais que decorrem do princípio republicano e que tratam da publicidade dos atos do poder público, e em particular dos gastos públicos, necessária para viabilizar o controle social por parte da população. Até porque, não custa lembrar, a sociedade custeia de forma compulsória a estrutura estatal por meio do pagamento de tributos e tem o direito de controlar a adequada aplicação dos recursos.

23. A questão envolvendo os servidores públicos, porém, permanece controvertida. Há decisões variadas do Tribunal Superior do Trabalho, ora condenando empresas paraestatais a indenizar seus funcionários por danos morais, por conta da divulgação na Internet de suas remunerações, ora deixando de condená-las⁵⁵. A questão foi também examinada, de certo modo, pelo Superior Tribunal de Justiça

55 Os casos envolvendo a divulgação de listagem nominal, contendo a remuneração específica de cada empregado, pela Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina (APPA) configuraram exemplo do que se acaba de afirmar. Em razão dessa conduta, os seguintes acórdãos do TST, *e.g.*, condenaram a empresa a indenizar empregados: *DEJT* 11.nov.2009, AIRR 3706/2007-322-09-40, Rel. Min. Fernando Eizo Ono; e *DEJT* 19.fev.2010, RR 371340-44.2007.5.09.022, Rel. Mauricio Godinho Delgado: “A divulgação, pela empresa, de lista nominal, contendo a remuneração específica de cada empregado implica difusão abusiva de dados pessoais dos trabalhadores, violando o direito à intimidade, porquanto extrapola a determinação contida no art. 39, § 6º, da CF, que admite, tão-somente, a publicação dos valores destinados aos cargos e empregos públicos sem individualização dos titulares”. Por outro lado, isentaram a empresa de qualquer responsabilidade, *e.g.*: TST, *DEJT* 12.jun.2009, RR 3534/2007-022-09-00, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira; *DEJT* 16.out.2009, RR 3668/2007-022-09-00, Rel. Min. Barros Levenhagen; *DEJT* 13.out.2009, RR 2211/2008-411-09-00, Rel.^a Min.^a Maria Cristina Iri-goyen Peduzzi: “Não existe nas regras de regência entre servidor público e administração cláusula de confidencialidade sobre os valores remuneratórios, ao contrário, a regra é, e deve ser, de total transparência, em abono, também, ao princípio da moralidade”; e *DEJT* 12.mar.2010, RR 352800-08.2008.5.09.0411, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga: “No caso, o Reclamante não tinha garantido juridicamente o sigilo de sua remuneração bruta. Ao contrário, enquanto empregado de Autarquia Estadual, nos termos do art. 33, § 6º, da Constituição do Estado do Paraná, estava expressamente sujeito à divulgação de seus ganhos pessoais, que exige a publicação anual dos valores dos subsídios e da remuneração dos cargos e empregos públicos. Logo, a divulgação feita pela Autarquia Estadual, em ato decorrente de obrigação que lhe foi imposta pela lei, não configura lesividade e, portanto, não induz dano moral”.

em decisão proferida em 2002. Aquela Corte entendeu que a remuneração dos servidores públicos consta de lei, de modo que todos os interessados podem ter acesso a tal informação, mas que a remuneração individual de cada servidor está protegida por sigilo por conta do direito à privacidade, de modo que a Administração não pode conceder certidão nominal dos ganhos de cada servidor⁵⁶.

24. Mais recentemente, disputa envolvendo a publicação na Internet da remuneração de servidores do Município de São Paulo chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio de suspensão de segurança, decidida por seu Presidente, o Ministro Gilmar Mendes. O Ministro acabou por suspender a execução de liminares que haviam obstado as iniciativas municipais no âmbito da Justiça de São Paulo, destacando, no entanto, a delicadeza da divulgação de dados individuais para a proteção da privacidade dos servidores públicos e a necessidade de proporcionalidade na medida. Confira-se:

Contudo, a forma como a concretização do princípio da publicidade, do direito de informação e do dever de transparência será satisfeita constitui tarefa dos órgãos estatais, nos diferentes níveis federativos, que dispõem de liberdade de conformação, dentro dos limites constitucionais, sobretudo aqueles que se vinculem à divulgação de dados pessoais do cidadão em geral e de informações e dados públicos que podem estar justapostos a dados pessoais ou individualmente identificados de servidores públicos que, a depender da forma de organização e divulgação, podem atingir a sua esfera da vida privada, da intimidade, da honra, da imagem e da segurança pessoal. (...) Nesse sentido, a Administração poderá sempre buscar soluções alternativas ou intermediárias. No caso em questão, uma solução hipoteticamente viável para a finalidade almejada seria a substituição do nome do servidor por sua matrícula funcional. Novas soluções propostas à Administração são sempre viáveis para aperfeiçoar a divulgação de dados que privilegiem a transparência e busquem preservar, ao mesmo tempo, a intimidade, a honra, a vida privada, a imagem e a seguran-

