ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

LIMITAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMETAIS NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL: ESPECULAÇÃO NA NOVA LEI DE FALÊNCIA

LIMITATIONS ON THE FUNDAMENTAL RIGHTS IN INFRA CONSTITUTIONAL LEGISLATION: SPECULATION ON THE NEW BANKRUPTCY LAW

Valfredo de Andrade Aguiar Filho*

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar uma das atribuições dadas ao administrador judicial na nova lei de falência, qual seja limitar direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal do Brasil de 1988. Para alcançar tal intuito, procedeu-se, primeiramente, a uma análise dos direitos fundamentais, investigando sua efetividade, o direito à privacidade e o sigilo de correspondência. Logo após, trata-se da nova lei de falência, em que se analisa a competência do administrador judicial para receber e abrir a correspondência dirigida ao devedor. Por fim, examina-se o princípio da proporcionalidade, para, assim, ressaltar algumas reflexões finais.
Palavras-chave: Direito constitucional. Direitos e garantias fundamentais. Administrador judicial.

ABSTRACT: This study aims to analyze one of the assignments given to the trustee in the new bankruptcy law, which is to limit fundamental rights established in the Constitution of Brazil 1988. To achieve this purpose, we proceeded, first, an analysis of fundamental rights, investigating its effectiveness, the right to privacy and confidentiality of correspondence. Soon after, we discussed the new bankruptcy law, which analyzes the trustee's competence to receive and open mail addressed to the debtor. Finally, it examines the principle of proportionality, to thus highlight some final thoughts.
Keywords: Constitutional law. Fundamental rights and guarantees. Trustee.

* Acadêmico do 8º Período do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba – UEPB. Paraíba – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

Deve-se ter sempre em mente a função democrática de nossa Carta Constitucional, como forma de garantir as liberdades públicas e os direitos fundamentais dos cidadãos. Mais do que isso, nossa lei maior encarna toda uma significação de lutas históricas.

Por isso, é de mister a defesa da Constituição e dos seus institutos e normas, pois está acima de qualquer governante, ou país estrangeiro. Sua soberania e sua superioridade legal são fundamentos essenciais à proteção da democracia e do Estado Democrático de Direito.

Como bem adverte o Ministro Celso de Melo,

> [...] a defesa da Constituição, não se expõe nem deve submeter-se a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias, fundadas em razões de pragmatismo governamental. A relação do Poder e de seus agentes com a Constituição há de ser, necessariamente, uma relação de incondicional respeito.

Dessa forma, a nobreza de nossa Magna Carta não pode ser afetada por circunstâncias convenientes a grupos isolados, dado que se trata de um instrumento de defesa dos cidadãos e do Estado brasileiro.

Sabe-se que o encargo legal de proteção a esta lei maior foi entregue Supremo Tribunal Federal, o que também é tarefa de cada cidadão brasileiro, que, além de conhecer a Constituição, deve, acima de tudo, respeitá-la.

Por isso, mesmo acreditando que nenhum direito fundamental é absoluto, não se deve aceitar que lhe surjam restrições, devido a conjunturas desfavoráveis. Como é o caso de uma empresa judicialmente declarada falida ter que aceitar a competência dada ao administrador judicial de receber e abrir suas correspondências.

Logo, os poderes dados ao administrador judicial devem estar de conformidade com os direitos individuais, para não atingir os direitos básicos esculpidos na Constituição, mesmo quando a situação é economicamente desfavorável.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

É do conhecimento de boa parte da população brasileira a história da formulação da Carta Constitucional de 1988. Tal documento foi elaborado depois de um longo período de tolhimento de liberdades individuais e coletivas.

Como resultado desta luta contra as restrições impostas, surgiu a nossa Magna Carta, trazendo em seu título II – "Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos" - uma série de garantias aos cidadãos contra abusos por parte do poder público ou limitações à liberdade do cidadão.

Os direitos fundamentais do homem apresentam-se na história da humanidade como marco de ruptura com o estado Hobbesiano. Os abusos do absolutismo constituíram-se em uma das principais causas da declaração aos direitos. Como bem ressalta o eminente professor Manuel Gonçalves Ferreira Filho, "a opressão absolutista foi a causa próxima do surgimento das Declarações".

