



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
MESTRADO EM DIREITO**

ERMIRO FERREIRA NETO

**Espaços públicos no Direito Privado: privacidade e divulgação de
remuneração no mercado de capitais**

Salvador
2014

ERMIRO FERREIRA NETO

Espaços públicos no Direito Privado: privacidade e divulgação de remuneração no mercado de capitais

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação
Stricto Sensu – Mestrado em Direito como requisito parcial para
obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Roxana Cardoso Brasileiro Borges

Salvador
2014

FICHA CATALOGRÁFICA

ERMIRO FERREIRA NETO

Espaços públicos no Direito Privado: privacidade e divulgação de remuneração no mercado de capitais

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Profa. Dra. Roxana Cardoso Brasileiro Borges – Orientadora
Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)

Profa. Dra. Mônica Neves Aguiar da Silva
Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)

Prof. Dr.

Salvador, de de 2014

*Ao meu avô Ermiro,
porque vida é experiência;
E à minha sobrinha, Maria Alice,
porque vida, paradoxalmente,
também é um eterno refazer.*

AGRADECIMENTOS

Com o perdão do clichê, um trabalho acadêmico não é uma atividade solitária; desde o início, com a escolha do tema, passando pela fase de pesquisa e levantamento de fontes, até o momento de preparação do texto, esta dissertação somente fora possível em função da assistência de uma série de pessoas e instituições.

Uma vez mais, e sempre, devo agradecer à minha família, na pessoa de minha mãe, Mailza, e de meus irmãos, Euler e Mayara, pelo amor e compreensão diante dos últimos meses de ausência. Também assim, a Leão e Tia Fátima, pelo suporte e apoio incondicionais.

Todas as virtudes deste trabalho devem ser creditadas à minha orientadora, Profa. Roxana Borges, que ao longo de todo o seu desenvolvimento e particularmente na convivência amistosa de duas disciplinas por ela ministradas, ofereceu-me rico material bibliográfico – e, mais que respostas, dúvidas para que eu pudesse seguir questionando e pesquisando. Foi também na virtuosa convivência acadêmica do PPGD/UFBA, com professores, colegas e funcionários, que tornou-se possível elaborar as principais diretrizes da pesquisa, pelo que registro o agradecimento especial nas pessoas do Prof. Rodolfo Pamplona, Prof. Saulo Casali, Prof. Ricardo Maurício, Maurício Requião, Urbano Félix, Leandro Aragão, Técio Gomes, e ainda a Jovino e Luísa, estes dois últimos verdadeiros poços de tranquilidade e conhecimento com relação aos trâmites acadêmicos da nossa Universidade.

A todos os funcionários da biblioteca da FDUFBA, biblioteca da Faculdade Baiana de Direito e, no Rio de Janeiro, da biblioteca da Comissão de Valores Mobiliários e da biblioteca da Faculdade de Direito da UERJ, sem os quais o acesso ao material de pesquisa seria seguramente mais difícil e demorado.

Não foram poucos os alertas a respeito da dificuldade de levar a efeito uma pesquisa acadêmica, mantendo-se outras atividades profissionais em paralelo. Tais obstáculos somente foram vencidos em função da absoluta cooperação dos Professores Fernando Leal e Ana Carolina Mascarenhas, coordenadores acadêmicos da Faculdade Baiana de Direito; e de minhas queridas sócias Geisy e Lara, brilhantes advogadas, companheiras na trincheira da advocacia, em nome de quem estendo o agradecimento a toda a equipe de advogados, estagiários e funcionários de nosso escritório.

Porque ninguém deve buscar conhecer, senão para dividir conhecimento, devo agradecer ainda a todos os alunos com quem tive e tenho a oportunidade de dividir a sala de aula: é somente na convivência respeitosa e no diálogo aberto, e não através da hierarquia e da autoridade, que o Direito é capaz de se desenvolver.

E, por fim, às pedras no caminho. Ao contrário da frase, não guardei nenhuma.

“Fiz a escalada da montanha da vida removendo pedras e plantando flores”

Cora Coralina

RESUMO

A doutrina reconhece, no âmbito dos mercados de capitais, a existência do princípio da transparência (*full disclosure*). Tal princípio desdobra-se em regras que impõem a divulgação do máximo de informações possível, com relação à Companhia e seus dirigentes, como modo de garantir a boa regulação dos mercados. Tal divulgação, potencialmente, viola o direito à privacidade dos dirigentes, particularmente com relação às informações relacionadas a remuneração auferida. O trabalho procura demonstrar que as exigências editadas, no Brasil, pela Comissão de Valores Mobiliários, com relação a divulgação da remuneração dos dirigentes de Companhias abertas mostram-se compatíveis com a ordem jurídica brasileira. Defende-se a existência de interesse público imanente ao bom funcionamento dos mercados econômicos, bem assim no que toca ao direito de informação do consumidor. Nestes dois casos, a divulgação da remuneração pode ser conectada à própria noção de função social da empresa, de modo a encontrar amparo constitucional (artigo 170, Constituição Federal). O interesse público, na espécie, permitiria a flexibilização da privacidade de dirigentes de Companhias abertas, de modo semelhante ao quanto já admitido no âmbito da Administração pública (Lei federal n. 12.527/2011) – o que permite explorar, também neste trabalho, os novos contornos da distinção entre direito público e direito privado.

Palavras-chave: direito empresarial; mercado de capitais; privacidade; divulgação de remuneração

ABSTRACT

The doctrine recognizes, within the capital markets, the full disclosure principle. This principle unfolds into rules that require the disclosure of much information as possible with respect to the Company and its directors, as a way to ensure regulation of markets. Such disclosure, potentially, violates the privacy rights of officers, particularly with respect to information relating to remuneration. This paper demonstrates that the requirements published in Brazil by the Securities and Exchange Commission, with respect to disclosure of executive remuneration, are compatible with the Brazilian legal system. It defends the existence of public interest inherent to the functioning of economic markets, as well as in relation to the right of consumer information. In both cases, the disclosure of remuneration may be connected to the notion of social function of the company in order to find constitutional protection (Article 170, Constitution). The public interest in the species, would allow a more flexible privacy leaders held companies in a similar way as the already accepted within the public administration (Federal Law No. 12,527 / 2011.) - Which allows you to explore, in this work, new contours of the distinction between public law and private law.

Keywords: business law; capital markets; privacy; disclosure of remuneration

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 AINDA A DICOTOMIA ENTRE DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO	16
2.1 DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO: REMINISCÊNCIAS HISTÓRICAS	16
2.2 CRÍTICA À DICOTOMIA ENTRE DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO NO ÂMBITO DA TEORIA GERAL DO DIREITO	20
2.3 UMA ZONA DE CONVERGÊNCIA: A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES PRIVADAS EM FUNÇÃO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	23
2.3.1 Constitucionalização do Direito Privado	25
2.3.2 Eficácia horizontal de direitos fundamentais	28
2.3.2.1 Eficácia horizontal de direitos fundamentais e autonomia privada: modo de incidência da eficácia horizontal	30
2.3.2.1.1 Teoria da eficácia mediata	31
2.3.2.1.2 Teoria da eficácia imediata	33
2.3.2.1.3 Teoria dos deveres de proteção	35
2.3.2.2 Limites à eficácia horizontal	35

2.4 CONCLUSÃO PARCIAL: LIMITES ENTRE DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO	36
3 DIREITOS DA PERSONALIDADE E PRIVACIDADE: EVOLUÇÃO, CONTEÚDO E LIMITES NA RELAÇÃO ENTRE DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO	38
3.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE: EVOLUÇÃO	38
3.1.1 Paradigma liberal dos direitos da personalidade	38
3.1.2 Paradigma solidarista dos direitos da personalidade	42
3.1.2.1 Direitos da personalidade e dignidade humana	45
3.1.2.2 Cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade	48
3.1.2.3 Características dos direitos da personalidade	50
3.1.2.4 Direitos da personalidade e direitos fundamentais	51
3.1.3 Paradigma do exercício positivo dos direitos da personalidade	53
3.2 PRIVACIDADE: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E ESTADO DA ARTE	55
3.2.1 Privacidade e individualismo	59
3.2.2 Privacidade e controle de informações	62
3.3 TUTELA DA PRIVACIDADE, DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO	68
3.4 REGIME BRASILEIRO DE TUTELA DA PRIVACIDADE	70
3.5 LIMITES À PRIVACIDADE	73

4 TRANSPARÊNCIA E PUBLICIDADE NO DIREITO PRIVADO: A PRIVACIDADE NO MERCADO DE CAPITAIS	78
4.1 TRANSPARÊNCIA DE INFORMAÇÕES NO DIREITO PRIVADO	78
4.2 MERCADO DE CAPITAIS: DEFINIÇÕES NECESSÁRIAS	82
4.3 MERCADO DE CAPITAIS E FINANCIAMENTO DA ATIVIDADE ECONÔMICA	84
4.4 FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA, GOVERNANÇA CORPORATIVA E TRANSPARÊNCIA NO MERCADO DE CAPITAIS	86
4.5 DIREITO À INFORMAÇÃO E O CONSUMIDOR-INVESTIDOR	94
4.6 TRANSPARÊNCIA DO MERCADO DE CAPITAIS SOB O ÂNGULO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	98
4.7 REGRAS DE TRANSPARÊNCIA NO MERCADO DE CAPITAIS BRASILEIRO	101
5 DIVULGAÇÃO DE REMUNERAÇÃO E PRIVACIDADE NO ÂMBITO DO MERCADO DE CAPITAIS	108
5.1 PANORAMA EUROPEU	110
5.2 PANORAMA NORTE-AMERICANO	115
5.3 PANORAMA BRASILEIRO	116
5.4 PRIVACIDADE, INFORMAÇÕES PATRIMONIAIS E INFORMAÇÕES EXISTENCIAIS	118
5.5 DIVULGAÇÃO DE REMUNERAÇÃO NO DIREITO PÚBLICO	122

5.6 UM ESTUDO DE CASO: “O CASO IBEF”	129
6 CONCLUSÃO	137
REFERÊNCIAS	141
ANEXO	151

1 INTRODUÇÃO

O ângulo utilizado pela doutrina jurídica, para observação das Companhias abertas, tradicionalmente, tem sido a *perspectiva objetiva*, de análise das atividades da empresa e de sua regulação. Neste trabalho, busca-se viés distinto: pretendeu-se lançar um olhar sobre os *sujeitos* vinculados às Companhias (dirigentes, diretores e integrantes de Conselhos), bem como sobre os possíveis conflitos entre a transparência exigida do mercado e prerrogativas ligadas à privacidade de tais indivíduos.

O tema tem sido objeto de relevante controvérsia, bem demonstrada nas audiências públicas que antecederam a edição da Instrução Normativa n. 480/2009, por parte da Comissão de Valores Mobiliários, nas quais se discutiu, fundamentalmente, os limites do acesso a informações pessoais referentes a agentes do mercado de capitais, em face do direito à privacidade de cada um deles. Dentre outras exigências, a referida norma determina a divulgação da remuneração de diretores e integrantes de Conselhos de Companhias abertas – a bem da verdade, o *maior valor* pago, o *menor valor* e a *média* de vencimentos, sem identificação nominal, além das políticas salariais implementadas pelas Companhias.

Certo de que, no âmbito do mercado de capitais, a transparência de informações exerce papel fundamental na regulação econômica (como bem demonstra a tipificação penal do *uso indevido de informações* - artigo 27-D, Lei n. 6.404/76), buscou-se, na pesquisa, investigar parâmetros para definir se, e em que medida, pode o princípio da transparência (*fair and full disclosure*) limitar o direito à privacidade de dirigentes de Companhias abertas. Nesse contexto, é sabido que o âmbito de proteção dos direitos da personalidade pode ser mitigado quando em confronto, de maneira geral, com o interesse público e com outros direitos fundamentais. É, pois, absolutamente relevante investigar se as particularidades do mercado acionário permitem tal mitigação. Tal circunstância evidencia nítido conteúdo prático, seja para balizar decisões judiciais sobre o tema ou sua regulamentação normativa.

As particularidades aludidas anteriormente devem ser bem postas: embora desenvolvam atividades privadas, as Companhias, particularmente aquelas cujos papéis são negociados em mercado aberto, atraem inegável interesse público; canalizam a poupança popular para a formação de seu próprio capital social, tornando-se importantes pólos de relações jurídicas que unem não somente acionistas e empresa, como também funcionários, potenciais investidores e a economia de maneira geral.

Assim posto o problema, eis hipótese testada: à questão em torno do grau de privacidade dos dirigentes das Companhias não pode ser aplicada a clássica dicotomia que opõe o direito público ao direito privado, de modo a impor um grau máximo de privacidade aos dirigentes de tais empresas. Tendo este pano de fundo, e ainda as críticas formuladas pela bibliografia especializada à dicotomia direito público-direito privado, buscou-se investigar se existiriam, por assim dizer, *zonas de convergência* nas fronteiras entre estas duas grandes áreas do Direito, a justificar um discurso de transparência de informações no campo privatista, a exemplo do que impõe o princípio da publicidade à Administração Pública (artigo 37, *caput*, Constituição Federal).

A abordagem do problema tendo em conta a hipótese acima exigiu que se fizesse, no capítulo 02, o levantamento das razões históricas que fundamentaram a *summa divisio* entre direito público e direito privado, bem assim das justificativas que tem legitimado o reiterado discurso de crise da referida dicotomia.

No capítulo 03, busca-se expor de que modo a mencionada divisão (e sua crise) determinam a própria evolução da tutela dos direitos da privacidade. Particularmente com relação a este último ponto, o cenário traçado permite avançar para traçar os (novos) contornos dogmáticos específicos deste direito, e particularmente naquilo que toca com os seus limites em situações de interesse público.

O capítulo 04 trata do mercado de capitais e da importância do princípio da transparência para a sua regulação, seja como modo de implementar a função social da empresa, seja como forma de garantir direitos do consumidor-investidor, seja ainda, por fim, por razões relacionadas à teoria da agência – bem delineada pela análise econômica do Direito.

O capítulo 05 expõe as principais regras de transparência de informações no âmbito da regulação brasileira do mercado de capitais; especificamente sobre a divulgação de remuneração, foram levantadas informações sobre o tratamento da matéria dentro da Comunidade Européia e no mercado norte-americano, para fins de comparação com o regime nacional. No mesmo capítulo, propõe-se o estudo do “caso IBEF”, principal ação judicial em curso a respeito do tema, cujo objetivo, no contexto da pesquisa feita, é verificar de que modo o argumento fundado na dicotomia direito público-direito privado é utilizado pelas partes envolvidas e compreendido pelo Poder Judiciário.

No capítulo 06 são apresentadas as principais conclusões do trabalho.

2 AINDA A DICOTOMIA ENTRE DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO

O presente capítulo tem por objetivo identificar os fundamentos históricos da divisão que separa, formalmente, o direito público do direito privado. Após, passa-se à investigação da persistência desta separação no atual contexto histórico, e, mais importante, do fator que distinguiria estes dois regimes jurídicos um do outro. Levantou-se, na bibliografia existente, marcos teóricos que apontam para uma aproximação dos dois segmentos – dentre os quais os movimentos que propõem o que se intitulou de *constitucionalização do direito privado* e de *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*.

2.1 DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO: REMINISCÊNCIAS HISTÓRICAS

Intitulada por Bobbio como a grande dicotomia do Direito¹, a separação entre direito público e direito privado tem sido, historicamente, reconhecida como fundamental para a distinção entre estes dois regimes jurídicos. Sem embargo disso, Marcos de Campos Ludwig afirma que a divisão entre direito público e direito privado é fenômeno exclusivo dos países integrantes da família romano-germânica, estranho às ordens jurídicas de outras raízes². Embora uma conclusão de tal ordem, de modo mais restritivo, possa ser compreendida no sentido da diferenciação dogmática entre esses dois setores, não parece possível alargá-la para daí se entender que não haveria, a exemplo do que ocorre na *Common Law*, distinções entre os regimes jurídicos que regulam as relações com o Estado e entre particulares.

Nesse sentido, René David afirma que em toda a parte do mundo romano-germânico encontra-se “a mesma grande divisão básica de direito público e direito privado”³. É certo que esta mesma divisão não se encontra nos países da *Common Law*: o sistema de precedentes permitiu a evolução sistemática do Direito, segundo o autor, “nos quadros que eram imposto pelo processo”⁴, e não a partir de discussões teóricas realizadas em Universidades, como foi próprio do *Civil Law*. Tal

¹ BOBBIO, Norberto. **A grande dicotomia: público / privado**. In: Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política. 4. Ed, Rio de Janeiro: Paz e Terra, p. 13-14.

² *apud* LUDWIG, Marcos de Campos. **Direito público e direito privado: a superação da dicotomia**. In: MARTINS-COSTA, Judith. (org.). A reconstrução do direito privado. 1ªed. São Paulo: RT, 2002, p. 87.

³ DAVID, René. **Os grandes sistema do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 85.

⁴ DAVID, René. *op. cit.* p. 385.

circunstância, no entanto, não permite concluir que não existe uma distinção entre direito público e direito privado – não nos mesmos termos teóricos da família romano-germânico, mas, em grau mais genérico, naquilo que delimita um maior espaço de atuação dos particulares ou um maior grau de intervenção estatal nas relações jurídicas.

De todo modo, a diferenciação, na praxe forense, entre estes dois setores é inegável, “enquanto expressam categorias sociológicas com repercussões fortíssimas no mundo jurídico, uma vez que, a partir dessas mesmas categorias, se sistematizou uma divisão respeitante ao direito objetivo”⁵. E sendo fruto de uma concepção específica da Ciência do Direito e, neste viés, uma concepção histórico-cultural, a distinção público-privado veio manifestar-se claramente através da técnica normativa adotada pelos países da família romano-germânica, a partir da Revolução Francesa, para moldar seus ordenamentos jurídicos⁶.

Sob o ângulo do direito público, foram acomodadas as regras que regiam a organização do Estado, a prestação dos serviços públicos, competências entre os entes estatais, bem assim os direitos e procedimentos políticos. O regime jurídico de direito público, basicamente, deveria regulamentar como o Estado deveria funcionar, para o que seria mandatário a observância da lei. Sob estes termos, a atuação do Estado, por meio de certas prerrogativas e até mesmo privilégios, justificar-se-ia em face da garantia do interesse público. E, como forma de limitar os seus instrumentos de atuação, o mesmo regime deveria submeter-se à legalidade estrita – de modo que fosse possível aos agentes públicos somente fazer o que a lei permitisse expressamente.

O direito privado, por sua vez, foi construído sob premissas distintas. Profundamente marcado por uma concepção jurídica liberal-burguesa, a principal diretriz do regime jurídico de direito privado parte do pressuposto de que os particulares detêm ampla capacidade de auto-regular seus interesses, nos limites do que a lei não proibir. A autonomia da vontade é, assim, fonte de normas jurídicas, por meio das quais os particulares poderiam compor seus negócios e ajustes, sempre à luz daquilo que não fosse expressamente proibido pela legislação.

⁵ LUDWIG, Marcos de Campos. *op. cit.* p. 89.

⁶ LUDWIG, Marcos de Campos. *op. cit.* p. 96.

O prestígio conferido à autonomia da vontade na definição do regime de direito privado pode ser compreendido como uma decorrência natural dos influxos históricos que o inspiraram. O direito privado visto por este prisma encontra paralelo no individualismo que marcou as primeiras codificações e acabou refletindo até mesmo legislações civis do início do século XX, a exemplo do próprio Código Civil brasileiro, de 1916.

Nesse sentido, Gustavo Tepedino lembra que “afirmava-se, significativamente – e afirma-se ainda hoje nos cursos jurídicos -, que o Código Civil Brasileiro, como os outros códigos de sua época, era a Constituição do direito privado”. Como prova da separação metodológica mantida entre os dois setores, afirma que o Código “de fato, cuidava-se da garantia legal mais elevada quando à disciplina das relações patrimoniais, resguardando-as contra a ingerência do Poder Público ou de particulares que dificultassem a circulação de riquezas”; por outro lado, “o direito público [...] não interferiria na esfera privada, assumindo o Código Civil, portanto, o papel de estatuto único e monopolizador das relações privadas”.

Sobre tal vinculação histórica, Eugênio Facchini Neto, por sua vez, destaca que o direito privado ocupou lugar de prevalência sobre o direito público por ocasião da constituição do Estado liberal-burguês. Neste contexto, segundo o autor, o individualismo é visto como valor a ser prestigiado, como reação ao período estamental que caracterizou a era medieval, em que o valor do indivíduo estava ligado não às suas características e méritos pessoais, mas ao estamento social no qual se encontrava integrado.⁷

Ainda sobre o ponto, para René David a evolução do direito público e do direito privado permite concluir que, em sua origem, “a atenção dos juristas se concentrou inteiramente sobre o direito privado: se ocupar do direito público parecia ao mesmo tempo perigoso e inútil”⁸. E prossegue o autor: “Em Roma não existiu nem direito constitucional, nem direito administrativo; o direito penal se desenvolveu somente na medida em que visava, em geral, regular as relações entre particulares (autor da

⁷ FACCHINI NETO, Eugênio. **Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado**. In: SARLET, Ingo (org). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

⁸ DAVID, René. *op. cit.* p. 85

infração e sua vítima, ou suas famílias) e porque não estava, por consequência, plenamente no domínio do direito público”.⁹

Diante da circunstância exposta pela doutrina, uma tal visão a respeito do direito privado aponta para um afastamento do Poder Público das relações privadas. E tal premissa, com efeito, afastava do âmbito privado qualquer tipo de preocupação a respeito de garantias mínimas para uma existência digna. Em outras palavras: não se cogitava, então, de eventuais ligações entre essas duas fontes, porquanto tratavam de esferas materialmente opostas: o campo de organização e limitação do Estado; e, de outro lado, o campo de regulação da sociedade civil¹⁰.

Vê-se, de logo, que o princípio da legalidade assumira feição distinta no âmbito do direito privado, uma vez que aqui, a sua incidência é residual, sendo a regra a auto-composição das relações pelos próprios particulares. Neste campo, não se haveria de cogitar de interesse público, mas apenas dos interesses particulares objeto de regulação no âmbito destas relações jurídicas.

Ainda que se defenda que a distinção assumia apenas caráter pedagógico, didático, sem portanto qualquer fundamento científico, a referida dicotomia assumiu posição de relevo entre a doutrina. Não sem críticas, entretanto. A principal delas, com efeito, reside no fato de que o ordenamento deve ser objeto de interpretação sistemática e, uma vez provindo todo ele do mesmo texto constitucional, os regimes de direito público e de direito privado teriam muito mais pontos de contato, do que distinções relevantes a ponto de separá-los de modo estanque.

A crítica tomou corpo a partir dos movimentos de constitucionalização e de concessão de força normativa aos textos constitucionais. A unificação do ordenamento em torno dos direitos fundamentais e da promoção da dignidade humana conduziu a interpretações que colocavam a pessoa no centro de tutela de toda a ordem jurídica, tanto nas relações do particular com o Estado, quanto nas relações entre particulares.

⁹ DAVID, René. *op. cit.* p. 86

¹⁰ LUDWIG, Marcos de Campos. *op. cit.* p. 96.

2.2 CRÍTICA À DICOTOMIA ENTRE DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO NO ÂMBITO DA TEORIA GERAL DO DIREITO

Embora tradicionalmente celebrada ou aceita sem maiores questionamentos, a rígida separação que opõe os regimes de direito público e de direito privado tem sido objeto de críticas e que, quando não demonstram a incoerência da dicotomia, apontam para as profundas influências ideológicas que este dogma aparente carrega em si.

Sobre o ponto, Michel Miaille expõe o que, para ele, a doutrina tradicional oculta: as classificações que ligam os diversos ramos da Ciência do Direito (Direito Constitucional, Civil, Empresarial, Administrativo, etc) a um dos dois principais troncos (que seriam o Direito Público e o Direito Privado) somente podem ser compreendidas no contexto histórico em que foram desenvolvidas, conectando-se muito mais a questões econômicas do que a razões decorrentes do próprio método jurídico-científico.

Para o referido autor:

A distinção-oposição entre direito público e direito privado não é, pois, natural, não é lógica em si, traduz uma certa racionalidade, a do Estado burguês. Assim, podem ser postas em funcionamento a ideologia e as instituições deste Estado como instância autónoma na formação social. A classificação não é estritamente e vagamente histórica: está ligada à história de uma sociedade que conheceu gradualmente a dominação do modo de produção capitalista. Fica-se, assim, com a ideia de como é grave que tudo isto seja silenciado pelo professor de introdução ao direito¹¹.

Com efeito, vista sob o ângulo proposto por Miaille, a separação somente se justificaria na medida em que se propusesse a afastar a ingerência do Estado no âmbito de relações jurídicas que não fossem por ele titularizadas. Deste modo, uma vez que estivessem presentes apenas interesses individuais particulares, ao Estado não seria cabível qualquer nível de intervenção no âmbito de tais relações.

Muito embora não se afirme isto de modo expreso, o pensamento de Miaille sugere que, um tal raciocínio adota como premissa inafastável a *impossibilidade de intervenção do Estado em relações particulares*, ainda que para implementar ou

¹¹ MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao Direito**. Lisboa: Editorial Estampa, 1988, p. 155.

garantir a proteção a direitos mínimos que devam ser garantidos às partes em certas relações. E, efetivamente, era este afastamento que se buscava promover, seja por ocasião dos primeiros regulamentos romanos, seja ainda, séculos depois, por ocasião das revoluções liberais - contexto mais próximo dos exemplos utilizados por Miaille¹².

A título de exemplo histórico, convém lembrar que o *Digesto* romano dispunha que *Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem* (O direito público diz respeito ao estado da coisa romana, à polis ou civitas, o privado à utilidade dos particulares), de modo a demonstrar que as razões de Estado não poderiam se misturar com as razões particulares. Tal impressão tem sido compartilhada por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, para quem “quando Ulpiano, pois, distinguia entre jus publicum e jus privatum certamente tinha em mente a distinção entre a esfera do público, enquanto lugar da ação, do encontro dos homens livres que se governam, e a esfera do privado, enquanto o lugar do labor, da casa, das atividades voltadas à sobrevivência”.¹³

Ligada que seja, a separação entre Direito Público e Privado, muito mais a questões ideológicas do que a uma suposta lógica formal, a virada teórica ocorrida a partir do século XIX, e que substituiu o paradigma liberal de Estado pelo paradigma intervencionista, a mesma dicotomia outrora celebrada passa a ser questionada. A partir daquele momento, a rígida separação não mais se compatibilizava com a estrutura jurídica que se exigia de um Estado que, de modo declarado, buscava se engrandecer para corrigir os problemas econômicos e sociais não solucionados (ou, mais que isso, até mesmo criados) pela diretriz anterior de intervenção mínima.

Daí porque, conforme explica Miaille, o movimento de “publicização do direito francês”, ou seja, de adoção de normas de ordem pública, que não podem ser afastadas pela vontade das partes, mesmo no campo do Direito Privado, encontra-se vinculado a um movimento econômico que lhe é anterior, que foi a substituição do Estado-polícia Liberal pelo Estado-providência. Convém transcrever o pensamento do autor:

¹² MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao Direito**. Lisboa: Editorial Estampa, 1988, p. 153.

¹³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio, **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 134.

A publicização do direito francês seria, se retomarmos o raciocínio exposto mais acima, a submissão cada vez maior de sectores outrora abandonados pelo Estado ao seu império e a regulamentação mais estreita das liberdades de todo o género dos cidadãos. Dito de outra maneira, tendo o Estado-polícia liberal cedido o lugar ao Estado Providência, a intervenção estatal fez recuar os limites antigamente admitidos pelos poderes públicos: o Estado tem doravante uma acção económica (ele nacionaliza e cria estabelecimentos públicos, planifica mesmo), uma acção social (a escola mas também os serviços sociais, a procura de uma certa equidade pela segurança social), uma acção cultural, etc¹⁴.

Por outro lado, a realidade social acabou por revelar que não se pode pressupor a falsa circunstância de que, no Direito Privado, os sujeitos de direito sempre agirão em um regime de *coordenação*.¹⁵ Ao contrário do que as construções teóricas que buscavam separar rigidamente os regimes de Direito Público e de Direito Privado pretenderam, a realidade mostrou-se muito mais complexa do que aquilo que, no campo da Teoria do Direito, um dia noticiou-se. A contemporaneidade tem demonstrado que o enorme quadro de relações jurídicas não pode ser reduzido a um esquema binário que divide o que é “público” do que é “privado”. O Poder Público não raro atua em setores específicos do mercado de consumo, grandes empresas privadas transnacionais são detentoras de tanta imperatividade quanto o Estado e os direitos fundamentais, sob este contexto, encontram-se em permanente estado de tensão em face tanto de atos públicos, quanto de atos privados.

Exemplo desse estado de complexidade permite, no âmbito do regime de Direito Privado, falar-se na existência de um *princípio da publicidade* especificamente no mercado de capitais¹⁶ - de modo a exigir dos agentes ampla transparência de

¹⁴ MIAILLE, Michel. *op. cit.* p. 155

¹⁵ “Assim então, o vasto domínio da autonomia privada, dominada pela atividade negocial, ou, com uma expressão mais abrangente, do chamado ‘direito privado’, revelou e continua a revelar um direito que surge, seja entre pessoas talvez bem definidas (como, por exemplo, em um contrato) entre as quais ocorre, porém, uma relação não de subordinação (entre o superior e o inferior), mas de coordenação (entre iguais), e, portanto, também aqui, a regra que delimita os comportamentos recíprocos não pode ser chamada, a não ser por um esforço inútil, de ‘comando’, ou mesmo de ‘imperativo’. BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 52.

¹⁶ “Com efeito, sabe-se que a maioria dos investimentos financeiros é feito com perspectivas de longo prazo, de modo que, a única garantia dos investidores é a transparência na divulgação de informações relevantes sobre cada aplicação. Por outro lado, não basta que as informações sejam reais e transparentes, mas, mais importante ainda, deve-se ter em mira que estes dados devem ser disponibilizados, no mesmo momento, a todas as pessoas que detém interesses em face, por exemplo, de determinada empresa com ações negociadas em bolsa de valores ou mercado de balcão. É do interesse público que todos aqueles que têm interesse em realizar investimentos no mercado de capitais devem dispor das mesmas informações, a fim de evitar que alguns sejam beneficiados em detrimento dos demais”. MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Os princípios**

informações e a divulgação pública de rendimentos recebidos¹⁷, matéria que, aparentemente, não poderia dizer respeito aos interesses do Estado.

Por outro lado, as interações entre o Estado e a iniciativa privada, seja sob o ponto de vista econômico (privatizações, concessões, parcerias público-privadas), seja ainda sob o ponto de vista da utilização de instrumentos de gestão privados, tem levado a doutrina a reconhecer que “o Estado contemporâneo não é mais aquele interventor do pós-guerra, mas um Estado que sofreu as influências da queda do Muro de Berlim, do fim dos regimes políticos do Leste Europeu, do triunfo do capitalismo e da economia de mercado, redescobrimo sua função meramente *reguladora*; isto é, um poder público submerso na *ideologia privatista*, que força o Estado a dar mais autonomia à iniciativa privada, limitando-se a apenas regular o livre jogo do mercado”¹⁸.

2.3 UMA ZONA DE CONVERGÊNCIA: A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES PRIVADAS EM FUNÇÃO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Neste contexto, pode-se encontrar na tutela da dignidade humana um ponto de convergência entre os regimes de Direito Público e de Direito Privado. Para a doutrina, a ascensão deste novo paradigma do próprio Direito criou antes uma margem fluida e flexível que separa estes dois campos do que um limite rígido que

informadores do Direito do Mercado Financeiro e de Capitais. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (coord.). Aspectos atuais do Direito do Mercado Financeiro e de Capitais, São Paulo: Dialética, 1999.

¹⁷ No Brasil, em 2009, após ampla consulta pública, a Comissão de Valores Mobiliários editou a Instrução Normativa n. 480, com o objetivo de, semelhante às medidas tomadas pelas agências reguladoras da Europa e dos Estados Unidos, implementar novos instrumentos de melhoria da transparência e da governança corporativa das Companhias listadas no mercado de capitais brasileiro. Em seu artigo 21, inciso II, a mencionada Instrução Normativa dispõe que a Companhia deve enviar à Comissão de Valores Mobiliários o que se intitulou de “formulário de referência”: um documento eletrônico cujo modelo encontra-se previsto no Anexo 24 da Instrução e que, dentre diversas informações que obrigatoriamente devem ser divulgadas, indica aquelas relacionadas à “Remuneração dos Administradores”. O referido Anexo 24, sob a rubrica “Remuneração dos Administradores”, impõe a divulgação de informações relacionadas a: “política ou prática de remuneração” dos principais executivos da Companhia e membros dos Conselhos de Administração e Fiscal; “objetivos da política ou prática de remuneração”; e, mais importante, “elementos da remuneração e objetivos de cada um deles”, tudo isto acompanhado de uma tabela que indique, no Conselho de Administração, Diretoria estatutária e Conselho Fiscal, o valor da maior remuneração individual, da menor remuneração individual e o valor médio da remuneração individual.

¹⁸ TIMM, Luciano Benetti. **“Descodificação”, constitucionalização e reprivatização o no Direito Privado: O código civil ainda é útil?** Disponível em: <http://works.bepress.com/luciano_benetti_timm/40/>. Acesso em: 08 jan. 2014.

impede a comunicação de ambos, sem contar mesmo aqueles que propuseram o fim da dicotomia.

Pietro Perlingieri registra que a distinção direito público / privado seria antes marcada por uma perspectiva quantitativa, do que por uma perspectiva qualitativa. É dizer: tal dicotomia se sustenta apenas em função do grau de intervenção do Estado nas relações, sempre com o objetivo de promover políticas públicas de consagração do interesse da comunidade, intervenção esta existente em maior grau no direito público e em menor grau no direito privado; mas sempre presente em qualquer relação que se estabeleça sob a ordem jurídica vigente¹⁹.

Tal intervenção seria justificada, no limite, em função da necessária proteção da dignidade humana, tida após os movimentos pós-positivistas como o “valor fonte”²⁰ das ordens jurídicas. Particularmente no âmbito da experiência brasileira, tendo sido o princípio da proteção da dignidade humana erigido à condição de fundamento do próprio Estado (artigo 1º, inciso III, Constituição Federal), pode-se afirmar que a referida norma “conferiu à ideia de dignidade da pessoa humana a qualidade de norma embasadora de todo o sistema constitucional”.²¹

E, entranhada de tal modo como fundamento de toda ordem jurídica, não pode haver, realmente, distinção entre o que seriam razões de Estado e eventuais razões particulares: a cláusula geral de proteção da dignidade humana deve espalhar-se por todas as relações mantidas no âmbito do Estado democrático, visando promover a defesa de um padrão mínimo de direitos e prerrogativas a todos os cidadãos, quer seja em relações mantidas diretamente com o Poder Público, quer seja em relações jusprivatistas.

Neste sentido, Ricardo Maurício Soares compartilha entendimento semelhante ao situar o “princípio da dignidade humana” no “ápice do sistema jurídico”. Para o autor, a posição de relevância deste princípio “exprime as estimativas e finalidades a ser alcançadas pelo Estado e pelo conjunto da sociedade civil”, de modo a dele extrair-

¹⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 54.

²⁰ SOARES, Ricardo Maurício. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

²¹ SOARES, Ricardo Maurício. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 135.

se duas dimensões distintas: uma perspectiva “individual, enquanto posições subjetivas dos cidadãos a ser preservadas diante dos agentes públicos ou particulares”; e uma perspectiva “objetiva, como norma que encerra valores e fins superiores da ordem jurídica, impondo a ingerência ou a abstenção dos órgãos estatais e mesmo de agentes privados”²².

Os limites, objetivos e conteúdo desta intervenção do Estado nas relações jurídicas, públicas ou privadas, devem balizar-se pelo quanto disposto na Constituição Federal – *locus* normativo para onde converge tanto o direito público, quanto o direito privado, sem, no entanto, se descaracterizarem completamente. As fronteiras, é certo, foram profundamente diminuídas. Diante desta nova perspectiva de aproximação entre setores então rigidamente separados, dois movimentos teóricos bem exemplificam as consequências desta virada conceitual.

2.3.1 Constitucionalização do Direito Privado

Pelo lado privatista, a inclusão de institutos clássicos como a propriedade, a personalidade, o contrato e a família na Constituição – documento normativo, por excelência, ligado ao direito público – deu as bases necessárias para a disseminação do movimento de *constitucionalização do direito privado*.

Já se disse que “o direito civil, ao longo de sua história no mundo romano-germânico, sempre foi identificado como o *locus* normativo privilegiado do indivíduo, enquanto tal”²³. Em contraposição, o direito constitucional corresponderia à esfera de atuação do Estado, de modo a bem separar estes dois setores.