56 STJ, RO em MS 14.163/MS, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 27.08.2002.

ça dos servidores (a daqueles que dele dependem). Entretanto, no presente momento, diante das considerações acima expostas, entendendo que as decisões impugnadas geram grave lesão à ordem pública, por impedir a publicidade dos gastos estatais relacionados à remuneração mensal dos servidores públicos, com violação da regular ordem administrativa e com efeitos negativos para o exercício consistente do controle oficial e social de parte dos gastos públicos.⁵⁷

25. A questão trazida pelo consulente, porém, difere essencialmente daquela relativa à divulgação da remuneração dos servidores públicos, como se verá na sequência, já que aqui se cuida de executivos de empresas privadas. Por ora, e como síntese deste tópico, basta observar que o direito de privacidade, que resguarda as informações acerca da remuneração dos indivíduos em geral, pode ser objeto de restrição, como qualquer outro direito fundamental. Essa restrição, porém, deverá ter por fundamento outra norma constitucional e se mostrar proporcional, não se admitindo, em qualquer caso, o esvaziamento completo do direito à privacidade.

II.3. Segurança individual

26. O direito à segurança vem expresso no *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe:

*Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à **segurança** e à propriedade, nos termos seguintes: (...).* (negrito acrescido)

27. O chamado direito à segurança encerra, como se sabe, ao menos duas grandes dimensões: a segurança pessoal do indivíduo e

57 STF, *DJe* 04.ago.2009, SS 39024/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes.

a segurança jurídica. A dimensão que interessa de forma mais específica a este estudo é aquela primeira: trata-se do direito — ou ao menos da pretensão — de cada pessoa de viver a salvo de ações criminosas e da violência em geral contra sua vida, sua integridade física e seu patrimônio. Não há necessidade de discorrer sobre o tema aqui. Basta o registro de que o direito à segurança individual estabelece duas espécies de relações entre o indivíduo e o Poder Público. *Em primeiro lugar*, cabe ao Estado agir de modo a garantir uma ordem pública segura, sobretudo em relação a ameaças de terceiros, de modo que as pessoas possam viver com um mínimo de tranquilidade⁵⁸. Como registra José Afonso da Silva, cabe ao Estado assegurar a convivência social harmônica de modo que “*todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem perturbação de outrem, salvo nos limites de gozo e reivindicação de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses*”⁵⁹.

28. *Em segundo lugar*, o próprio Estado pode ser o agente da violência e da insegurança. Daí porque há um conjunto de normas que visam a proteger os indivíduos de arbitrariedades e violências que podem ser cometidas pelo próprio Poder Público: várias das garantias penais previstas no art. 5º da Constituição Federal tratam desse aspecto em particular⁶⁰. Como bem resume José Afonso da Silva, a

58 Nesse sentido, segurança pública também encerra um direito social, como previsto no art. 6º da Constituição, e merece proteção policial, na forma do art. 144 da Carta. Confira-se a redação dos dispositivos referidos: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (...) Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I — polícia federal; II — polícia rodoviária federal; III — polícia ferroviária federal; IV — polícias civis; V — polícias militares e corpos de bombeiros militares”. Sobre o tema, v. José Afonso da Silva, *Comentário Contextual à Constituição*, 2005, p. 72.

59 José Afonso da Silva, *Constituição e Segurança Jurídica*. In: Cármen Lúcia Antunes Rocha (Org.), *Constituição e segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*, 2004, pp. 27-8.

60 CF/88, art. 5º: “XLV — nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas

“segurança pública protege a pessoa contra ataques criminosos de outros indivíduos privados, enquanto as garantias penais protegem as pessoas contra as arbitrariedades dos agentes públicos”⁶¹. Na mesma linha, também José Joaquim Gomes Canotilho, ao abordar o conteúdo do art. 27 da Constituição da República portuguesa, destaca a dupla dimensão do direito à segurança, sublinhando, porém, sua essencialidade, em qualquer vertente, para o desfrute dos demais direitos fundamentais⁶²:

*Além do direito à liberdade, o n.º 1 garante o **direito à segurança**, o qual significa essencialmente garantia de exercício seguro e tranquilo dos direitos, liberto de ameaças ou agressões (cfr., porém, AcTC n.º 479/94). Desde a Constituição de 1822 (art. 3.º), onde a ideia de segurança pessoal significava a <proteção que o governo deve dar a todos para poderem conservar os seus direitos pessoais>, que a segurança representa mais uma garantia de direitos do que um direito autónomo. O sentido do texto actual comporta duas dimensões: (a) dimensão negativa, estritamente associada ao direito à liberdade, traduzindo-se num direito subjetivo à segurança (direito de defesa perante agressões dos poderes públicos); (b) dimensão positiva, traduzindo-se num direito positivo à protecção através dos poderes públicos contra as agressões ou ameaças de outrem (segurança da pessoa, do domicílio, dos bens)*⁶³ (grifos no original).

aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; XLVI — a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; XLVII — não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; (...) XLIX — é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;”.

61 José Afonso da Silva, *Constituição e Segurança Jurídica*. In: Cármen Lúcia Antunes Rocha (Org.), *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*, 2004, pp. 27-8.

62 V., também, José Afonso da Silva, *Comentário Contextual à Constituição*, 2005, p. 72; e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição brasileira*, 1975, v. III, p. 80.

63 José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2007, pp. 478-9.

29. É certo que o dever do Estado de proteger a segurança individual ou, de forma mais geral, de assegurar a convivência pacífica entre os indivíduos, não envolve apenas a atividade repressiva da polícia. Um conjunto amplo de outras atividades estatais é relevante para o sistema de proteção dos indivíduos. A edição de normas, e.g., penais (mas não apenas penais) é da maior relevância para essa finalidade⁶⁴, assim como o aparelhamento das estruturas destinadas a aplicá-las (como a Polícia, o Ministério Público e o Judiciário). Em um plano muitíssimo mais concreto, também a adequada iluminação dos logradouros públicos, ao lado de outras políticas públicas, é reconhecidamente importante na prevenção à prática de determinados delitos. Com efeito, “*a segurança pública não é só repressão e não é problema apenas de polícia (...)*”⁶⁵.

30. Se o direito à segurança impõe ao Estado o dever de preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e de seu patrimônio, faria pouco sentido que o próprio ente estatal impusesse aos particulares a prática de atos que incrementem os riscos a sua própria segurança. Em outros termos: um ato do Poder Público que gere um incremento de risco à segurança individual parece claramente ilegítimo, a menos que esse mesmo ato tenha por fundamento razoável uma outra norma constitucional. O mesmo raciocínio que se desenvolveu acerca das possíveis restrições ao direito à privacidade se aplica aqui, já que a segurança individual é igualmente um direito fundamental⁶⁶.

64 Sobre o tema, v. Dieter Grimm, A função protetiva do Estado. In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (coords.), *A constitucionalização do Direito — Fundamentos teóricos e aplicações específicas*, 2006, pp. 149-165.

65 José Afonso da Silva, Constituição e Segurança Jurídica. In: Cármen Lúcia Antunes Rocha (Org.), *Constituição e segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*, 2004, pp. 27-8.

66 Para alguns autores, aliás, o direito à segurança seria o mais fundamental dos direitos. V. José Eduardo Carneira Alvim, *Ação civil pública e direito difuso à segurança pública*, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4079>; acesso em 03.mai.2010: “O direito à segurança, na verdade, é o direito guardião dos direitos fundamentais, pois sem segurança todos os demais direitos valerão muito pouco ou quase nada, e o chamado Estado de direito se

31. Pois bem. É inegável que, no contexto histórico-cultural do Brasil, a divulgação pública de dados financeiros dos indivíduos, incluindo sua remuneração, repercute negativamente sobre sua segurança individual. Está-se diante de um conjunto de informações capazes de tornar o indivíduo e sua família alvo de ações criminosas diversas, que incluem seqüestros, golpes, extorsões e outras vicissitudes brasileiras. Mesmo sem a divulgação públicas de dados precisos acerca da remuneração do indivíduo, a circunstância de sua capacidade financeira e patrimonial ter alguma notoriedade, ou de poder ser observada por conta de sinais exteriores, já representa um risco⁶⁷. Lamentavelmente, a retrospectiva dos crimes de seqüestro no Brasil (para limitar o exame a esse crime) ilustra o que se afirma. Apenas no âmbito empresarial⁶⁸, diretamente relevante para este estudo, é possível citar os casos rumorosos de Antônio Beltran Martinez (1986); Luís Salles (1989); Abílio Diniz (1989); Roberto Medina (1990); Ignácio de Loyola Damásio, filho de Vera Loyola (1998); Patrícia Abravanel, filha de Silvio Santos (2001); e Washington Olivetto (2001)⁶⁹.

transforma no estado da desordem, da insegurança e do desrespeito à ordem juridicamente constituída”.

67 O perfil dos seqüestros tem sofrido alguma alteração ao longo dos últimos anos no Brasil. Os donos de grandes fortunas passaram a contar com recursos sofisticados de proteção (seguranças armados, carros blindados, sistemas de segurança via GPS, etc.), de modo que o público alvo dessa espécie de crime foi ampliado para incluir também outras camadas da população, em especial as classes média e média alta. Sobre o tema, v. Crime emergente, *Revista Veja* 24.mar.1999, disponível em http://veja.abril.com.br/240399/p_110.html, acesso em 03.mai.2010. V., também, a posterior avaliação da *Veja* sobre essa mesma reportagem, exclusiva em sua versão eletrônica: *Em dia: seqüestros*, disponível em <http://veja.abril.com.br/em-dia/seqüestros-303122.shtml>, acesso em 03.mai.2010.