Uma tal visão, que fundamentou a dicotomia vista anteriormente, tomava como correta a noção de que o Direito Civil bastava-se a si mesmo – circunstância que alimentara, inclusive, o mito da completude do Código Civil, propalada desde a promulgação do Código Napoleônico. À medida, no entanto, em que as Constituições deixam de ter um perfil meramente programático e enunciador da organização estatal e passam a, sobretudo após o fim da Segunda Guerra, trazer

²² SOARES, Ricardo Maurício. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 149.

²³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (org.). *Leituras complementares de Direito Civil*. Salvador: Editora Podivm, 2009, p. 23.

em seu bojo verdadeiras cartas de direitos fundamentais, com a inclusão de temas antes tidos como infensos ao Direito Público, passa-se a questionar se o Direito Civil pode manter-se isolado – e se os seus dispositivos não devem ser interpretados à luz do regime constitucional em se encontra inserido.

É prudente registrar que a presença de normas de direito privado nos textos constitucionais, a partir da Constituição alemã de 1919, justifica-se precisamente na medida em que cria direitos que buscam evitar o abuso e a opressão econômica, atos de força antes exclusivamente vinculados ao Poder Público.²⁴

Era tempo, pois, de ascender “o sujeito enquanto ser humano ao centro protetivo do Direito – por força do conteúdo axiológico concretizado nas normas que o integram -, retomando-se a necessária instrumentalidade social perdida na virtualização da pessoa obrada pela Jurisprudência dos Conceitos, independente da alteração da estrutura do Código [...], e sim fundamentalmente de sua releitura substancializada pelos valores constitucionais”.²⁵

Sob este novo contexto, a crise do Estado Liberal não sustentaria um Direito Civil tão liberal quanto as suas bases colhidas na Revolução Francesa e nos interesses sustentados pela burguesia; a proposta do Estado Social, de intervenção econômica com o objetivo de garantir a observância de certos direitos mínimos em relações marcadas pela desigualdade fática, exigia a reformulação das bases teóricas em que se assentavam os Códigos Civis então vigentes.

Tal formulação tem sido proposta na doutrina a partir do raciocínio de que, “ao se erigir o sistema jurídico pátrio a partir de valores como a igualdade, solidariedade, liberdade, fraternidade, pluralismo e bem comum, na consecução de um Estado Social e Democrático de Direito”, as regras do Direito Privado passam a receber um novo conteúdo e a expressar um novo sentido, diverso daquele que emanava quando adveio à ordem jurídica²⁶.

²⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: 2007, p. 84.

²⁵ ARONNE, Ricardo. **Sistema jurídico e unidade axiológica. Os contornos metodológicos do Direito civil-constitucional**. In: Revista do Instituto de Direito Brasileiro, n. 01, 2013, p. 89.

²⁶ ARONNE, Ricardo. **Sistema jurídico e unidade axiológica. Os contornos metodológicos do Direito civil-constitucional**. In: Revista do Instituto de Direito Brasileiro, n. 01, 2013, p. 79-80.

Tal estado de coisas exigiria o abandono de um preconceito, conforme aponta Gustavo Tepedino: a existência de uma *summa divisio* entre Direito Público e Direito Privado. Para o autor, “o dirigismo contratual antes aludido, bem como as instâncias de controle social instituídas em uma sociedade cada vez mais participativa, alteram o comportamento do Estado em relação ao cidadão, redefinindo os espaços do público e do privado, a tudo isso devendo se acrescentar a natureza híbrida dos novos temas e institutos vindos a lume com a sociedade tecnológica”.²⁷

Mais do que reconhecer que também o direito privado deve compatibilizar-se com o texto constitucional, os principais marcos teóricos deste movimento pugnam pela aplicação direta, nas relações privadas, dos princípios constitucionais; pela interpretação das normas privadas tendo como diretriz a Constituição; e pela extração, diretamente das normas constitucionais, de deveres inafastáveis pelo exercício da autonomia da vontade dos particulares.

O exercício de releitura torna-se fundamental e obrigatório, sobretudo porque “o conteúdo principiológico que desenha o Estado democrático brasileiro, em face da alteração da moldura constitucional, traz sentido completamente distinto às regras do Código, considerando os valores que inspiraram os princípios que o conformaram”.²⁸

Por esta razão, para Paulo Lôbo, “a constitucionalização do direito civil [...] é mais do que um critério hermenêutico formal. Constitui a etapa mais importante do processo de transformação, ou de mudanças de paradigmas, por que passou o direito civil, no trânsito do Estado liberal para o Estado social”.²⁹

O direito privado, pois, deixa de ser um feudo, em que a eficácia da norma legal seria exclusivamente residual. Sem desprestigiar a autonomia da vontade, a virada na concepção do conteúdo do direito privado permite submeter e limitar a autonomia da vontade a certos interesses públicos, com o objetivo de conferir aos seus institutos uma função social – retirando deles a possibilidade de manejo arbitrário,

²⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, t. I, 2001, p. 19.

²⁸ ARONNE, Ricardo. **Sistema jurídico e unidade axiológica. Os contornos metodológicos do Direito civil-constitucional**. In: Revista do Instituto de Direito Brasileiro, n. 01, 2013, p. 108.

²⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (org.). Leituras complementares de Direito Civil. Salvador: Editora Podivm, 2009, p. 37.

prejudicando terceiros em função de uma prerrogativa conferida ao titular de certo direito subjetivo.

Para além do que se convencionou chamar de *direito civil-constitucional*, no campo do direito público, deu-se o debate sobre a intitulada *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*: nascida com o objetivo de proteger o particular em face das prerrogativas que, arbitrariamente utilizadas pelo Estado, poderiam violar certos direitos mínimos, percebeu-se que também nas relações privadas esta ordem de direitos deveria ser obedecida.

2.3.2 Eficácia horizontal de direitos fundamentais

Grosso modo, a teoria dos direitos fundamentais tem por objetivo limitar o *poder* como fator de ingerência na dignidade humana. Sob o paradigma liberal, tal poder se identificava exclusivamente com o Estado, vindo daí a conclusão de que as normas jusfundamentais espraiam efeitos nas relações do particular em face do Estado, criando um campo de defesa contra a atuação estatal.

A premissa acima não pode mais ser aplicada, sem ressalvas, no atual cenário histórico. No contexto das sociedades contemporâneas, “é um equívoco elementar, próprio do liberalismo míope e dogmático, associar o poder exclusivamente ao Estado, como se o Estado tivesse o monopólio do poder ou fosse a única expressão material e espiritual do poder”.³⁰

Por isso, em um primeiro passo, parece ser inconteste a existência de uma assim chamada *eficácia vertical dos direitos fundamentais*: as normas jusfundamentais irradiam seus efeitos nas relações Estado x particular, em que o poder público, imbuído de sua autoridade, tem o *poder* de interferir no patrimônio jurídico mínimo garantido aos seus cidadãos.

Todavia, do mesmo modo, também já é possível afirmar a existência da intitulada *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. A vinculação e necessária observância das normas jusfundamentais pelos particulares, no âmbito das jurisdições da *Civil*

³⁰ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, p. 85.

Law não é um problema propriamente de existência³¹ - eis que tais efeitos são amplamente aceitos – mas de *como* ocorre e quais os *limites* desta incidência, conforme lição de Robert Alexy.³²

Neste passo, deve-se destacar que algumas Constituições expressamente guardam previsão a respeito da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. É o que ocorre, por exemplo, na Constituição da República Portuguesa que, em seu art. 18/1, dita que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. Também assim, a Constituição Suíça prevê, em seu art. 35/3, que “as autoridades devem zelar para que os direitos fundamentais, porquanto para isto se prestam, sejam realizados também nas relações entre particulares”.

Não é, no entanto, o que se sucede, por exemplo, no Brasil e na Alemanha. A despeito disso, é possível justificar um tal modo de eficácia com base numa interpretação constitucional sistemática, tendo em vista o arcabouço de princípios inseridos na maior parte das Cartas ocidentais – inclusive a brasileira. Sob este raciocínio, e particularmente a respeito da Constituição brasileira, a tese da vinculação dos particulares a direitos fundamentais não é uma mera faculdade constitucional, mas uma imposição, tanto quanto os direitos existentes em face do Estado.³³

Assim, em primeiro lugar, a eficácia horizontal seria uma decorrência direta do *princípio da supremacia da Constituição*. Por este princípio, a Constituição é a fonte direta e imediata dos direitos fundamentais, vinculando não só o poder público, como também “os âmbitos sociais, econômicos e culturais nos quais se estabelecem as relações interprivadas”³⁴.

Em segundo lugar, tem-se ainda que também a *dimensão objetiva dos direitos fundamentais* justificam a vinculação dos particulares aos seus preceitos. Sob este

³¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Revista Direito GV, v.1, n.1, 2005, p. 174.

³² “Atualmente a ideia de que normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão e, nesse sentido, tem um efeito perante terceiros, ou efeito horizontal, é amplamente aceita. O que é polêmico é como e em que extensão elas o fazem”. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2. ed., Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 528.

³³ STEINMETZ, Wilson. *op. cit.* p. 103.

³⁴ STEINMETZ, Wilson. *op. cit.* p. 103.

preceito, as normas jusfundamentais exprimem determinados valores que o Estado não apenas deve respeitar, mas também promover e zelar pelo seu respeito, mediante uma postura ativa, sendo, portanto, devedor de uma proteção global dos direitos fundamentais – quer em relações de direito público, quer em relações de direito privado.³⁵

E, por último, a eficácia horizontal também encontra suporte no *princípio constitucional da dignidade humana*. De modo objetivo, a otimização do respeito e promoção da dignidade humana em todos os âmbitos da vida social exige a vinculação dos particulares a direitos fundamentais.³⁶

2.3.2.1 Eficácia horizontal de direitos fundamentais e autonomia privada: modo de incidência da eficácia horizontal

Se, por um lado, parece incontroverso que os direitos fundamentais vinculam *também* os particulares, por outro, não se pode dizer o mesmo com relação à forma com que esta eficácia incide.

Paula Sarno Braga compartilha desta preocupação. Mesmo reconhecendo que, “no final das contas, sedimentou-se o entendimento de que os direitos fundamentais projetam-se, sim, nas relações particulares”, a autora indica que as “fervorosas alterações”, em verdade, podem ser resumidas nos seguintes pontos: (i) de que forma os direitos fundamentais obrigariam um particular; (ii) com que intensidade; (iii) como compatibilizar isso com a autonomia privada; (iv) qual seria a participação do Estado na tutela do direito fundamental de um particular agredido por outro; e (v) diante de tudo isso, como se resguardaria a segurança do tráfego jurídico.³⁷

Grande medida do problema, registre-se, decorre da circunstância de que, diferente do que ocorre numa relação de direito público, as relações de direito privado opõem duas ou mais partes *igualmente titulares de direito fundamentais*. Daí a necessidade de parâmetros para calibrar os efeitos das normas jusfundamentais nesse particular,

³⁵ SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: RT, 2010, p. 378.

³⁶ SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: 2002, p. 112.

³⁷ BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: Podivm, 2008, p. 118.

ante a obrigação de respeito, *prima facie*, de todas as posições jurídicas envolvidas³⁸.

Nesse contexto, com o objetivo de explicar de que forma devem os direitos fundamentais gerar efeitos para dentro das relações privadas, a doutrina se divide em torno de três principais teorias³⁹.

2.3.2.1.1 Teoria da eficácia mediata

Para a assim chamada *teoria da eficácia mediata* as normas de direitos fundamentais vinculam os particulares por intermédio de outras normas, de direito privado, a serem editadas por meio da atuação concretizadora do legislador infraconstitucional. Diferente do que ocorreria nas relações entre Estado e particular, a eficácia privada das normas jusfundamentais dependeria de mediação legislativa.

O núcleo central da teoria da eficácia imediata pode ser resumidas nos seguintes pontos: (i) as normas de direitos fundamentais produzem efeitos (eficácia) nas relações entre particulares por meio das normas e dos parâmetros dogmáticos, interpretativos e aplicativos, próprios do direito privado; (ii) a eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares está condicionada à mediação concretizadora do legislador de direito privado, em primeiro plano, e do juiz e dos tribunais, em segundo plano; (iii) ao legislador cabe o desenvolvimento “concretizante” dos direitos fundamentais por meio da criação de regulações normativas específicas que delimitem o conteúdo, as condições de exercício e o alcance desses direitos nas relações entre particulares; (iv) ao juiz e aos tribunais,

³⁸ “O que é peculiar ao problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas é que, nestas, ambas as partes envolvidas são titulares de direitos. Tal aspecto importa em reconhecer que, nas relações privadas potencialmente lesivas a direitos fundamentais, forma-se uma complexa rede de direitos e deveres, que se limitam e condicionam mutuamente. O cerne do problema, repita-se, reside em saber como – como base em que recursos hermenêuticos, com que limites – coordenar os direitos em jogo”. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de Direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.** Luís Roberto Barroso (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 142.

³⁹ Registre-se que nos Estados Unidos, diferente do que ocorre nos países da *Civil Law*, tem-se por majoritário o entendimento no sentido de que os direitos fundamentais *não* incidem nas relações privadas, à exceção da 13ª emenda – que proibiu a escravidão. Tal circunstância reflete a amplitude emprestada, naquele país, à autonomia privada, sendo o prestígio que se confere aos negócios jurídicos o maior argumento contra a eficácia horizontal. Daí se dizer que a comunidade jurídica norte-americana adota a *teoria do state action*: os direitos fundamentais, consoante interpretação daquela Suprema Corte, somente limitam as ações estatais.

ante o caso concreto e na ausência de desenvolvimento legislativo específico, compete dar eficácia às normas de direitos fundamentais por meio da interpretação e aplicação dos textos de normas imperativas de direito privado [...], sobretudo daqueles textos que contém cláusulas gerais.⁴⁰

A doutrina, invariavelmente, credita as formulações da teoria mediata ao alemão Günther Durig, cuja obra acabou por refletir a concepção dominante na Alemanha, tanto na bibliografia alemã, quanto na jurisprudência de seu Tribunal Constitucional⁴¹.

Foi o Tribunal Constitucional alemão, aliás, a Corte que impulsionou decisivamente o entendimento relacionado à eficácia mediata, conforme ponderado no *Caso Lüth*. Em 1958, a Corte proferiu acórdão, julgando a possibilidade de Erick Lüth, no exercício de sua liberdade de manifestação de pensamento, criticar de modo contundente o filme “Amada Imortal”, acusando-o de ser uma ode ao nazismo e ao anti-semitismo. Diante da acolhida das críticas – e do fracasso retumbante de público – os responsáveis pela película ingressaram em juízo contra Erick Lüth, alegando prejuízos decorrentes da conduta do crítico.

Após a tese ter prevalecido nas instâncias ordinárias, o Tribunal Constitucional alemão reformou a decisão recorrida, extraindo do direito fundamental à liberdade de expressão a prerrogativa de Erick Lüth criticar o filme, não havendo responsabilidade civil neste particular. Nos termos do acórdão:

1. Os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos de resistência do cidadão contra o Estado. Não obstante, às normas de direito fundamental incorpora-se também um ordenamento axiológico objetivo, que vale para todas as áreas do direito como uma fundamental decisão constitucional.
2. No direito civil, o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais desenvolve-se de modo mediato, por intermédio das normas de direito privado. Ele interfere, sobretudo, nas prescrições de caráter cogente e é realizável pelo juiz, sobretudo pela via das cláusulas gerais.⁴²

⁴⁰ STEINMETZ, Wilson. *op. cit.* p. 138.

⁴¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 198.

⁴² O acórdão integral pode ser lido em: SCHWAB, Jürgen. **Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Trad. Leonardo Martins Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

A teoria mediata guarda nítida preocupação com a autonomia da vontade das partes, prerrogativa que se afigura com maior contundência no âmbito das relações privadas. Em última análise, a aplicação direta, e sem qualquer filtro do legislador privado, de direitos como a intimidade, a privacidade, a propriedade e o sigilo poderiam conduzir a uma violação da autonomia privada – prerrogativa que, não se pode perder de vista, também configura parte essencial do fundamental direito à liberdade.

Bem por isso, Daniel Sarmiento, com apoio em Claus-Wilhelm Canaris e Ingo Von Münch, assevera que “entendem os partidários desta tese que a Constituição não investe os particulares em direitos subjetivos privados, mas que ela contém normas objetivas, cujo efeito de irradiação leva à impregnação das leis civis por valores constitucionais”.⁴³

Neste contexto, as cláusulas gerais do direito privado e os conceitos indeterminados (“*boa-fé objetiva*”, “*bons costumes*”, “*bom pai de família*”, “*função social do contrato*”, “*função social da propriedade*”, etc) assumem importante relevo na construção da teoria mediata. Apesar de reconhecer a incidência dos direitos fundamentais nas relações particulares, a teoria mediata não desconsidera a necessidade de que um órgão estatal – este sim, destinatário direto das normas que reconhecem os direitos – atue como mediador da aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado⁴⁴, servindo as cláusulas gerais como verdadeiras pontes para a comunicação do Direito Privado com o Direito Público.

2.3.2.1.2 Teoria da eficácia imediata

De modo oposto à teoria mediata, para a *teoria da eficácia imediata* os direitos fundamentais incidem nas relações privadas de modo direto e imediato, independente de mediação legislativa.

Partidário da teoria da eficácia imediata, Ingo Sarlet fundamenta uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais no argumento de que estes (os direitos fundamentais) constituem “normas de valor válidas para toda a ordem

⁴³ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 199.

⁴⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *op. cit.* p. 160.

jurídica (princípio da unidade da ordem jurídica)”. Ainda para o autor, dada a força normativa da Constituição, não se pode aceitar que o direito privado venha a formar uma espécie de gueto à margem da ordem constitucional”.⁴⁵

Com efeito, se para a teoria mediata a incidência de direitos fundamentais entre os particulares dependeria de *interpositio legislatoris*, ou, quando nada, ao menos de interpretação judicial das cláusulas gerais, para a teoria imediata tão não ocorreria. Ao contrário, a eficácia seria direta, imediata, o que seria justificado pela opção de um Estado Social, haja vista que “os perigos que espreitam os direitos fundamentais no mundo contemporâneo não provém apenas do Estado, mas também dos poderes sociais e terceiros em geral”.⁴⁶

A doutrina registra que a construção da teoria imediata pode ser reconduzida à obra de Hans Carl Nipperdey, tendo sido os primeiros ensaios sobre o tema escritos na década de 50 do século passado, à propósito da igualdade do homem e da mulher em relação ao direito ao salário.⁴⁷

Ao menos em um ponto, as teorias mediata e imediata convergem. De fato, tanto em uma, como em outra, tem-se por premissa que os direitos fundamentais “são também decisões valorativas, configurando uma ordem de valores objetiva que irradia efeitos em todas as esferas do direito”⁴⁸.

A partir daí, no entanto, tem-se que, para a teoria da eficácia imediata, (i) as normas de direitos fundamentais conferem ao particular uma posição jurídica oponível não só ao Estado, mas também aos demais particulares; (ii) os direitos fundamentais são e atuam como direitos subjetivos constitucionais, independentemente de serem públicos ou privados; e (iii) a não ser que o Poder Constituinte tenha disposto o contrário, operam independentemente da existência de regulações legislativas.⁴⁹

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: RT, 2010, p. 379.

⁴⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 205.

⁴⁷ STEINMETZ, Wilson. *op. cit.* p. 164.

⁴⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *op. cit.* p. 159.

⁴⁹ STEINMETZ, Wilson. *op. cit.* p. 168-169.

2.3.2.1.3 Teoria dos deveres de proteção

Por último, como desdobramento da teoria mediata⁵⁰, importante segmento da doutrina alemã que agrega, dentre outros, Claus-Wilhelm Canaris e Stefan Oeter, defende que o Estado deva tutelar os direitos fundamentais entre os particulares não apenas abstendo-se de lesar bens jurídicos fundamentais. Para além disso, incumbiria ao Estado o dever de atuar positivamente, promovendo os direitos fundamentais e protegendo-se de quaisquer ameaças, inclusive aquelas que provenham de entes particulares.

Tal premissa fundamenta a chamada *teoria dos deveres de proteção*: conquanto os direitos fundamentais incidam nas relações privadas por intermédio da regulação legislativa – e, neste ponto, a teoria converge com a teoria da eficácia mediata – daí não se pode extrair que a ausência da *interpositio legislatoris* levaria a uma impossibilidade de proteção.

Aqui, tanto a função legislativa, quanto a função jurisdicional estão adstritas à proteção dos direitos privados também nas relações privadas. Quanto ao dever de proteção, tal comportamento poderia ser exigido do legislador e do juiz; quanto ao dever de promoção dos direitos fundamentais, “existiria, em regra, uma maior liberdade de conformação por parte do legislador ou do juiz, já que normalmente há múltiplas formas para assegurar a proteção dos direitos fundamentais constitucionalmente admissíveis”.⁵¹

2.3.2.2 Limites à eficácia horizontal

Todas as teorias vistas acima, como se viu, buscam, ao construírem o *modo* de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, se desvencilhar do problema referente aos limites da eficácia horizontal.

Dito de outro modo, não é possível desconsiderar que, diferente do que ocorreria com relação aos direitos fundamentais quando opostos em face do Estado, as relações privadas são marcadas pela autonomia privada, nas quais estão os

⁵⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 217.

⁵¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 218.

particulares livres para disporem de suas posições jurídicas. A liberdade de conformação de seus regimes jurídicos, própria dos entes privados, assim, seria um verdadeiro limite à aplicação irrestrita da eficácia horizontal.

Quanto ao ponto, não parece equivocado, nem exagerado, afirmar-se que o desafio da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é o desafio da conformação entre os direitos fundamentais e a liberdade de autonomia privada⁵². Afinal, não se pode perder de vista que a autonomia privada também é um direito fundamental. Não parece razoável, num exemplo extremo, sobrepujar tal margem de arbítrio do indivíduo para compeli-lo a tratar igualmente todos os seus vizinhos; ou, ainda em exemplo, negar validade a contratos que prevejam a venda compulsória de ações, sob determinadas hipóteses, tudo ao argumento de que os direitos fundamentais de igualdade e propriedade, respectivamente, incidem nas relações estabelecidas por particulares.

2.4 CONCLUSÃO PARCIAL: LIMITES ENTRE DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO

Como visto, proteção à dignidade humana, promoção da solidariedade, igualdade de tratamento e devido processo legal, dentre outros direitos e garantias fundamentais que, originariamente, tinham eficácia vertical (em face do Estado), espalharam os seus efeitos também horizontalmente, isto é, em face dos particulares.

É preciso ressaltar: a dicotomia estabelecida entre direito público e direito privado ainda persiste, e é adequado que assim seja. A aproximação dos regimes de direito público e de direito privado não podem servir de fundamento para a aniquilação da autonomia individual, com completa exposição ao Estado daquilo contido no círculo de vida privada dos indivíduos: informações existenciais, escolhas e projetos de vida, patrimônio e opções individuais.

Colocada neste patamar de prestígio dentro do ordenamento, impõe-se reconhecer que uma das dimensões mais importantes da existência humana é a liberdade. Daí o

⁵² “Uma das objeções - talvez a principal - à teoria da eficácia imediata diz que uma eficácia imediata e sem mais de direitos fundamentais nas relações entre particulares constituiria uma real ameaça ao princípio da autonomia privada e, em razão da fundamentalidade deste princípio para o direito privado, sobretudo para o direito civil, uma ameaça ao próprio direito privado porque poderia perder sua identidade, autonomia e função ante o direito constitucional”. STEINMETZ, Wilson. *op. cit.* p. 187.

registro no sentido de que, a pretexto de se fazer valer um certo solidarismo estatal, não pode a aproximação de direito público e direito privado incorrer no perigo de impor aos cidadãos uma espécie de moral estatal – em tudo incompatível com o regime das liberdades, particularmente no texto constitucional brasileiro.

Historicamente, a evolução da dicotomia encontra-se conectada com o próprio desenvolvimento do Estado: ao Estado Liberal, em que prevalecia o ideal de afastamento do Poder Público das relações privadas, dando azo a toda sorte de esmagamento de segmentos desprotegidos juridicamente (trabalhadores, consumidores e minorias em geral), correspondeu posteriormente o Estado Social, de profunda intervenção nas relações sociais e na economia – o que importou em um maior desenvolvimento, em cada época, do direito privado e do direito público, respectivamente⁵³.

O superdimensionamento da autonomia e do individualismo, próprio do Estado Liberal, portanto, dá lugar, já agora no Estado Social, à “hipertrofia do público que tende a se esgotar no Estado. No Estado Social, a dimensão privada será vista com desconfiança, identificada com o egoísmo, com a própria negativa do exercício da vida pública”.⁵⁴

Assim, atualmente, o avanço do modelo de Estado Social para o Estado Democrático de Direito exige nova tomada de postura, em que a intervenção estatal nas relações sociais tomasse como diretriz que as esferas do público e do privado não são opostas, mas complementares⁵⁵. É, portanto, na complementaridade aludida anteriormente, que a dicotomia direito público-direito privado deve ser encarada. A aproximação entre os dois segmentos, reclamada por razões sociais que, realmente, impõem que as normas constitucionais possam incidir e operar efeitos igualmente nos dois campos, não podem importar na eliminação daquilo que é mais caro à

⁵³ BACELAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito público x direito privado**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1205503372174218181901.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2014.

⁵⁴ BACELAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito público x direito privado**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1205503372174218181901.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2014.

⁵⁵ BACELAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito público x direito privado**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1205503372174218181901.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2014.

quadra atual: o respeito às individualidades e aos programas de vida de cada indivíduo.

3 DIREITOS DA PERSONALIDADE E PRIVACIDADE: EVOLUÇÃO, CONTEÚDO E LIMITES NA RELAÇÃO ENTRE DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO

Neste capítulo, a partir das premissas fixadas anteriormente, a respeito das profundas modificações introduzidas na tradicional distinção entre direito público e direito privado, busca-se demonstrar de que modo tais consequências operam no campo dos direitos da personalidade. O contexto que se desenha a partir deste cenário permite avançar para traçar os (novos) contornos dogmáticos específicos do direito à privacidade, e particularmente naquilo que toca com os seus limites em situações de interesse público.

3.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE: EVOLUÇÃO

A análise dos direitos da personalidade sob o ponto de vista da dicotomia direito público-direito privado exige a retomada da linha de evolução do instituto.

3.1.1 Paradigma liberal dos direitos da personalidade

Passando-se em revista a bibliografia a respeito do tema, é possível identificar razoável consenso quanto ao primário aspecto *liberal* dos direitos da personalidade, na origem.

Por liberal, neste ponto, deve-se compreender os direitos da personalidade enquanto meros atributos formais, os quais outorgam verdadeiro pressuposto para que a pessoa humana possa ser titular de direitos e deveres no âmbito da ordem jurídica. Inspirado pela tradição oitocentista dos primeiros Códigos Civis, o primeiro paradigma a respeito dos direitos da personalidade enxergava tais direitos como decorrência natural da condição de sujeito de direito; mas não como direitos mínimos, irrenunciáveis e vinculados a uma existência humana digna.

A doutrina civilista mais clássica, no Brasil, caminha neste sentido, não havendo registros de abordagens envolvendo os direitos da personalidade vinculados à preocupação de assegurar ao cidadão direitos mínimos relacionados aos atributos

mais fundamentais de sua própria existência. Sob este contexto, autores vinculados ao paradigma liberal, como Clóvis Beviláqua, entendem que personalidade “é a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém para exercer direitos e obrigações”⁵⁶. A afirmativa do autor citado, significativa tanto pelo fato de emanar do principal representante do Direito Civil brasileiro do início do século passado, como em função dele próprio ter sido o autor do projeto que se transformou no Código Civil Brasileiro de 1916 (Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916), bem demonstra a relação formal entre personalidade e os direitos que dela decorrem.

É prudente, no entanto, ressaltar: Clóvis conhecia a categoria dos direitos da personalidade, tendo anotado em obra doutrinária a existência de direitos subjetivos relacionados ao “modo de ser das pessoas”, incluindo como tais o direito à vida, direito de liberdade e o direito à honra⁵⁷. Diante disso, a omissão quanto a inserção desta categoria no Código Civil de 1916 avulta-se tanto mais como uma opção ideológica, fruto de seu tempo, consoante destaca Gustavo Tepedino ao afirmar que “a estrutura dogmática que dominou as grandes codificações europeias do século XIX, e gizou as linhas mestras do sistema jurídico pátrio, baseia-se na *summa divisio* herdada do direito romano”.⁵⁸

Também neste sentido, para Roxana Cardoso Brasileiro Borges, “a definição de personalidade jurídica enquanto aptidão para adquirir direitos e deveres está presente, de forma quase unânime, na doutrina brasileira e na estrangeira”. Citando larga bibliografia, a autora demonstra a vinculação da doutrina produzida no Brasil na 1ª metade do século passado com os aspectos formais da personalidade, concluindo que

A personalidade jurídica era concebida como atributo jurídico que permitiria às pessoas (que a tivessem) a possibilidade de constituir relações jurídicas. A personalidade jurídica seria, dessa forma, um requisito para que a pessoa ingressasse no mundo jurídico e fosse reconhecida como sujeito de direitos e deveres⁵⁹.

⁵⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1953, p. 79-80.

⁵⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *op.cit.* p. 68.

⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, t. I, 2001, p. 56.

⁵⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: 2007, p. 09.

A doutrina italiana registra, de modo semelhante, que o termo “pessoa” foi utilizado pela primeira vez em seu sentido técnico pelos juristas do século XVI, unido sempre ao conceito de capacidade jurídica.⁶⁰

Mesmo quando dissociado aparentemente de uma abordagem puramente conceitual a respeito do conteúdo da *personalidade jurídica*, ainda assim, nessa primeira fase, não se tem, de modo claro, a compreensão de que o Estado deve institucionalizar a tutela dos direitos da personalidade.

Por esta razão, pode-se afirmar, como o faz Bruno Lewicki, que “a ideia de que todos os homens são igualmente dignos de tutela, fundamental para a noção contemporânea de direitos da personalidade, assenta sua bases, na cultura ocidental, em duas tradições: o cristianismo e os direitos humanos”⁶¹. Vale dizer: ainda que dissociado de um conteúdo puramente formal (a personalidade jurídica como atributo para ser sujeito de direito), a tutela de direitos mínimos assegurados à pessoa humana ainda não era vista como um dever jurídico do Estado, mas, sim, como uma mera diretriz religiosa ou ética.

Longe de pretender-se, aqui, diminuir a importância da Igreja enquanto agente difusor da “ideia de uma fraternidade universal que implica a igualdade de direitos e a inviolabilidade da pessoa humana”⁶², a ligação dos direitos da personalidade com fundamentos religiosos sugere muito mais um programa a ser atingido pela sociedade, do que um direito subjetivo que possa ser exercido pelos cidadãos. Precisamente por isto, somente a partir da laicização do Direito e da substituição dos fundamentos cosmológicos do direito natural por fundamentos racionais⁶³, é que seriam criadas as bases que permitiriam, adiante, ter-se uma tutela mais efetiva a respeito dos direitos da personalidade.

Compreendido como uma decorrência natural dos influxos históricos que o inspiraram, o discurso meramente formal a respeito dos direitos da personalidade, seja como for, encontra paralelo no individualismo que marcou as primeiras

⁶⁰ CENDON, Paolo. **Diritti della Personalità**. Torino: Utet, 2000, p. 6.

⁶¹ LEWICKI, Bruno. **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 41.

⁶² LEWICKI, Bruno. *op.cit.* p. 41.

⁶³ SOARES, Ricardo Maurício. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 37.

codificações e acabou refletindo até mesmo legislações civis do início do século XX, a exemplo do próprio Código Civil brasileiro, de 1916.

Sobre tal vinculação histórica, Eugênio Facchini Neto destaca que o direito privado ocupou lugar de prevalência sobre o direito público por ocasião da constituição do Estado liberal-burguês. Neste contexto, segundo o autor, o individualismo é visto como valor a ser prestigiado, como reação ao período estamental que caracterizou a era medieval, em que o valor do indivíduo estava ligado não às suas características e méritos pessoais, mas ao estamento social no qual se encontrava integrado⁶⁴. Diante de tal circunstância, o paradigma liberal aponta para um afastamento do Poder Público das relações privadas. E tal premissa, com efeito, *parece afastar do âmbito do Direito Privado* qualquer tipo de preocupação a respeito de garantias mínimas para uma existência digna, daí a regulação meramente formal da personalidade jurídica.

Efetivamente, o que o momento histórico reclamava era a intervenção mínima do Estado nas relações então entabuladas pela burguesia recém-chegada aos núcleos de poder, de modo a que o cidadão por sua própria vontade e no exercício de sua liberdade pudesse direcionar sua vida sem *qualquer* tipo de ingerência externa. Símbolo máximo deste perfil de Direito Civil e como a refletir o paradigma liberal dos direitos da personalidade, a doutrina registra que o Código Civil napoleônico “exauria a sua tutela, por um lado, no direito subjetivo (ou seja, sobretudo na propriedade) ou antes, no seu titular, e, por outro lado, na vontade individual, ou seja, no contrato”⁶⁵.

Não por outra razão, tornou-se corrente o registro de que o Código Civil napoleônico não protegia a *pessoa*, mas apenas assegurava o regime jurídico necessário para a manutenção das regras do jogo econômico, particularmente a garantia do *respeito à autonomia* dos cidadãos ao constituírem contratos entre si. Tal autonomia, assim entendida enquanto substrato de liberdade que servia de bandeira para as revoluções liberais, emprestava ao paradigma liberal prestígio que lhe permitia fundamentar a própria essência do Direito Privado

⁶⁴ FACCHINI NETO, Eugênio. **Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado**. In: SARLET, Ingo (org). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

⁶⁵ GIORGIANNI, Michele. **O direito privado e as suas atuais fronteiras**. In: Revista dos Tribunais, n. 747, 1998, p. 50.

O paradigma liberal passa a sofrer seus primeiros questionamentos a partir das modificações pelas quais passa o mundo ocidental, a partir da 2ª metade do século XX. Com efeito, a crise do Estado Liberal e a erupção de uma teoria dos direitos fundamentais, exigiam da ordem jurídica uma tutela mais contundente da pessoa humana. Esta deveria abranger não apenas atributos de ordem formal, próprios da ideia de que ao Direito seria suficiente outorgar a possibilidade de ter direitos; ao contrário, sob uma nova ordem, o objeto de tutela deveria ser os direitos propriamente ditos.

Sob o ângulo do paradigma liberal dos direitos da personalidade, tais questionamentos não poderiam ser solucionados adequadamente, o que acabou culminando na adoção de um novo paradigma.

3.1.2 Paradigma solidarista dos direitos da personalidade

Em contraponto ao paradigma liberal, é possível constatar-se, a partir da 2ª metade do século XX, a ascensão de um novo paradigma dos direitos da personalidade. Se antes esta categoria era compreendida como uma decorrência lógica da personalidade jurídica, agora passa a ter autonomia científica, sendo devidamente catalogada e estudada pela doutrina. Se antes os direitos da personalidade eram dissecados sob o prisma formal, agora passam a ser abordados enquanto direitos materiais, relacionados com temas como mínimo existencial, direitos fundamentais e dignidade humana.

É certo, quer se tenha como origem a *actio iniuriarum* romana⁶⁶, quer adote-se a posição de que o seu desenvolvimento deu-se a partir do século XIX⁶⁷, que os direitos da personalidade já existiam enquanto categoria formal. Todavia, é a partir do paradigma solidarista que eles são conduzidos ao centro do ordenamento jurídico, prestigiados com a especial proteção do Estado, na qualidade de reflexos da dignidade humana.

⁶⁶ CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 47.

⁶⁷ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil Interpretado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.31.

O consenso anteriormente existente, vinculado ao primeiro paradigma, desloca-se para a adoção do novo paradigma, aqui intitulado *solidarista*, por partir da premissa de que ao Estado, enquanto formulador e executor de políticas públicas, incumbe garantir a tutela adequada dos elementos que compõem a personalidade humana, como forma de outorgar a todos uma vida digna, enquanto mínimo existencial.

Tal rompimento com a tradição anterior, permite considerar “a personalidade não como um novo reduto de poder do indivíduo, no âmbito do qual seria exercida a sua titularidade, mas como valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda a atividade econômica a novos critérios de validade”⁶⁸.

O deslocamento de um paradigma liberal para um paradigma solidarista, naquilo pertinente aos direitos da personalidade, encontra marco histórico fundamental a partir do fim do século XIX. A partir deste período, “viu-se grande evolução no que toca ao que se denominou de direitos públicos da personalidade”. E, neste contexto, foram promulgadas “resoluções de diversas declarações e conferências internacionais”, tudo a conduzir, ainda segundo referido autor, ao reconhecimento “da tutela humana por meio dos direitos fundamentais”.⁶⁹

Sobre o tema, tem-se pontuado ainda a importância da Segunda Guerra Mundial como “elemento catártico que, ao seu cabo, deixou o caminho aberto para tendências que já vinham se pronunciando”. A mudança do paradigma individualista para o paradigma solidarista, pois, pode ser explicada como consequência de movimentos históricos e econômicos, particularmente o desenvolvimento do Estado Social e de seu reflexo no mundo do Direito: a erupção de Constituições que deixam de ser instrumentos de cunho exclusivamente político para tornar-se o ponto de convergência de todo o ordenamento⁷⁰.