68 No meio artístico, igualmente suscetível à divulgação pública desse tipo de informação, são conhecidos também os casos do cantor Latino (1998); de Daniela de Almeida, dançarina do grupo Axé Blond (1999); de Catarina Luiza Nogueira, mãe do pagodeiro Salgadinho (1999); de Wellington de Camargo, irmão dos cantores Zezé Di Camargo e Luciano (1999); e de Pedro Buarque de Holanda, produtor de cinema casado com a atriz Mariana Ximenez (2009).

69 Há outros casos que envolvem empresários cujo patrimônio era conhecido apenas em âmbito regional. São exemplos, dentre muitos, os seqüestros dos empresários Sidnei Hahnemann, proprietário da paranaense Transportes Mann (2006); e Antônio Pascoal Bortolotto, dono do grupo matogrossense Todimo (2009).

32. A restrição à segurança pessoal do indivíduo, portanto, também deve ser considerada quando se avalia a possibilidade de divulgação pública de sua remuneração e/ou de seus dados financeiros. Como qualquer outro direito fundamental, o direito à segurança individual pode até ser objeto de restrição por parte do Estado, desde que o fundamento que justifique tal restrição — derivada, no caso, da divulgação pública de seus dados financeiros — tenha respaldo em outra norma constitucional. Em qualquer caso, porém, a medida restritiva deve-se mostrar proporcional, não se admitindo o completo esvaziamento da segurança individual.

33. Feitos os registros teóricos pertinentes, cabe agora aplicar os elementos identificados acima à hipótese trazida pelo consulente.

III. Invalidade da exigência contida no item 13.11 do Anexo 24 da Instrução nº 480/09 da CVM

III.1. Competências normativas da CVM e seus limites: incompetência para veicular a exigência

34. A CVM foi criada pela Lei nº 6.385, de 07.dez.1976, que lhe delegou competência para editar normas aplicáveis às companhias abertas sobre determinados temas. A Instrução nº 480/09, de fato, afirma estar sendo editada com fundamento nos arts. 21 e 22 da Lei nº 6.385/76. Importa examinar, então, as disposições específicas da lei, de modo a aferir se elas conferiram, ou não, competência à CVM, e dentro de que limites, para dispor sobre o tema do subitem 13.11 do Anexo 24 da Instrução nº 480/09.

35. O art. 4º da Lei nº 6.385/76 lista as finalidades que o exercício das competências atribuídas à CVM haverá de perseguir, valendo transcrever o inciso VI do dispositivo, que trata do acesso do público a informações sobre os valores mobiliários negociados e sobre as companhias que hajam emitido esses papéis:

Art. 4º O Conselho Monetário Nacional e a Comissão de Valores Mobiliários exercerão as atribuições previstas na lei para o fim de: (...) VI — assegurar o acesso do público a informações sobre os valores mobiliários negociados e as companhias que os tenham emitido;

36. Examinando os art. 21 e 22 da Lei nº 6.385/76, com fundamento nos quais a Instrução nº 480/09 foi editada, inexistente um dispositivo que trate de forma específica da competência da CVM para dispor sobre a divulgação de informações relativas à remuneração dos executivos das empresas. O art. 22, § 1º, I, prevê de forma geral que “§ 1º Compete à Comissão de Valores Mobiliários expedir normas aplicáveis às companhias abertas sobre: I — a natureza das informações que devam divulgar e a periodicidade da divulgação;”. Já outro dispositivo específico cuida de informações que devem ser prestadas por administradores em geral sobre a negociação, por eles, de valores mobiliários emitidos pela companhia. Trata-se do art. 22, § 1º, inciso V, que tem a seguinte redação:

*Art. 22. Considera-se aberta a companhia cujos valores mobiliários estejam admitidos à negociação na Bolsa ou no mercado de balcão.
§ 1º Compete à Comissão de Valores Mobiliários expedir normas aplicáveis às companhias abertas sobre: (...) V — informações que devam ser prestadas por administradores, membros do conselho fiscal, acionistas controladores e minoritários, relativas à compra ou venda de valores mobiliários emitidas pela companhia e por sociedades controladas ou controladoras;*

37. O tema particular da remuneração dos administradores das companhias, e do nível de divulgação que se haverá de dar a tal dado, foi disciplinado pela chamada Lei das S.A. — Lei nº 6.404, de 15.dez.1976, editada poucos dias depois da Lei nº 6.385/76. Quanto à remuneração propriamente dita, o art. 152 da Lei nº 6.404/76 prevê que cabe à assembléia geral fixar o montante global ou individual da remuneração dos administradores, inclusive benefícios de qualquer natureza. Ou seja: a assembléia geral pode decidir fixar a remuneração de forma global ou, eventualmente, de forma individual, quando,

então, a informação sobre a remuneração restará sendo pública⁷⁰. A decisão, de todo modo, nos termos da legislação, fica reservada à assembléia de cada companhia. Confira-se a dicção do dispositivo:

Art. 152. A assembléia-geral fixará o montante global ou individual da remuneração dos administradores, inclusive benefícios de qualquer natureza e verbas de representação, tendo em conta suas responsabilidades, o tempo dedicado às suas funções, sua competência e reputação profissional e o valor dos seus serviços no mercado.