Assim, a par da importância teórica da construção da ideia de personalidade jurídica como atributo formal para aquisição da condição de sujeito de direito, o paradigma solidarista traz consigo a ideia de que a tutela do homem deve ir além da concessão

⁶⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, t. I, 2001, p. 47.

⁶⁹ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 42

⁷⁰ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 64-65.

de ficções jurídicas: é preciso, efetivamente, garantir-se proteção de características da pessoa humana que lhe servem de pressupostos para uma existência digna.

O novo cenário permite a substituição do marco legislativo do paradigma anterior (o Código Civil napoleônico) pela Constituição alemã de 1919: atropelada pelo regime nazista e apesar do pouco tempo de vigência⁷¹, aquela Carta Constitucional, muito em razão da especial importância garantida aos direitos fundamentais, acabou influenciando decisivamente a adoção de um novo paradigma para a tutela dos direitos da personalidade⁷², tendo como principal diretriz a garantia de padrões mínimos de *dignidade humana*.

Sob este novo contexto, “o instituto da personalidade era o que apresentava mais forte vocação para se tornar o centro de irradiação, no direito privado, desta nova dogmática voltada à proteção da pessoa”. Como causa e ao mesmo tempo consequência deste movimento, “a introdução dos direitos da personalidade no direito privado representa, neste contexto, um caso exemplar de metamorfose algo dolorosa de um estrutura cujo desenho era por demais rígido para atender a demandas que não eram contempladas em seu projeto original”.⁷³

Daí, como exposto anteriormente, a partir deste momento histórico ser possível o desenvolvimento teórico do conteúdo dos direitos da personalidade, conforme entendem Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Barboza:

Foi contudo, somente no século XIX, a partir da elaboração das doutrinas francesa e alemã, que se começou a edificar a construção dos direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à esfera de proteção de sua dignidade e integridade, denominando-se-lhes direitos da personalidade.⁷⁴

No seio do paradigma solidarista encontra-se a ideia de que ao Estado não incumbe apenas ter posturas passivas na regulação jurídica de certos elementos fundamentais da personalidade humana. A crise do Estado Liberal traz consigo o

⁷¹ A Constituição de Weimar (*Weimarer Verfassung*), oficialmente Constituição do Império Alemão (*Verfassung des Deutschen Reichs*) governou a curta República de Weimar (1919-1933), na Alemanha. Tecnicamente, permaneceu em vigor durante toda a existência do Terceiro Reich, até o ano de 1945.

⁷² LEWICKI, Bruno. *op.cit.* p. 48-49.

⁷³ DONEDA, Danilo. *op. cit.* p. 80.

⁷⁴ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil Interpretado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 31.

Estado Intervencionista, o qual abre espaço em meio a situações de assimetria econômica, social e técnica, para fazer valer o respeito aos direitos fundamentais – *impedindo que os particulares possam, por atos de autonomia privada, diminuir o conteúdo legislativo dos direitos da personalidade*. E, mais que isso: sob o mesmo viés, não poderiam tais direitos ser alienados ou objeto de renúncia. A circunstância descrita acima levou a doutrina a caracterizar os direitos da personalidade com a pecha da *irrenunciabilidade* e da *indisponibilidade*, tendo esta classificação se tornado absolutamente tradicional.

Assim, por um lado, no âmbito do paradigma liberal o prestígio da autonomia privada encontrava na ideia de personalidade jurídica um mero atributo formal, sem maior desenvolvimento da personalidade enquanto efetivo pressuposto para uma existência digna; por outro, sob o paradigma solidarista, a autonomia perde prestígio em face da necessidade de limitar o poder de particulares na definição do conteúdo de direitos ligados a integridade física, psíquica e intelectual do homem.

O novo contexto histórico e a substituição dos paradigmas, conforme visto, criam as bases teóricas para uma *teoria geral dos direitos da personalidade*, cujos principais instrumentos passam a ser descritos abaixo.

3.1.2.1 Direitos da personalidade e dignidade humana

A perspectiva de que incumbe ao Estado a tutela dos direitos da personalidade como forma de assegurar um *padrão mínimo de humanidade* permite que, no âmbito da teoria geral que desde então se desenhou, a *dignidade humana* seja conduzida a diretriz fundamental de interpretação de todo o sistema de proteção da pessoa humana. Mais do que um atributo jurídico que concede prerrogativa formal de ser sujeito de direito, a personalidade passa então a ser entendida como “valor jurídico ou como princípio”⁷⁵. Daí se dizer que “o fundamento jurídico da contemporânea teoria dos direitos de personalidade é o princípio da dignidade humana”⁷⁶, conclusão que tem se mostrado corrente na doutrina⁷⁷.

⁷⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *op. cit.* p. 12.

⁷⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *op. cit.* p. 14.

⁷⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 58-59; MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 87-88; BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Tutela dos direitos da**

Sobre o ponto, Ricardo Maurício Freire Soares destaca que o conceito de dignidade humana fora construído no âmbito jurídico na esteira da preocupação com os fundamentos para um direito não somente formalmente válido, como também *legítimo*, isto é: que a norma jurídica corresponda ao sistema de valores que inspiram determinado ordenamento jurídico⁷⁸. Sob este contexto, não se pode negar o largo caminho histórico percorrido pela sociedade na busca por um direito justo, desde as diversas correntes do Direito Natural, passando pela crença sem ressalvas em que o racionalismo corresponderia a esta aspiração e tendo como ponto de chegada, já agora em um momento pós-positivista, no princípio da dignidade humana como “marco axiológico fundamental”.⁷⁹

De difícil conceituação, a dignidade humana tem sido estudada sob o ponto de vista de seu conteúdo. Quanto a este, a doutrina tem remetido suas primeiras origens à obra de Kant, que utiliza o termo para distinguir *preço* e *dignidade*: a primeira expressão seria imanente às coisas e revelaria o valor monetário dos objetos, permitindo assim a sua substituição pelo equivalente em dinheiro; a dignidade, por sua vez, seria característica atribuída às pessoas e que não admitiria a substituição por algo equivalente:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.

O que se diz respeito às inclinações e necessidade do homem tem um preço comercial; o que, sem supor uma necessidade, se conforma a certo gosto, digamos, a uma satisfação produzida pelo simples jogo, sem finalidade alguma, de nossas faculdades, tem um preço de afeição ou sentimento (*Affektionspreis*); mas o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade.⁸⁰

personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 20-21; DONEDA, Danilo. **Os direitos da personalidade no novo Código Civil**. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 36; GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 148-154.

⁷⁸ SOARES, Ricardo Maurício. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 25.

⁷⁹ SOARES, Ricardo Maurício. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 121.

⁸⁰ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Martins Claret, 2003, p. 65.

Para Kant, pois, o conteúdo da dignidade humana sugere a impossibilidade de utilização da pessoa humana como meio para atingir determinados fins; a pessoa é um fim em si mesmo e, como tal, é insubstituível e insuscetível a raciocínios de equivalência.

Muito embora o pensamento original não tenha sido vertido para âmbito jurídico, a matriz kantiana serviu de ponto de partida para concluir-se que, se a pessoa humana deve ser considerada um fim em si mesmo, logo “todas as normas decorrentes da vontade legisladora dos homens precisa ter como finalidade o homem, a espécie humana enquanto tal”.⁸¹

É interessante observar que a concepção de que o Direito é um produto histórico e deve servir à sociedade não pode ser considerada uma novidade alvissareira trazida pelo pensamento kantiano. Todavia, tal matriz filosófica, unida às necessidades do mundo pós-Guerra, de criação de ordens jurídicas blindadas contra a possibilidade de novos regimes totalitários surgirem com o apoio do Estado de Direito, permitiu que os juristas desenvolvessem a concepção de que *toda norma jurídica deve encontrar seu último fundamento na proteção da dignidade da pessoa humana*.

Neste mesmo sentido, Flávia Piovesan afirma que aquele momento histórico marcou o início da busca por um ordenamento jurídico que não mais fosse indiferente a valores éticos, os quais passaram a ter eficácia jurídica quando encartados nas Constituições⁸². Tão grande fora o movimento que, ao longo do século XX, contabiliza-se uma série documentos internacionais que aludem à proteção da dignidade humana, sendo o principal exemplo a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) e, no âmbito interno dos países, diversas Cartas Constitucionais andaram em caminho semelhante, a exemplo da: Constituição alemã de 1949, da Irlanda, da Índia, da Venezuela, da Grécia, da Espanha, da China, da Hungria, da Namíbia, da Romênia, de Cabo Verde, da Lituânia, da Rússia, da África do Sul, da

⁸¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **O princípio da dignidade humana**. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 12.

⁸² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o princípio da dignidade humana**. In: DE PAULA, Alexandre Sturion, **Ensaio constitucionais de direitos fundamentais**. Campinas: Servanda, 2006, p. 231.

Polônia, de Portugal e, por fim, também no caso da Constituição brasileira de 1988 (artigo. 1º, inciso III)⁸³.

A circunstância envolvendo a constitucionalização do princípio da dignidade humana, unida à própria atribuição de força normativa ao texto constitucional e à constitucionalização do Direito Privado⁸⁴ trouxe, assim, para o âmbito dos direitos da personalidade todo o cabedal teórico inerente ao desenvolvimento da proteção da dignidade humana. Isto permite a conclusão exposta por Roxana Cardoso Brasileiro Borges no sentido de que “os direitos da personalidade, cada vez mais desenvolvidos para uma proteção maior do ser humano, voltam-se para realização da pessoa. Talvez um dia venham a ser chamados de direitos da dignidade”.⁸⁵

3.1.2.2 Cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade

O paradigma solidarista e, como visto, a identificação da dignidade humana como diretriz do sistema de proteção dos direitos da personalidade conduzem a um segundo importante instrumento para a sua tutela, no que se convencionou chamar de *cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade*.

A dignidade humana, com efeito, fundamenta a existência de um “direito geral de personalidade”, amplamente exposto em doutrina nacional e estrangeira⁸⁶. Sendo a dignidade humana um genuíno conceito jurídico indeterminado, não seria adequado (sequer possível), prever todas as facetas da tutela à personalidade. A extensão de tal proteção não encontra limites a priori, já que as possíveis violações à dignidade se proliferam na medida em que a sociedade evolui, conforme informa Roxana Cardoso Brasileiro Borges:

À medida que a sociedade se torna mais complexa e as violações às pessoas proliferam, até mesmo como decorrência de certos usos dos conhecimentos tecnológicos, novas situações demandam proteção jurídica. É o que ocorre no campo dos direitos da personalidade: são direitos em expansão. Com a evolução legislativa e com o desenvolvimento do conhecimento científico acerca do direito, vão-se revelando novas situações que exigem proteção jurídica e, conseqüentemente, novos direitos vão sendo reconhecidos⁸⁷.

⁸³ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 75.

⁸⁴ Conforme item 2.3.

⁸⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *op. cit.* p. 16.

⁸⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *op. cit.* p. 68-73; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *op. cit.* p. 24.

⁸⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *op. cit.* p. 25.

Por meio da cláusula geral de tutela, é permitido ao operador a proteção do direito no caso concreto, sobretudo em hipóteses de fato sem estrito amparo nas hipóteses normativas de regulação dos direitos da personalidade. Assim, para além do método casuístico, que tipificaria os direitos da personalidade e criaria regras específicas para cada qual, a cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade outorga ao Poder Judiciário, de modo em certa medida discricionário, a possibilidade de amparar uma afronta a personalidade humana tendo em conta situações singulares.

O que equivale a dizer: os direitos da personalidade não são *numerus clausus*, podendo-se falar em um direito geral de personalidade, a abarcar todas as espécies de direitos de personalidade, presentes e futuros.⁸⁸

Tal circunstância, todavia, não invalida a opção quanto a criação de catálogos de direitos da personalidade ou de direitos da personalidade em espécie, de modo a criar *tipos* específicos de direitos (vida, integridade física, privacidade, dentre outros) e, para cada qual, regras também específicas de proteção. Efetivamente, a técnica de catalogar direitos que tais encontra-se presente em diversas legislações, a exemplo do quanto previsto nos códigos civis italiano, francês, como também de Portugal e no Brasil – mas esta, à luz dos países que conduziram a dignidade humana à qualidade de fundamento dos direitos da personalidade, não deve significar o esgotamento de outros direitos eventualmente não previstos expressamente⁸⁹.

A construção da referida cláusula geral no âmbito do paradigma solidarista, ademais, detém papel crucial na definição das *características* dos direitos da personalidade.

⁸⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *op. cit.* p. 24.

⁸⁹ “[...] os direitos da personalidade são, ao mesmo tempo, uma série aberta de direitos e uma cláusula geral voltada para a dignidade da pessoa. No ordenamento jurídico brasileiro, as ideias de “série aberta de direitos” e “direito geral de personalidade” não se excluem e ambas têm a mesma relevância prática: a de ampliar a proteção da pessoa, nos mais diversos aspectos de sua dignidade, mesmo que nem todas as posições de risco à sua dignidade estejam previstas expressamente no ordenamento legislado, independentemente de tipicidade. Na verdade, esta conclusão deriva da concepção do direito como sistema aberto. A interpretação constitucional deve estar em harmonia com a sociedade concreta, com seus aspectos plurais e abertos”. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *op. cit.* p. 29.

3.1.2.3 Características dos direitos da personalidade

Fruto de uma influência que pode ser remetida à Jurisprudência dos Conceitos alemã, a definição de listas de características de certos institutos pode ser tida como uma tradição, não tendo os direitos da personalidade dela escapado. E, do mesmo modo como ocorre em outros setores do Direito, também neste tema a ausência de uniformidade é grande, muito por força de um saudável silêncio das legislações sobre o tema, de modo a relegar à doutrina a tarefa de sistematização da matéria.

Feita a ressalva e sem que se pretenda transcrever cada uma das listas de características presentes na bibliografia especializada, aos direitos da personalidade tem sido impostas as características da *extrapatrimonialidade*, *inalienabilidade*, *impenhorabilidade*, *imprescritibilidade*, além de serem *absolutos*, *vitalícios*, *irrenunciáveis*, *indisponíveis*.

A *extrapatrimonialidade* decorre da impossibilidade da avaliação pecuniária – o que não esconde, como já visto, uma profunda influência do pensamento kantiano de oposição entre preço e dignidade; são *inalienáveis* porque não podem ser transferidos a terceiros e, como decorrência natural das duas características anteriores, são também considerados *impenhoráveis* – não se sujeitam a execução para cumprimento de obrigação patrimonial do titular; vinculados que estejam à própria existência e à manutenção da dignidade humana, são também *imprescritíveis* (não há extinção de sua pretensão correspondente em função do decurso do tempo), *vitalícios* (a titularidade somente se extingue com o falecimento) e *absolutos* (podem ser opostos em face de quaisquer pessoas, no que se diferem por exemplo, dos direitos obrigacionais, que são relativos).

Do mesmo modo, no âmbito do paradigma solidarista, a circunstância por meio da qual está o Estado constitucionalmente obrigado a defender os direitos da personalidade inclusive contra atos do próprio titular, permite outorgar-lhes a pecha da *irrenunciabilidade* e *indisponibilidade*: não podem ser renunciados, nem objeto de disposição gratuita, onerosa ou mesmo *post mortem*.

3.1.2.4 Direitos da personalidade e direitos fundamentais

Foi também no cenário exposto do paradigma solidarista dos direitos da personalidade que deu-se a aproximação da teoria dos direitos da personalidade e da teoria dos direitos fundamentais – muito também em função da fluidez, a partir da Segunda Guerra Mundial, da própria distinção entre Direito Público e Direito Privado.

Tendo as duas categorias, ao fim e ao cabo, o objetivo de proteger a dignidade humana, não sem algum exagero retórico seria possível afirmar que direitos da personalidade e direitos fundamentais são o terreno mais fértil da zona de convergência entre o Direito Público e o Direito Privado. Apesar disso, recentes trabalhos tem procurado distinguir as duas categorias. Para Leonardo Zanini, por exemplo, “os direitos fundamentais [...] estão previstos nas constituições, por isso, eles tem em vista particularmente a posição do indivíduo face ao Estado”; por outro lado, “os direitos da personalidade [...] atendem às emanações da personalidade humana em si, prévias valorativamente a preocupações de estruturação política, tendo como objetivo a proteção da dignidade do seu titular”.⁹⁰

De modo mais contundente, também já se disse que “direitos fundamentais pressupõem relações de poder”, enquanto “os direitos da personalidade relações de igualdade”⁹¹. Com o objetivo de bem distinguir as duas categorias, Jorge Miranda assinala que “os direitos fundamentais pertencem ao domínio do Direito Constitucional, os direitos da personalidade ao do Direito Civil”.⁹²

É certo que, por apuro técnico e pelas origens distintas, as duas categorias não se confundem. A teoria dos direitos fundamentais tem como pressuposto clássico a defesa do cidadão em face de atos e omissões praticadas pelo Estado, embora, como visto⁹³, o seu âmbito de incidência tenha sido alargado para alcançar também as relações privadas.

⁹⁰ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 58-59.

⁹¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 55.

⁹² MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 55.

⁹³ Conforme item 2.4.

No entanto, ainda que persista uma distinção técnica, o atual estado da arte com relação à matéria não permite compreender tal diferenciação, senão em termos; a separação formal dos institutos, com efeito, não pode evitar que em um e em outro campo a aproximação das matérias permita a utilização de vasto cabedal teórico desenvolvido tanto por civilistas, quanto por constitucionalistas, a exemplo das técnicas de sopesamento de direitos fundamentais, o julgamento com base em princípios, as aplicações da teoria do mínimo existencial e até mesmo, mais recentemente, as críticas quanto à utilização indevida do princípio da dignidade da pessoa humana.

A adoção de uma perspectiva solidarista, como visto, veio ao encontro de uma atuação estatal mais proativa na tutela dos direitos da personalidade; no entanto, este mesmo paradigma não parece capaz de conceder respostas adequadas envolvendo novos problemas da contemporaneidade. Exemplo disto ocorre nas chamadas situações existenciais, relacionadas a decisões da pessoa humana a respeito de aspectos íntimos de sua vida privada e que, em última análise, poderiam importar na redução da tutela dos direitos da personalidade, quando não na sua renúncia, efetivamente.

Dito de outro modo: a existência de um direito subjetivo à defesa da personalidade, a ser exercido em face do Estado, justificou, à luz da noção kantiana de dignidade, que não se permitisse que o titular de um direito da personalidade renunciasse a esta proteção. Como visto, foi um tal raciocínio que conduziu à adoção, no âmbito da teoria geral dos direitos da personalidade, das características da irrenunciabilidade e indisponibilidade.

A constatação todavia, que o desenvolvimento da personalidade pressupõe também a liberdade de escolhas existenciais, conduziu à crise do paradigma solidarista, o que já se faz notar no que se convencionou intitular *exercício positivo dos direitos da personalidade*.

3.1.3 Paradigma do exercício positivo dos direitos da personalidade

O paradigma solidarista, com o objetivo de tutelar de forma proativa os direitos da personalidade, impedindo que estes fossem renunciados pela própria pessoa humana, passou a caracterizar tal categoria como *irrenunciável* e *indisponível*. Sob este contexto, nos últimos anos tem se questionado como conciliar esta regra, imanente ao paradigma solidarista, com a autonomia individual de cada pessoa – a qual, deve-se registrar, tem sido alçada à condição de direito fundamental nas principais Constituições.

O paradigma solidarista foi marcadamente influenciado pela perspectiva de um Estado interventor. Esta premissa, no entanto, passa a ser colocada sob suspeita quanto o poder estatal (ou o conhecimento científico predominante) passa a vedar a prática de atos que se constituem em genuíno exercício da autonomia privada.

Para além disso, é certo que, do ponto de vista econômico, a própria eficácia do *Welfare State* deve ser questionada nos tempos atuais. A crise de paradigmas não pode ser verificada apenas no âmbito jurídico, como também do ponto de vista político, em vista da falência do Estado Social frente aos fenômenos da globalização, das privatizações, das crises orçamentárias dos governos, da “internet”, que deu origem a programas de reforma do Estado, inclusive no Brasil, como aponta Luciano Benetti Timm.⁹⁴

Questões que antes eram respondidas pela doutrina majoritária de modo negativo, como aquelas que giram em torno da negativa do paciente em submeter-se a determinados procedimentos; da renúncia à privacidade e mesmo naquilo que se relaciona com a renúncia da própria vida (eutanásia e ortotanásia), passam a não parecer mais tão adequadas quando vistas sob o pano de fundo do paradigma solidarista.

Exemplo destas primeiras manifestações pode ser encontrado na obra de Rose Melo Vencelau Meireles:

⁹⁴ TIMM, Luciano Benetti. **"Descodificação", constitucionalização e reprivatização no Direito Privado: O código civil ainda é útil?** Disponível em: <http://works.bepress.com/luciano_benetti_timm/40/>. Acesso em: 08 abr. 2013.

Não são poucas as situações nas quais há auto-limitação a expressões da personalidade, sem que haja uma regra legal permissiva. É o caso, por exemplo, das cirurgias de mudança de sexo, das restrições à privacidade nos reality shows, das incursões à intimidade tão comum em determinados tipos de revistas de celebridades etc. A ausência de lei que permita a autolimitação à personalidade seria mesmo óbice ao merecimento de tutela de hipóteses como estas?⁹⁵

Situações como estas, vistas anteriormente, parecem apontar para a necessidade de um novo paradigma, no sentido de resgatar o espaço de autonomia privada do indivíduo, ainda que dentro do atual paradigma solidarista. Se as últimas décadas, no âmbito do Direito Civil, foram marcadas por um movimento de publicização do Direito Privado – com os ônus e bônus decorrentes desta escolha legislativa, e do encaminhamento da produção doutrinária – a ausência de respostas adequadas aos problemas que imbricam autonomia privada e direitos da personalidade podem servir de indícios sobre a possibilidade futura de erupção de um novo paradigma, desta vez voltado para a *reprivatização do direito privado*.

Sobre o ponto, a lição de Luciano Timm é precisa ao enquadrar este novo prestígio emprestado à autonomia privada em termos contemporâneos, distintos do papel da autonomia sob o ângulo do paradigma liberal, uma vez que

[...] o Estado contemporâneo não é mais aquele interventor do pós-guerra, mas um Estado que sofreu as influências da queda do Muro de Berlim, do fim dos regimes políticos do Leste Europeu, do triunfo do capitalismo e da economia de mercado, redescobrimo sua função meramente *reguladora*; isto é, um poder público submerso na *ideologia privatista*, que força o Estado a dar mais autonomia à iniciativa privada, limitando-se a apenas regular o livre jogo do mercado.⁹⁶

E se, para o autor citado anteriormente, a autonomia ganha corpo no âmbito do “livre jogo do mercado”, para Alexandre dos Santos Cunha a autonomia privada é mesmo *elemento fundamental de desenvolvimento da própria personalidade humana*. Assim, ao contrário do que se podia verificar na produção doutrinária identificada com os paradigmas liberal e solidarista, que colocava, sempre, autonomia e direitos da personalidade em campos opostos, seria possível vislumbrar-se a aproximação

⁹⁵ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, 186-187.

⁹⁶ TIMM, Luciano Benetti. **"Descodificação", constitucionalização e reprivatização o no Direito Privado: O código civil ainda é útil?** Disponível em: <http://works.bepress.com/luciano_benetti_timm/40/>. Acesso em: 08 abr. 2013.

dos institutos, de modo a que a liberdade possa mesmo integrar o conteúdo nuclear da ideia de dignidade.⁹⁷

Aliás, mesmo na sempre citada matriz kantiana que estaria na origem do princípio da dignidade humana, a preocupação com a compatibilidade com a liberdade estava presente. Se a dignidade serve de fundamento último para a proteção dos direitos da personalidade, para o filósofo, a autonomia “é o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional”⁹⁸.

O cotejo da tutela dos direitos da personalidade e da autonomia permite compreender a existência de uma liberdade *positiva* no exercício destes direitos: para além de meros direitos de defesa erigidos contra a violação indevida por parte de terceiros, os direitos da personalidade também podem ser exercidos de modo *ativo* e, neste caso, permitindo ao titular algum grau de disponibilidade, por exemplo, sobre sua vida, integridade física ou privacidade.⁹⁹

Não se pode desconsiderar o risco de, a pretexto de se fazer valer o solidarismo estatal próprio do atual paradigma dos direitos da personalidade, incorrer-se no perigo de julgamentos morais, impondo-se aos cidadãos, em verdade, uma espécie de moral estatal, responsável por calibrar o grau de autonomia privada permissível em cada um dos atos envolvendo os direitos da personalidade.

3.2 PRIVACIDADE: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E ESTADO DA ARTE

A definição precisa do conteúdo da *privacidade*, sem que se tenha aí qualquer exagero retórico, já foi qualificado como uma verdadeira quimera, algo “que parece raiar os limites do impossível”¹⁰⁰ A doutrina portuguesa, buscando no direito comparado suporte para uma definição mais rigorosa, tem registrado esta dificuldade, uma vez que, mesmo no Estados Unidos, onde primeiro se desenvolveu metodologicamente a privacidade, não existe uma definição única, tratando-se, no

⁹⁷ CUNHA, Alexandre dos Santos. **Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental para o Direito Civil**. In: MARTIS-COSTA, Judith (org.). A reconstrução do direito privado. São Paulo: RT, 2002. p. 251.

⁹⁸ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 99.

⁹⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *op. cit.* p. 98.

¹⁰⁰ PINTO, Paulo Mota. **O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada**. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LXIX, 1993, p. 504.

mais, de conceito de criação jurisprudencial, como aliás é próprio dos países de tradição na *Common Law*. Na Alemanha e na França, de modo semelhante, o desenvolvimento do conceito de privacidade também pode ser encontrado a partir de decisões dos Tribunais, mas sem que se tenha obtido uma unidade dogmática em torno deste direito¹⁰¹.

Mesmo do ponto de vista etimológico, constata-se mais dissenso do que concordâncias quando se trata da privacidade. José Adércio Leite Sampaio, localizando a origem romana do termo, aponta que *privatus* deu origem à expressão norte-americana *privacy*¹⁰² – tendo sido esta, por sua vez, a origem da expressão nacional *privacidade*, um “anglicismo de empréstimo recente na língua”, conforme pontua Bruno Lewicki¹⁰³. Sem qualquer uniformidade, colhe-se na bibliografia especializada, aparentemente usadas no mesmo sentido, expressões como *direito à privacidade*, *direito ao recato*, *direito ao sigilo* e *direito à vida privada*, circunstância que não contribui para um exame científico do tema.

As razões para tal dificuldade decorrem de certa confusão conceitual, fruto de uma tensão entre *privacidade* e *informação*. Historicamente ligada aos programas liberais, a tutela da privacidade caracteriza-se como mais um desdobramento da proteção da liberdade do indivíduo, tradicionalmente manifestada no desejo de “ficar só”. Todavia, mais recentemente, esta primeira noção tem sido desafiada pelo crescente papel da informação na sociedade atual e pelos avanços tecnológicos que, não raro, colocam em xeque os limites de proteção daquilo se entende, tradicionalmente, por vida privada.

Daí o paradoxo: entre definir o conteúdo da privacidade em função daquilo que está contido no âmbito de sua proteção; ou, ao contrário, tendo em conta o que deve ser exposto ao público por força do acesso a informação, os conceitos e definições indicados pela doutrina tem variado ao sabor desta questão preliminar.

De todo modo, a inexistência de uniformidade terminológica, não sendo, como visto, algo exclusivo ou tido como uma deficiência da doutrina brasileira sobre o assunto,

¹⁰¹ DIAS, José Eduardo Figueiredo. *op. cit.* Acesso em: 08 set. 2013.

¹⁰² SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 268.

¹⁰³ LEWICKI, Bruno. *op.cit.* p. 28.

não parece criar nenhuma dificuldade intransponível para a sua análise¹⁰⁴. Neste ponto, “estender indefinidamente este debate seria muito mais cansativo que propriamente proveitoso”¹⁰⁵.

Visto por outro lado, “o problema reside menos na definição em si do que em determinar o que se espera desta definição”¹⁰⁶. Com efeito, sendo um instituto tão profundamente marcado pelo contexto histórico das sociedades onde se desenvolveu e, por isso mesmo, de certo modo *disforme*, o processo de generalização mostra-se inadequado e perigoso por impedir o alcance de todo o conteúdo do instituto.

Não havendo prejuízos científicos, a constatação de que há verdadeira fungibilidade no uso dos termos vistos anteriormente é suficiente para avançar.

Sob o ponto de vista histórico, a doutrina registra que a origem moderna do conceito jurídico de privacidade remonta à sociedade burguesa norte-americana do final do século XIX¹⁰⁷. Até então, não “havia realmente lugar para a tutela jurídica da privacidade em sociedades que confiavam sua regulação a outros mecanismos – fossem estes a rigidez da hierarquia social ou então a própria arquitetura dos espaços públicos e privados”.¹⁰⁸

Não havia espaço para a construção de um conceito de privacidade no seio de sociedades que sequer concediam espaço para a reserva do indivíduo, mesmo que fisicamente, com relação às pessoas com as quais convivia. Sem querer avançar sobre possíveis e eventuais argumentos de ordem biológica, a respeito da necessidade de uma esfera de reserva, a construção da privacidade parece, ao contrário, encontrar-se vinculada a contextos histórico-culturais.

Nesse sentido, para Stefano Rodotà, “o nascimento da privacidade pode ser historicamente associado à desagregação da sociedade feudal, na qual os indivíduos eram todos ligados por uma complexa série de relações que se refletiam

¹⁰⁴ DONEDA, Danilo. *op. cit.* p. 102.

¹⁰⁵ LEWICKI, Bruno. *op. cit.* p. 29.

¹⁰⁶ DONEDA, Danilo. *op. cit.* p. 104.

¹⁰⁷ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 60.

¹⁰⁸ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 8.

na própria organização da vida cotidiana”. Para o autor, “o isolamento era privilégio de pouquíssimos eleitos ou daqueles que, por necessidade ou opção, viviam distantes da comunidade – místicos ou monges, pastores ou banidos”.¹⁰⁹

Não era este, certamente, o contexto da nascente sociedade burguesa. A possibilidade de reserva física do indivíduo em face de terceiros era um desejo ao alcance da burguesia, seja pelas novas técnicas de construção das habitações, seja pela separação entre o lugar no qual se vive e o local do trabalho¹¹⁰. Mais que isto: a privacidade, em verdade, considerando o modo como se desenvolviam as relações sociais no Estado feudal, acabou por sinalizar o fim de um certo modo de opressão sobre as individualidades dos sujeitos. Bem por isso, “o desejo de intimidade assinalou o início do novo alinhamento de classes que estava destinado a se refletir numa luta de classes sem tréguas e nas reivindicações individualistas de um período ulterior”.¹¹¹

De tudo, pois, o que deve ser claramente colocado é que “a privacidade passa a ser prerrogativa de uma emergente classe burguesa que, com o seu forte componente individualista, utiliza-se dela para marcar sua identidade na sociedade e também para proporcionar que o burguês se isole dentro de sua própria classe”¹¹². Bem por isto, a doutrina registra que “não se encontram, antes do final do século XIX, registros de uma expressa construção jurídica do direito à intimidade e à vida privada”¹¹³; o que, de todo modo, não significa que inexistia tutela jurídica com relação a vida privada que, como se viu, tinha sua proteção realizada através de modelos teóricos trazidos do direito à propriedade.

Este contexto, se em um primeiro momento não chegou a viabilizar o desenvolvimento metodológico do conceito jurídico de privacidade, abriu espaço para que, posteriormente, no já mencionado contexto norte-americano do fim do século XIX, fossem produzidos os primeiros estudos, sob o ponto de vista da Ciência do Direito, sobre o tema. O pioneirismo, tradicionalmente, tem sido creditado ao juiz

¹⁰⁹ RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância. A privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 26.

¹¹⁰ RODOTÁ, Stefano. *op. cit.* p. 26.

¹¹¹ RODOTÁ, Stefano. *op. cit.* p. 26.

¹¹² DONEDA, Danilo. *op. cit.* p. 128.

¹¹³ MARTINS, Luciana Mabilia. **O direito civil à privacidade e à intimidade**. In: MARTINS-COSTA, Judith (org). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais no direito privado*. São Paulo: RT, 2002, p. 340

Thomas Cooley que, em 1880, externou em seu tratado de *Torts Law*, o que tem sido indicado como uma primeira preocupação com um “direito a estar sozinho”¹¹⁴.

Uma década depois, em 1890, coube aos norte-americanos Samuel Warren e Louis Brandeis a publicação, na prestigiada *Harvard Law Review*, do artigo *The Right to Privacy* – considerado, mesmo hoje, um dos mais importantes escritos jurídicos da história norte-americana e tido por José Adércio Sampaio Leite como um marco do fim da “pré-história” sobre a matéria¹¹⁵.

Além do valor histórico e da qualidade de marco teórico no estudo da privacidade, o mencionado artigo indica quais as dimensões da vida privada neste primeiro momento, demonstrando a sua profunda vinculação com o discurso liberal-burguês.

3.2.1 Privacidade e individualismo

Para os pioneiros autores norte-americanos, o direito à privacidade poderia ser condensado na expressão *right to be let alone*; o respeito à vida privada, portanto, assumia uma dimensão física, configurado no direito de ser deixado só¹¹⁶. Muito embora, conforme registra Danilo Doneda, deva-se ressaltar que os autores não definiram diretamente, em momento algum do artigo, o conteúdo do *right to privacy*; e que, mesmo a associação com a expressão *right to be let alone*, tenha sido feita de modo lateral¹¹⁷, ainda assim o estudo tornou-se referência do pensamento de sua época, talvez menos pela profundidade e mais por retratar justamente um pensamento estritamente liberal-burguês, próprio daquele contexto histórico.

Concentrada a sua importância no âmbito histórico, a privacidade retratada no mencionado trabalho difundiu a vinculação da *privacy* com o direito ao isolamento, àquela época estimulado “pela crescente intromissão na vida alheia propiciada pelo desenvolvimento tecnológico, através do uso que passava a ser feito, especialmente pela imprensa, de meios como a fotografia e as gravações”¹¹⁸. A privacidade, pois,

¹¹⁴ LEWICKI, Bruno. *op. cit.* P. 32.

¹¹⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. *op. cit.* p. 33.

¹¹⁶ Tepedino, Gustavo; Barboza, Heloisa Helena; Moraes, Maria Celina Bodin. **Código Civil Interpretado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 60.

¹¹⁷ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 105.

¹¹⁸ LEWICKI, Bruno. *op. cit.* p. 33.

tinha como foco uma *tutela física*, por assim dizer, relacionada a um direito subjetivo de manter-se fisicamente sem companhia.

Danilo Doneda, referindo-se a este primeiro período, informa que a privacidade “em seus primórdios, marcada por um individualismo exacerbado e mesmo egoísta, portou a feição do direito a ser deixado só”. O autor registra que, neste período, o paradigma da privacidade pode ser caracterizado “como uma *zero-relationship*, como uma ausência de comunicação entre o sujeito e os demais”.¹¹⁹

Também assim, para Rodotá, a relação entre o discurso liberal e o modelo de proteção da privacidade seria fortíssima. Para o autor, “não é por acaso que seus instrumentos jurídicos de tutela foram predominantemente modelados como base naquele característico do direito burguês por excelência, a propriedade”¹²⁰. E, justamente por conta desta vinculação, as críticas dirigidas ao modelo liberal de tutela da propriedade também alcançam aquele regime de tutela da privacidade, uma vez que “o direito a ser deixado só” pode assumir um significado imensamente negativo quando isso implica no desinteresse pelas condições de vida dos menos favorecidos, representando o abandono dos mais fracos à violência social”.¹²¹

É interessante observar as relações entre propriedade e privacidade nas primeiras manifestações que se tem notícia da jurisprudência sobre o tema.

Em 1348, um tribunal inglês julgou ilegal a violação de domicílio com base no direito à privacidade¹²². José Adércio Leite Sampaio, à propósito da relação entre propriedade e privacidade, indica que a Magna Carta inglesa a violação da casa do cidadão sob a ótica do devido processo legal, enunciando o princípio segundo o qual *a man's house is his castle*, em 1604. Em 1776, em discurso no Parlamento, o Lorde Chatam proclamou que mesmo o homem mais pobre tem o poder de, em sua casa, desafiar a Coroa. Nos Estados Unidos, em razão das buscas e apreensões arbitrárias realizadas pelos ingleses nas casas e estabelecimentos dos colonos, a vida privada foi objeto da Quarta Emenda à Constituição. Por último, do mesmo modo, também os revolucionários franceses, proclamaram disposição semelhante

¹¹⁹ DONEDA, Danilo. *op. cit.* p. 08.