38. O art. 157 da Lei das S.A., por seu turno, prevê que, mediante solicitação de acionistas, os administradores têm o dever de informar, *e.g.*, benefícios ou vantagens indiretas ou complementares que tenham recebido ou estejam recebendo da companhia ou de sociedades coligadas ou controladas (alínea *c*), bem como as condições do contrato de trabalho firmado pela companhia com os diretores e empregados de alto nível (alínea *d*). Os §§ 5º e 6º do mesmo art. 157 conferem à CVM (i) competência para decidir no caso de os administradores, valendo-se das ressalvas que a lei prevê, se negarem a prestar alguma das informações listadas no dispositivo; e (ii) competência normativa para dispor sobre os termos e a forma como a informação sobre a modificação das posições acionárias dos administradores na companhia deve ser apresentada⁷¹.

70 Modesto Carvalhosa e Nilton Latorraca, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, 1998, p. 209: “O diploma de 1997, na esteira moralizadora da Lei n. 6.404 de 1976, nesse particular, e a par de uma alteração semântica (‘tendo em conta’, em vez de ‘tendo em vista’), atribui à assembléia geral a competência para dispor sobre os *fringe benefits* e verbas de representação dos administradores”.

71 Lei 6.404/76, art. 157: “O administrador de companhia aberta deve declarar, ao firmar o termo de posse, o número de ações, bônus de subscrição, opções de compra de ações e debêntures conversíveis em ações, de emissão da companhia e de sociedades controladas ou do mesmo grupo, de que seja titular. § 1º O administrador de companhia aberta é obrigado a revelar à assembléia-geral ordinária, a pedido de acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social: a) o número dos valores mobiliários de emissão da companhia ou de sociedades controladas, ou do mesmo grupo, que tiver adquirido ou alienado, diretamente ou através de outras pessoas, no exercício anterior; b) as opções de compra de ações

39. Embora não haja previsão específica nesse sentido na lei, parece razoável supor que — respeitadas suas disposições, é claro — a CVM dispõe de um poder normativo geral para disciplinar os termos e a forma como as informações listadas no art. 157 da Lei nº 6.404/76 devem ser prestadas. Note-se, aliás, que boa parte dos demais subitens do item 13 do Anexo 24 da Instrução nº 480/09 trata justamente da forma como os dados ali referidos hão de ser prestados. O art. 157, porém, não inclui em sua listagem, como informação a ser prestada, o valor da remuneração individual dos administradores. Veja-se que não seria consistente supor que teria havido um lapso do legislador ou, ainda, que, por conta da delegação geral para expedir normas sobre a natureza das informações a serem divulgadas (art. 22, § 1º, D), a CVM estaria autorizada a criar o dever de divulgar o valor da maior remuneração dos executivos das companhias. Três razões conduzem a essa conclusão.

que tiver contratado ou exercido no exercício anterior; c) os benefícios ou vantagens, indiretas ou complementares, que tenha recebido ou esteja recebendo da companhia e de sociedades coligadas, controladas ou do mesmo grupo; d) as condições dos contratos de trabalho que tenham sido firmados pela companhia com os diretores e empregados de alto nível; e) quaisquer atos ou fatos relevantes nas atividades da companhia. § 2º Os esclarecimentos prestados pelo administrador poderão, a pedido de qualquer acionista, ser reduzidos a escrito, autenticados pela mesa da assembléia, e fornecidos por cópia aos solicitantes. § 3º A revelação dos atos ou fatos de que trata este artigo só poderá ser utilizada no legítimo interesse da companhia ou do acionista, respondendo os solicitantes pelos abusos que praticarem. § 4º Os administradores da companhia aberta são obrigados a comunicar imediatamente à bolsa de valores e a divulgar pela imprensa qualquer deliberação da assembléia-geral ou dos órgãos de administração da companhia, ou fato relevante ocorrido nos seus negócios, que possa influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia. § 5º Os administradores poderão recusar-se a prestar a informação (§ 1º, alínea e), ou deixar de divulgá-la (§ 4º), se entenderem que sua revelação porá em risco interesse legítimo da companhia, cabendo à Comissão de Valores Mobiliários, a pedido dos administradores, de qualquer acionista, ou por iniciativa própria, decidir sobre a prestação de informação e responsabilizar os administradores, se for o caso. § 6º Os administradores da companhia aberta deverão informar imediatamente, nos termos e na forma determinados pela Comissão de Valores Mobiliários, a esta e às bolsas de valores ou entidades do mercado de balcão organizado nas quais os valores mobiliários de emissão da companhia estejam admitidos à negociação, as modificações em suas posições acionárias na companhia”.