¹²⁰ RODOTÁ, Stefano. *op. cit.* p. 27.

¹²¹ RODOTÁ, Stefano. *op. cit.* p. 27.

¹²² DOTTI, René Ariel. **A liberdade e o direito à intimidade**. In: Revista de Informação Legislativa, n. 66, 1980, p. 134.

em 1789 e, como consequência, em 1791, a inviolabilidade do domicílio restou tutelada pela Constituição de 1791, juntamente com a inviolabilidade da correspondência (que, malgrado não tenha obtido disposição constitucional expressa, fora tipificada como crime no Código Penal francês do mesmo ano)¹²³.

Não por outra razão, mesmo mais recentemente é possível colher da doutrina impressões que vinculam outro símbolo das revoluções liberais, como a *liberdade*, à privacidade, a exemplo do que faz Ronaldo Porto Macedo Júnior quando afirma que “o moderno conceito de direito à intimidade e à vida privada se apresenta como um direito à liberdade”.¹²⁴

À propósito das relações entre burguesia, individualismo e privacidade, deve-se registrar ainda que “a inserção de um direito à privacidade em ordenamentos de cunho eminentemente patrimonialista fizeram dela uma prerrogativa reservada a extratos sociais bem determinados”. Sem meias palavras: a privacidade, tão burguesa e individualista, era algo restrito aos cidadãos detentores do poder econômico, o que fica bem claro nos casos emblemáticos da crônica judiciária de eras passadas referentes à privacidade – envolvendo os literatos Alexander Pope e Jonathan Swift, o casal real, Príncipe Albert e a rainha Victoria e na Inglaterra; a atriz Elisa Rachel Félix, na França; ou ainda o tenor Enrico Caruso e o ditador Benito Mussolini, na Itália, enfim, todos de algum modo ligados às camadas superiores da pirâmide social.¹²⁵

As relações entre privacidade e individualismo são escancaradas no uso que a jurisprudência norte-americana fez do conceito para alcançar outros temas, originariamente fora do debate do *right to be alone*: os mesmos fundamentos liberais que inspiraram o conteúdo da *privacy* naquele país permitem estendê-lo ao direito de ter em casa livros e filmes considerados obscenos; direito a não sofrer buscas e revistas que venham a ferir uma expectativa razoável de privacidade; e o direito a escolher o próprio cônjuge e tomar outras decisões tidas como fundamentais quanto a própria vida, consoante exemplos extraídos por José Adércio Leite Sampaio da

¹²³ SAMPAIO, José Adércio Leite. *op.cit.* p. 48-49.

¹²⁴ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Privacidade, mercado e informação**. In: Revista Justitia, n. 61, 1999, p. 246.

¹²⁵ DONEDA, Danilo. *op. cit.* p. 11.

experiência norte-americana¹²⁶. Neste mesmo sentido, a doutrina tem associado à ideia de privacidade, neste primeiro momento, a outro verdadeiro pilar do discurso jurídico-liberal: a *propriedade*. Na origem, o ideal de manter-se sozinho e afastar a ingerência de terceiros sobre um determinado espaço físico não esconde uma certa “cumplicidade entre a proteção da privacidade e a da propriedade”¹²⁷.

De qualquer modo, deve-se registrar que o pioneiro artigo de Warren e Brandeis não pode ser tomado como referência a respeito desta vinculação entre privacidade e propriedade. Muito embora a relação tenha sido naturalmente estudada por conta das raízes liberais do discurso da vida privada, o estudo dos autores norte-americanos não se valia deste argumento; ao contrário, partindo-se do novo fenômeno identificado à época, no que concerne ao alcance da comunicação de massa, o artigo tinha o direito à privacidade como instituto autônomo, e não ligado à tutela da propriedade¹²⁸.

3.2.2 Privacidade e controle de informações

Ao longo do século XX, as críticas formuladas contra um perfil essencialmente liberal do Direito Civil, assim entendido enquanto setor jurídico cujo objeto de tutela era essencialmente o patrimônio e sem preocupações com a existência humana, acabou cunhando um novo perfil da privacidade.

Ligado que fosse às suas origens liberais, o perfil da privacidade foi moldado à luz das críticas e das mudanças direcionadas ao próprio perfil dos *direitos da personalidade*¹²⁹. Uma vez presente um novo modelo de tutela dos direitos da personalidade, cuja principal característica passa a ser a existência de um *direito subjetivo a prerrogativas mínimas para manutenção da dignidade humana*, a tônica do direito à privacidade, do mesmo modo, apontará para a ampliação de seu conteúdo, com vistas à *proteção integral da pessoa humana*.

A inflexão da tendência anterior, liberal e individualista, tem sido estudada pela doutrina tendo em conta fatores históricos e eventos econômicos, a exemplo das

¹²⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. *op. cit.* p. 103-105.

¹²⁷ DONEDA, Danilo. *op. cit.* p. 116.

¹²⁸ DONEDA, Danilo. *op. cit.* p. 139.

¹²⁹ Alude-se, aqui, aos paradigmas de direitos da personalidade, conforme item 3.2.

modificações impostas em função do remodelamento do Estado Liberal para o Estado Intervencionista; a mudança do relacionamento do cidadão com o Estado, tendo como consequência uma maior cobrança por *prestações*, e não apenas *abstenções*; reivindicações da classe trabalhadora e o crescimento do fluxo de informações.¹³⁰

Assim, o conteúdo e os limites do direito à privacidade, ao contrário do perfil semelhante à propriedade moldado até então, deve assumir uma estrutura diferente, de modo a distanciar-se de um modelo que busca definir, simplesmente o que é público e o que é privado. Ao contrário, é possível enquadrar a proteção da privacidade no contexto geral da proteção integral da pessoa, seja sob uma dimensão pública, seja sob uma dimensão privada¹³¹.

Semelhante às mudanças operadas no âmbito do direito à propriedade, a privacidade deve ter em consideração o fato de que a sua proteção absoluta não pode sobrepujar eventual interesse público em sua mitigação. Mais que isto: não é suficiente estabelecer os limites e o conteúdo da privacidade simplesmente buscando enquadrar o problema como uma “questão de direito público” ou de “direito privado”, sendo de uma simplificação enorme buscar delimitar o conteúdo da privacidade a partir deste critério.

De fato, “o homem que a Constituição considera [...] não é um indivíduo fechado em seu egoísmo e na sua estreita esfera privada e particular, mas um indivíduo necessariamente e por natureza aberto aos outros, à vida de relação e social”¹³². De tal forma aberto às suas relações, não se pode perder de vista que os limites do exercício do direito à privacidade deve encontrar seus contornos na concretude das relações jurídicas estabelecidas, e não de modo abstrato, qualificando-se as relações como “de direito público” ou “de direito privado”.

Semelhante alerta é feito por Doneda, para quem “é importante estarmos atentos a não construir o discurso sobre a privacidade a partir de bases proprietárias – por exemplo, através de sua relação com o espaço, com a exclusão e,

¹³⁰ DONEDA, Danilo. *op. cit.* p. 12.

¹³¹ NEGREIROS, Teresa. **A dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios**. In: LOBO TORRES, Ricardo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 340.

¹³² LEWICKI, Bruno. *op. cit.* p. 83-84

consequentemente, com as situações subjetivas patrimoniais”¹³³. Assinalando a mudança do perfil do direito à privacidade, o autor afirma que “a trajetória percorrida pelo direito à privacidade reflete [...] uma mudança de perspectiva para a tutela da pessoa”¹³⁴. Para o autor, “uma esfera privada, na qual a pessoa tenha condições de desenvolvimento da própria personalidade, livre de ingerências externas, ganha hoje ainda mais em importância”, circunstância que, em última análise, prende-se ao livre desenvolvimento da existência humana.¹³⁵

Também assim, para Mônica Aguiar, mais do que o tradicional direito de estar só, o direito à vida privada abrange a prerrogativa do indivíduo “de excluir do conhecimento público fatos que denotem preferências e outros dados que a pessoa julgue devam ser subtraídos dessa esfera de informação”.¹³⁶

A mesma mudança de perspectiva é assinalada por Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Barboza quando afirmam que a “primeira acepção da privacidade, como o ‘direito a estar sozinho’, embora difusamente acolhida, vem sendo paulatinamente superada pelo direito civil contemporâneo”. Os autores apontam para uma superação do paradigma que ligava a privacidade ao discurso proprietário, de modo que, contemporaneamente, a proteção da vida privada é expressão e dimensão fundamental da própria proteção da pessoa humana.¹³⁷

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, “o direito à vida privada transcende o direito de estar só”. Os autores sustentam que, “o direito à privacidade se apresenta, também, como útil instrumento para realizar a dignidade humana em perspectiva social e econômica”. Afastando-se de uma perspectiva individualista da proteção da vida privada, concluem que “não se pode negligenciar, pois, uma dimensão coletiva da proteção da vida privada, rompendo esquemas de opressão ao

¹³³ DONEDA, Danilo. *op. cit.* p. 115.

¹³⁴ DONEDA, Danilo. *op. cit.* p. 141.

¹³⁵ DONEDA, Danilo. *op. cit.* p. 142.

¹³⁶ CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 31-32.

¹³⁷ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil Interpretado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 61.

mais fraco imposta pelo detentor do poder econômico, social ou político – ou mesmo de uma situação de vantagem”.¹³⁸

Conforme sustentam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, já agora sob este novo contexto, distinto do paradigma que ligava a defesa da vida privada a preocupações individualistas e a um discurso essencialmente burguês, não se pode, realmente, ignorar o surgimento de uma dimensão coletiva – dimensão esta que, de acordo com Rodotá, acaba sendo o seio “onde está se organizando a parte mais vital do debate em curso”.¹³⁹

Esta nova perspectiva abre novos cenários para a tutela da privacidade. É que, se antes o seu perfil permitia desenhar o seu conteúdo apenas em torno da reserva física, da solidão, enfim, do “direito de estar só”, como já referido, já agora, a partir da adoção de novos marcos teóricos, o alcance da tutela da vida privada torna-se tão largo quanto sejam maiores as múltiplas ameaças, sobretudo em função do desenvolvimento tecnológico.

Um destes marcos, por exemplo, pode ser localizado na obra do autor italiano Stefano Rodotá, para quem a tutela da privacidade deve corresponder ao controle sobre as próprias informações e de determinar as modalidades de construção da própria esfera privada¹⁴⁰. Especificamente quanto a distinção deste novo paradigma de tutela da privacidade em relação ao anterior, Maria Celina Bodin de Moraes, em apresentação da edição brasileira de uma das obras do referido autor afirma que:

O notório conceito do “direito a ficar só”, o direito à vida privada atribuído à elaboração de Warren e Brandeis [...] é qualitativamente diferente da privacidade como “direito à autodeterminação informativa”, o qual concede a cada um de nós um real poder sobre nossas próprias informações, nossos próprios dados. Percebe-se aqui, segundo Rodotá, um ponto de chegada na longa evolução do conceito de privacidade, da originária definição – *the right to be let alone* – ao direito de manter o controle sobre as próprias informações e de determinar as modalidades de construção da própria esfera privada. Visto desta maneira, configura-se o direito à privacidade

¹³⁸ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil. Teoria Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 194.

¹³⁹ RODOTÁ, Stefano. *op. cit.* p. 31.

¹⁴⁰ RODOTÁ, Stefano. **Tecnologie e Diritti**. Bologna: Il Mulino, 1995, p. 122.

como um instrumento fundamental contra a discriminação, a favor da igualdade e da liberdade¹⁴¹.

É no contexto do que Rodotá chama de “direito à autodeterminação informativa” que a proteção de dados e informações pessoais assume maior relevo e pode ser inserida no conteúdo da privacidade. Tendo, já agora, como principal diretriz a tutela da pessoa humana, não se pode descurar que “nas sociedades de informação, como são as sociedades em que vivemos, pode-se dizer que ‘nós somos as nossas informações’, pois que elas nos definem, nos classificam, nos etiquetam”¹⁴². Diante disso, torna-se necessário expandir-se a tutela da privacidade também para o campo das informações pessoais.

A captação e o processamento de informações pessoais permite algo nunca visto, até então, a título de violação da privacidade: o afrontamento deste direito de modo anônimo, a realização de trocas comerciais envolvendo estes dados de modo oculto e, mais grave, a obtenção de novas informações a partir do tratamento deste dados¹⁴³.

Em vista destes novos riscos à privacidade, deve-se ter em conta que a questão principal não gira em torno da tecnologia, nem da necessária transparência de certas informações; com efeito, nem suprimir o desenvolvimento tecnológico, nem exigir segredo onde deva existir abertura de dados seriam soluções plausíveis para o novo cenário de eventual afronta à privacidade. No ponto, mais correto é ter presente que “a melhor forma de observar a questão não é por meio da dicotomia entre tecnologia e privacidade, mas sim, a partir da concepção de que o desenvolvimento tecnológico deve ser harmonizado com a preservação da privacidade dos cidadãos”¹⁴⁴.

Do mesmo modo, considerando ser “uma das características mais marcantes da nossa sociedade”, Bruno Lewicki registra que a “incessante circulação de dados e de informações” permite entrever um novo perfil da privacidade. É que “não é mais suficiente conceber a privacidade apenas no seu aspecto negativo, de defesa frente

¹⁴¹ RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância. A privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 07.

¹⁴² RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância. A privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.07.

¹⁴³ MENDES, Laura Schertel. **Transparência e privacidade: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo** (Dissertação de mestrado). Brasília: UNB, 2008, p. 24.

¹⁴⁴ MENDES, Laura Schertel. **Transparência e privacidade: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo** (Dissertação de mestrado). Brasília: UNB, 2008, p. 25.

às invasões indevidas, mas é preciso também contemplá-la como um direito ativo da pessoa controlar o fluxo de informações que lhe diz respeito”.¹⁴⁵

E mais: de uma anterior conotação individualista, a privacidade passa a ter uma importante feição coletiva. Vale dizer, os problemas envolvendo a privacidade não dizem respeito exclusivamente a cada titular do direito, devendo a sua tutela ser tratada como objeto de uma *política legislativa*.¹⁴⁶

Lançando os olhos para o passado, assim, pouco restou do perfil da privacidade em seus primórdios. De direito subjetivo vinculado a uma dimensão física e *proprietária*, já se afirma atualmente que a “tutela da privacidade é mais bem enquadrada dentro do que foi descrito por Perlingieri como uma situação subjetiva complexa”¹⁴⁷ – o que, realmente, não pode ser tomado como falso, nem como exagero retórico, tendo em vista o complexo de interesses, deveres e direitos não somente do titular, como da coletividade, envolvidos em torno deste instituto.

Sob este viés, o reconhecimento da vida privada enquanto direito fundamental ampliou-se. Passou a constar da Declaração dos Direitos do Homem, da Convenção Americana dos Direitos do Homem (1969), da Convenção pela Proteção das Pessoas em relação ao tratamento automatizado de dados de caráter pessoal (1981)¹⁴⁸.

Não mais apenas sob o ponto de vista de vida privada ligada ao domicílio e conferindo tutela também às informações pessoais, inúmeras leis, em diversos países, passaram a regulamentar o uso destes dados. Cite-se, quanto ao ponto, a lei francesa de 06 de agosto de 1978, relativa à informática, fichários e liberdade; a lei alemã de 1º de janeiro de 1978 e a lei italiana n. 675 de 31 de dezembro de 1996¹⁴⁹.

O quadro atual, pois, permite entrever mais do que a privacidade enquanto respeito à reserva e ao isolamento; desgarrada de sua matriz liberal, a tutela da privacidade tem como pano de fundo a tutela da própria existência humana com dignidade, de modo a corresponder “à construção de uma esfera pessoal na qual seja possível

¹⁴⁵ LEWICKI, Bruno. *op. cit.* p. 88.

¹⁴⁶ DONEDA, Danilo. *op. cit.* p. 30.

¹⁴⁷ DONEDA, Danilo. *op. cit.* p. 144.

¹⁴⁸ SOUZA, Maria Isabel de Azevedo. *op. cit.* p. 309.

¹⁴⁹ SOUZA, Maria Isabel de Azevedo. *op. cit.* p. 310.

uma liberdade de escolha e, conseqüentemente, o desenvolvimento da personalidade”¹⁵⁰.

Conseqüência desta verdadeira virada conceitual, a privacidade corresponde cada vez menos a um *direito*, assim entendido enquanto *direito a algo específico* ou a um *bem jurídico*, como sói ocorrer com o direito à propriedade ou o direito à imagem. Neste novo cenário, talvez seja mais prudente (e acertado, sob o ponto de vista teórico), associar o direito à privacidade a um *bloco de prerrogativas*, todas vinculadas ao que Doneda intitula como “administração das escolhas pessoais como forma de projetar a personalidade no exterior”¹⁵¹. Assim, tal a importância do regime de proteção das informações pessoais, que Rodotá, em introdução aos leitores brasileiros de uma de suas obras lançadas no país, alude à “proteção de dados como direito fundamental”.¹⁵²

3.3 TUTELA DA PRIVACIDADE, DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO

O direito à privacidade, vinculado ao controle das informações daquilo que seria essencialmente privado, e não poderia ser acessado pelo público, é um dos temas profundamente marcados pela dicotomia existente entre Direito Público e Direito Privado.

Com efeito, se a autonomia da vontade é um dos pilares do direito privado, talvez uma de suas mais importantes expressões seja o poder que o indivíduo detém de impedir que a sociedade intrometa-se, de qualquer modo, em certos círculos pessoais que interessariam exclusivamente a ele próprio. Trata-se do que Celso Lafer intitula *princípio da exclusividade*. Por este princípio, próprio do regime de direito privado, certas dimensões da vida individual de cada cidadão interessariam *exclusivamente* a ele próprio; daí a possibilidade de excluir do conhecimento de terceiros aquilo que só a ele se refere, e que diz respeito ao seu modo de ser no âmbito da vida privada¹⁵³.

¹⁵⁰ DONEDA, Danilo. *op. cit.* p. 144.

¹⁵¹ DONEDA, Danilo. *op. cit.* p. 145.

¹⁵² RODOTÁ, Stefano. *op. cit.* p. 13.

¹⁵³ LAFER, Celso. *op. cit.* p. 267.

Tão importante, pois, a privacidade para a definição do que é privado e do que é público, que já se disse que o princípio da exclusividade – que fundamenta, em última ordem, a tutela da vida privada – é pedra fundamental para a construção do direito privado¹⁵⁴.

Interessante observar que, no direito romano, a oposição entre o público e o privado “relacionava-se com a separação entre o que era de utilidade comum e o que dizia respeito à utilidade dos particulares. Assim, já se esboçava na Antiguidade clássica que o público é a esfera que se mostra, que é visível a todos, ao passo que o privado, em oposição, é aquilo que não se mostra, que não fica visível a todos”.¹⁵⁵

Com a fluidez identificada nas fronteiras entre o Direito Público e o Direito Privado, os próprios limites do conteúdo da privacidade passam a ser testados sob este novo contexto. Se, junto da dicotomia Direito Público / Direito Privado, encontra-se vinculada uma outra, que opõe o que pode ser acessado pela sociedade e que deve permanecer sob conhecimento exclusivamente do indivíduo¹⁵⁶, parece claro que o rompimento das barreiras da primeira atingirá a segunda, com efeitos diretamente ligados ao âmbito de proteção da privacidade.

Não por outra razão, mesmo nas franjas da singela expressão “vida privada”, pode-se perceber “o discurso que proclama a distinção entre as coisas da vida pública e as da vida privada, no estabelecimento de limites, numa lógica que é de exclusão”; nestes termos, ainda crente numa rígida separação generalista entre o que é público e o que é privado, referido discurso corre o risco de “induzir a um pensamento moldado em torno de uma dicotomia entre público e privado; entre interesses públicos e privados, indicativos de uma escolha ideológica que arrisca afastar a ideia

¹⁵⁴ SOUZA, Maria Isabel de Azevedo. **O princípio da exclusividade como nota distintiva do direito privado**. In: MARTINS-COSTA, Judith. (Org.). A reconstrução do direito privado. 1ªed. São Paulo: RT, 2002, p. 309.

¹⁵⁵ MARTINS, Luciana Mabilia. **O direito civil à privacidade e à intimidade**. In: MARTINS-COSTA, Judith (org). A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais no direito privado. São Paulo: RT, 2002, p. 342-343.

¹⁵⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 01, São Paulo, 1992.

de um ordenamento jurídico unitário e ordenado em torno de uma tábua axiológica comum”.¹⁵⁷

Quer-se com isto dizer que as profundas modificações impostas no âmbito da teoria geral dos direitos da personalidade, como buscou-se demonstrar, e a importante aproximação dos campos, antes rigorosamente separados, do Direito Público e do Direito Privado, não mais permitem ter em conta a privacidade com base em rígidas separações generalistas entre o que será exclusivamente privado e o que se permitirá ser acessado pelo público.

3.4 REGIME BRASILEIRO DE TUTELA DA PRIVACIDADE

Ainda que sem uma sistematização teórica adequada, a tutela da privacidade já se fazia presente na Constituição do Império, a qual protegia expressamente a domicílio e o sigilo da correspondência do cidadão, respectivamente nos artigos 179, inciso VII (“Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar”) e inciso XXVII (“O Segredo das Cartas é inviolavel. A Administração do Correio fica rigorosamente responsavel por qualquer infracção deste Artigo”).

As demais Constituições que se seguiram mantiveram, ao menos teórica e abstratamente, as garantias que naquele momento correspondiam ao conteúdo da privacidade – tendo sido criadas, no entanto, ao sabor dos regimes autoritários que se seguiram, uma série de exceções legais a estes direitos, sob razões de “ordem pública” ou “segurança institucional”.

Sob o ângulo constitucional, somente com a Constituição de 1988 é que o regime brasileiro de tutela da privacidade mostrou-se efetivamente em compasso com o desenvolvimento teórico da matéria, no âmbito da doutrina, “na linha do que constituía a *communis opinio doctorum*”¹⁵⁸; e, mais importante, também em compasso com os reclamos da sociedade, sobretudo após o largo período de

¹⁵⁷ DONEDA, Danilo. *op. cit.* p. 109.

¹⁵⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito civil: alguns aspectos da sua evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 26.

supressão de garantias democráticas, inclusive daquelas relacionadas à vida privada.

Neste contexto, a Constituição Federal de 1988, prevê um verdadeiro *bloco normativo* de proteção à vida privada, como se deduz do artigo 5º, inciso 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”); inciso 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”) e inciso 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”). Ademais, prevê também hipótese de exercício positivo do mesmo direito para fins de obtenção de informações pessoais, no caso do *habeas data* (artigo 5º, inciso LXXII)

Sob o ângulo infraconstitucional, tendo sido a matéria relegada aos domínios do Direito Público, não havia, até o Código Civil de 2002, regulamentação a respeito do tema. Deste modo, a existência apenas da previsão constitucional sugere que a mera alusão, sem maiores regulamentações, seria suficiente para a constituição de uma tutela adequada da vida privada – sendo este, no mais, o pensamento dominante à época e que cria a paradoxal situação descrita por José Carlos de Oliveira Ascensão a respeito dos direitos da personalidade, em tudo aplicável à privacidade no particular: “o Código Civil não regulou os direitos da personalidade porque não quis duplicar a Constituição; esta não regula os direitos civis, porque o que a preocupa são as vinculações do Estado perante os cidadãos”.¹⁵⁹

E, mesmo no Código Civil, não se pode dizer que a regulação do tema fora especialmente generosa. De modo direto, tem-se a vaga previsão do artigo 21 (“A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”); indiretamente, identifica-se a tutela da privacidade, de certo modo,

¹⁵⁹ ASCENSÃO, José Carlos Oliveira. **Os direitos da personalidade no Código Civil brasileiro**. In: Revista Forense, v. 342, 1998, p. 123.

também na proibição da divulgação de escritos e na exposição ou utilização de imagem (artigo 20), como também – aludindo ainda ao discurso proprietário que marcou a tutela da privacidade sob o paradigma liberal – nas regras de direitos reais relativas ao direito de vizinhança (especialmente os artigos 1.301 e 1.302).

Deve-se registrar, ainda, a aparente distinção feita no âmbito do regime brasileiro entre *privacidade* e *intimidade*, conforme se extrai do texto do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. Para Mônica Aguiar, tal circunstância não pode ser desconsiderada no tratamento da matéria, sob pena de desconsiderar-se que a lei – “aquí entendida como qualquer texto normativo”¹⁶⁰ – não contém palavras inúteis. Daí, pois, para a autora, a necessidade de se distinguir os conceitos, uma vez que “não há como prevalecer, entre nós, a identidade no conteúdo dos dois direitos enfocados”.¹⁶¹

O direito à vida privada pode ser apreendido como “a faculdade atribuída às pessoas físicas de excluir do conhecimento dos outros, além da família e amigos íntimos, sentimentos, emoções, pensamentos, orientação sexual, valores espirituais próprios que revelem sua personalidade psíquica”¹⁶². A relação entre privacidade e intimidade existe em função do *grau do segredo* ou da sensibilidade da informação que se busca resguardar, “no sentido de maior amplitude da exclusão do outro”¹⁶³; protege, enfim, “o conhecimento de dados [...] detido pela própria pessoa e pelos poucos com quem o titular do direito consente em partilhar”.¹⁶⁴

De qualquer modo, à parte as distinções conceituais entre intimidade, vida privada e privacidade, para os fins deste trabalho, tenha-se claro que a doutrina considera como objeto de tutela, tanto a vida privada em seu sentido informacional – o direito

¹⁶⁰ CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 32.

¹⁶¹ CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 34.

¹⁶² CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 36.

¹⁶³ CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 44.

¹⁶⁴ CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 44.

de omitir informações e guardar segredos -, quanto o respeito à vida privada, no que tange à liberdade de conduzir a própria vida¹⁶⁵.

Nesse sentido, Roxana Cardoso Brasileiro Borges defende “que o direito à privacidade visa permitir à pessoa excluir do conhecimento de terceiros seus sentimentos, orientações ou comportamentos culturais, religiosos, sexuais, domésticos, [enfim], protege do conhecimento alheio o modo de ser da pessoa”¹⁶⁶.

Assim, tanto maior o conteúdo do direito à privacidade, tanto maior será aquilo que se compreende como contido em uma zona de exclusivo controle da pessoa; ao mesmo tempo, esta relação atrai a conclusão de que, tanto menor a privacidade, tanto maior será a compreensão do que estaria contido em uma zona de interesse público, em que o acesso a informações e dados dos indivíduos seria justificado por razões de segurança ou de transparência.

3.5 LIMITES À PRIVACIDADE

De modo muito objetivo, os limites que se colocam à privacidade decorrem naturalmente do conteúdo que se concede ao direito à informação. A divulgação de informações, o acesso a dados ou imagens e a captação do segredo somente será possível quando em face de cada uma destas prerrogativas não se contrapor a privacidade do titular daquilo que se pretende divulgar. Em outros termos, sem exagero retórico, pode-se afirmar que a privacidade encontra-se em permanente estado de tensão com o direito à informação – e esta, por sua vez, tem como diretriz a existência do que a doutrina convencionou chamar de *interesse público*.

No âmbito publicista, tornou-se corrente a noção de que o interesse público aproxima-se da ideia de *bem comum*, em distinção ao interesse individual¹⁶⁷; a vida em sociedade, por assim dizer, exigiria que os cidadãos, individualmente, por vezes renunciassem a prerrogativas individuais a bem do interesse comum da sociedade.

¹⁶⁵ ASSIS JÚNIOR, Luiz Carlos. **Intimidade genética, planos de saúde e relações de trabalho**. In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, n. 19, 2009, p. 17-18.

¹⁶⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: 2007, p. 19.

¹⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo**. In: Maria Sylvia Zanella Di Pietro; Carlos Vinícius Alves Ribeiro. (org.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 86.

De um tal raciocínio decorre o propalado *princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular*, definido objetivamente como a superioridade do interesse público perante os demais interesses (individuais) existentes na sociedade.¹⁶⁸

É certo que, mais recentemente, críticas contundentes tem sido direcionadas ao mencionado princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular. Em conhecida coletânea, registrou-se que o “Direito Público, no marco de uma Constituição pluralista, não pode mais ser visto como garantidor do ‘interesse público’ titularizado pelo Estado, mas sim como instrumento de garantia, pelo Estado, dos direitos fundamentais positivos ou negativos”¹⁶⁹; e que, ademais, sobre o mesmo princípio, “vozes autorizadas vem se levantando na doutrina para contestar a existência do princípio em pauta, ou para dar a ele nova formulação, mais compatível com os direitos fundamentais do administrado e o estatuto axiológico do Estado Democrático de Direito”.¹⁷⁰

De todo modo, para os fins de definição dos limites da privacidade, a cláusula do interesse público, feita a ressalva de que “uma coisa é considerar para efeito de ponderação os interesses públicos, outra é partir do pressuposto de que sempre deva prevalecer sobre quaisquer interesses privados”¹⁷¹, parece suficiente para definir as *situações, previstas anteriormente pela legislação ou não, em que o acesso à informação é considerado prioritário em face do direito à privacidade*.

Para Tatiana Malta Vieira, na análise do regime brasileiro de tutela da privacidade “observam-se restrições expressas nas modalidades diretamente constitucionais e indiretamente constitucionais, e também restrições implícitas”. Segundo a autora, há

¹⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.p. 35.

¹⁶⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A “supremacia do interesse público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Público contemporâneo**. In: SARMENTO, Daniel (org). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 02-03.

¹⁷⁰ SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesse privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional**. In: SARMENTO, Daniel (org). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 27.

¹⁷¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A “supremacia do interesse público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Público contemporâneo**. In: SARMENTO, Daniel (org). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 05.

restrição diretamente constitucional à privacidade das comunicações nas alíneas 'b' e 'c' do inciso I do §1º do art. 136 e no inciso III do art. 139¹⁷² – que, respectivamente, referem-se à restrição ao sigilo de correspondência, de sigilo de comunicação telegráfica e telefônica, durante o estado de defesa; e à restrição ao sigilo das comunicações, em caso de estado de guerra.

Do mesmo modo, a restrição também seria diretamente constitucional na hipótese de proteção da privacidade vinculada ao domicílio (artigo 5º, inciso XI), porquanto permitida a invasão durante o dia, por ordem judicial, ou a qualquer hora em caso de flagrante delito ou desastre, para prestar socorro¹⁷³.

Ainda para a autora, a técnica de restrição indiretamente constitucional foi adotada na hipótese do inciso XII do art. 5º, uma vez que o sigilo das comunicações encontra-se limitado expressamente nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, tendo como requisito objetivo as finalidades de investigação criminal ou instrução processual penal.¹⁷⁴

Por fim, além das restrições expressas, existem restrições implícitas à privacidade “quando entra em conflito com direito fundamental de outro cidadão ou com outro valor também previsto constitucionalmente”¹⁷⁵. Para a autora, “isto decorre da amplitude do âmbito de proteção dessa garantia que, por ser tão extenso, acaba entrando em colisão com outras previsões constitucionais, especialmente com dispositivos que amparam o direito à liberdade de expressão e de comunicação, o direito de livre acesso à informação e à segurança pública”.¹⁷⁶

Como se vê, em todas as restrições expressas ou implícitas à privacidade existe, de modo imanente, um balanceamento favorável ao interesse público: é o que ocorre quando se permite o acesso ao sigilo às comunicações pessoais em geral, em estado de defesa ou de guerra; também para a garantia da ordem judicial e da segurança pública; e, por fim, nas hipóteses de garantia da produção de prova para

¹⁷² VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 166.

¹⁷³ VIEIRA, Tatiana Malta. *op.cit.* p. 167.

¹⁷⁴ VIEIRA, Tatiana Malta. *op.cit.* p. 167.

¹⁷⁵ VIEIRA, Tatiana Malta. *op.cit.* p. 168.

¹⁷⁶ VIEIRA, Tatiana Malta. *op.cit.* p. 168.

esclarecimento de crime ou para exercício da liberdade de informação – que, neste último caso, também é um direito fundamental.

Certo que seja, mais uma vez, que o Estado não pode sempre sobrepor eventual interesse público em face da garantia da privacidade, parece não menos correto, por outro lado, o fato de que o regime constitucional brasileiro já prevê soluções prévias para a tensão entre privacidade e informação, tendo como principal norte justamente o interesse público materializado nas hipóteses específicas vistas anteriormente.

Mesmo para soluções não estabelecidas diretamente na lei, a doutrina sugere a existência de um mesmo padrão de argumentação, ainda com base na existência ou não de interesse público no acesso a determinada informação.

É o que se percebe, por exemplo, nas situações envolvendo os limites da privacidade de políticos, artistas, atletas e pessoas de alta notoriedade em geral. Nestas hipóteses, para Luís Roberto Barroso:

[...] a doutrina e a jurisprudência costumam identificar um elemento decisivo na determinação da intensidade de sua proteção: *o grau de exposição pública* da pessoa, em razão de seu cargo ou atividade, ou até mesmo de alguma circunstância eventual. A privacidade de indivíduos de vida pública – políticos, atletas, artistas – sujeitas-se a parâmetros de aferição menos rígido do que os de vida estritamente privada. [...]. Remarque-se bem: o direito de privacidade existe em relação a todas as pessoas e deve ser protegido. Mas o âmbito do que se deve interditar à curiosidade do público é menor no caso das pessoas públicas.¹⁷⁷

Tal conclusão, para o autor, dá-se em função de circunstância ligada ao interesse público quanto ao acesso da informação: “entende-se que as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica uma posição de preferência – *preferred position* – em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados”.¹⁷⁸

Há, portanto, interesse público na manifestação de liberdade relacionada à circulação de informações, como corolário inclusive da livre manifestação de ideias. Sempre tendo como norte o fato de que a referida locução não pode servir de

¹⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação.** In: FARIAS, Cristiano Chaves de (org.). *Leituras complementares de Direito Civil.* Salvador: Editora Podivm, 2009, p. 111.

¹⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.* p. 117.

fundamento para o rebaixamento arbitrário de direitos individuais pode-se dizer, inclusive, como o faz Luís Roberto Barroso que:

o interesse público na divulgação de informações – reiterando-se a ressalva sobre o conceito já pressupor a satisfação do requisito da verdade subjetiva - é presumido. A superação dessa presunção, por algum outro interesse, público ou privado, somente poderá ocorrer, legitimamente, em situações-limite, excepcionalíssimas, de quase ruptura do sistema. Como regra geral, não se admitirá a limitação de liberdade de expressão e de informação, tendo-se em conta a já mencionada *preferred position* de que essas garantiam gozam.¹⁷⁹

Já se anotou na doutrina, à propósito da divulgação de informações em função de estrita obediência ao princípio da publicidade na administração pública (artigo 37, Constituição Federal), que transparência quanto a estes dados tem duas funções: “proteger o administrado das decisões administrativas relacionadas a sua própria pessoa, munindo-o dos documentos necessários à defesa dos seus direitos” e “conferir maior transparência aos atos administrativos e incrementar a participação cívica da coletividade nos projetos da administração”.¹⁸⁰

Nos dois objetivos, semelhante à divulgação de informações para garantia do exercício de prerrogativas ligadas à liberdade (de expressão e manifestação de ideias), também se percebe a presença de interesse público na espécie, apto não a derogar a privacidade, mas a flexibilizá-la de modo a garantir a transparência na administração pública.

Nos termos já lançados neste trabalho, o interesse público não deve restringir-se às relações jurídicas de direito público; também no direito privado seria possível a relativização da privacidade em vista da garantia de direito de terceiros ou mesmo da manutenção de níveis saudáveis de transparência no âmbito de relações privadas. É esta transparência, inerente a setores da atividade privada, como o mercado de capitais, em que o acesso a informação é tão fundamental quanto no regime de direito público, que permite lançar novas luzes sobre a possibilidade de o conteúdo da privacidade ser limitado.

¹⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.* p. 122.

¹⁸⁰ VIEIRA, Tatiana Malta. *op.cit.* p. 159.

4 TRANSPARÊNCIA E PUBLICIDADE NO DIREITO PRIVADO: A PRIVACIDADE NO MERCADO DE CAPITAIS

Busca-se, neste capítulo, demonstrar de que modo a transparência é elemento fundamental ao menos para um setor particular das relações privadas: o mercado de capitais. Questões afeitas à regulação econômica e com a própria segurança de investidores, acionistas e empresas permitem considerar que certas informações e dados, no campo do mercado acionário, são detentores de interesse público. Sob este prisma, investiga-se de que modo este peculiar regime pode impactar no conteúdo do direito à privacidade.

4.1 TRANSPARÊNCIA DE INFORMAÇÕES NO DIREITO PRIVADO

O incremento da tecnologia para captação e armazenamento de dados trouxe consigo o exponencial aumento da importância da *informação* no desenvolvimento do mundo atual. Na qualidade de principal matéria-prima desta nova orientação, que busca a tudo e a todos catalogar e sistematizar, ao ponto de convencionar-se intitular de *sociedade de informação* o modo de organização social desta quadra histórica, a informação tem sido considerada “indispensável ao desempenho de qualquer atividade – o que explica a nomenclatura atribuída pela doutrina a essa nova forma de organização social, política e econômica”¹⁸¹.

Após a valorização da terra e, posteriormente, dos bens à época da Revolução Industrial, atualmente é a informação o principal e mais importante meio de produção na sociedade capitalista, impondo-se como fator fundamental para o desenvolvimento econômico e social. Sob este contexto, a *tecnologia da informação* passa a assumir posição de destaque no seio das instituições, tendo em conta o valor (não somente estratégico, como também econômico) dos dados cuja captação e armazenamento serão o seu objeto de trabalho.

Com o objetivo de bem precisar o que se tem conceituado como *sociedade de informação*, as seguintes características tem sido destacadas: “a informação é sua matéria prima”; “os efeitos das novas tecnologias têm alta penetrabilidade”; existe um “predomínio da lógica de redes”; a tecnologia que lhe é inerente favorece a

¹⁸¹ VIEIRA, Tatiana Malta. *op.cit.* p. 177.

“flexibilidade” nos processos de produção; e, por fim há uma “crescente convergência de tecnologia”¹⁸².

Em suma, a expressão sociedade da informação define uma nova forma de organização social, política e econômica que recorre ao intensivo uso da tecnologia da informação para coleta, produção, processamento, transmissão e armazenamento de informações¹⁸³. E por “coleta” e “processamento” entenda-se desde os meios mais singelos e voluntários, até espantosos mecanismos de captação através de mensagens enviadas através de correios eletrônicos ou de câmeras que, cada vez mais, proliferam em todos os locais.

Tudo isto parece criar um reflexo do indivíduo baseado em todas as informações recolhidas, de modo que “nossos dados, estruturados de forma a significarem para determinado sujeito uma nossa representação virtual – ou um *avatar* -, podem ser examinados no julgamento de uma concessão de linha de crédito, de um plano de saúde, a obtenção de um emprego, a passagem livre pela alfândega de um país, além de tantas outras hipóteses”.¹⁸⁴

Em uma sociedade em que a informação tem, literalmente, valor econômico; e que, por outro lado, os instrumentos tecnológicos tornam-se cada vez mais sofisticados, facilitando assim a devassa da vida privada e de informações pessoais, um dos principais perigos é precisamente a falta de limites na abertura de dados em função da consagração e garantia do direito à informação em termos cada vez mais amplos¹⁸⁵.

A preocupação encontra cor na doutrina, que alerta para a existência de desafios éticos da sociedade de informação, dentre os quais a perda “de privacidade, pela

¹⁸² WERTHEIN, Jorge. **A sociedade da informação e seus desafios**. In: Revista Ciência da Informação, n. 02, 2000, p. 71.

¹⁸³ VIEIRA, Tatiana Malta. *op.cit.* p. 176-177.

¹⁸⁴ DONEDA, *op. cit.* p. 02.

¹⁸⁵ DIAS, José Eduardo Figueiredo. **Direito à informação, proteção da intimidade e autoridades administrativas independentes**. Disponível em: < http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/proteccao.pdf >. Acesso em: 08 set. 2013.

invasão de nosso espaço individual [...]; de controle sobre a vida pessoal e o mundo circundante”¹⁸⁶.

É certo que estes perigos, nos últimos anos, tem sido destacados pela bibliografia especializada diante da possibilidade do Estado obter indiscriminadamente informações de particulares. Mas, por mais paradoxal que pareça, foi o direito à informação dos cidadãos em face das atividades do Estado que acabou por colocar em risco os dados pessoais dos próprios cidadãos.

José Eduardo de Figueiredo Dias, por exemplo, no contexto de Portugal, registra que a própria Constituição da República Portuguesa prevê expressamente um direito à informação em face da Administração Pública. Tal direito, desdobrado em disposições específicas na legislação infraconstitucional, segundo ele tem entrado “muitas vezes em rota da colisão com [...] direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”¹⁸⁷.

Não por outra razão, Tribunais Constitucionais tem engendrado esforços para, em face do direito à privacidade, cunhar um “direito à autodeterminação informativa”, a exemplo do que se colhe na jurisprudência constitucional alemã¹⁸⁸. Para José Eduardo Figueiredo Dias, com amplas referências na jurisprudência de Portugal, Espanha e Alemanha, é possível tratar da existência de uma “faculdade do particular determinar e controlar a utilização de seus dados pessoais”¹⁸⁹.

Sobre o ponto a lição de Rodotá é precisa:

Já que os fluxos de informação não contêm somente dados “destinados para fora” – a serem mantidos longe de mãos alheias –, mas também dados “destinados para dentro” – sobre os quais a pessoa talvez queira exercer o “direito de não saber” –, a privacidade deve ser considerada também como “o direito de manter o controle sobre suas próprias informações e de determinar a maneira de construir sua própria esfera particular”. Ao reivindicar a autonomia do indivíduo na sociedade de informação, uma decisão histórica da

¹⁸⁶ WERTHEIN, Jorge. **A sociedade da informação e seus desafios**. In: Revista Ciência da Informação, n. 02, 2000, p. 75

¹⁸⁷ DIAS, José Eduardo Figueiredo. *op. cit.* Acesso em: 08 set. 2013.

¹⁸⁸ DIAS, José Eduardo Figueiredo. *op. cit.* Acesso em: 08 set. 2013.

¹⁸⁹ DIAS, José Eduardo Figueiredo. *op. cit.* Acesso em: 08 set. 2013.

Corte Constitucional alemã de 1983 reconheceu a “auto-determinação informativa”.¹⁹⁰

No Brasil, do bloco normativo de proteção da vida privada previsto na Constituição e no Código Civil¹⁹¹, é possível extrair as mesmas conclusões obtidas pelas jurisdições constitucionais dos países Europeus vistos anteriormente. Lá e aqui, no entanto, o problema que se põe não diz tanto com a *existência de direitos sobre as informações pessoais* – que parece claro -, mas com os seus *limites*.

Como visto no capítulo anterior, os limites se colocam sob a cláusula do interesse público, sobretudo na consecução do direito de informação e de imprensa. Também assim, em Portugal, a par da Constituição não guardar nenhum limite *a priori* ao direito sobre a vida privada, não se desconsidera a existência de limites *a posteriori*, “nomeadamente aqueles relacionados com actividades dirigida à prossecução de um interesse legítimo, que muitas vezes será um interesse público”¹⁹².

O problema dos limites dos direitos de reserva sobre informações pessoais, no entanto, encontra novas questões quando visto sob o ponto de vista de actividades desenvolvidas *sob regime de direito privado*, nas quais a informação, tanto quanto nos regimes de direito público, constitui elemento fundamental de sua regulação.

Exemplo desta importância pode ser vista no contexto da utilização da informação no âmbito do mercado de consumo. A constituição de contratos em regime massificado, como tornou-se corrente ser feito por operadora de planos de saúde, instituições financeiras e companhias de seguro, exige por parte do mercado uma demanda enorme por informações. Certo que seja este movimento, tem sido relativamente comum a comercialização de bancos de dados entre empresas interessadas, selecionados de acordo com os interesses comerciais de quem adquire este valioso material.

Pressupondo a aquisição e a utilização lícita destas informações, a sua importância tem sido ressaltada ao ponto de já se ter afirmado que “o acesso a informações no mercado constitui tema consensual entre os liberais como sendo um elemento

¹⁹⁰ RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância. A privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 15.

¹⁹¹ Conforme item 3, acima.

¹⁹² DIAS, José Eduardo Figueiredo. *op. cit.* Acesso em: 08 set. 2013.

fundamental para o bom funcionamento do livre mercado”¹⁹³. Como consequência, “o aumento de informações sobre produtos, fornecedores e consumidores serviria, assim, para a melhoria do funcionamento do mercado ou, ao menos, para a redução dos custos de transação envolvidos nas operações de mercado”.¹⁹⁴

Perceba-se, pois, a questão: sendo certo que, no âmbito do Direito Público, a cláusula do *interesse público* permite flexibilizar o direito à privacidade, existiria, no âmbito do Direito Privado, interesse público a justificar uma tal relativização? As premissas fixadas nos capítulos anteriores permitirão aprofundar-se neste ponto para avaliar se existiriam, por assim dizer, “espaços públicos no Direito Privado” – zonas de transparência que permitiriam uma diminuição da proteção da privacidade em vista de debates relacionados à regulação econômica e à publicidade de certas informações.

A questão alcança, particularmente, as atividades desenvolvidas no âmbito do mercado de capitais. A complexidade das teias de relações existentes entre empresas, agentes, investidores institucionais e acionistas no âmbito do mercado de capitais é notória, não desconhecida pela doutrina que tem avançado sobre o tema e que encontra ponto em comum no destaque conferido ao papel da *transparência de informações* como diretriz reguladora de todo este sistema.

4.2 MERCADO DE CAPITAIS: DEFINIÇÕES NECESSÁRIAS

Não há consenso na bibliografia existente a respeito dos conceitos de mercado financeiro, mercado de capitais e mercado de valores mobiliários. Diante disso, já se defendeu que, “de um ponto de vista exclusivamente pragmático”, é possível afirmar que mercado financeiro e mercado de capitais integram uma relação de gênero e espécie¹⁹⁵; ou, quando menos, que os conceitos exprimem os mesmos objetivos,

¹⁹³ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Privacidade, mercado e informação**. In: Revista Justitia, n. 61, 1999, p. 246.

¹⁹⁴ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *op. cit.* p. 246.

¹⁹⁵ ZACLIS, Lionel. **Proteção coletiva dos investidores no mercado de capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 157

vale dizer: “em ambos se pratica uma captação de recursos destinada à capitalização das empresas”.¹⁹⁶

As distinções, no entanto, para os fins deste trabalho, precisam ser destacadas.

Com ampla informação a respeito do funcionamento do mercado financeiro, Nelson Eizirik, Ariádna Gaal, Flávia Parente e Marcus de Freitas Henriques definem este setor da economia com o responsável pelos serviços de “intermediação financeira”. Seria função do mercado financeiro “prover os canais adequados mediante os quais os agentes econômicos deficitários obtêm os recursos de que necessitam para os seus projetos de investimento e os agentes superavitários aplicam as suas poupanças”¹⁹⁷.

As peculiaridades do mecanismo de intermediação financeira, representado pelo mercado financeiro, permitem-se subdividi-lo em quatro subsistemas: o mercado de crédito, o mercado monetário, o mercado cambial e, finalmente, o mercado de capitais. É no seio deste último que, “diversamente do que ocorre no mercado de crédito”, “[...], a mobilização da poupança é realizada diretamente entre a unidade econômica deficitária – a entidade emissora – e a unidade econômica superavitária – o investido”.¹⁹⁸

Também sob o ponto de vista econômico, a relação de gênero e espécie parece possível de ser feita, tendo em conta uma outra relação, que opõe *investimento* e *aplicação financeira*. Assim, pode-se enunciar que o mercado de capitais faz parte do mercado financeiro, sendo o primeiro responsável pela canalização de recursos com natureza de investimento; enquanto o segundo tem por atribuição principal a captação de aplicações financeiras¹⁹⁹. Quanto a esta última relação, explica Alexandre Assaf Neto que:

¹⁹⁶ LUCCA, Newton de. **As bolsas de valores e os títulos mobiliários**. Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, n. 35, São Paulo, jul. 1998, p. 22.

¹⁹⁷ EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. **Mercado de capitais – regime jurídico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 02.

¹⁹⁸ EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. **Mercado de capitais – regime jurídico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 09.

¹⁹⁹ RUY, Fernando Estevam Bravin Ruy. **Direito do investidor. Consumidor no mercado de capitais e nos fundos de investimento**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p, 06.

Assim, embora se reconheça a existência de limites muito finos entre mercado financeiro e mercado de capitais, é possível, sob o ponto de vista jurídico diferenciá-los à luz de um critério funcional.

Tendo ambos os mercados o objetivo de levantar recursos de terceiros, as instituições bancárias atuam no mercado financeiro quando comparecem na qualidade de *parte* destas operações, seja como agente cedente de recursos (credor) ou, eventualmente, como agente tomador de recursos, assumindo o risco por tal função – e habilitando-se a cobrar juros por tal serviço. Já no âmbito do mercado de capitais, as instituições não comparecerão como parte, mas meramente como intermediárias de operações de compra e venda de valores mobiliários – intermediação esta que sequer precisa ser feita por instituição bancária.²⁰⁰

4.3 MERCADO DE CAPITAIS E FINANCIAMENTO DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Sem prejuízo da falta de um conceito normativo para designar o mercado de capitais, certamente o mais importante é ter claro qual a sua função. Ele existe com o objetivo de permitir a captação de recursos por parte das empresas, mediante emissão de papéis que podem ser adquiridos e livremente negociados por investidores²⁰¹.

Assim, tem-se, de um lado, a sociedade anônima²⁰², como emissora de ações e debêntures; do outro, investidores, individuais ou institucionais²⁰³, que, por meio da

²⁰⁰ MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Os princípios informadores do Direito do Mercado Financeiro e de Capitais**. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (coord.). Aspectos atuais do Direito do Mercado Financeiro e de Capitais, São Paulo: Dialética, 1999, 258.

²⁰¹ “O mercado de capitais se compõe, por conseguinte, dos que precisam captar recursos e dos que tem recursos a oferecer. Entre uns e outros situam-se os intermediários do mercado, que são as instituições financeiras em geral, especialmente os bancos de investimento, as sociedades corretoras, as sociedades distribuidoras e os chamados bancos múltiplos. Caracteriza-se este mercado pelo dinamismo e pela liquidez das aplicações, uma vez que os títulos adquiridos poderão ser revendidos, a qualquer tempo, mediante a sua oferta no mesmo mercado”. BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 10. ed, São Paulo: Renovar, 2007, 172

²⁰² À luz do artigo 4º da Lei federal n. 6.404/76 e artigo 2º, §3º, inciso I da Lei federal n. 6.385/76, somente papéis emitidos por sociedades anônimas de capital aberto podem ser livremente negociados no mercado.

²⁰³ Para uma distinção entre investidores individuais (pessoas físicas) e investidores institucionais (fundos de investimento e fundos de pensões): LEMOS, Aloísio Villet. **O investidor individual na Bovespa**. Disponível em: <http://www.apimecmg.com.br/artigos/130_Aloisio%20Villet%20%20APIMEC%20RJ%20_Janeiro%202004_.pdf>. Acesso em: 08 set. 2013.

aquisição dos papéis das empresas, nelas injetam recursos, acreditando na valorização dos títulos comprados.

Assim, quando visto sob o ângulo dos investidores ou potenciais investidores, o mercado de capitais pode ser compreendido como um grande balcão, onde papéis emitidos são objeto de compra e venda, cujo preço varia ao sabor de uma série enorme de variáveis. Assim como em qualquer atividade comercial, quem se propõe a entabular negócios no âmbito do mercado de capitais tem como principal foco a compra de papéis no menor valor possível, com expectativa de valorização e venda do mesmo pelo maior valor possível, extraíndo daí o lucro da atividade.

Visto, por outro lado, pelas empresas que dele participam, o mercado de capitais é um eficiente mecanismo de captação da poupança popular, por meio do qual um número ilimitado de pessoas poderá aportar valores em projetos ou companhias mediante a compra de papéis, particularmente a aquisição de ações, tornando-se assim sócios dos empreendimentos. Neste último caso, não existem custos diretos envolvidos na relação acionista / companhia, de vez que o primeiro, sócio que seja da segunda, partilhará, na maior parte das vezes, os riscos comuns da empreitada empresarial.

O relevante papel desempenhado pelo mercado de capitais no desenvolvimento da economia encontra-se bem resumido por Nelson Eizirik, Ariádna Gaal, Flávia Parente e Marcus de Freitas Henriques, sendo conveniente a transcrição das funções atribuídas pelos autores a este setor econômico:

- 1) conciliação do interesse do poupador de oferecer recursos a curto prazo (quando os valores mobiliários são dotados de liquidez) com a necessidade da empresa emissora de obter recursos de médio e longo prazos;
- 2) transformação dos montantes de capital, de sorte que pequenos e médios montantes de recursos, aportados por diferentes poupadores, convertem-se, por ocasião da subscrição de valores mobiliários, em grandes e consolidados montantes de capital;
- 3) transformação da natureza dos riscos, ao permitir que se transforme uma série de investimentos de alto risco individual, de longo prazo e sem liquidez, em investimentos com maior segurança e prazos mais curtos;
- 4) maior agilidade do processo de transferência dos recursos, uma vez que os valores mobiliários (ações, debêntures, etc.) são padronizados e aptos a circularem em massa;

5) obtenção de um maior valor de informações homogêneas sobre a oferta e demanda de recursos²⁰⁴.

Todas as funções, é conveniente observar, decorrem de uma diretriz básica: o mercado de capitais permite converter qualquer pessoa em um potencial investidor, que tornar-se-á sócio (*rectius*: acionista) de uma Companhia, partilhando lucros e, evidentemente, riscos. Um tal mecanismo, como se viu, é fundamental para as empresas, já que o acesso às poupanças desse grupo potencial de investidores é ilimitado e sem custos, ao contrário do que ocorre quando se adquire crédito em instituições financeiras; por outro lado, desde que existam mecanismos regulatórios eficientes, trata-se de investimento seguro para quem aporta suas economias neste mercado, ressalvadas as vicissitudes inerentes às atividades econômicas de qualquer empresa, seja de pequeno, seja de grande porte.

À propósito dos instrumentos utilizados para a garantia de segurança dos investimentos realizados no mercado de capitais, é preciso registrar o papel desempenhado pelo contínuo “estímulo [...] à adoção e à manutenção, pelas emissoras listadas, de níveis adequados de governança corporativa”²⁰⁵. Como se verá no próximo tópico, o *bônus* que se almeja através da segurança do mercado atrai o *ônus* referente à garantia da transparência, o que opera relevantes consequências para a definição do conteúdo da privacidade nas relações entre dirigentes de Companhias e investidores.

4.4 FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA, GOVERNANÇA CORPORATIVA E TRANSPARÊNCIA NO MERCADO DE CAPITAIS

A existência de *interesse público* na transparência do mercado de capitais pode ser traduzido no conceito de *governança corporativa*, termo com origem na expressão inglesa *corporate governance*, e que enfeixa em si as exigências relacionadas ao cumprimento de regras, transparência e responsabilidade para a obtenção de resultados no âmbito das companhias.

²⁰⁴ EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. **Mercado de capitais – regime jurídico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 09-10.

²⁰⁵ EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. **Mercado de capitais – regime jurídico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 10.

A noção em torno da governança corporativa parte da premissa de que o funcionamento de uma companhia não tem suas atividades vinculadas exclusivamente a interesses particulares. Como verdadeiro núcleo de relações jurídicas, mantidas com o Poder Público, acionistas, empregados, dirigentes, clientes e fornecedores em geral, a governança corporativa impõe às empresas, particularmente àquelas com papéis livremente negociados no mercado de capitais, juntamente com o *bônus* decorrente da liberdade da atividade empresarial, o *ônus* relacionado ao cumprimento de sua *função social*.

O interesse público em torno da atividade empresarial, ao menos no que toca à atividade empreendida por sociedades anônimas, tem sido objeto de investigação doutrinária. Pode-se obter um interessante ângulo de análise a partir das discussões sobre a própria natureza jurídica da sociedade anônima, cujos fundamentos podem ser agrupados em torno das teses *contratualista* e *institucionalista*.

A tese contratualista pode ser localizada historicamente a partir da Revolução Industrial. A expressão quer demonstrar um ideal *individualista* de atuação empresarial, fruto de sua origem, porquanto é a “Revolução Industrial que marca o momento em que se torna desnecessária para o processo de acumulação capitalista a presença do Estado na atividade econômica”²⁰⁶, o que permite “à burguesia acreditar que ela, sozinha e com liberdade, seja capaz de levar adiante o processo de acumulação”²⁰⁷. É esse ideal individualista que leva a doutrina a defender, por exemplo, que o sistema italiano de regulamentação das Companhias é “tradicionalmente contratualístico, na medida em que nega que o interesse social seja hierarquicamente superior ao interesse dos sócios”²⁰⁸.

Uma orientação tão individualista a respeito da atividade de um ente com tantas conexões com terceiros, como fornecedores, investidores e empregados, desconsidera os interesses destes potencialmente afetados por decisões tomadas

²⁰⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Recuperação de empresas e interesse social**. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro; MORAES PITOMBO, Antônio Sérgio (coord.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência, São Paulo: RT, 2007, p. 44.

²⁰⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Recuperação de empresas e interesse social**. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro; MORAES PITOMBO, Antônio Sérgio (coord.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência, São Paulo: RT, 2007, p. 44.

²⁰⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Recuperação de empresas e interesse social**. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro; MORAES PITOMBO, Antônio Sérgio (coord.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência, São Paulo: RT, 2007, p. 44

pelos acionistas de uma sociedade anônima. Longe de querer impor a coletivização da atividade empresarial, que realmente deve manter-se orientada a interesses particulares, não se pode afastar, por outro lado, a existência de interesse público nas atividades empreendidas por estes entes. Diante de tal contexto, “essa versão clássica do contratualismo obviamente não poderia sobreviver à realidade de crescente integração entre direito societário e mercado de capitais”.²⁰⁹

Interessante observar que, do mesmo modo que o prestígio conferido à tese contratualista remonta ao próprio nascimento do capitalismo, com seu profundo espírito liberal-individualista, a crise deste modo de pensar a atividade da sociedade anônima vincula-se a outro importante histórico: a crise de 1929 e o *crack* da Bolsa de Valores de Nova Iorque. Trata-se de um verdadeiro marco, porquanto representou para o capitalismo “a insuficiência do modelo individualista; para o direito societário, a insuficiência do modelo contratualista”.²¹⁰

É nesse ambiente, de certo modo propício à quebra de paradigmas²¹¹, que ganha corpo a tese *institucionalista*, verdadeira antítese da tese contratualista, conforme lição de Calixto Salomão Filho, abaixo transcrita:

A isso corresponde uma contestação das ideias novecentistas em duas diversas frentes. De um lado o positivismo jurídico, que permitia pré-definir o interesse social em linha individualista, é contestado. A ideia de coobrigação de todos os entes pela questão social é em muito auxiliada pela difusão dos ideais institucionalistas nos campos da filosofia do direito e do direito constitucional.

No direito societário, essas ideias são introduzidas pela obra de um economista alemão, W. Rathenau, que em trabalho hoje clássico identifica o *interesse social* ao *interesse público*, verdadeira substituição do Estado, que deveria ser operado pela empresa privada. Trata-se, portanto, de verdadeiro oposto à visão contratualista clássica.²¹²

²⁰⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Recuperação de empresas e interesse social**. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro; MORAES PITOMBO, Antônio Sérgio (coord.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência, São Paulo: RT, 2007, p. 46.

²¹⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Recuperação de empresas e interesse social**. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro; MORAES PITOMBO, Antônio Sérgio (coord.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência, São Paulo: RT, 2007, p. 46.

²¹¹ Confira-se, nesse sentido, tópico 3.1.

²¹² SALOMÃO FILHO, Calixto. **Recuperação de empresas e interesse social**. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro; MORAES PITOMBO, Antônio Sérgio (coord.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência, São Paulo: RT, 2007, p. 47.

Vista com distanciamento histórico, a tese institucionalista, na sua forma clássica, o parece tão falsa quanto a tese contratualista. De todo modo, dela pode se extrair o dado, até hoje real e necessário, no sentido de que a atividade da empresa não pode ser vista exclusivamente pelo ângulo de quem a opera; as múltiplas relações existentes em face de empregados, investidores, acionistas e até do próprio Estado não permitem afirmar que uma sociedade anônima, particularmente, alberga apenas interesses privados.

Por este raciocínio, a governança corporativa tem alargado os seus horizontes, de modo a escapar dos domínios das ciências econômicas, contábeis e gerenciais, para ter relevância também para o Direito, na convergência com a *função social da empresa*, princípio decorrente, no Brasil, das diretrizes constitucionais impostas à ordem econômica, como o resguardo da função social da propriedade (artigo 170, inciso III); da livre concorrência (inciso IV); da defesa do consumidor (inciso V); como também da defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais e busca do pleno emprego expressamente (incisos VI, VII e VIII).

Particularmente no caso das sociedades anônimas, mesmo antes da Constituição Federal, a legislação infraconstitucional já lhes impunha que sua atuação se desse de acordo com “as exigências do bem público e da função social da empresa” (artigo 154, Lei n. 6.404/76).

Quer-se com isso dizer que a busca do objetivo que legitima mesmo a existência da sociedade (o lucro) não pode suprimir um programa mínimo de direitos conferidos a terceiros, vinculados diretamente ou não à sociedade. Em função justamente de sua importância e de sua influência decisiva no desenvolvimento econômico e social da comunidade que lhe conferiu a prerrogativa de ser sujeito de direito, a pessoa jurídica não pode cometer abusos, nem violar o interesse público – situação que, à propósito, justifica, dentre outras medidas, a desconsideração da personalidade jurídica, conforme previsto, de modo geral, no artigo 50 do Código Civil e em diversos outros dispositivos especiais.

Para a doutrina, a função social da empresa constitui-se em genuína cláusula geral²¹³. Como tal, sobretudo para os partidários da teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas²¹⁴, serve de importante parâmetro de avaliação dos atos privados quanto à compatibilidade dos mesmos com preceitos que, no âmbito da Constituição Federal, criaram verdadeiro regime constitucional da atividade empresarial.²¹⁵

O ideal por trás da expressão função social da empresa traduz o reconhecimento de que “no exercício da atividade empresarial, há interesses internos e externos que devem ser respeitados: não só os das pessoas que contribuem diretamente para o funcionamento da empresa, como os capitalistas e trabalhadores, mas também os interesses da comunidade em que ela atua”²¹⁶. É sob esta premissa que o conceito de governança corporativa cunhado pela *Organization for Economic Cooperation and Development* (OECD), organização internacional responsável pela disseminação de boas práticas de governança, deve ser compreendido:

É um sistema de normas de estruturação da sociedade anônima, visando o aprimoramento das relações entre os diversos segmentos envolvidos na atividade empresarial de forma a garantir-lhes tratamento equânime, informação plena, impondo aos controladores e aos administradores a responsabilidade pelos resultados, tanto em relação aos minoritários, quanto aos demais envolvidos direta ou indiretamente na dinâmica empresarial, inclusive à comunidade.²¹⁷

Conectados os debates em torno da governança corporativa com a função social da empresa, é possível desdobrar as suas boas práticas em três princípios: princípio da transparência das informações (*disclosure*); princípio da responsabilidade pelos resultados (*accountability*); e princípio da obediência às leis do país (*compliance*).

Na garantia da eficiência da aplicação de qualquer um destes três princípios de boas práticas de governança, o papel da informação é fundamental. Ter acesso a dados contábeis, projeções, notícias sobre as companhias em geral é absolutamente relevante para que o investidor possa da melhor maneira possível controlar os riscos da alocação de dinheiro feita nos papéis emitidos pelas companhias. Também

²¹³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: RT, p. 152.

²¹⁴ Ver item 2.5.1.

²¹⁵ GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 97.

²¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **Estado, empresa e função social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 85, n. 732, out. 1996, p. 43-44.

²¹⁷ Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/32/18/31557724.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2014.

assim, sob o ponto de vista das companhias, ter acesso aos mesmos fatos lhes permite criar parâmetros de comparação com outras empresas listadas, gerando uma sinergia que, em última análise, beneficia a todos: investidores, empresas e a própria sociedade como um todo, dada a relação entre desenvolvimento econômico de um país e a regulação do seu mercado de capitais.

A importância da informação nesta grande teia de relações privadas, ainda que fortemente regulada pelo Estado, encontra reflexo no intitulado *princípio da transparência* do mercado de capitais, também conhecido pela expressão inglesa princípio do *full disclosure*.

O bom funcionamento do mercado de capitais depende, realmente, de uma premissa absolutamente fundamental - a ampla transparência das informações relacionadas aos papéis emitidos e às companhias emissoras. Com efeito, sabe-se que a maioria dos investimentos financeiros é feito com perspectivas de longo prazo, de modo que, a única garantia dos investidores é a transparência na divulgação de informações relevantes sobre cada aplicação. Por outro lado, não basta que as informações sejam reais e transparentes, mas, mais importante ainda, deve-se ter em mira que estes dados devem ser disponibilizados, no mesmo momento, a todas as pessoas que detêm interesses em face, por exemplo, de determinada empresa com ações negociadas em bolsa de valores ou mercado de balcão. É do interesse público que todos aqueles que têm interesse em realizar investimentos no mercado de capitais devem dispor das mesmas informações, a fim de evitar que alguns sejam beneficiados em detrimento dos demais.²¹⁸

Por este princípio, a companhia deve divulgar à sociedade, da maneira mais ampla possível, todos os dados, informações e fatos que puderem, de algum modo, influenciar a curva de flutuação dos valores de seus papéis emitidos. Quer-se com isto impedir que certas informações possam ser utilizadas por pessoas específicas e, sem a ciência pública, possam estas aproveitar-se para realizar negócios escusos ou para auferir lucros indevidos em negociações.

²¹⁸ MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Os princípios informadores do Direito do Mercado Financeiro e de Capitais**. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (coord.). Aspectos atuais do Direito do Mercado Financeiro e de Capitais, São Paulo: Dialética, 1999.

A transparência do mercado de capitais, sem exagero retórico, pode ser considerado mesmo um dos objetivos da regulação realizada pelas autoridades governamentais. Na medida em que exista interesse público na garantia da “proteção aos investidores; eficiência do mercado; criação e manutenção de instituições confiáveis e competitivas”, a transparência de informações permite atingir tais objetivos, além de “evitar a concentração de poder econômico” e “impedir a criação de situações de conflitos de interesse”.²¹⁹

O tema já foi esmiuçado na doutrina, já tendo sido anotado que, enfim, “a regulação deve promover a confiança dos investidores nas entidades que emitem publicamente seus valores mobiliários, assim como naquelas que intermedeiam”²²⁰. Sob este contexto, avulta a importância do *disclosure*: na medida em que a regulação deva “reduzir os riscos dos investidores”, está aí a justificativa para que se obrigue “os emissores de valores mobiliários a divulgar todas as informações relevantes”, além de vedar-se “a utilização de informações privilegiadas e quaisquer outras práticas fraudulentas ou de manipulação do mercado”.²²¹

No campo econômico, estudos recentes revelam uma significativa relação entre a desvalorização dos papéis de companhias latino-americanas e a ausência de mecanismos rígidos de transparência. Segundo Wesley Mendes da Silva e Paulo Azevedo de Oliveira Magalhães Filho,

a principal razão para isso seria a falta de transparência e de garantias a investidores, assim como a própria ineficiência do mercado (incluindo-se a assimetria informacional). Evidências desse fenômeno foram encontradas em um estudo da McKinsey & Company (2000), no qual se afirma que 83% dos investidores internacionais possuidores de recursos aplicados na América Latina estariam dispostos a pagar um prêmio por empresas com melhor governança corporativa²²².

²¹⁹ EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. **Mercado de capitais – regime jurídico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 20.

²²⁰ EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. **Mercado de capitais – regime jurídico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 20-21.

²²¹ EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. **Mercado de capitais – regime jurídico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 21.

²²² SILVA, Wesley Mendes da; MAGALHÃES FILHO, Paulo Azevedo de Oliveira. **Determinantes da disseminação voluntária de informações financeiras na internet**. Disponível em: <<http://www.rae.com.br/eletronica/index.cfm?FuseAction=Artigo&ID=2388&Secao=ARTIGOS&Volume=4&Numero=2&Ano=2005>>. Acesso em: 08 set. 2013.

O estudo, publicado na prestigiada Revista de Administração e Economia da Faculdade Getúlio Vargas, conclui que “a liquidez em Bolsa e a inclusão em níveis diferenciados de governança corporativa estão positivamente associadas à quantidade de informações financeiras disponibilizadas”²²³.

Conclusão semelhante também foi obtida por Sandra Raquel Pinto Alves que, após “análise aprofundada das 250 empresas mais rentáveis de Portugal”, constatou que existe relação de dependência “entre a cotização das empresas na bolsa e a sua forma jurídica com a divulgação de informação financeira na Internet”. O estudo foi publicado no boletim português da Revista de Gestão da Tecnologia e Sistemas de Informação²²⁴.

Tão importante o papel da informação que, na ordem brasileira, a sua utilização indevida no âmbito do mercado de capitais pode deflagrar a atuação do Ministério Público. De fato, na forma da Lei federal n. 7.913/89, o *Parquet* deve atuar no sentido de evitar prejuízos ou buscar o ressarcimento de investidores do mercado de capitais, estando autorizado a assim proceder, dentre outras duas hipóteses, sempre que presente “omissão de informação relevante por parte de quem estava obrigado a divulgá-la, bem como sua prestação de forma incompleta, falsa ou tendenciosa” (artigo 1º, inciso III).

Mais recentemente, a prática de sonegação ou divulgação indevida de informações no âmbito do mercado chegou mesmo a ser tipificada como crime, a partir do acréscimo do art. 27-D, por meio da Lei n. 10.303/2001, à Lei n. 6.404/76, marco normativo das sociedades anônimas no Brasil. Desde então, a conduta de “utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários” deve ser punida com pena de reclusão de um a cinco anos, mais multa de até três vezes o montante auferido em função do crime.

²²³ SILVA, Wesley Mendes da; MAGALHÃES FILHO, Paulo Azevedo de Oliveira. *op. cit.* Acesso em: 08 set. 2013.

²²⁴ ALVES, Sandra Raquel Pinto. **Relato financeiro na internet em Portugal**. Disponível em: < <http://www.jistem.fea.usp.br/index.php/jistem/article/download/10.4301%252FS1807-17752005000100001/13>. >. Acesso em: 08 set. 2013.

A autorização conferida pela ordem jurídica para a atuação do Ministério Público é indicativo bastante relevante do grau de importância da informação na regulação do mercado de capitais.

Tendo em conta que na forma do artigo 127 da Constituição incumbe ao órgão ministerial a defesa “dos interesses sociais e individuais indisponíveis”; e que na forma do artigo 129 tal defesa também será feita com relação a outros interesses difusos e coletivos, além daqueles expressamente veiculados no texto constitucional (inciso III), não parece exagero afirmar-se que a informação no âmbito do mercado de capitais ultrapassa o interesse individual de companhias e acionistas, colocando-se como de *interesse público* não somente daqueles ligados diretamente ao mercado, como de todas as outras pessoas que potencialmente podem vir a se lhe integrar.

Um ambiente de tão grande transparência, fortemente regulado pelo Estado, mas em cujo seio desenvolvem-se relações de direito privado, parece confrontar com a face clássica da tutela da privacidade, na forma como compreendido pela doutrina. E esta aparente incompatibilidade avulta-se tanto mais quando se tem em conta normas que mais diretamente afetam a privacidade das pessoas físicas que integram o mercado, e não especificamente os dados das companhias, como se verá adiante.

4.5 DIREITO À INFORMAÇÃO E O CONSUMIDOR-INVESTIDOR

Para além da informação enquanto elemento de regulação do mercado de capitais, o amplo acesso a dados de empresas abertas e de seus dirigentes também tem sido defendido à luz de normas de defesa do consumidor.

Sobre o ponto, é prudente ressaltar a distinção da relação eventualmente mantida por um indivíduo que busca informações sobre papéis do mercado, que contrata uma corretora de valores ou que adquire ações através de uma instituição financeira, de outras hipóteses, posteriores a este primeiro momento, em que o indivíduo torna-se acionista ou credor de uma companhia aberta.

A relação de consumo, sem que se pretenda, neste trabalho, discutir as múltiplas correntes a respeito do conceito de *consumidor*, somente se estabelecerá na

hipótese de uma efetiva prestação de serviço ou venda de produto para destinatário final. E, se assim é, “há substancial diferença entre o intermediário prestador do serviço na compra e venda de valor mobiliário, e a relação jurídica do investidor com a empresa, por exemplo, quando adquire ações e se torna um investidor-acionista”.²²⁵

Semelhante distinção é feita por José Geraldo Brito Filomeno, que não desconhece a incidência do Código de Defesa do Consumidor no âmbito dos serviços de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, mas, juntamente com Arnaldo Wald, nega relação de consumo do investidor em face do mercado de capitais.²²⁶

Trilhando igual posição, fora aprovado na I Jornada de Direito Comercial, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, o Enunciado n. 19, segundo o qual “19. Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor às relações entre sócios/acionistas ou entre eles e a sociedade”.