40. *Em primeiro lugar*, a delegação genérica contida no art. 22, § 1º, I, não transfere à CVM o poder de editar qualquer espécie de norma sobre informações a serem prestadas pelas companhias. A previsão geral da lei há de ser interpretada em conjunto com os demais dispositivos do mesmo diploma, sob pena de consagrar delegação legislativa inválida pela ausência de parâmetros que possam pautar a edição de tais normas. Como se registrou, o legislador não está autorizado a transferir incondicionalmente os poderes-deveres que lhe foram atribuídos pela Constituição, esvaziando o princípio da legalidade e desequilibrando o sistema de divisão de Poderes instituído pelo constituinte. Embora nas sociedades contemporâneas a delegação de parcela de poder normativo a entidades da Administração Pública seja muitas vezes inevitável, ela continua a apresentar caráter excepcional. E é nessa medida em que os parâmetros operam como o antídoto possível à concentração de poderes, viabilizando algum controle sobre a atividade dessas entidades que, a despeito de todas as garantias que receberam do legislador, não se equiparam, em termos de legitimidade democrática, aos agentes públicos eleitos.

41. *Em segundo lugar*, também não é coerente argumentar que teria havido um lapso do legislador, que teria “esquecido” de mencionar o dever de informar a remuneração individual dos executivos. O argumento é implausível tanto porque o próprio art. 157 trata da divulgação das vantagens indiretas e das condições do contrato de trabalho — dados que estão próximos da remuneração individual, mas com ela não se confundem, até porque preservam um caráter impessoal —, quanto porque o art. 152 faz menção expressa à remuneração dos administradores que, a juízo da assembleia geral, será fixada de forma global ou individual. Ou seja: inexistente fundamento legal para o exercício da competência normativa que a CVM pretendeu exercer ao incluir o subitem 13.11 no Anexo 24 da Instrução nº 480/09 e, mais que isso, a art. 152 da Lei nº 6.404/76 dispõe sobre a matéria, gozando de preferência sobre atos infralegais.

42. Por fim, *e em terceiro lugar*, sem ingressar no debate sobre se uma nova legislação *poderia, validamente*, conferir à CVM o poder

de obrigar as companhias a divulgarem as remunerações individuais de seus executivos, é certo que o exercício dessa eventual competência dependeria de delegação legislativa expressa, já que envolveria restrição (válida ou inválida, não é o caso de investigar neste tópico) do direito fundamental à privacidade. Como registrado acima, ao delegar à Administração Pública competência normativa para restringir direitos, o legislador deve ser expresso e veicular parâmetros especialmente claros. Não é esse o caso aqui, como se viu.

43. Em suma: embora a CVM disponha de competência normativa especialmente ampla para disciplinar a prestação de informações por parte das companhias, essa competência não é ilimitada e não inclui o poder de determinar a divulgação na Internet das remunerações individuais dos executivos das empresas — como pretende fazer o subitem 13.11 do Anexo 24 da Instrução Normativa nº 480/09 — especialmente se a assembléia geral da companhia respectiva houver decidido fixar a remuneração em tela de forma global.

III.2. Privacidade, sigilo da remuneração, segurança individual e acesso do público a informações sobre valores mobiliários e companhias que os tenham emitido: a inconstitucionalidade material da exigência.

44. A segunda questão suscitada pelo consulente supera, ainda que para fins argumentativos, a discussão sobre a competência normativa da CVM, e envolve a validade e/ou invalidade da opção feita pela CVM ao veicular o subitem 13.11 do Anexo 24 da Instrução nº 480/09, tendo em conta os bens jurídicos em tensão, a saber: a privacidade e a segurança individual dos executivos das companhias, de um lado, e, de outro, o acesso do mercado a informações sobre as companhias que emitem valores mobiliários.

45. Como se viu, a restrição a direitos fundamentais, nos quais se incluem a privacidade e a segurança, é admitida desde que haja fundamento razoável em outra norma constitucional. Não é este o

caso aqui. A hipótese que afeta o consulente é diversa daquela que envolve os servidores públicos no que diz respeito ao tipo de bem jurídico que pretende justificar a restrição à privacidade dos indivíduos. A restrição, no caso dos executivos das companhias, não se funda em qualquer elemento constitucional específico, mas em uma previsão legal geral: o art. 4º, VI, da Lei nº 6.385/76, já referido, que provê sobre a divulgação, ao público, de informações sobre valores mobiliários negociados e as companhias que os tenham emitido. Tal previsão legal visa à tutela dos interesses patrimoniais dos eventuais investidores do mercado de capitais, e não das relações entre a estrutura estatal e os cidadãos no contexto de uma República. Garantir ao investidor informação adequada é, sem dúvida, da maior importância para o mercado de valores mobiliários, mas não tem *status* constitucional.