A distinção aludida deve ser vista em termos: não parece correto, de modo generalizado, afirmar-se que não há relação de consumo no âmbito do mercado de capitais. Efetivamente, uma vez acionista de determinada companhia, o adquirente de ações passa a manter uma relação de cunho societário, regulamentada por lei especial (a Lei federal n. 6.404/76) e cujos direitos na qualidade de acionista-minoritário encontram-se em permanente fiscalização, no Brasil, por parte da Comissão de Valores Mobiliário (CVM). Em momento anterior, todavia, as relações mantidas pelo indivíduo-investidor com corretoras de valores e instituições financeiras, com amplo oferecimento de produtos do mercado de capitais através de propaganda, ainda que regulamentada, não pode escapar do alcance da legislação consumerista.

De fato, havendo prestação remunerada de serviços no mercado de consumo por agentes, corretoras e instituições financeiras, mesmo a existência de leis específicas (como a Lei federal n. 7.913/89 e a Lei federal n. 6.024/74) não impede a incidência do Código de Defesa do Consumidor – uma vez presentes todos os requisitos de uma relação de consumo.

²²⁵ RUY, Fernando Estevam Bravin. *op. cit.* p. 41.

²²⁶ FILOMENO, José Geraldo. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 36-37.

Mesmo na Europa o tema suscita controvérsias, já tendo a doutrina portuguesa a oportunidade de registrar que “os investidores formam uma categoria própria nas relações jurídico-contratuais, mas a relação de consumo para os investidores enquadrados no conceito de consumidor existe e, neste quadro, inegavelmente há uma tendência em proteger o investidor não profissional junto às regras da relação de consumo”.²²⁷

Como se vê, se é certo que as relações entre investidores e companhias, uma vez adquiridas ações ou outro papel ofertado no mercado de capitais não atrai a incidência do Código de Defesa do Consumidor, por outro lado, o momento antecedente, considerando a existência efetiva de serviços prestados por intermediários (corretores, agentes e instituições financeiras) no oferecimento deste papéis ao mercado de consumo, encontra-se plenamente regido pelas regras consumeristas.

Uma vez assentada a existência de relação de consumo que antecede a aquisição de um papel junto ao mercado de capitais, a amplitude da informação passa a ter um duplo fundamento: *não apenas* como elemento de bom desenvolvimento das atividades do mercado (princípio do *full disclosure*), como *também* na qualidade de fator garantidor de direitos dos consumidores que, através de intermediários, adquirem papéis de companhias abertas listas no mercado.

Com efeito, dentre as principais regras de proteção do Código de Defesa do Consumidor, encontra-se a “educação e informação de fornecedores e consumidores” (artigo 4º, inciso IV); a “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços” (artigo 6º, inciso III); além da responsabilidade dos fornecedores de bens ou serviços por danos causados decorrentes de “informações insuficientes ou inadequadas” (artigo 12).

Particularmente para os serviços prestados no âmbito do mercado de capitais, o direito à informação tem se consolidado como um dos mais importantes instrumentos para a segurança jurídica da relação de proteção do consumidor-investidor. Com efeito, “a informação é um dos principais fenômenos a ser

²²⁷ *apud* RUY, Fernando Estevam Bravin. **Direito do investidor. Consumidor no mercado de capitais e nos fundos de investimento**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p, 43.

assegurado para o investidor-consumidor já que, somente dispondo de informações corretas e suficientes, os investidores poderão tomar suas decisões de investimentos”²²⁸.

No ponto, pode-se ter em conta uma dimensão coletiva, ou de *interesse público*, como desenvolvido neste trabalho, a respeito do papel da informação no âmbito do mercado de capitais: tanto *mais* informados estejam todos os agentes do mercado de capitais a respeito de fatos e dados relacionados às companhias e seus dirigentes, *maior* será a transparência e *menor* será a possibilidade de uso privilegiado de informações – circunstância, à propósito, tipificada como crime²²⁹. Um tal sistema implementa *mais* confiança em todos os atores do mercado, tendo como consequência um desenvolvimento saudável dos mecanismos de captação de investimentos através das bolsas de valores.

Neste contexto, inclui-se também a transparência inclusive para o consumidor que, mesmo sem ter a condição de acionista ou investidor, pretende obter informações a respeito de papéis que pretende adquirir no mercado, daí decorrendo o efeito global previsto por Fernando Estevam Bravin Ruy:

O mercado financeiro como um todo observa o local onde está menor e menos adequada a proteção do investidor, e, por essa definição, a leitura leiga dos acontecimentos dá a entender violação da confiança em sentido geral.

Quantas vezes se tem notícia de que em razão da falta de confiança o investidor deixou de aportar seus recursos financeiros no Brasil? O entendimento a esse respeito não pode ser singelo, pois confiança requer o conhecimento sobre o outro ou um desconhecimento das razões do outro contratante.

[...]

Portanto, sem proteção da relação jurídica sobre o dinheiro aplicado, não há confiança²³⁰.

Em suma, se os papéis de companhias abertas são oferecidos largamente no mercado de consumo, as informações de transparência a respeito destas mesmas companhias não podem ficar restritas aos agentes do mercado, nem o seu acesso pode encontrar-se limitado; todas as informações necessárias à avaliação de cada

²²⁸ RUY, Fernando Estevam Bravin. **Direito do investidor. Consumidor no mercado de capitais e nos fundos de investimento**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 132.

²²⁹ Conforme item 4.4.

²³⁰ RUY, Fernando Estevam Bravin. *op. cit.* p. 128-129.

“produto” devem ser amplamente divulgadas, havendo interesse público que ultrapassa até mesmo a esfera de interesse dos consumidores, uma vez que da amplitude que se dê ao *full disclosure* depende a confiança e o saudável desenvolvimento do mercado como um todo.

4.6 TRANSPARÊNCIA DO MERCADO DE CAPITAIS SOB O ÂNGULO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A necessidade de ampla divulgação de informações e as razões de *interesse público* determinante de tal obrigação, por outro lado, também decorrem de um raciocínio bem exposto através da Análise Econômica do Direito²³¹.

Sob uma análise econômica, a relação mantida entre dirigentes de companhias abertas e seus acionistas pode ser considerada uma *relação de agência*²³²: comum e existente em diversos campos da vida social, por meio de uma relação de agência um interessado (o “principal”), investe poderes a um terceiro (o “agente”), a fim de que este, tal qual um mandatário, possa tomar decisões em seu nome. Longe de ser uma exclusividade das organizações empresariais, Jensen e Meckling mencionam a existência da agência desde situações banais (como na relação entre um gerente e o dono de uma pequena loja) até contextos políticos na democracia participativa (os cidadãos investem os *agentes* políticos em prerrogativas para tomarem decisões em nome da sociedade).

Todavia, sob um ponto de vista utilitarista, existem boas razões para crer que nem sempre o agente agirá no melhor interesse para o seu “principal”. Sob o contexto das estruturas empresariais, por exemplo, os interesses dos dirigentes das

²³¹ Os limites do trabalho não permitem maiores digressões a respeito do movimento da Análise Econômica do Direito (AED), cuja origem remonta à década de 60, em artigos publicados pelos norte-americanos Ronald Coase e Guido Calabresi, professores da Universidade de Chicago. Através da AED, busca-se a análise de temas jurídicos através de um viés econômico, particularmente com o objetivo de prever consequências e medir a eficiência de determinadas regras jurídicas, tendo em conta sobretudo dados empíricos. Sobre o tema, confira-se: COASE, Ronald. **The Firm, The Market, and the Law**. Chicago: University of Chicago Press, 1990; POSNER, Richard. **A economia da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2012; ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel (org.). **Direito & Economia. Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito & Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012; VELJANOVSKI, Cento. **A Economia do Direito e da Lei – uma introdução**. (trad.) Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994, dentre outros.

²³² JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. **Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure**. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/abstract_id=94043/>. Acesso em: 24 dez. 2014

companhias e dos acionistas podem vir a entrar em conflito, porquanto os administradores tendem a tomar decisões que possam aumentar a sua própria remuneração e tal medida, por outro lado, tende a diminuir os lucros que serão repartidos – de modo a criar um conflito de interesses com aqueles que adquiriram participações na sociedade²³³.

Ainda que se tenha claro que o exemplo que ilustra o raciocínio acima não é capaz de alcançar todos os fatores envolvidos na análise de um possível conflito de interesses deste tipo em situações reais (veja-se, por exemplo que o aumento da remuneração dos dirigentes pode ser considerado elemento fundamental para atrair melhores perfis e, com isto, aumentar os lucro da companhia), os potenciais problemas alertam para a necessidade de controle, pelos acionistas, das políticas de remuneração de seus executivos.

Afinal, não parece exagerado afirmar-se que a importância dos dirigentes, não raro, ultrapassa os limites das próprias empresas. Ao personificarem a própria atividade empresarial, administradores e integrantes de Conselhos de sociedades abertas devem submeter-se ao crivo dos investidores, o que exige do Direito novas perspectivas quanto ao controle de informações a respeito destes personagens e dos atos por eles praticados.

De tudo isto resulta que “os administradores são personagens essenciais (quicá os mais importantes) em qualquer sociedade anônima. São eles os responsáveis por executar o objeto social, fazendo com que a companhia realize sua atividade da maneira mais eficiente possível”²³⁴. Tal papel torna-se mais importante na medida em que as sociedades anônimas tornam-se cada vez mais profissionais, exigindo-se assim uma desvinculação entre a figura do controlador (ou “dono” da empresa) e do administrador²³⁵.

²³³ JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. *op. cit.* p. 05-06.

²³⁴ SPINELLI, Luís Felipe. **Conflito de interesses na administração da sociedade anônima**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 19.

²³⁵ “[...] as sociedades anônimas acabam por se constituir em formas hierárquicas em que se encontram no topo os administradores, os quais, gozando de grande respeito e projeção social, têm seus poderes aumentados e consolidados. Em outras palavras, o vínculo entre acionistas (proprietários da companhia) e gestores tende a tornar-se cada vez mais tênue, passando estes últimos a ocupar posição de destaque ainda maior na estrutura da sociedade e não sendo exagero designá-los como a *mão invisível do mercado*. Vislumbramos, portanto, uma verdadeiro *revolução*

Nesse contexto, com a hipertrofia do corpo administrativo, nada mais natural que haja o agravamento dos deveres impostos aos administradores – que é reforçado, nos últimos tempos, pelas práticas de *corporate governance*²³⁶. Ou ainda, mais próximo do tema deste trabalho, sob este mesmo pano de fundo exige-se maior transparência das relações estabelecidas entre Companhia e seus administradores.

Ampliando-se o problema, parece claro que as questões aqui suscitadas não devem manter-se restritas ao ambiente da Companhia, na sua relação com seus acionistas: mesmo a tomada de decisões, por parte do mercado, seja através de investidores institucionais, seja através dos “investidores-consumidores”, a respeito da compra de papéis de determinada Companhia passa também pela ciência a respeito da política de remuneração de seus dirigentes e dos respectivos mecanismos de controle. Como passo preliminar para essa análise, a transparência a respeito dos valores pagos e do sistema de avaliação para tanto, faz-se necessário.

Há, pois, como apontam Moema Augusta Soares de Castro e Carmem Godoy Vieira de Souza, um *trade-off*, um conflito de escolhas, entre a ampla informação e a privacidade no âmbito do mercado de capitais, que poderá ser solucionado também à luz de um parâmetro de *eficiência econômica*²³⁷. Muito embora as autoras não ofereçam a uma possível solução para o debate, os critérios econômicos de eficiência também parecem indicar que a amplitude de informações é fator de estímulo à maximização da riqueza, o que, de algum modo, afora o quanto visto anteriormente, legitimaria a relativização da privacidade.

Neste ponto, uma ressalva precisa ser feita.

Não se pretende defender uma redução absoluta do grau de proteção da privacidade dos dirigentes de companhias abertas. Todavia, mesmo na bibliografia especializada é possível colher o entendimento de que “é justificável o sacrifício do

administrativa”. SPINELLI, Luís Felipe. **Conflito de interesses na administração da sociedade anônima**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 23-24.

²³⁶ SPINELLI, Luís Felipe. **Conflito de interesses na administração da sociedade anônima**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 25-26.

²³⁷ CASTRO, Moema Augusta Soares de; SOUZA, Carmen Godoy Vieira de. **A obrigatoriedade da informação dos rendimentos dos administradores das companhias abertas sob o viés da análise econômica do direito: *trade-off* entre publicidade e privacidade e a eficiência da regulação**. In: WALD, Arnoldo; GONÇALVES, Fernando; CASTRO, Moema Augusto Soares (coord.). *Sociedades anônimas e mercado de capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 488.

direito fundamental em questão, admitindo a sua compressão quando esta for essencial e eficiente para a tutela de outro direito fundamental”.²³⁸

Também assim, mesmo para um dos mais ardorosos defensores do direito à privacidade no mundo, como de fato tem sido dito a respeito do italiano Stefano Rodotà, o reconhecimento do direito à privacidade deve ser situado no amplo contexto em que sobressaem os interesses do Estado e outros interesses individuais e coletivos – tradicionalmente o direito à informação e o direito à saúde²³⁹.

A redução do campo da privacidade dos agentes e executivos que lidam com o mercado de capitais parte de premissa *de fato*, amplamente válida no contexto da já mencionada *sociedade de informação*: a complexidade das teias de relações formadas através da informação exige um tratamento que reconheça este estado de coisas, ao invés de simplificá-lo; quer-se com isto dizer que, estender as hipóteses de relativização da privacidade apenas a *questões de Estado*, e não a questões de *interesse público*, é ignorar que, mesmo no campo do Direito Privado, existem zonas onde a transparência é elemento fundamental para a consecução de outros direitos fundamentais, ligados à função social das organizações empresariais, como também aos consumidores.

4.7 REGRAS DE TRANSPARÊNCIA NO MERCADO DE CAPITAIS BRASILEIRO

As informações objeto de ampla divulgação no mercado de capitais, via de regra, relacionam-se com a atividade econômica das companhias.

Em primeiro lugar, as companhias que pretendam abrir o capital para que suas ações sejam livremente negociadas no mercado de capitais devem realizar ampla divulgação de informações na forma da Lei n. 6.404/76, mediante registro na Comissão de Valores Mobiliários, o qual deverá ser acompanhado de “estudo de viabilidade econômica e financeira do empreendimento”, “projeto do estatuto social” e do “prospecto, organizado e assinado pelos fundadores e pela instituição financeira intermediária” (artigo 82, parágrafo 1º).

²³⁸ Tepedino, Gustavo; Barboza, Heloisa Helena; Moraes, Maria Celina Bodin. **Código Civil Interpretado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.62.

²³⁹ RODOTÁ, Stefano. **Tecnologie e Diritti**. Bologna: Il Mulino, 1995, p. 117.

No prospecto, deve-se fazer constar informações claras e precisas a respeito da companhia, suas bases e os “motivos que justifiquem a expectativa de bom êxito do empreendimento”, conforme o rol de dados previstos no artigo 84 da Lei n. 6.404/76.²⁴⁰

A matéria encontra-se regulamentada através da Instrução Normativa n. 400 da Comissão de Valores Mobiliários, que, na mesma trilha da legislação de regência, prevê de modo claro obrigações relacionadas à ampla divulgação de informações, em especial: (i) a obrigação de entregar um exemplar do prospecto ao investidor, podendo para tanto ser utilizado o meio eletrônico (artigo 41); (ii) a obrigação de não revelar informação relativa à oferta que embarace a compreensão dos investidores a respeito da companhia (artigo 48, inciso I, alínea “a”); (iii) a obrigação de não utilizar informação reservada para fins que não sejam relacionados à preparação da oferta pública; e (iv) a obrigação de divulgar apenas informações verdadeiras, consistentes e corretas a respeito da companhia (artigo 56).

Exemplo da amplitude da divulgação de informações também pode ser encontrado no artigo 176 da Lei federal n. 6.404/76, que impõe às companhias, ao fim de cada exercício social, a publicação de suas demonstrações financeiras, incluindo-se

²⁴⁰ Art. 84. O prospecto deverá mencionar, com precisão e clareza, as bases da companhia e os motivos que justifiquem a expectativa de bom êxito do empreendimento, e em especial:

I - o valor do capital social a ser subscrito, o modo de sua realização e a existência ou não de autorização para aumento futuro;

II - a parte do capital a ser formada com bens, a discriminação desses bens e o valor a eles atribuídos pelos fundadores;

III - o número, as espécies e classes de ações em que se dividirá o capital; o valor nominal das ações, e o preço da emissão das ações;

IV - a importância da entrada a ser realizada no ato da subscrição;

V - as obrigações assumidas pelos fundadores, os contratos assinados no interesse da futura companhia e as quantias já despendidas e por despende;

VI - as vantagens particulares, a que terão direito os fundadores ou terceiros, e o dispositivo do projeto do estatuto que as regula;

VII - a autorização governamental para constituir-se a companhia, se necessária;

VIII - as datas de início e término da subscrição e as instituições autorizadas a receber as entradas;

IX - a solução prevista para o caso de excesso de subscrição;

X - o prazo dentro do qual deverá realizar-se a assembléia de constituição da companhia, ou a preliminar para avaliação dos bens, se for o caso;

XI - o nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos fundadores, ou, se pessoa jurídica, a firma ou denominação, nacionalidade e sede, bem como o número e espécie de ações que cada um houver subscrito,

XII - a instituição financeira intermediária do lançamento, em cujo poder ficarão depositados os originais do prospecto e do projeto de estatuto, com os documentos a que fizerem menção, para exame de qualquer interessado.

balanço patrimonial, demonstração de lucros e prejuízos, demonstração do resultado e dos fluxos de caixa. Além da mera divulgação, a referida norma impõe que a informação deva ser transmitida “com clareza a situação do patrimônio da companhia e as mutações ocorridas no exercício”.

E mais: além dos documentos acima apontados, os quais são eminentemente contábeis, a lei de regência determina que a divulgação seja acompanhada de “notas explicativas” (artigo 176, parágrafo 4º) que deverão, textualmente, esmiuçar mais amplamente os números divulgados (artigo 176, parágrafo quinto)²⁴¹.

Refletindo o modo como a informação é realmente elemento fundamental de regulação do mercado, a Lei n. 6.404/76 dispõe ainda meticulosamente de que modo deverá ser feita a publicação, impondo que se faça “em órgão oficial da União ou do Estado ou do Distrito Federal, conforme o lugar em que esteja situada a sede da companhia, e em outro jornal de grande circulação editado na localidade em que está situada a sede da companhia” (artigo 189).

²⁴¹ § 5º As notas explicativas devem: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – apresentar informações sobre a base de preparação das demonstrações financeiras e das práticas contábeis específicas selecionadas e aplicadas para negócios e eventos significativos; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – divulgar as informações exigidas pelas práticas contábeis adotadas no Brasil que não estejam apresentadas em nenhuma outra parte das demonstrações financeiras; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

III – fornecer informações adicionais não indicadas nas próprias demonstrações financeiras e consideradas necessárias para uma apresentação adequada; e (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

IV – indicar: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) os principais critérios de avaliação dos elementos patrimoniais, especialmente estoques, dos cálculos de depreciação, amortização e exaustão, de constituição de provisões para encargos ou riscos, e dos ajustes para atender a perdas prováveis na realização de elementos do ativo; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) os investimentos em outras sociedades, quando relevantes (art. 247, parágrafo único); (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) o aumento de valor de elementos do ativo resultante de novas avaliações (art. 182, § 3º); (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

d) os ônus reais constituídos sobre elementos do ativo, as garantias prestadas a terceiros e outras responsabilidades eventuais ou contingentes; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

e) a taxa de juros, as datas de vencimento e as garantias das obrigações a longo prazo; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

f) o número, espécies e classes das ações do capital social; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

g) as opções de compra de ações outorgadas e exercidas no exercício; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

h) os ajustes de exercícios anteriores (art. 186, § 1º); e (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

i) os eventos subsequentes à data de encerramento do exercício que tenham, ou possam vir a ter, efeito relevante sobre a situação financeira e os resultados futuros da companhia. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

Sendo a companhia de capital aberto, com ações livremente negociadas no mercado de capitais, as regras de divulgação serão mais amplas ainda, uma vez que a “Comissão de Valores Mobiliários poderá determinar que as publicações ordenadas por esta Lei sejam feitas, também, em jornal de grande circulação nas localidades em que os valores mobiliários da companhia sejam negociados em bolsa ou em mercado de balcão, ou disseminadas por algum outro meio que assegure sua ampla divulgação e imediato acesso às informações” (artigo 289, parágrafo 1º).

Do mesmo modo, da natureza aberta da companhia decorre outro instrumento de manutenção da transparência do mercado, também previsto pela mesma Lei n. 6.404/76: a divulgação de fatos relevantes (artigo 157, parágrafo 4º²⁴²).

No âmbito da Comissão de Valores Mobiliários, a matéria encontra-se regulamentada através da Instrução Normativa n. 358, que define como *relevante* “qualquer decisão do acionista controlador, deliberação da assembleia geral ou dos órgãos de administração da companhia aberta, ou de qualquer outro ato ou fato de caráter político-administrativo, técnico, comercial ou econômico financeiro ocorrido ou relacionados aos seus negócios” (artigo 2º).

A par da abertura da norma, que nos seus respectivos incisos dispõe que o fato relevante deva influenciar a cotação dos papéis ou a decisão dos investidores, a mesma Instrução propõe exemplos de fatos relevantes (artigo 1º, parágrafo único²⁴³). Percebe-se, também aqui, importante instrumento de garantia do *full*

²⁴² § 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.

²⁴³ Parágrafo único. Observada a definição do "caput", são exemplos de ato ou fato potencialmente relevante, dentre outros, os seguintes:

- I. assinatura de acordo ou contrato de transferência do controle acionário da companhia, ainda que sob condição suspensiva ou resolutive;
- II. mudança no controle da companhia, inclusive através de celebração, alteração ou rescisão de acordo de acionistas;
- III. celebração, alteração ou rescisão de acordo de acionistas em que a companhia seja parte ou interveniente, ou que tenha sido averbado no livro próprio da companhia;
- IV. ingresso ou saída de sócio que mantenha, com a companhia, contrato ou colaboração operacional, financeira, tecnológica ou administrativa;
- V. autorização para negociação dos valores mobiliários de emissão da companhia em qualquer mercado, nacional ou estrangeiro;
- VI. decisão de promover o cancelamento de registro da companhia aberta;
- VII. incorporação, fusão ou cisão envolvendo a companhia ou empresas ligadas;
- VIII. transformação ou dissolução da companhia;

disclosure, sujeito a, em caso de omissão, enquadramento na condição de infração grave (artigo 18).²⁴⁴

Além de informações relacionadas às companhias e sendo também imprescindível ter conhecimento a respeito dos sujeitos envolvidos com a condução dos negócios das empresas, existem normas que determinam a divulgação de informações pessoais de agentes do mercado.

É o que ocorre, por exemplo, a partir da incidência da regra do art. 157 da Lei federal 6.404/76, que obriga o administrador a revelar informações a respeito de seu patrimônio pessoal no momento da sua posse, devendo declarar “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”.

Interessante observar que, a pedido de acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social, as informações pessoais a respeito do patrimônio do administrador poderão ser aprofundadas, de modo, por exemplo, a obter “o número dos valores mobiliários de emissão da companhia ou de sociedades

-
- IX. mudança na composição do patrimônio da companhia;
 - X. mudança de critérios contábeis;
 - XI. renegociação de dívidas;
 - XII. aprovação de plano de outorga de opção de compra de ações;
 - XIII. alteração nos direitos e vantagens dos valores mobiliários emitidos pela companhia;
 - XIV. desdobramento ou grupamento de ações ou atribuição de bonificação;
 - XV. aquisição de ações da companhia para permanência em tesouraria ou cancelamento, e alienação de ações assim adquiridas;
 - XVI. lucro ou prejuízo da companhia e a atribuição de proventos em dinheiro;
 - XVII. celebração ou extinção de contrato, ou o insucesso na sua realização, quando a expectativa de concretização for de conhecimento público;
 - XVIII. aprovação, alteração ou desistência de projeto ou atraso em sua implantação;
 - XIX. início, retomada ou paralisação da fabricação ou comercialização de produto ou da prestação de serviço;
 - XX. descoberta, mudança ou desenvolvimento de tecnologia ou de recursos da companhia;
 - XXI. modificação de projeções divulgadas pela companhia;
 - XXII. impetração de concordata, requerimento ou confissão de falência ou propositura de ação judicial que possa vir a afetar a situação econômico-financeira da companhia.

²⁴⁴ É prudente o registro de que fora justamente a informação deficiente – no caso, informações exageradamente otimistas – o fator fundamental para a quebra de confiança do mercado quanto a solidez do grupo EBX, controlado pelo empresário brasileiro Eike Fuhrken Batista da Silva. Após anos de divulgação de informações a respeito de previsões e expectativas otimistas, e de valorização de seus papéis no mercado, poucos dos fatos relevantes chegaram a se implementar. As ações das empresas do grupo caíram vertiginosamente, provocando o que a edição semanal de 07 de outubro da revista norte-americana “Bloomberg Businessweek” chamou de “maior colapso financeiro individual da história”.

controladas, ou do mesmo grupo, que tiver adquirido ou alienado, diretamente ou através de outras pessoas, no exercício anterior” (artigo 157, parágrafo 1º, alínea “a”); “as opções de compra de ações que tiver contratado ou exercido no exercício anterior” (alínea “b”); e “os benefícios ou vantagens, indiretas ou complementares, que tenha recebido ou esteja recebendo da companhia e de sociedades coligadas, controladas ou do mesmo grupo” (alínea “c”).

Comentando o conjunto de regras ora exposto, Nelson Eizirik, Ariádna Gaal, Flávia Parente e Marcus de Freitas Henriques apontam a existência de um verdadeiro *dever de informar*, atribuído aos dirigentes da Companhia. Tal, nos termos do bloco de normas existente sobre o tema, pode ser analisado sob dois aspectos: (i) um primeiro, em que o dever de informação encontra-se voltado aos acionistas, bem demonstrado pelo dever de declaração no termo de posse (artigo 157, *caput*, Lei federal 6.404/76) e no dever de revelação à assembleia geral ordinária (artigo 157, §§1º e 2º, Lei federal 6.404/76); e (ii) um segundo aspecto, consistente “no dever de comunicação e de divulgação de informações que possam influir no mercado de capitais de um forma geral (artigo 157, §4º)”.²⁴⁵

Particularmente com relação ao segundo aspecto mencionado acima, entendem os autores tratar-se de evidente prestígio rendido pela legislação brasileira ao princípio, já referido, do *full disclosure*. É que, mais do que a transmissão de informações a respeito de dirigentes e da própria Companhia aos acionistas – direito que parecer ser mesmo intuitivo, decorrente da posição de verdadeiro *sócio* – a norma consagra o direito de potenciais investidores, ainda que *não-sócios* terem acesso a informações que possam influenciar as decisões de investimentos. Trata-se de raciocínio decorrente da “presunção de que uma vez adequadamente provido de informações relevantes sobre a companhia e sobre os títulos emitidos, o investidor tem condições de avaliar o mérito do empreendimento e a qualidade dos papéis”.²⁴⁶

Norma de objetivo semelhante, quanto a transparência de informações, determina a divulgação, por parte da companhia, da remuneração paga aos auditores contábeis

²⁴⁵ EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. **Mercado de capitais – regime jurídico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 481.

²⁴⁶ EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. **Mercado de capitais – regime jurídico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 485.

nos últimos dozes meses anteriores a oferta pública de ações (Instrução CVM n. 361/2002, artigo 8ª, §6º).

Por fim, por força da *Instrução CVM n. 480/2009, sub-item 13.11, Anexo 24*, as companhias abertas estão obrigadas a divulgar informações relacionadas à remuneração individual de administradores e membros do Conselho de Administração e Fiscal. O tema, em face do potencial imbricamento com o direito à privacidade e pelas polêmicas suscitadas, pode ser utilizado como parâmetro de avaliação dos limites da proteção da vida privada e das informações pessoais no âmbito do mercado de capitais – razão pela qual, a ele, será dedicado capítulo específico.

5 DIVULGAÇÃO DE REMUNERAÇÃO E PRIVACIDADE NO ÂMBITO DO MERCADO DE CAPITAIS

Conforme visto no capítulo anterior, a abrangência do direito à informação no âmbito do mercado de capitais, seja por força de questões regulatórias, seja por conta de questões ligadas à proteção do consumidor-investidor, seja ainda porque a informação é elemento econômico fundamental para o bom funcionamento dos mecanismos econômicos inerentes a este setor, encontra como barreira o direito fundamental à privacidade, garantido a todos os cidadãos – e sem qualquer ressalva expressa no caso dos agentes ligados ao mercado.

A tensão entre privacidade e informação, nesse setor, torna-se tanto maior quando se tem em conta a abertura de dados patrimoniais a respeito de agentes ligados a empresas de capital aberto, a exemplo de diretores e membros dos Conselhos Administrativo ou Fiscal. É o que ocorre, por exemplo, na hipótese vista anteriormente do artigo 157 da Lei federal 6.404/76, que obriga os administradores de sociedades anônimas a declarar, no ato da posse, se são detentores de títulos mobiliários emitidos pela Companhia onde exercerão o cargo de direção.

O ponto mais sensível, todavia, da relação entre privacidade e informação no âmbito do mercado de capitais pode ser verificado nas obrigações, regulamentadas pela Comissão de Valores Mobiliários, de *divulgação pública da remuneração individual* de executivos ligado a Companhias abertas, objeto da Instrução Normativa 480/2009. É aqui, quando se está diante da possibilidade de ampla divulgação do salário, dos valores nominais recebidos por diretores e executivos em geral de companhias abertas, que a noção de privacidade pode ser rapidamente oposta ao *full disclosure* inerente ao mercado de capitais, como modo de vedar o acesso a este tipo de informação e pretensamente obter a tutela da privacidade.

Efetivamente, a doutrina tem afirmado de modo reiterado que informações de cunho patrimonial ou referentes a movimentações bancárias integram o núcleo de proteção da privacidade. Em texto clássico, Miguel Reale explica que o conteúdo de uma conta bancária e informações em geral a respeito da remuneração individual de cada cidadão constituem relevante projeção da vida privada, e como tal carecem de proteção:

Na realidade, uma conta bancária, qualquer que seja sua modalidade, constitui uma projeção da 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 se traduz como uma opção de livre iniciativa, outro valor pessoal que a Constituição vigente assegura nada menos do que em dois artigos (o art. 1º e o do nº 170), sendo declarado um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.²⁴⁷

Uma conclusão desta ordem, todavia, que proibisse a divulgação da remuneração no âmbito do mercado de capitais, desconsidera que a flexibilização das fronteiras entre o direito público e o direito privado operou consequências agudas também para a tutela da privacidade.

Não se pode ignorar que, mesmo no âmbito privado, existem espaços públicos, com níveis semelhantes de exigência, em termos de transparência e publicidade, ao que já é possível identificar-se no âmbito do regime de direito público.

Trata-se de uma espécie de ônus, decorrente da fluidez defendida entre direito público e privado. De fato, o movimento de publicização do direito privado não somente justifica a intervenção do Estado em relações privadas com o objetivo de promover políticas públicas, como também, a reboque, permite legitimar certos espaços públicos, em que se exige ampla transparência de informações, sobretudo quando isto se mostra necessário à boa regulação e à proteção da economia como um todo.

É certo, sob este contexto, que informações sobre a remuneração de um executivo de uma companhia aberta não devem ter o mesmíssimo regime de proteção que os dados de um funcionário de uma empresa de capital fechado. Não se trata de consequência decorrente do maior ou menor porte econômico, ou do setor econômico no qual atue as empresas. O que não se pode perder de vista, efetivamente, é a relevância destas informações para a regulação do ambiente de negócios, tendo em vista os múltiplos interesses envolvidos – que passam longe de restringir-se aos interesses privados de empresas e indivíduos integrantes de Conselhos e Diretorias.

²⁴⁷ REALE, Miguel. **Os direitos da pessoa e o sigilo bancário**. In: *Questões de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 61.

Assim, o mercado de capitais representa verdadeiro espaço público cravado no âmbito do regime de direito privado, em que exigências de transparência, publicidade e governança permitem flexibilizar a proteção da privacidade, trazendo para o campo do interesse público (expressão que não pode mais restringir-se apenas ao regime de direito público) informações que, em condições normais, poderiam ser consideradas como privadas e, como tal, infensas à divulgação pública.

A criação do espaço público aludido encontra tanto mais fundamento quando se tem em vista o cumprimento dos ditames previstos no artigo 170 da Constituição. Neste ponto, uma certa flexibilização da privacidade também estaria legitimada pelo interesse público conformado nos princípios da ordem econômica, sobretudo a defesa do consumidor-investidor (inciso V), para o que se exige, sem dúvidas, amplitude de informação e transparência.

Antes, porém, de expor a natureza e o modo de funcionamento da obrigação de divulgação de remuneração no âmbito do mercado de capitais brasileiro, é prudente verificar como o tema é tratado sob outras jurisdições.

5.1 PANORAMA EUROPEU

As políticas de remuneração no âmbito da União Européia constituem-se em tema de preocupação do bloco econômico, ao ponto de, a ele, ter o Parlamento europeu dedicado, nos últimos dez anos, duas Recomendações e uma Resolução. Com isto, buscou-se uniformizar procedimentos e alertar os países membros a respeito das profundas implicações entre o grau de risco a que se expõem as Companhias e os sistemas de pagamento de seus principais dirigentes.

As iniciativas no âmbito da União Européia fora antecedidas por amplos debates nos países membros, a exemplo do que noticia Bruno Haack Vilar em dissertação de mestrado dedicada ao estudo comparado da disciplina da remuneração dos administradores de sociedades anônimas no Brasil e no Reino Unido²⁴⁸. O autor aponta que “ao longo da década de 1990 os *boards* das empresas britânicas foram

²⁴⁸ VILAR, Bruno Haack. **Estudo comparado da disciplina da remuneração dos administradores de sociedades por ações no Brasil e Reino Unido e sua relação com a propriedade do capital** (Dissertação de mestrado). Porto Alegre: UFRGS, 2013.

submetidos publicamente a severas críticas quanto à remuneração por eles atribuída aos diretores²⁴⁹. Em função de tais críticas, ecoadas na imprensa, ao longo de década de 1990 foram organizadas iniciativas para debater a regulamentação da matéria, culminando na edição do *Director's Remuneration Report Regulations 2002*, cujas principais diretrizes são as “amplas exigências de publicidade”²⁵⁰ e a “exigência de [submissão da] remuneração dos diretores ao voto dos acionistas”²⁵¹.

No que mais toca com as exigências de publicidade, o sistema britânico determinara, já no início dos anos 2000, fosse divulgado anualmente um relatório contendo uma série de informações a respeito da remuneração dos diretores de Companhias abertas. Além da divulgação, algumas dessas informações estavam sujeitas a auditoria, a saber: (i) a remuneração total paga a cada um dos diretores, independentemente da natureza da parcela; (ii) a quantidade de ações sujeitas a planos de opções de compra, no início e final do exercício, e as exercidas naquele ano, além de detalhes do plano; (iii) incentivos de longo prazo (bônus, ações e benefícios de aposentadoria), no início e final do exercício, e os pagos ou outorgados naquele ano; (iv) pensões pagas e modificações feitas nos planos de pensões no exercício; (v) benefícios de aposentadoria decorrentes de planos de pensão pagos no exercício além daqueles originalmente contratados; (vi) pagamentos feitos a ex-diretores; e (vii) valores pagos a terceiros como forma de remuneração a diretores.²⁵²

Além das informações vistas anteriormente, o relatório deveria conter outras, em que pese não serem submetidas a auditoria, a saber: (ii) informações sobre os membros do comitê de remuneração; (ii) informações sobre a política de remuneração da empresa, em especial planos de opções e incentivos de longo prazo e suas condições; (iii) gráfico comparativo do desempenho da companhia com um índice de

²⁴⁹ VILAR, Bruno Haack. **Estudo comparado da disciplina da remuneração dos administradores de sociedades por ações no Brasil e Reino Unido e sua relação com a propriedade do capital** (Dissertação de mestrado). Porto Alegre: UFRGS, 2013, p. 115.

²⁵⁰ VILAR, Bruno Haack. **Estudo comparado da disciplina da remuneração dos administradores de sociedades por ações no Brasil e Reino Unido e sua relação com a propriedade do capital** (Dissertação de mestrado). Porto Alegre: UFRGS, 2013, p. 116.

²⁵¹ VILAR, Bruno Haack. **Estudo comparado da disciplina da remuneração dos administradores de sociedades por ações no Brasil e Reino Unido e sua relação com a propriedade do capital** (Dissertação de mestrado). Porto Alegre: UFRGS, 2013, p. 117.

²⁵² VILAR, Bruno Haack. **Estudo comparado da disciplina da remuneração dos administradores de sociedades por ações no Brasil e Reino Unido e sua relação com a propriedade do capital** (Dissertação de mestrado). Porto Alegre: UFRGS, 2013, p. 117-118.

mercado; e (iv) informações sobre contratos com os diretores, em especial sua duração e indenização por rescisão contratual.²⁵³

É sob este contexto que, no âmbito da União Europeia, a Resolução de 07 de julho de 2010 dispõe “sobre a remuneração dos administradores de sociedades cotadas e as políticas de remuneração no sector dos serviços financeiros”, cuja origem foi uma Recomendação editada pela Comissão Europeia, datada de 30 de abril de 2009 e que, por sua vez, dispunha sobre “o regime de remuneração dos administradores de sociedades cotadas”.

Muito em função da crise econômica vivida pela Europa à época da divulgação da Recomendação, o documento é claro ao dispor que os seus principais objetivos são:

assegurar a transparência das práticas de remuneração, o controlo dos accionistas sobre a política de remuneração e a remuneração individual graças à sua divulgação, à introdução de um voto obrigatório ou consultivo relativamente à declaração sobre as remunerações e à aprovação pelos accionistas dos regimes de remuneração com base em acções, bem como uma supervisão não executiva eficaz e independente e o desempenho por parte do comité das remunerações de um papel pelo menos consultivo sobre as práticas de remuneração²⁵⁴.

É interessante observar que a mencionada Recomendação sugere uma mudança no viés de análise dos sistemas de remuneração das companhias europeias. Muito embora a Recomendação deixe claro que a instituição da remuneração ainda seja assunto de competência exclusiva da Companhia, a relação entre a política de pagamento dos executivos e os riscos que tais empresas assumem é tema de *interesse público*, precisamente porque, em função de riscos imprudentemente assumidos, a economia como um todo pode ser afetada – o que exige um grau de controle para além dos acionistas:

Enquanto a forma, a estrutura e o nível de remuneração dos administradores continuam a ser questões essencialmente da competência das sociedades, dos seus accionistas e, quando aplicável, dos representantes dos trabalhadores, a Comissão considera que é necessário instituir princípios adicionais relativamente à estrutura de remuneração dos administradores, tal

²⁵³ VILAR, Bruno Haack. **Estudo comparado da disciplina da remuneração dos administradores de sociedades por ações no Brasil e Reino Unido e sua relação com a propriedade do capital** (Dissertação de mestrado). Porto Alegre: UFRGS, 2013, p. 117.

²⁵⁴ Vide Anexo.

como estabelecida na política de remuneração das sociedades, bem como ao processo para determinar a remuneração e ao controlo desse processo²⁵⁵.

Para a Comissão Europeia, “a estrutura de remuneração dos administradores deve promover a sustentabilidade”²⁵⁶ e, como modo de controlar e fiscalizar esta relação, recomendou-se que:

Para facilitar aos accionistas a avaliação da estratégia da sociedade em matéria de remunerações e reforçar a responsabilização das sociedades perante os seus accionistas, a declaração sobre as remunerações deve ser clara e facilmente compreensível. Além disso, são necessárias mais informações sobre a estrutura das remunerações²⁵⁷.

Mesmo na “Comunicação da Comissão” – uma espécie de exposição dos motivos da Recomendação e que é divulgada paralelamente – o papel central das políticas da remuneração para o bom desenvolvimento do mercado de capitais mostra-se evidente no âmbito da União Europeia. O texto é claro ao, já na introdução, apontar como causa determinante para a Recomendação o “amplo consenso de que os regimes de compensação com base em rendimentos a curto prazo, sem o devido atendimento dos correspondentes riscos, contribuíram para os incentivos que levaram ao envolvimento das instituições financeiras em operações de risco excessivo”²⁵⁸.

Para a Comissão Europeia, “uma política de remunerações adequada assegura a recompensa do desempenho e estimula os administradores a garantirem a sustentabilidade da empresa a médio e longo prazos²⁵⁹”. Sendo uma Companhia, particularmente as Companhias abertas, um verdadeiro pólo de relações jurídicas, a envolver fornecedores, trabalhadores, consumidores, o Fisco e acionistas, pode-se afirmar, sem exagero retórico, que o tema torna-se de *interesse público*. Aliás, esta mesma natureza já se impõe no âmbito da União Europeia desde a última Recomendação sobre o mesmo tema, datada de 14 de dezembro de 2004, por meio da qual já se recomendava a ampla transparência das políticas de remuneração e dos valores nominais pagos aos dirigentes:

²⁵⁵ Vide Anexo

²⁵⁶ Vide Anexo.

²⁵⁷ Vide Anexo.

²⁵⁸ Vide Anexo.

²⁵⁹ Vide Anexo.

3.1. Cada sociedade cotada deve divulgar uma declaração relativa à política de remuneração da sociedade («declaração sobre as remunerações»). Esta declaração fará parte de um relatório autónomo sobre as remunerações ou será incluída nas contas anuais e relatório anual ou no anexo das contas anuais. A declaração sobre as remunerações deve igualmente ser publicada no sítio web da sociedade cotada²⁶⁰.

(...)

5.1. A remuneração total e outros benefícios concedidos individualmente aos administradores durante o exercício relevante devem ser divulgados em pormenor nas contas anuais ou no respectivo anexo ou, quando aplicável, no relatório sobre remunerações.²⁶¹

A referida Recomendação é absolutamente pormenorizada ao determinar o modo como deve se dar a divulgação:

- a) O montante total dos salários pagos ou devidos ao administrador pelos serviços prestados durante o exercício em questão, incluindo, se for o caso, as senhas de presença fixadas pela assembleia geral anual dos accionistas;
- b) A remuneração e benefícios recebidos de qualquer sociedade pertencente ao mesmo grupo;
- c) A remuneração paga sob a forma de participação nos lucros e/ou de pagamento de prémios e os motivos por que tais prémios e/ou participação nos lucros foram concedidos;
- d) Quando tal for legalmente permitido, qualquer remuneração significativa adicional paga aos administradores por serviços especiais fora do âmbito das funções habituais de administrador;
- e) A indemnização paga ou devida a cada ex-administrador executivo relativamente à cessação das suas funções durante esse exercício;
- f) A estimativa do valor total dos benefícios não pecuniários considerados como remuneração, para além dos previstos nas alíneas a) a e)²⁶².

Como se vê, para além da divulgação no *síte* eletrónico da Companhia, a informação deve ser detalhada a tal ponto de abranger o montante total dos valores pagos, outros benefícios recebidos, a indenização devida em caso de rescisão do contrato e a estimativa do valor total dos benefícios não pecuniários.

²⁶⁰ Vide Anexo.

²⁶¹ Vide Anexo.

²⁶² Vide Anexo.

5.2 PANORAMA NORTE-AMERICANO

Os investimentos no mercado de capitais norte-americano estão protegidos por leis federais e demais normas expedidas pela agência reguladora do setor, a *Securities and Exchange Commission* (comumente referida pela sigla "SEC"). Além da legislação federal, cada um dos estados individualmente considerados têm leis com o objetivo de proteger os investidores – resultado da crise financeira de 1929, momento antes do qual a tutela dos investidores dependia apenas de leis estaduais e que somente poderiam ser acionadas em caso de fraudes²⁶³.

O quadro legislativo norte-americano é ocupado por lei complexas e baseadas em uma filosofia de publicidade, que protege a integridade dos mercados financeiros ao exigir dos emissores e dos ofertantes de papéis no mercado *plena divulgação de todas as informações relevantes*. A publicidade é condição inerente ao funcionamento do mercado e abrange não apenas as informações divulgadas aos acionistas (*shareholders*), como também aos investidores em geral, propiciando tomadas de decisões conscientes por parte de todos²⁶⁴.

Tanto assim que, além do *Securities Act* (que regula os valores mobiliários) e do *Securities Exchange Act* (que regula o mercado de capitais), leis que remontam respectivamente a 1933 e 1934, o cenário de crise financeira experimentado nos últimos anos e os escândalos de falência decorrentes de fraudes contábeis e deficiências na transmissão de informações ao mercado levou a edição de novos diplomas legislativos – o que, em países do sistema da *Common Law*, demonstra a importância do tema. Trata-se, especificamente, da *Sarbanes-Oxley Act*, editada no ano de 2002 e que determinou uma série de reformas para melhorar as práticas de governança corporativa e aprimorar as publicações financeiras; e da *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, do ano de 2010, resultado da crise mais recente, cujo objetivo é também implementar regras de melhoria da

²⁶³ ALMEIDA, André de; YOSHIDA, Natalie; WALDMAN, Chet; MADOFF, Emily. **Mecanismos Legais de Proteção a Investidores no Mercado de Capitais dos EUA**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI184530,101048Mecanismos+legais+de+protecao+a+investidores+no+mercado+de+capitais>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

²⁶⁴ ALMEIDA, André de; YOSHIDA, Natalie; WALDMAN, Chet; MADOFF, Emily. *op. cit.* Acesso em: 20 jan. 2014.

governança corporativa, publicidade e transparência dos atos praticados no mercado de capitais daquele país²⁶⁵.

Todo o panorama, como se vê, tem como norte a proteção do consumidor-investidor, nos moldes do que discutido no capítulo anterior, sobretudo quanto à garantia da transparência e da circulação de informações no mercado de capitais norte-americano. Mais do que isto, a *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, semelhante à regulação europeia, determina a divulgação clara das políticas de remuneração da Companhia e a formação de comitês independentes de avaliação destas políticas (*Subtitle E* da Lei). Todavia, diferente do modelo europeu, o sistema norte-americano prevê a divulgação de dados a partir dos quais seja possível aferir a *relação* entre o *total de rendimentos recebidos pelo mais alto dirigente executivo* da Companhia ao longo do ano (o *Chief Executive Officer*, conhecido pela sigla “CEO”) e a média anual de remuneração paga pela Companhia a *todos os demais empregados*, exceto o CEO (*Section 953, “B”, “1”*).²⁶⁶

5.3 PANORAMA BRASILEIRO

No Brasil, para além das regras de transparência vistas no capítulo anterior²⁶⁷, em 2009, após ampla consulta pública, a Comissão de Valores Mobiliários editou a Instrução Normativa n. 480, com o objetivo de, semelhante às medidas tomadas pelas agências reguladoras da Europa e dos Estados Unidos, implementar novos instrumentos de melhoria da transparência e da governança corporativa das Companhias listadas no mercado de capitais brasileiro.

Em seu artigo 21, inciso II, a mencionada Instrução Normativa dispõe que a Companhia deve enviar à Comissão de Valores Mobiliários o que se intitulou de “formulário de referência”: um documento eletrônico cujo modelo encontra-se

²⁶⁵ ALMEIDA, André de; YOSHIDA, Natalie; WALDMAN, Chet; MADOFF, Emily. **Mecanismos Legais de Proteção a Investidores no Mercado de Capitais dos EUA**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI184530,101048Mecanismos+legais+de+protecao+a+investidores+no+mercado+de+capitais>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

²⁶⁶ The Commission shall amend section 229.402 of title 17, Code of Federal Regulations, to require each issuer to disclose in any filing of the issuer described in section 229.10(a) of title 17, Code of Federal Regulations (or any successor thereto)— (A) the median of the annual total compensation of all employees of the issuer, except the chief executive officer (or any equivalent position) of the issuer; (B) the annual total compensation of the chief executive officer (or any equivalent position) of the issuer; and (C) the ratio of the amount described in subparagraph (A) to the amount described in subparagraph (B).

²⁶⁷ Particularmente tópico 4.7.

previsto no Anexo 24 da Instrução e que, dentre diversas informações que obrigatoriamente devem ser divulgadas, indica aquelas relacionadas à “Remuneração dos Administradores”.

O referido Anexo 24, sob a rubrica “Remuneração dos Administradores”, impõe a divulgação de informações relacionadas a: “política ou prática de remuneração” dos principais executivos da Companhia e membros dos Conselhos de Administração e Fiscal; “objetivos da política ou prática de remuneração”; e, mais importante, “elementos da remuneração e objetivos de cada um deles”, tudo isto acompanhado de uma tabela que indique, no Conselho de Administração, Diretoria estatutária e Conselho Fiscal, o valor da maior remuneração individual, da menor remuneração individual e o valor médio da remuneração individual.

Muito embora a mencionada Instrução Normativa não disponha, em momento algum, quanto a indicação nominal e expressa a respeito de *quanto cada integrante do Conselho de Administração, da Diretoria e do Conselho Fiscal* recebeu a título de remuneração, prevendo apenas a indicação do *maior* valor, do *menor* valor e da *média* paga no âmbito de cada órgão, a regra foi objeto de ampla polêmica, inclusive na imprensa.

A revista “Capital Aberto”, na edição de fevereiro de 2009, buscou demonstrar por que “vale a pena dar um passo largo em direção à boa governança e tornar obrigatória a divulgação do salário de cada administrador”. A matéria intitulada “Medo privado em lugar público” merece ter a sua introdução destacada:

Alemanha, Austrália, Estados Unidos, França, Holanda, Irlanda, Itália, Noruega e Reino Unido. Nessa respeitável lista de países desenvolvidos, ser um dos principais dirigentes de uma companhia listada em bolsa de valores significa ter sua renda exposta. Na Austrália, desde 2004, a remuneração de cada membro do conselho de administração e dos cinco diretores mais bem pagos deve vir a público. Na França, a regra incide sobre os conselheiros, o presidente-executivo e o seu vice, conforme lei promulgada em 2001. Por que, no Brasil, ansioso por se tornar um centro financeiro global, haveria de ser diferente?

Posteriormente, a mesma publicação registrou, em sua edição de abril de 2010, que existiriam razões culturais e sociais que explicariam o receio dos executivos quanto a divulgação de suas remunerações, ainda que isso não fosse feito nominalmente.

Além de razões ligadas à privacidade, explicadas por uma especialista pelo fato de que “o dinheiro seria como uma extensão do nosso corpo. Se revelarmos nosso salário, é como se fôssemos desnudados em público”, a publicação alude também a problemas relacionados a segurança, já que, com a remuneração divulgada, os executivos estariam mais expostos a violência.

5.4 PRIVACIDADE, INFORMAÇÕES PATRIMONIAIS E INFORMAÇÕES EXISTENCIAIS

O debate a respeito das regras de divulgação de remuneração não pode ser realizado a partir da simplificação da realidade social; dito de outro modo: desconsiderar a complexidade e a necessária transparência do mercado de capitais é solução que não se compatibiliza com o *interesse público* relacionado a esta zona específica do Direito Privado.

A aproximação, assim, do Direito Público do Direito Privado, se *por um lado* permite reconhecer que os entes privados devem observar no âmbito de suas relações garantias e direitos fundamentais; *por outro*, parece possível impor-se, em campos privatistas em que a transparência e a publicidade exercem papel fundamental de regulação, uma certa flexibilidade ao que se entende como objeto exclusivo de interesse individual.

A flexibilidade proposta, todavia, não desconsidera absolutamente a necessidade de resguardar direitos individuais justamente em face dos interesses públicos (comumente transmutados em interesse “do público” ou mesmo em interesses “do Estado” em certas circunstâncias...). Aliás, a propósito disso, mesmo a leitura do princípio da proteção da dignidade humana não pode ser feita tendo em conta a pessoa humana em si mesma; mas, ao contrário, a pessoa humana em suas relações sociais, o que exige em determinadas situações a relativização de certas prerrogativas, de sorte a, sem com isto excluir completamente o âmbito de incidência dos direitos individuais, garantir o bem comum.

Afinal, “ao contrário do que pode parecer, elevar a dignidade da pessoa humana (e o desenvolvimento de sua personalidade) ao posto máximo do ordenamento jurídico

constitui opção metodológica oposta à do individualismo das codificações²⁶⁸. Em outras palavras, pode-se afirmar que, particularmente com relação a privacidade, o conteúdo deste direito deve ser visto em consonância com cada relação jurídica em que a pessoa encontra-se vinculada – e não de modo genérico e abstrato, como buscou a doutrina fazer nos primeiros anos de desenvolvimento teórico da matéria.

A discussão sobre o grau de privacidade dos agentes ligados ao mercado de capitais, e mais particularmente a respeito da divulgação da remuneração de executivos de companhias abertas, pois, “encontra a legitimidade na concreta relação jurídica na qual se insere”²⁶⁹ – parafraseando Gustavo Tepedino, tratando das relativizações das prerrogativas inerentes à propriedade.

A privacidade de dirigentes de companhias abertas, sob esta perspectiva, assume um caráter coletivo e não poderá ter os seus contornos definidos corretamente se se desconsiderar que a “transparência”, no contexto do mercado de capitais, “afirma assim suas razões como premissa para uma presença efetiva dos cidadãos no interior das organizações sociais e políticas”.²⁷⁰

Bruno Haack Vilar, bem ponderando os limites da privacidade no âmbito do mercado de capitais, utiliza um exemplo curioso: o autor cita casos de executivos norte-americanos, a exemplo de Eric Schmidt (ex-diretor presidente do *Google*), Sergey Brin e Larry Page (co-fundadores do *Google*), além de Steve Jobs (fundador da *Apple*) e Mark Zuckerberg (fundador do *Facebook*), que recebem ou receberam salário anual de um dólar, na qualidade de dirigentes de suas respectivas empresas. Embora todos eles sejam absolutamente afortunados, graças às suas condições também de acionistas das empresas, as informações transmitidas às autoridades norte-americanas, a respeito da remuneração, dariam conta do recebimento de uma remuneração absolutamente irrisória. Nem por isso, no entanto, alguém dirá que tais executivos são desprovidos de posses.²⁷¹

²⁶⁸ *apud* LEWICKI, Bruno. **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 78-79.

²⁶⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 279.

²⁷⁰ RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância. A privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 45.

²⁷¹ VILAR, Bruno Haack. **Estudo comparado da disciplina da remuneração dos administradores de sociedades por ações no Brasil e Reino Unido e sua relação com a propriedade do capital** (Dissertação de mestrado). Porto Alegre: UFRGS, 2013, p. 173-174.

O exemplo, ainda que extremo, ilustra o fato de que não é um formulário divulgado na internet que colocará qualquer executivo de Companhia aberta sob a mira de assaltantes, do mesmo modo como também não é causa suficiente para alegar-se violação da privacidade – tudo isso particularmente no âmbito de uma atividade cuja principal exigência é a transparência. “Cabe lembrar ainda que as companhias abertas captam poupança popular, e portanto precisam se expor ao público. Aquele que não deseja fazê-lo não deve tomar parte nas atividades de companhias abertas”.²⁷²

Assim, sem desconsiderar que existem limites para a relativização da privacidade, convém distinguir a proteção das informações *patrimoniais* e das informações *existenciais*. O paradigma de tutela da privacidade não pode mais ter a sua diretriz desenhada em torno das informações que podem ser acessadas e daquelas que, de modo algum, devem ser objeto de conhecimento de terceiros. Ao contrário, a proteção das informações pessoais deve ter em vista o critério de *suscetibilidade de provocação de práticas discriminatórias*.²⁷³

Sob este aspecto, deve-se garantir maior transparência às informações patrimoniais, uma vez que estas são determinantes para a tomada de decisões de natureza coletiva – a exemplo das decisões a respeito da aquisição de papéis no mercado de capitais. O mesmo todavia, não se aplica, às informações existenciais uma vez que, por exemplo, exigir de executivos que dirijam companhias abertas a publicidade a respeito de suas opções sexuais ou religiosas, poderia gerar a prática de discriminação – de modo que, a estas informações, a ordem jurídica deve garantir maior opacidade.²⁷⁴

Com base na distinção acima, por exemplo, deve-se questionar se companhias abertas estão obrigadas a divulgar, na qualidade de *fato relevante*²⁷⁵, informações a respeito do estado de saúde de seus dirigentes. Longe de se verificar como um exemplo hipotético, situação semelhante fora vivenciada nos Estados Unidos por

²⁷² VILAR, Bruno Haack. **Estudo comparado da disciplina da remuneração dos administradores de sociedades por ações no Brasil e Reino Unido e sua relação com a propriedade do capital** (Dissertação de mestrado). Porto Alegre: UFRGS, 2013, p. 175..

²⁷³ RODOTÁ, Stefano. **Tecnologie e Diritti**. Bologna: Il Mulino, 1995, p. 32.

²⁷⁴ RODOTÁ, Stefano. **Tecnologie e Diritti**. Bologna: Il Mulino, 1995, p. 32.

²⁷⁵ Ver item 4.7.

ocasião da grave doença que acometeu o Presidente da Apple Inc., o conhecido empresário Steve Jobs, falecido no ano de 2011.

Avesso à imprensa, Steve Jobs lutou ao longo de sete anos contra um raro tipo de câncer pancreático, sem nunca ter revelado claramente aos acionistas e investidores da Apple Inc. – uma companhia com ações listadas em bolsas de valores (Nova Iorque e NASDAQ) – quais as suas expectativas e de seus médicos com relação aos tratamentos ou à gravidade da doença. As deficiências de informação e a percepção do mercado com relação ao papel central de Steve Jobs na administração da empresa levaram a agência reguladora norte-americana (a “SEC”) a abrir procedimento administrativo para investigação de suposta ocultação de informações.

O caso é narrado em artigo produzido pelos professores da Universidade de Stanford, David Larcker e James Miller, em que se discute se a doença de personagem tão importante para os rumos de uma empresa de capital aberto é uma questão pública ou particular²⁷⁶. Sem oferecer uma resposta, os referidos autores questionam se as companhias devem abrir informações referentes a divórcios contenciosos ou ao estado de saúde de seus dirigentes, nas hipóteses em que dados como estes possam incluir na preço de cotação das ações.

As razões de interesse público, relacionadas com as boas práticas de governança corporativa, devem permitir a flexibilização de informações patrimoniais, na medida em que a transparência destes dados permite o exercício de direitos de consumidores-investidores, acionistas e potenciais interessados na aquisição produtos no mercado de capitais, além de evitar os conflitos de interesses apontados anteriormente no item 4.6. Tais objetivos, a par de não serem atingidos a partir da divulgação de informação de natureza existencial, criam restrição indevida à privacidade, tornando público o que, conforme lição de Stefano Rodotà, permitiria atos de discriminação em face do titular.

²⁷⁶ LARCKER, David. F.; MILLER, James Irvin. **CEO health disclosure at Apple: a public or private matter?** Disponível em: <http://www.stanford.edu/group/knowledgebase/cgi-bin/2011/01/25/ceo-health-disclosure-at-apple-a-public-or-private-matter/>. Acesso em: 10 out. 2013.

5.5 DIVULGAÇÃO DE REMUNERAÇÃO NO DIREITO PÚBLICO

A divulgação nominal da remuneração de *agentes públicos*, no Brasil, encontra expressa previsão legal, nos termos da Lei federal n. 12.527/2011, e serve como importante parâmetro para a análise no tema no campo do direito privado.

O mencionado diploma originou-se do Projeto de Lei n. 219/2003, de autoria do Deputado Reginaldo Lopes. Tendo como objetivo a regulamentação do artigo 5º, inciso XXXIII da Constituição Federal²⁷⁷, que prevê o direito à informação em face da Administração Pública, o Projeto originalmente dispunha que as informações nominativas (assim entendidas “as constantes de documentos, administrativos ou não, que contenham dados pessoais” – artigo 2º do Projeto) não poderiam ser objeto de acesso (conforme artigo 2º, inciso II, e artigo 7º, do Projeto²⁷⁸). Tais informações, justamente por dizer respeito a “informações sobre pessoa singular, identificada ou identificável, que envolvam apreciações, juízos de valor ou que sejam abrangidas pela reserva da intimidade da vida privada” (artigo 2º, parágrafo 1º, do Projeto²⁷⁹) somente poderiam ser acessadas pela própria pessoa interessada (artigo 8º do Projeto²⁸⁰).

Ademais, o sistema originalmente projetado apenas garantia o acesso à informação, o que impunha a realização de requerimento formal, e todas as dificuldades

²⁷⁷ XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

²⁷⁸ Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se:

(...)

II – informações nominativas: as constantes de documentos, administrativos ou não, que contenham dados pessoais.

Art. 7º Todos têm direito a obter informação de caráter não nominativo, mediante acesso a documentos administrativos, observado o seguinte:

(...)

²⁷⁹ § 1º. Consideram-se dados pessoais as informações sobre pessoa singular, identificada ou identificável, que envolvam apreciações, juízos de valor ou que sejam abrangidas pela reserva da intimidade da vida privada.

²⁸⁰ Art. 8º O acesso aos documentos nominativos ou a informações deles constantes será facultado à pessoa a quem os dados digam respeito, bem como a terceiros por ela formalmente autorizados para tal.

§ 1º Os documentos de que trata o caput deste artigo poderão ser acessados por terceiros que comprovem legitimidade para agir na salvaguarda dos interesses da pessoa a que os documentos se referam, quando incapaz de conceder autorização para tal.

§ 2º Poderão, ainda, ter acesso às informações de que trata este artigo terceiros que comprovem deter interesse direto, pessoal e legítimo relativo a tais informações.

§ 3º Os dados pessoais comunicados a terceiros não podem ser utilizados para fins diversos dos que determinaram o acesso, sob pena de responsabilidade por perdas e danos, nos termos legais.

referentes à resposta por parte do órgão público – não havendo qualquer tipo de determinação ao Poder Público no sentido da *divulgação* da informação.

Ao longo dos seus mais de oito anos de tramitação, o Projeto fora radicalmente modificado, de modo a, uma vez tornado lei, obrigar não apenas a União, como também Estados e Municípios e demais entes da Administração pública direta ou indireta (artigo 1^o²⁸¹); e determinar não apenas o acesso, mas também a divulgação das informações, sendo esta uma diretriz expressa da Lei (artigo 3^a, inciso II²⁸²).

É prudente o registro de que a Lei n. 12.527/2011 não criou qualquer ressalva quando a eventuais obstáculos ao acesso de “dados pessoais”, na esteira do que fazia o projeto original. A circunstância avulta-se tanto mais importante a se ter em conta o Decreto n. 7.724/2012 que, a pretexto de regulamentar o que ali se intitula de “transparência ativa” (a divulgação de informações), dispôs que informações referentes a remuneração devem ser individual e nomeadamente divulgada em sítios eletrônicos dos órgãos públicos²⁸³.

Assim posto o quadro normativo da matéria, e tendo em conta ainda o quando visto nos capítulos anteriores, não parecem existir dúvidas a respeito da opção legislativa:

²⁸¹ Art. 1^o Esta Lei dispõe sobre os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o fim de garantir o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5^o, no inciso II do § 3^o do art. 37 e no § 2^o do art. 216 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei:

I - os órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério Público;

II - as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

²⁸² Art. 3^o Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

(...)

II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;

²⁸³ Art. 7^o É dever dos órgãos e entidades promover, independente de requerimento, a divulgação em seus sítios na Internet de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas, observado o disposto nos arts. 7^o e 8^o da Lei no 12.527, de 2011.

§ 1^o Os órgãos e entidades deverão implementar em seus sítios na Internet seção específica para a divulgação das informações de que trata o caput.

§ 2^o Serão disponibilizados nos sítios na Internet dos órgãos e entidades, conforme padrão estabelecido pela Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República:

(...)

VI - remuneração e subsídio recebidos por ocupante de cargo, posto, graduação, função e emprego público, incluindo auxílios, ajudas de custo, jetons e quaisquer outras vantagens pecuniárias, bem como proventos de aposentadoria e pensões daqueles que estiverem na ativa, de maneira individualizada, conforme ato do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;

a divulgação da remuneração de agentes públicos, à vista de razões relacionadas ao interesse público na transparência da administração, como também ao princípio da publicidade, criou exceção à regra de sigilo patrimonial; devendo a privacidade ser exercida na forma da lei, houve por bem o Legislador excluir de seu conteúdo a hipótese normativa envolvendo a divulgação de vencimentos no âmbito do Poder Público.

Contra a obrigação de divulgação pesam graves críticas, grande parte delas relacionadas à violação do direito fundamental à privacidade no ato de tornar público, através da *internet*, o nome e todas as parcelas componentes da remuneração mensal de servidores públicos. Sobre o tema, mesmo antes da edição da Lei n. 12.527/2011, julgando lei do município de São Paulo que determinava semelhante divulgação de vencimentos de agentes públicos, o Ministro Gilmar Mendes manifestou-se favoravelmente à inexistência de violação à privacidade por norma com este teor:

O princípio da publicidade está ligado ao direito de informação dos cidadãos e ao dever de transparência do Estado, em conexão direta com o princípio democrático.

O princípio da publicidade pode ser considerado, inicialmente, como apreensível em duas vertentes: (1) na perspectiva do direito à informação (e de acesso à informação), como garantia de participação e controle social dos cidadãos (a partir das disposições relacionadas no art. 5º, CF/88), bem como (2) na perspectiva da atuação da Administração Pública em sentido amplo (a partir dos princípios determinados no art. 37, caput, e artigos seguintes da CF/88).

A Constituição Federal de 1988 é exemplar na determinação de participação cidadã e publicidade dos atos estatais. Destacam-se, por exemplo, o direito de petição e de obtenção de certidões, de garantia do habeas data, de realização de audiências públicas e da regra de publicidade de todos os julgamentos do Poder Judiciário (art. 93, IX, CF/88).

Nesse sentido, a Constituição abriu novas perspectivas para o exercício ampliado do controle social da atuação do Estado, com destacada contribuição da imprensa livre, de organizações não-governamentais e da atuação individualizada de cada cidadão.

Ao mesmo tempo, os novos processos tecnológicos oportunizaram um aumento gradativo e impressionante da informatização e compartilhamento de informações dos órgãos estatais, que passaram, em grande medida, a serem divulgados na Internet, não só como meio de concretização das determinações constitucionais de publicidade, informação e transparência, mas também como propulsão de maior eficiência administrativa no atendimento aos cidadãos e de diminuição dos custos na prestação de serviços.

Conforme Catarina Castro, esse fenômeno contínuo potencializou a divulgação dos órgãos e serviços públicos disponíveis, “através da publicitação de informações úteis, como moradas, horários de atendimento, telefones, competências dos organismos, características dos serviços prestados, etc., contribuindo para a democratização do acesso aos serviços administrativos, e para a aproximação ao cidadão. [...] Hoje, os organismos públicos são obrigados a ter um sítio na Internet e a divulgá-lo, o que constitui um passo importante para a desburocratização, para a transparência, a simplificação do atendimento, o alargamento dos horários (no sentido de horário contínuo de atendimento), a rapidez no atendimento, a diminuição de tráfego de serviços, a diminuição do tempo de resposta, a melhoria do serviço prestado, e a redução dos custos administrativos. [...] A Administração Pública não utiliza a informática apenas no seu contacto com os cidadãos, procedendo ao tratamento de dados pessoais que lhes respeitam. Os seus funcionários e agentes também vêem os seus dados pessoais tratados pela Administração [...]” (CASTRO, Catarina Sarmento. Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais. Coimbra/Portugal: Almedina, p. 190-191)

[...]

Entretanto, no presente momento, diante das considerações acima expostas, entendo 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 públicos²⁸⁴.

A decisão mostra-se consistente e, enfrentando o conflito entre privacidade e publicidade administrativa, fez prevalecer esta última, inclusive tendo em conta que a transparência de informações implementa o direito da população de controlar os atos da Administração – o que não se revela fácil diante do mera publicação abstrata, em leis e decretos, dos vencimentos do funcionalismo público.

Julgando agravo regimental interposto contra a decisão, o Plenário do Supremo Tribunal Federal confirmou a decisão liminar e, sob a relatoria do Ministro Ayres Britto em virtude da mudança na Presidência da Corte, manteve a suspensão da decisão paulista, mantendo incólume assim a lei municipal que determinava a divulgação da remuneração dos agentes públicos, em julgamento que restou assim ementado:

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃOS QUE IMPEDIAM A DIVULGAÇÃO, EM SÍTIO ELETRÔNICO OFICIAL, DE INFORMAÇÕES FUNCIONAIS DE SERVIDORES PÚBLICOS,

²⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **SS 3902/SP**, rel. Ministro Gilmar Mendes, decisão monocrática. Data da decisão: 08/07/2009. Data da publicação: 05/08/2009. p. 955.

INCLUSIVE A RESPECTIVA REMUNERAÇÃO. DEFERIMENTO DA MEDIDA DE SUSPENSÃO PELO PRESIDENTE DO STF. AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO APARENTE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS. DIREITO À INFORMAÇÃO DE ATOS ESTATAIS, NELES EMBUTIDA A FOLHA DE PAGAMENTO DE ÓRGÃOS E ENTIDADES PÚBLICAS. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO RECONHECIMENTO DE VIOLAÇÃO À PRIVACIDADE, INTIMIDADE E SEGURANÇA DE SERVIDOR PÚBLICO. AGRAVOS DESPROVIDOS. 1. Caso em que a situação específica dos servidores públicos é regida pela 1ª parte do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição. Sua remuneração bruta, cargos e funções por eles titularizados, órgãos de sua formal lotação, tudo é constitutivo de informação de interesse coletivo ou geral. Expondo-se, portanto, a divulgação oficial. Sem que a intimidade deles, vida privada e segurança pessoal e familiar se encaixem nas exceções de que trata a parte derradeira do mesmo dispositivo constitucional (inciso XXXIII do art. 5º), pois o fato é que não estão em jogo nem a segurança do Estado nem do conjunto da sociedade. 2. Não cabe, no caso, falar de intimidade ou de vida privada, pois os dados objeto da divulgação em causa dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmos; ou, na linguagem da própria Constituição, agentes estatais agindo “nessa qualidade” (§6º do art. 37). E quanto à segurança física ou corporal dos servidores, seja pessoal, seja familiarmente, claro que ela resultará um tanto ou quanto fragilizada com a divulgação nominalizada dos dados em debate, mas é um tipo de risco pessoal e familiar que se atenua com a proibição de se revelar o endereço residencial, o CPF e a CI de cada servidor. No mais, é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano. 3. A prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros modos de concretizar a República enquanto forma de governo. Se, por um lado, há um necessário modo republicano de administrar o Estado brasileiro, de outra parte é a cidadania mesma que tem o direito de ver o seu Estado republicanamente administrado. O “como” se administra a coisa pública a preponderar sobre o “quem” administra – falaria Norberto Bobbio -, e o fato é que esse modo público de gerir a máquina estatal é elemento conceitual da nossa República. O olho e a pálpebra da nossa fisionomia constitucional republicana. 4. A negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa implicaria, no caso, inadmissível situação de grave lesão à ordem pública. 5. Agravos Regimentais desprovidos²⁸⁵.

Como se vê, identificando o conflito, o Supremo Tribunal Federal entendeu não há sobrevalência da garantia da privacidade em face do direito à informação e de controle da Administração Pública – argumento que pode ser reconduzido à cláusula de *interesse público*, já apresentada nos capítulos anteriores. Mesmo na vigência da Lei n. 12.527/2011, o Ministro Carlos Ayres Britto manteve o entendimento já esposado anteriormente pelo Plenário, em decisão que cassou liminar deferida pelo

²⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgReg na SS 3902/SP**, rel. Ministro Ayres Britto, Plenário. Data do julgamento: 09/06/2011. Data da publicação: 03/10/2011. p. 149.

juízo da 4ª Vara de Fazenda Pública de Porto Alegre e que impedia este município de divulgar os vencimentos de seus servidores, conforme determinada a lei:

Decisão: vistos, etc.

1. Trata-se de pedido de suspensão dos efeitos de liminar deferida nos autos da Ação Ordinária nº 001/1.12.0152707-5. Pedido formulado pelo Município de Porto Alegre, com fundamento no art. 4º da Lei nº 8.437/1992.

2. Argui a requerente que o “Sindicato dos Municípios de Porto Alegre – SIMPA propôs ação de procedimento ordinário com o intento de suspender a divulgação nominal dos vencimentos, salários e subsídios brutos percebidos mensalmente pelos agentes públicos deste Município”. Isto sob a alegação de afronta ao princípio constitucional da inviolabilidade da privacidade. Alega que o Juízo da 4ª Vara Federal/DF deferiu a liminar para que o Município “suspenda, no prazo de 24 horas, até decisão final, a divulgação nominal dos vencimentos, salários e subsídios brutos percebidos pelos agentes públicos municipais integrantes da categoria ora representada”. Pelo que o Município de Porto Alegre protocolou, perante o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, pedido de suspensão. Pedido, no entanto, indeferido.

3. Aponta o autor a existência de grave lesão à ordem pública. É que “a decisão atacada lança grande instabilidade nas Administrações Públicas e fomenta a insurgência de servidores quanto às deliberações dos gestores públicos quanto ao tema da transparência”. Segundo o requerente, “o ato da Administração Pública Municipal segue os parâmetros utilizados pelos Tribunais Superiores, pelo Governo Federal, pelo Conselho Nacional de Justiça, entre outros (...), e não subsiste razão para restringir a divulgação de uma parcela ínfima de agentes públicos (apenas os representados pelo Sindicato demandante), sob pena de grave violação à ordem pública e ao princípio constitucional da isonomia”. Daí requerer a suspensão dos efeitos da liminar deferida nos autos da Ação Ordinária nº 001/1.12.0152707-5.

[...]