46. Com efeito, ao comentar a listagem de informações cuja divulgação é exigida pelo art. 157 da Lei das S.A., a doutrina destaca a dupla motivação do dispositivo⁷². Primeiro, e este é seu objetivo principal, trata-se de obrigar a revelação “*de fatos negociais relevantes da mesma companhia que possam interferir na cotação, negociação e liquidez desses mesmos valores [mobiliários], no mercado de capitais*”⁷³. Segundo, e no que se refere mais especificamente ao dever dos administradores de informar negociações pessoais envolvendo valores mobiliários da companhia, e também de outras sociedades controladas ou pertencentes ao mesmo grupo (art. 157, § 1º, *a*), ob-

72 V. Modesto Carvalhosa e Nilton Latorraca, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, 1998, p. 284; e Nelson Eizirik, Ariadna B. Gaal, Flávia Parente, Marcus de Freitas Henriques, *Mercado de Capitais — Regime Jurídico*, 2008, p. 462: “O dever de informar a que se submetem os administradores de companhias abertas, previsto no artigo 157 da Lei das Sociedades Anônimas, pode ser analisado sob dois aspectos: a) o primeiro refere-se às informações que devem ser prestadas aos acionistas da sociedade, as quais se desdobram no dever de declaração no termo de posse (artigo 157, caput) e no dever de revelação à assembléia geral ordinária (artigo 157, §§ 1º e 2º); b) o segundo consiste no dever de comunicação e de divulgação de informações que possam influir no mercado de capitais de uma forma geral (artigo 157, §4º)”.

73 Modesto Carvalhosa e Nilton Latorraca, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, 1998, p. 284.

serva-se o claro propósito de evitar o chamado *insider trading* que ocorre “*quando alguém se vale de informação privilegiada, ainda não disponibilizada ao público, para realizar operações com valores mobiliários em benefício próprio ou de terceiros, trazendo prejuízo aos demais investidores e afetando a credibilidade do mercado*”⁷⁴. A própria CVM, ao divulgar o conteúdo da Instrução nº 480/09, destaca que o objetivo da divulgação de informações em geral sobre a remuneração dos administradores é propiciar maior clareza para o investidor acerca do custo da administração para a própria companhia e acerca da política de incentivos adotada pela empresa em relação a seus executivos⁷⁵.

47. Ocorre que, como se viu, a divulgação ao público da remuneração recebida por um indivíduo vulnera seu direito à intimidade e à privacidade, garantido pela Constituição. E também põe em risco sua segurança pessoal, igualmente assegurada pela Carta, já que, como se viu, a divulgação de sua situação financeira e patrimonial pode tornar o indivíduo e sua família alvos de ações criminosas diversas. No caso em tela, porém, inexistente fundamento de *status* constitucional que justifique essa espécie de restrição a direitos fundamentais. Há aqui apenas o interesse geral, previsto em lei, de proporcionar ao público investidor informações sobre valores mobiliários negociados e sobre as companhias que os tenham emitido.

48. É possível que dados sobre a política de remuneração dos administradores de uma companhia possam ser relevantes para as

74 Julio Ramalho Dubeux, *A comissão de valores mobiliários e os principais instrumentos regulatórios do mercado de capitais brasileiro*, 2006, p. 47.

75 CVM, Edital de Audiência Pública nº 7/08, versão prazo 30.mar.2009, p. 20: “Compreender a remuneração dos administradores é importante por, pelo menos, dois motivos. Primeiro, é necessário identificar com clareza o custo da administração para o emissor. Em outras palavras, interessa para o emissor e para o investidor saber quanto dinheiro é gasto, abrangendo todas as suas diversas formas, para que as atividades do emissor sejam geridas. A estrutura e política de remuneração também evidenciam o regime de incentivos a que estão sujeitos os administradores. É por meio da remuneração que o emissor incentiva os seus administradores a privilegiarem ações de curto, médio ou longo prazo e a perseguirem metas estabelecidas pela organização”.

avaliações e decisões levadas a cabo pelos investidores, mas esse interesse não autoriza a violação do direito à intimidade e à segurança dos indivíduos. A conclusão que se apura, portanto, é simples. A previsão que exige a publicidade da remuneração individual de determinadas pessoas para o fim de incrementar o nível de informação disponível para o público investidor não é válida, pois essa espécie de finalidade, por relevante que seja, não autoriza restrição dessa intensidade aos direitos fundamentais à privacidade e à segurança.

49. Uma última nota, sob a perspectiva do princípio da proporcionalidade. Como já se tornou corrente, o princípio se decompõe em três elementos e busca verificar, em relação aos atos estatais em geral: (i) a adequação entre meio e fim, isto é: a relação lógica que deve haver entre os motivos do ato, os meios por ele empregados e os fins que pretende realizar; (ii) a necessidade-exigibilidade da medida e, em particular, se não haveria meio menos gravoso para realizar os fins visados; e (iii) a proporcionalidade em sentido estrito, que vem ser a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, à luz do sistema constitucional⁷⁶.