6. Como ainda se faz de facilitada percepção, a remuneração dos agentes públicos constitui informação de interesse coletivo ou geral, nos exatos termos da primeira parte do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição Federal. Sobre o assunto, inclusive, o Plenário deste Supremo Tribunal Federal já se manifestou. Confira-se a ementa da SS 3.902-AgR, de minha relatoria:

[...]

7. No mesmo tom, transcrevo algumas passagens da decisão do Ministro Gilmar Mendes na referida SS 3.902, in verbis:

[...]

8. Por fim, registro que, quando da entrada em vigor da recente Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação Pública), esta nossa Corte decidiu “divulgar, de forma ativa e irrestrita, os subsídios dos ministros e a remuneração dos servidores do quadro de pessoal do Supremo Tribunal Federal, assim como os proventos dos ministros aposentados, dos servidores inativos e dos pensionistas”. O que se

deu na quarta sessão administrativa, realizada em 22 de maio de 2012, por unanimidade.

9. Ante o exposto, defiro o pedido para suspender os efeitos da liminar concedida nos autos da Ação Ordinária nº 001-1.12.0152707-5, até o trânsito em julgado do processo²⁸⁶.

As três decisões, sendo duas monocráticas e uma delas do Plenário, por unanimidade, demonstram a tendência já formada no âmbito do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema. Em todas elas, a Corte, mais do que entender que o interesse público lastreado na transparência prevalece sobre o a privacidade da remuneração dos agentes públicos, julgou que a proibição de tal divulgação viola a ordem pública, circunstância que autoriza a suspensão das decisões liminares proferidas na origem, conforme previsto no artigo 4º da Lei n. 8.437/92.²⁸⁷

Quando comparadas as regras de divulgação da remuneração de agentes públicos com as regras existentes no âmbito do mercado de capitais, o que se conclui é que: (i) dado possivelmente a exigência de maior transparência, as regras no campo do direito público determinam a divulgação nominal dos vencimentos; (ii) as regras da Comissão de Valores Mobiliários não determinam a divulgação nominal, dispondo apenas seja indicado o maior valor, o menor valor e a média de remuneração dos integrantes do Conselho de Administração, da Diretoria e do Conselho Fiscal.

Sob esta perspectiva, ainda que se argumente que mesmo a divulgação do maior valor e do menor valor permitiria identificar facilmente, por exemplo, quanto ganha o Presidente do Conselho de Administração e o Diretor-Presidente de uma Companhia aberta (porque presumível que o cargo mais alto detém a remuneração mais alta), não se pode desconsiderar que as alegações de violação de privacidade, no contexto do mercado de capitais, revela-se esvaziada. Como se viu anteriormente, a divulgação determinada pela Comissão de Valores Mobiliários atende o interesse público e preenche a necessidade de circulação de informações como premissas para a transparência dos mercados – e isto sem expor individualmente executivos e dirigentes, o que, diga-se, aparentemente não se encontra vedado pelo regime

²⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **SL 630/RS**, rel. Ministro Ayres Britto, decisão monocrática. Data da decisão: 30/07/2012. Data da publicação: 07/08/2012.

²⁸⁷ Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

brasileiro de tutela da privacidade, como bem demonstra a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

5.6 UM ESTUDO DE CASO: O “CASO IBEF”²⁸⁸

Embora uma praxe em diversos países, como se viu, a divulgação de remuneração da dirigentes da Companhias abertas no Brasil produziu enorme polêmica. Irresignado com as determinações da Comissão de Valores Mobiliários, o Instituto Brasileiro de Executivos de Finanças promoveu ação judicial, junto à Justiça Federal, em face da Comissão, tendo como objetivo a impugnação da Instrução Normativa n. 480/2009.

A ação deu origem ao processo n. 2010.5101002888-5, distribuído à 5ª Vara Federal da seção judiciária do Rio de Janeiro e, por seus múltiplos desdobramentos, número de instâncias alcançadas e qualidade dos argumentos esgrimidos, tornou-se o caso referência, no âmbito do Poder Judiciário, a respeito da divulgação de remuneração em Companhias abertas.

Os principais argumentos constantes da petição inicial podem ser assim resumidos: a Instrução Normativa n. 480, ao determinar a divulgação do maior valor, do menor valor e do valor médio da remuneração no âmbito dos órgãos das Companhias abertas teria violado (i) o *princípio da legalidade* (artigo 5º, *caput*, Constituição Federal), pois uma tal determinação somente seria possível por força de lei; (ii) o *direito à privacidade*, também constitucionalmente garantido e (iii) o *direito à segurança* (artigo 5º, *caput*, Constituição Federal), neste último caso, nos termos da petição inicial, porque “as taxas de criminalidade existentes nos grandes centros urbanos [...] torna, no mínimo, preocupante, a facilidade advinda do cumprimento da Instrução, com que qualquer pessoa poderá saber, nos centavos, a remuneração percebida por pessoas facilmente identificáveis pelos cargos que ocupam”.

Pelas razões resumidas acima, e ainda por força de alegada urgência, fora formulado pedido liminar de suspensão da obrigação estampada na Instrução Normativa n. 480 e, no mérito, pediu o Instituto Brasileiro de Executivos de Finanças

²⁸⁸ Todas as referências a decisões, documentos e peças do processo foram extraídas dos autos eletrônicos disponíveis no sistema “E-STJ”, em função do ajuizamento junto ao Superior Tribunal de Justiça da Medida Cautelar n. 17.350/RJ, por parte do Instituto Brasileiro de Executivos de Finanças.

fossem os seus associados desobrigados de apresentar suas respectivas remunerações, sem que por isso fossem eles sujeitos a multas e outras ações impostas pela Comissão de Valores Mobiliários.

É prudente destacar trecho da petição inicial em que os advogados do Instituto expressamente comparam o regime jurídico dos agentes públicos com o regime dos dirigentes de Companhias abertas:

“Sabe-se que determinadas pessoas, pelos cargos públicos que ocupam ou pela projeção social que alcançam, desfrutam de um menor nível de privacidade e intimidade. Este não é, todavia, o caso de profissionais que se dedicam a uma atividade de caráter marcadamente privado. Para essas pessoas, o sigilo quanto aos seus vencimentos constitui um importante desdobramento de seu direito à privacidade e à intimidade, mesmo que outros elementos de sua personalidade (v.g. sua imagem) sejam tornados públicos”.

Como se vê, o argumento busca ligar a atividade desenvolvida no âmbito do mercado de capitais à ideia de *interesse privado*, diferente das situações dos ocupantes de cargos públicos, em que, segundo alega-se, o *interesse público* justificaria a publicidade.

O argumento, todavia, cuja correção ou incorreção não deve ser analisada no contexto de uma disputa judicial (uma vez que, neste caso, é o poder de convencimento que deve ser tomado em consideração), esbarraria no *interesse público* inerente ao funcionamento do mercado de capitais. Precisamente pelas mesmas razões relacionadas aos ocupantes de cargos públicos, é que seria possível a divulgação da remuneração – já que é a partir da transparência, inclusive das políticas de remuneração, que o mercado poderá evitar abusos relacionados a um certo déficit de informação.

Nada obstante estas razões, o pedido liminar fora deferido pelo juízo da 5ª Vara Federal. Para tanto, apegou-se o magistrado sobretudo nos argumentos ligados a uma possível infração do princípio da legalidade e, particularmente, ao risco à privacidade dos dirigentes de Companhias abertas:

“No entanto, a par disso, há afronta indevida ao direito à privacidade dos administradores das empresas de capital aberto, em descompasso com a proteção constitucional. Assente-se, aqui, que não se tratam de servidores públicos, cujos valores de remuneração

podem ser levados ao conhecimento da população em geral. No caso vertente, são empresas privadas, cuja divulgação da remuneração individual mais prejudica do que esclarece os investidores, vez que há ciência plena do valor global da remuneração das companhias e, em situações tópicas, com as previstas em lei, com a devida fundamentação, podem ser divulgadas informações financeiras individuais.

[...]

Isto posto, DEFIRO a liminar postulada, determinando a suspensão da eficácia do sub-item 13.11, do Anexo 24, da Instrução CVM n. 480, em relação aos associados do IBEF e, por consequência, às sociedades às quais estejam vinculados [...]"

O trecho destacado demonstra que a dicotomia direito público-direito privado, no entendimento do magistrado, fora ponto fundamental para o desate da questão a respeito da divulgação dos vencimentos; com efeito, conforme decisão, fossem servidores públicos (regime de direito público, pois), a divulgação seria possível, o que não poderia ocorrer na hipótese envolvendo dirigentes de empresas privadas. Novamente, talvez mesmo por conta do cognição sumária própria daquele momento processual, não houve o cotejo das razões acima com a importância da transparência para o funcionamento deste setor do direito privado especificamente.

Citada, a Comissão de Valores Mobiliários apresentou contestação que pode assim ser resumida: (i) a competência da Comissão para editar a discutida Instrução Normativa decorre da Lei n. 6.385/76, não havendo violação ao princípio da legalidade; (ii) não há violação à privacidade, na medida em que este direito individual não é absoluto e deve ser relativizado em face do amplitude da transparência que se exige no âmbito do mercado de capitais – cuja pedra angular é o princípio do *full and fair disclosure* e que deve ser considerado de interesse público; e, finalmente, (iii) quanto a questão em torno dos riscos à segurança dos executivos, alegou-se que algumas empresas já adotam, há anos, como prática de boa governança corporativa a divulgação de vencimentos, sem que isto tenha colocado em risco a segurança de seus executivos.

A questão em torno da compatibilidade do mercado de capitais com os clássicos conceitos de direito público e direito privado foi enfrentada na defesa, como demonstram os trechos abaixo:

“A atuação da CVM no mercado de valores mobiliários está fundamentada na observância permanente do atendimento ao

interesse público. Por meio do mercado de capitais as poupanças individuais fluem para diretamente para os empreendedores, transformando-se em capital produtivo e contribuindo positivamente para o crescimento e prosperidade da economia e da nação. A posição central que o mercado de valores mobiliários ocupa no sistema econômico faz com que as operações e alterações nele realizadas acarretem reflexos sobre todo o aparelho produtivo, atingindo aqueles que dele não participam diretamente. Assim, são do interesse público os atos e fatos relativos ao mercado de valores mobiliários, e sob a égide desse interesse norteiam-se todos os seus fundamentos e princípios”.

O ponto suscitado avulta-se tanto mais importante porque, como já demonstrado ao longo do trabalho, peculiaridades do mercado de capitais não permitem considerar que ele é formado apenas por Companhias e acionistas; a implementação da governança e a melhora da transparência permitem um ambiente econômico mais saudável, o que no final das contas, integra um direito difuso de toda a sociedade, presente no texto constitucional através dos princípios da ordem econômica insculpidos no artigo 170.

Em outro trecho, parece claro novamente, até mesmo para a Comissão de Valores Mobiliários, uma certa dificuldade em classificar as atividades desenvolvidas no âmbito do mercado de capitais, sendo claro, todavia, não tratar-se de “empreendedores privados *stricto sensu*”:

“Assim, é de clareza solar que, notadamente companhias abertas, não podem, de modo algum e sob qualquer ângulo, ser considerados empreendedores privados *stricto sensu*, como se pode claramente visualizar na doutrina estrangeira, quando trata, por exemplo, do conceito de *public company*. A evidenciação institucional do balizamento remuneratório dos administradores é essencial para que exista monitoramento, não somente por parte do órgão regulador, mas também pelos diversos participantes do mercado, dos sistemas de remuneração e incentivos das companhias abertas. Esse tipo de informação é essencial não somente para os acionistas atuais, mas também, e principalmente, para os acionistas potenciais. E os maiores beneficiadas por medidas de evidenciação como esta são justamente os pequenos investidores/poupadores populares e os acionistas minoritários, que não têm o acesso privilegiado às informações das companhias com os administradores e os acionistas controladores. O fluxo amplo (*full disclosure*) de informações permite exata e precipuamente que o pequeno investidor e o acionista minoritário, enquanto juizes dos seus investimentos, tomem melhores decisões e se posicionem adequadamente no mercado”.

A dificuldade parece decorrer de outra, relacionada à dificuldade de abandonar a premissa que põe de um lado, o regime de direito público e, de outro, o regime de

direito privado. O contexto de hipercomplexidade da sociedade atual não permite mais a imposição, à realidade social, de uma classificação que parece mais vinculada a um momento histórico, do que com a efetiva tradução do que se vive no mundo do *ser*. Nada obstante, é o que ocorre quando se insiste em catalogar todas as relações jurídicas em dois grandes grupos, sem considerar o que se tem aqui procurado demonstrar: que mesmo no campo do direito público, a atuação do Estado como agente do mercado (as empresas públicas, por exemplo), permite atrair a ele a incidência de regras próprias dos agentes privados; e, particularmente, no campo do direito privado, o interesse público de certas atividades impõe certa *publicização*, sendo a garantia da transparência de informações, como no mercado de capitais, um exemplo eloquente disso.

Essas questões, em alguma medida, somente foram retomadas quando do julgamento de agravo de instrumento interposto pela Comissão de Valores Mobiliários contra a medida liminar, cujo acórdão restou assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ART. 526 DO CPC. CUMPRIMENTO. CVM. COMPETÊNCIA. INSTRUÇÃO NORMATIVA 480/2009. LEI 6385/76. LEI 6404/76. INFORMAÇÕES. REMUNERAÇÃO DOS ADMINISTRADORES. DIREITO DE PRIVACIDADE. DESENVOLVIMENTO DO MERCADO DE CAPITAIS. INTERESSE PÚBLICO. TRANSPARÊNCIA. ADEQUAÇÃO AO SISTEMA INTERNACIONAL.

1- [...].

2- A Lei nº 6.385/76 atribui à CVM competência para disciplinar, fiscalizar e desenvolver o mercado de valores mobiliários, tendo a referida autarquia a incumbência de fiscalizar permanentemente a veiculação de informações relativas ao mercado, às pessoas que dele participem, e os valores nele negociados, bem como expedir normas aplicáveis às companhias abertas sobre a divulgação das referidas informações, não sendo possível vislumbrar a existência de conflito entre a norma reguladora prevista na Instrução Normativa nº 480/2009, que passou a exigir a divulgação institucional dos valores máximo, médio e mínimo da remuneração atribuída a cada órgão social (conselho de administração, diretoria e conselho fiscal), e o disposto nos artigos 152 e 157 da Lei nº 6.404/76.

3- A norma impugnada não viola o direito de privacidade e de segurança dos administradores, considerando-se que, primeiramente, o regramento estabelecido pela CVM, após ampla discussão pública, apenas determinou a divulgação pública não dos valores individualizados por administrador, mas sim dos valores mínimo, médio e máximo por órgão social (conselho de administração, diretoria e conselho fiscal), sendo descabida a consideração feita acerca dos riscos de atos de violência a que poderiam ser submetidos os administradores, aos quais toda

população brasileira, especialmente nos grandes centros urbanos, se encontra exposta diariamente, independentemente da divulgação de seus ganhos.

4- Não se pode olvidar que o apontado direito à privacidade dos administradores das empresas de capital aberto venha a se sobrepor ao interesse público inerente ao desenvolvimento do mercado de valores mobiliários, sendo dever da CVM, como órgão regulador, criar mecanismos que facilitem o acesso, pelo investidor, a informações fidedignas e tempestivas sobre as oportunidades e condições de investimento, considerando-se que é extremamente relevante que exista credibilidade dentro do sistema de mercado de capitais, cujas regras devem estar integradas com as já existentes no mercado internacional, em relação ao qual a nossa economia está diretamente ligada, não sendo plausível permitir que eventuais diferenças culturais justifiquem a falta de transparência.

5- Agravo de instrumento provido, para revogar a liminar concedida²⁸⁹.

O acórdão, como visto, faz referência ao interesse público que seria inerente à regulação do mercado de capitais – e, nos termos do regime brasileiro de tutela da privacidade, permitiria a relativização da privacidade. Tal circunstância, todavia, não foi suficiente para a manutenção da obrigação de divulgar os vencimentos, na forma da Instrução Normativa n. 480, porquanto o referido acórdão que julgou o agravo de instrumento da Comissão de Valores Mobiliários teve sua eficácia suspensa por decisão do Ministro Castro Meira, no curso de medida cautelar em recurso especial ajuizada pela Instituto Brasileiro de Executivos de Finanças:

Cuida-se de medida cautelar, com pedido de liminar, ajuizada pelo Instituto Brasileiro de Executivos de Finanças-IBEF, objetivando sustar os efeitos do aresto proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, nos autos do Agravo de Instrumento nº 2010.02.01.002742-8 que sumariou os seus fundamentos na seguinte ementa:

[...]

Em face disso, atento à possibilidade de consumação de prejuízo que o recurso especial visa obviar, na linha dos precedentes da Casa que superam a necessidade da existência da decisão de admissibilidade do recurso na instância ordinária, reconheço a presença de excepcionalidade a justificar o prosseguimento na análise dos requisitos supracitados.

Na hipótese dos autos, em juízo de **cognição meramente sumário**, evidencia-se a urgência do provimento solicitado, já que a divulgação dos dados especificados no sub-item 13.11 do Anexo 24 da Instrução CVM 480/09, na rede mundial de computadores (*internet*), esgotará o próprio objeto do recurso especial.

²⁸⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Agravo de instrumento n. 201002010027428** rel. Juiz Federal Convocado Marcelo Pereira, 8ª Turma. Data do julgamento: 08/07/2010. Data da publicação: 09/07/2010.

Em verdade, não haverá interesse na discussão quanto à legalidade e à legitimidade da norma em comento, caso venha a concretizar-se a divulgação possibilitada pelo Tribunal de origem, pois os valores máximo, médio e mínimo da remuneração dos membros da diretoria estatutária, do conselho de administração e do conselho fiscal das empresas associadas do IBEF já terão caído "em domínio público" *lato sensu*.

A concessão de tal medida serve, portanto, para resguardar a efetividade e utilidade do provimento jurisdicional a ser proferido quando do julgamento do apelo especial.

Ademais, não se vislumbra o perigo de dano inverso, pois, caso o recurso não logre êxito, a CVM poderá cobrar das referidas sociedades o cumprimento da norma, podendo, inclusive, impor sanções.

[...]

Ante o exposto, **defiro a liminar**, para acautelar o julgamento do recurso especial interposto, restabelecendo os efeitos da decisão proferida pelo Juízo de 1º grau (e-STJ fl. 155-159).²⁹⁰

Assim, atualmente, restabelecida a primeira medida liminar, os associados do Instituto Brasileiro de Executivos de Finanças (e as empresas às quais eles se vinculam) encontram-se proibidos de divulgar os seus vencimentos. Recentemente, o mérito da ação fora julgado, tendo o magistrado da 5ª Vara Federal da seção do Rio de Janeiro feito referência aos mesmos argumentos expostos por ocasião da concessão da liminar, acrescentando dois importantes pontos a respeito do tema objeto deste trabalho:

“Nesse passo, as informações referentes à remuneração não podem ser objeto de divulgação pelas sociedades às quais encontram-se vinculados os executivos, alvo do sub-item 13.11 do anexo 24 da Instrução CVM 480 de 2009.

Cabe ressaltar que os executivos não se confundem com agentes públicos, cujas remunerações podem ser levados ao conhecimento da comunidade, uma vez que derivados de verbas públicas, não lhes sendo aplicada, pois, a recente legislação sobre transparência que veio a gerar a divulgação dos vencimentos dos agentes e funcionários públicos.

No caso em exame, os administradores vinculam-se a empresas privadas e a divulgação de suas remunerações individuais mais prejudica do que esclarece os investidores, uma “vez que há ciência plena do valor global da remuneração das companhias e, em situações tópicas, como as previstas em lei, com a devida fundamentação, podem ser divulgadas informações financeiras individuais.” (fls. 326/327).

[...]

²⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MC 17.350/RJ**, rel. Ministro Castro Meira. Data da decisão: 07/10/2010. Data da publicação: 11/10/2010.

Isto posto, RATIFICO A LIMINAR CONCEDIDA, tornando definitivos os seus efeitos e JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, DETERMINANDO que a Ré se abstenha de implementar a exigência contida no sub-item 13.11 do Anexo 24 da Instrução CVM 480, bem como, de aplicar qualquer penalidade relacionada ao descumprimento da referida exigência, aos associados do IBEF e às sociedades às quais estejam vinculados. Custas e honorários advocatícios, de 10% do valor da causa, pela parte ré”.

A sentença, ao aludir ao regime da divulgação da remuneração dos agentes públicos, faz analogia à Lei de Acesso à Informação, anteriormente analisada. Todavia, ao fazê-lo de modo apegado à clássica dicotomia direito público-direito privado, deixa a sentença de verificar uma certa coincidência de situações jurídicas no que toca à incidência do interesse público na espécie – e que permitiria extrair conclusão diversa – para simplesmente, lançando as atividades das Companhias abertas no rol das atividades privadas, entender que as informações financeiras dos dirigentes somente podem ser acessas por acionistas, e não por potenciais investidores.

Neste contexto, a análise do caso permite apontar o equívoco que os conceitos de direito público e direito privado podem acarretar na praxe forense e na delimitação do conteúdo da privacidade. Mais que isto: ao não reconhecer o interesse público na atividade desenvolvida no âmbito do mercado de capitais, as instâncias judiciais que julgaram o “caso IBEF” impedem, em alguma medida, que o Estado possa regular esta atividade econômica em particular e garantir o fluxo de informações tão necessário para o desenvolvimento do setor, através de instrumento de governança largamente utilizado em outros países.

6 CONCLUSÃO

Já se disse, não sem certa poesia, que a pessoa é ela própria e suas *circunstâncias*, assim compreendida, nesta última expressão, toda a realidade externa e que circunda o indivíduo. Com algum reducionismo, o mesmo poderá ser dito com relação aos sujeitos de direito: os seus correspondentes regimes jurídicos encontram-se umbilicalmente vinculados à concretude das relações jurídicas.

Em uma sociedade marcada por uma absoluta complexidade das relações e em que os sujeitos são chamados a desempenhar papéis distintos a depender dos seus próprios objetivos e, particularmente, dos objetivos do Estado na regulação das condutas, o espaço para a simplificação deve ser pequeno. Onde, em verdade, existem múltiplos matizes e tons, não se pode transformar toda esta riqueza em alternativas binárias, a exemplo do que se pretende através de uma classificação que separa todo o Direito em duas grandes áreas: o “Direito Público” e o “Direito Privado”.

Tal dicotomia somente deve ser vista em termos, seja pelos seus objetivos didáticos, seja ainda como um *ponto de partida* para a compreensão das diferenças, quanto a regulação estatal, entre as relações em que o Estado tome parte diretamente, e outras, em que sua atuação seja subsidiária. Precisamente porque o universo das relações jurídicas não é binário, a referida dicotomia não deve ser vista como um *ponto de chegada*. Tal raciocínio o que acabaria por ocultar, de modo deliberado, a rica complexidade de relações, por exemplo, em que o Estado tome parte, mas aja como ente privado; ou, por outro lado, aquelas outras, em que a atuação dos particulares deva se pautar pela observância de interesses públicos.

A pesquisa realizada permitiu expor, do ponto de vista teórico, que a doutrina já oferece respostas que aproximam, sem desconsiderar a complexidade aludida anteriormente, os campos do Direito Público e do Direito Privado. A convicção de que esta dicotomia é, antes de tudo, produto cultural, parece sedimentada na bibliografia existente sobre o tema. E, como tal, novos fenômenos históricos, como a mudança do perfil do Estado, a consagração dos direitos fundamentais e o reconhecimento da força normativa das Cartas constitucionais são elementos

fundamentais para que se possa obter uma nova compreensão a respeito da clássica separação.

Na esteira deste entendimento, os movimentos teóricos de constitucionalização do direito privado e de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sem dúvida, conduzem a uma aproximação dos setores do Direito Público e do Direito Privado. Conforme aludido ao longo do trabalho, todavia, tal proximidade, antes de fundir os dois campos em um só, antes cria uma zona de convergência entre os dois setores, de modo a permitir a aplicação, ao Estado, de diretrizes e princípios privatistas, quando este atuar enquanto *player* do mercado. Do mesmo modo, a mesma convergência permitiria impor, a certos entes privados, os mesmos ônus da atividade estatal, dada a existência de interesse público sob suas atividades.

Este, pois, o pano de fundo que permite compreender a natureza da atividade desenvolvida no âmbito do mercado de capitais, tema da pesquisa: o volume de recursos envolvidos, a função de financiador da economia, a importância da transparência de informações e suas (más) repercussões em caso de negligência do *disclosure*, enfim, todos estes elementos levantados ao longo do trabalho permitem afirmar que esta atividade não é uma *questão exclusivamente privada*, como a interessar apenas às empresas que dela tomam parte e seus acionistas.

A recente crise de confiança enfrentada pelos mercados, mundialmente, expôs a finíssima relação existente entre transparência de informações e o próprio equilíbrio da economia. As respostas para o diagnóstico realizado pelos analistas, que situaram a causa do problema nas deficiências de governança corporativa e no déficit informacional, na Europa e nos Estados Unidos, foram concedidas com *mais transparência*, inclusive quanto aos mecanismos de remuneração dos executivos.

Não se pode perder de vista que a pessoa jurídica é uma ficção. Embora dotada de autonomia e personalidades próprias, as Companhias são geridas por pessoas; por mais institucionais que sejam, também os comitês e conselhos são compostos de pessoas, o que naturalmente estende a exigência de transparência quanto às atividades de empresas abertas, também às relações constituídas entre estes entes e seus dirigentes. A obrigação de informar, assim, encontra seu fundamento no próprio dever de diligência e lealdade dos administradores.

Por outro lado, a pesquisa permitiu desnudar, do mesmo modo, que mesmo no âmbito do regime brasileiro de tutela da privacidade existem fundamentos teóricos suficientes para *flexibilizar* esta garantia, em face de relevante interesse público. Longe de querer “coletivizar” a privacidade, as mudanças operadas na própria noção que se tem sobre o conteúdo do “Direito Privado” permitem negar a existência de um direito à privacidade rígido, imutável e absoluto: é na concretude das relações jurídicas que as tensões entre vida privada e informação devem ser solucionadas, sendo cada resposta calibrada pelo papel que a transparência exerce para terceiros, eventualmente afetados.

A utilização de todo o cabedal teórico dos direitos fundamentais, no âmbito de temas relacionados aos direitos da personalidade, concedeu um *bônus* histórico aos privatistas. No núcleo de discussões a respeito da cláusula geral de tutela da personalidade, das características dos direitos da personalidade e, mais recentemente, do exercício positivo destes mesmos direitos, podem ser encontrados elementos extraídos diretamente da Constituição, particularmente com relação a defesa da dignidade humana como pedra de toque de todo este sistema.

Na zona de convergência com o Direito Público, no entanto, a doutrina deve ter claro a existência de um *ônus*: sem aniquilar, nem diminuir o núcleo fundamental de defesa da vida privada, a exigência de transparência, como ocorre no mercado de capitais, impõe a relativização da privacidade, de modo a admitir-se, conforme exposto, a divulgação da remuneração, de modo não-nominal, dos dirigentes de uma Companhia aberta.

Sob o ângulo do Direito Público, doutrina e jurisprudência encontram-se aparentemente sedimentadas quando a possibilidade de flexibilização da privacidade em face do princípio da transparência aludido no artigo 37 da Constituição Federal, enquanto diretriz fundamental para a Administração Pública. As premissas que, quanto a este ponto, foram firmadas pelos precedentes do Supremo Tribunal Federal, podem ser aplicadas no âmbito do mercado de capitais, dada a semelhança do papel que o tráfego de informações desempenha também neste campo.

Vencido o obstáculo teórico com relação à natureza da atividade desenvolvida pelas empresas de capital aberto, bem como do papel da informação na regulação deste mercado, é possível que a próxima fronteira a ser enfrentada encontre-se no tratamento que deva ser dado aos dados divulgados, nos limites da exigência de transparência, bem como nos mecanismos de divulgação.

Com efeito, é também o estado atual da arte em matéria de defesa da privacidade, como visto, que recomenda seja conferida especial atenção à tutela das informações pessoais. Embora a transparência seja exigida no âmbito do mercado de capitais, tal circunstância não retira dos órgãos reguladores a responsabilidade pela adoção de travas que impeçam um avanço desmedido sobre a vida privada. Antes, aliás, exige que se discuta, no âmbito da regulação, direitos, e não apenas deveres, dos administradores em face das Companhias e demais sujeitos do mercado, de modo a buscar resguardar os *sujeitos* que, ao fim e ao cabo, encontram-se por detrás das Companhias.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2. ed., Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, André de; YOSHIDA, Natalie; WALDMAN, Chet; MADOFF, Emily.

Mecanismos Legais de Proteção a Investidores no Mercado de Capitais dos EUA. Disponível em: <

<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI184530,101048Mecanismos+legais+de+protecao+a+investidores+no+mercado+de+capitais>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

ALVES, Sandra Raquel Pinto. **Relato financeiro na internet em Portugal**.

Disponível em:

<<http://www.jistem.fea.usp.br/index.php/jistem/article/download/10.4301%252FS1807-17752005000100001/13>>. Acesso em: 08 set. 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A “supremacia do interesse público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Público contemporâneo**. In: SARMENTO, Daniel (org). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ARONNE, Ricardo. **Sistema jurídico e unidade axiológica. Os contornos metodológicos do Direito civil-constitucional**. In: *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, n. 01, 2013.

ASSAF NETO, Alexandre. **Mercado financeiro**. São Paulo: Atlas, 2008.

ASCENSÃO, José Carlos Oliveira. **Os direitos da personalidade no Código Civil brasileiro**. In: *Revista Forense*, v. 342, 1998.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: teoria geral**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

ASSIS JÚNIOR, Luiz Carlos. **Intimidade genética, planos de saúde e relações de trabalho**. In: *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, n. 19, 2009.

BACELAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito público x direito privado**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1205503372174218181901.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2014.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos; GASPAR, Danilo Gonçalves; SAMPAIO, Marcos. **A metodologia da pesquisa no direito e Thomas Kuhn**. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CERQUEIRA, Nelson. (Org.). Metodologia da pesquisa em direito e a filosofia. 1ªed.São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação**. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (org.). Leituras complementares de Direito Civil. Salvador: Editora Podivm, 2009.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2010.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1953.

BITTAR JÚNIOR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A grande dicotomia: público / privado**. In: Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política. 4. Ed, Rio de Janeiro: Paz e Terra.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2003.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 10. ed, São Paulo: Renovar, 2007, 172.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: 2007.

BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: Podivm, 2008.

CASTRO, Moema Augusta Soares de; SOUZA, Carmen Godoy Vieira de. **A obrigatoriedade da informação dos rendimentos dos administradores das companhias abertas sob o viés da análise econômica do direito: *trade-off* entre publicidade e privacidade e a eficiência da regulação.** In: WALD, Arnoldo; GONÇALVES, Fernando; CASTRO, Moema Augusto Soares (coord.). *Sociedades anônimas e mercado de capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CENDON, Paolo. **Diritti della Personalità.** Torino: Utet, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **Estado, empresa e função social.** São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 85, n. 732, out. 1996.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de Direito Civil Português.** Coimbra: Almedina, 2007.

CUNHA, Alexandre dos Santos. **Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental para o Direito Civil.** In: MARTIS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIAS, José Eduardo Figueiredo. **Direito à informação, proteção da intimidade e autoridades administrativas independentes.** Disponível em: < http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/proteccao.pdf >. Acesso em: 08 set. 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo.** In: Maria Sylvia Zanella Di Pietro; Carlos Vinícius Alves Ribeiro. (org.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DONEDA, Danilo. **Os direitos da personalidade no novo Código Civil**. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DOTTI, René Ariel. **A liberdade e o direito à intimidade**. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 66, 1980.

EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. **Mercado de capitais – regime jurídico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011

FACCHINNI NETO, Eugênio. **Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado**. In: SARLET, Ingo (org). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil. Teoria Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FARIAS, Edilsom. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: RT, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio, **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 01, São Paulo, 1992.

FILOMENO, José Geraldo. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 1991.

GIORGIANNI, Michele. **O direito privado e as suas atuais fronteiras**. In: *Revista dos Tribunais*, n. 747, 1998.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2012.

JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. **Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure**. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/abstract_id=94043/>. Acesso em: 24 dez. 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Martins Claret, 2003.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Vianna Doeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2006.

KUHN, Thomas. **O caminho desde a estrutura: ensaios filosóficos**. Trad. César Mortari. São Paulo: Editora UNESP, 2006

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LARCKER, David. F.; MILLER, James Irvin. **CEO health disclosure at Apple: a public or private matter?** Disponível em: <http://www.stanford.edu/group/knowledgebase/cgi-bin/2011/01/25/ceo-health-disclosure-at-apple-a-public-or-private-matter/>. Acesso em: 10 out. 2013.

LEMOS, Aloísio Villeth. **O investidor individual na Bovespa**. Disponível em: <http://www.apimecmg.com.br/artigos/130_Aloisio%20Villet%20%20APIMEC%20RJ%20_Janeiro%202004_.pdf>. Acesso em: 08 set. 2013.

LEWICKI, Bruno. **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (org.). *Leituras complementares de Direito Civil*. Salvador: Editora Podivm, 2009.

LUCCA, Newton de. **As bolsas de valores e os títulos mobiliários**. Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, n. 35, São Paulo, jul. 1998.

LUDWIG, Marcos de Campos. **Direito público e direito privado: a superação da dicotomia**. In: MARTINS-COSTA, Judith. (Org.). A reconstrução do direito privado. 1ªed. São Paulo: RT, 2002.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Privacidade, mercado e informação**. In: Revista Justitia, n. 61, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: RT, 2009.

MARTINS, Luciana Mabilia. **O direito civil à privacidade e à intimidade**. In: MARTINS-COSTA, Judith (org). A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais no direito privado. São Paulo: RT, 2002.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao Direito**. Lisboa: Editorial Estampa, 1988.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

MENDES, Laura Schertel. **Transparência e privacidade: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo** (Dissertação de mestrado). Brasília: UNB, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O princípio da dignidade humana**. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Os princípios informadores do Direito do Mercado Financeiro e de Capitais**. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (coord.). Aspectos atuais do Direito do Mercado Financeiro e de Capitais, São Paulo: Dialética, 1999.

NEGREIROS, Teresa. **A dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios**. In: LOBO TORRES, Ricardo (org.). Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito civil: alguns aspectos da sua evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de Direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Luís Roberto Barroso (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

PINTO, Paulo Mota. **O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada**. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LXIX, 1993.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o princípio da dignidade humana**. In: DE PAULA, Alexandre Sturion, Ensaios constitucionais de direitos fundamentais. Campinas: Servanda, 2006.

REALE, Miguel. **Os direitos da pessoa e o sigilo bancário**. In: *Questões de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 1997.

RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância. A privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTÁ, Stefano. **Tecnologie e Diritti**. Bologna: Il Mulino, 1995.

RUY, Fernando Estevam Bravin Ruy. **Direito do investidor. Consumidor no mercado de capitais e nos fundos de investimento**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: RT, 2010.

SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: RT, 2002.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesse privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional**. In: SARMENTO, Daniel (org). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHWAB, Jürgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Trad. Leonardo Martins. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

SILVA, Wesley Mendes da; MAGALHÃES FILHO, Paulo Azevedo de Oliveira. **Determinantes da disseminação voluntária de informações financeiras na internet**. Disponível em:

<<http://www.rae.com.br/eletronica/index.cfm?FuseAction=Artigo&ID=2388&Secao=ARTIGOS&Volume=4&Numero=2&Ano=2005>>. Acesso em: 08 set. 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Revista Direito GV, v.1, n.1, 2005.

SOARES, Ricardo Maurício. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Maria Isabel de Azevedo. **O princípio da exclusividade como nota distintiva do direito privado**. In: MARTINS-COSTA, Judith. (Org.). **A reconstrução do direito privado**. 1ªed. São Paulo: RT, 2002.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, t. I, 2001.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil Interpretado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito contratual brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TIMM, Luciano Benetti. **"Descodificação", constitucionalização e reprivatização o no Direito Privado: O código civil ainda é útil?** Disponível em: <http://works.bepress.com/luciano_benetti_timm/40/>.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Recuperação de empresas e interesse social**. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro; MORAES PITOMBO, Antônio Sérgio (coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**, São Paulo: RT, 2007, p. 44

STJ. REsp 984.803/ES, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, Julgado em 26/05/2009, DJe 19/08/2009.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

VILAR, Bruno Haack. **Estudo comparado da disciplina da remuneração dos administradores de sociedades por ações no Brasil e Reino Unido e sua relação com a propriedade do capital** (Dissertação de mestrado). Porto Alegre: UFRGS, 2013.

WERTHEIN, Jorge. **A sociedade da informação e seus desafios**. In: Revista Ciência da Informação, n. 02, 2000.

ZACLIS, Lionel. **Proteção coletiva dos investidores no mercado de capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2011.