50. A rigor técnico, não seria o caso de sequer aplicar aqui os testes do princípio da proporcionalidade, já que, como se viu, a restrição a um direito fundamental deve, preliminarmente, fundar-se de algum modo em outra previsão constitucional, o que não ocorre no caso. A avaliação acerca da proporcionalidade da medida restritiva é um juízo posterior que pressupõe, no caso de direitos fundamentais, que o fundamento da restrição seja outro direito fundamental ou um fim público de *status* constitucional. Seja como for, e ainda que se procedesse a tal exame, parece certo que o subitem 13.11 aqui em discussão não resistiria ao requisito da necessidade-exigibilidade,

76 Note-se que os dois primeiros elementos do princípio estão expressamente previstos na legislação brasileira que regula o processo administrativo. De acordo com o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784/99: “Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”.

também conhecido como “vedação do excesso” ou ainda “princípio da menor ingerência possível”, por força do qual se exige que os meios utilizados pelo Estado para atingir os fins por ele visados devem ser os menos onerosos para o cidadão⁷⁷.

51. O fim visado pela CVM ao pretender exigir a divulgação da remuneração individual dos administradores, como se viu, é garantir o acesso do mercado a informações sobre o custo que a administração tem para as companhias, suas políticas remuneratórias e de incentivos⁷⁸. Isso porque, na visão da autarquia, tais dados podem ser relevantes para o nível de informação dos investidores acerca dos valores mobiliários e das companhias que os emitem.

52. Ora, a legislação e a própria regulamentação da CVM, incluindo os demais subitens do item 13 da Instrução nº 480/09, já proporcionam ao público investidor uma substancial quantidade de informação acerca da remuneração dos administradores: quanto a companhia⁷⁹ gasta, ou planeja gastar, com essa rubrica (art. 157, § 1º, *c* ou subitens 13.2 a 13.4, e 13.13 a 13.15), qual sua política remuneratória direta e indireta (art. 157, § 1º, *c* ou subitem 13.1), a quantidade de valores mobiliários detidos pelos administradores, ou passíveis de futura apropriação (art. 157, § 1º, *a* ou subitens 13.5 a 13.8), as condições dos contratos de trabalho que tenham sido firmados pela companhia com os diretores e empregados de alto nível, inclusive no que se refere a planos de previdência (art. 157, § 1º, *d* e subitens 13.10 e 13.12).

77 Sobre o tema, v. Raquel Denize Stumm, *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*, 1995; Suzana de Toledo Barros, *O princípio de proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 1996; Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade*, 1990, p. 38 e ss.; Paulo Armínio Tavares Buechele, *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição*, 1999; e Luís Roberto Barroso, *Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro*, In: *Temas de direito constitucional*, 2001, p. 153 e ss..

78 CVM, Edital de Audiência Pública nº 7/08, versão prazo 30.mar.2009. V. nota 36.

79 E também eventuais controladas e controladoras.

53. Pergunta-se: os dados acima já não seriam suficientes para proporcionar informação ao mercado investidor? A informação sobre a remuneração individual dos executivos — cujo sigilo é protegido pelo direito à privacidade, e coloca em risco sua segurança pessoal — seria assim tão vital e imprescindível que, sem ela, os investidores não teriam condições de fazer suas avaliações? A resposta parece certamente negativa. E, se é assim, ainda que a finalidade legal de proporcionar informação ao mercado pudesse justificar uma vulneração dos direitos à privacidade e à segurança individual (o que, já se viu, não se admite), a obrigatoriedade de divulgar a remuneração individual dos executivos das companhias, no caso, seria inválida porque desproporcional, já que desnecessária para os fins legais.

54. Os demais dados já divulgados acerca da remuneração dos administradores das companhias fornecem ao mercado investidor ampla quantidade de informação, com fundamento na qual ele poderá proceder às avaliações que considerar próprias. A exigência de que se torne pública, além de todos esses dados, também a remuneração individualmente recebida por executivos seria evidentemente excessiva para os fins pretendidos pelo ato estatal e, portanto, inválida.

IV. Conclusão

55. Ao final do estudo empreendido, é possível compendiar as principais ideias desenvolvidas nas proposições objetivas que se seguem:

A) A CVM não dispõe de competência normativa para veicular a exigência contida no item 13.11 do Anexo 24 da Instrução nº 480, de 07.dez.2009. Inexiste delegação legislativa expressa que autorize o exercício de semelhante competência e, mais que isso, a art. 152 da Lei nº 6.404/76 dispõe sobre a matéria, gozando de preferência sobre atos infralegais.

B) O sigilo acerca da remuneração individual é protegido pelos direitos fundamentais à privacidade e à segurança individual, que

só poderiam ser restringidos com fundamento em outra norma constitucional. O fim legislativo de prover o mercado investidor com informação sobre as companhias que emitem valores mobiliários não tem guarida constitucional e, por isso, não autoriza a violação ou restrição desses direitos;

C) Ainda que o fim legislativo em questão pudesse restringir os direitos à privacidade e à segurança individual, a restrição no caso seria inválida porque desproporcional, já que excessiva. A legislação e a própria regulamentação da CVM, incluindo os demais subitens do item 13 da Instrução nº 480/09, já proporcionam ao público investidor uma substancial quantidade de informação acerca da remuneração dos administradores, capazes de alimentar as avaliações de mercado que se considerem próprias.

É como me parece.

Rio de Janeiro, 1º de junho de 2010

Luís Roberto Barroso