Outra causa bastante relevante para o surgimento dessas declarações foi a ordem econômica da época, quando as corporações perdiam espaço para as novas invenções, como a máquina a vapor. Dessa forma, modernos burgueses levantavam a bandeira de uma revolução contra o poder do Estado sobre os cidadãos. Vale citar novamente o professor Manuel Gonçalves Ferreira Filho, quando diz: "A revolução individualista era imprescindível para a consolidação e para o aceleramento do progresso econômico".

Assim, a primeira declaração de direitos fundamentais foi a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, do Estado da Virgínia, em 12/01/1776, inspirada nas teorias de Loocke, Rosseau e Montesquieu.

Entretanto, no Brasil, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789 e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, foram as que mais influenciaram nossos legisladores constituintes.

No Brasil, a Carta Constitucional de 1824 já trazia, em seu texto, uma declaração de direitos em seu artigo 179. Vale ressaltar o inciso XXVII que reza: "O Segredo das Cartas é inviolável. A Administração do Correio fica rigorosamente responsável por qualquer infração deste Artigo".

Assim, com precisão, diz o professor Walber de Moura Agra: "O significado dos direitos individuais e coletivos é propiciar à sociedade uma existência digna, oferecendo ao cidadão condições para o desenvolvimento de suas potencialidades físico-mentais".

Nesta linha de pensamento, a nossa Constituição atual trouxe em seu artigo 5º, 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".

Aqui encontramos o cerne da questão de nosso estudo, ou seja, como conciliar o direito à inviolabilidade do sigilo de correspondência com a nova Lei de Falência, se a lei nº 11.101/2005 traz em seu artigo 22, inciso III, alínea d, a competência dada ao administrador judicial de "receber e abrir a correspondência dirigida ao devedor".

3 A EFETIVIDADE DOS DIREITO FUNDAMENTAIS

Nossa atual Magna Carta seguiu o modelo da Lei Fundamental de Bonn, colocando os direitos e garantias em situação de destaque dentro da própria constituição. Uma relevância topográfica que só veio a destacar a importância dada pelo Estado aos direitos individuais.

Tal relevância dada aos direitos individuais é vista no próprio artigo 60, § 4º - "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais".

Segundo Igor Wolfgang, a idéia de estabelecer cláusulas pétreas em uma constituição é o desejo de impedir a dilapidação dos elementos essenciais da Carta Magna. Desejos estes que nortearam os constituintes a elaborar a Carta Constitucional.

Em nossa carta de 1988, o artigo 5º, diz em seu § 1º que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Destarte, as disposições decorrentes do artigo 5º são normas constitucionais de eficácia absoluta.

Para Walber de Moura Agra, as normas de eficácia absoluta "são

aquelas que além de possuírem eficácia imediata, sem dependerem de regulamentação para a produção dos seus efeitos, fazem parte das cláusulas pétreas, do núcleo imutável da Constituição".

Logo, além da eficácia imediata e plena, têm os direitos e garantias individuais uma força normativa maior, já que gozam da imutabilidade dada pelas cláusulas pétreas. Assim, são de eficácia absoluta por não poderem sofrer qualquer tipo de emenda, tendo um caráter bem mais solidificado, que é dar obrigatoriedade à aplicação de seus preceitos.

4 O DIREITO A PRIVACIDADE

A expressão privacidade é de origem norte-americana. O direito a privacidade - *right of privacy* – significa o direito à autonomia pessoal, termo não expresso na Constituição Americana, no entanto utilizada pela Suprema Corte.

A Constituição Federal de 1988, no inciso X do art. 5º diz que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas". O que demonstra claramente uma preocupação do legislador constituinte em assegurar os direitos à privacidade e a intimidade do cidadão.

Desta forma, nossa Carta Magna não traz expresso o termo privacidade, mas menciona o direito à vida privada e às suas manifestações: honra, intimidade.

Primeiramente, deve distinguir-se privacidade de intimidade. Segundo José Afonso da Silva, a privacidade apresenta-se como "o conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito". Nota-se, claramente, o caráter abrangente do sentido de privacidade; por isso, acredita-se num conceito de privacidade que seja abrangente dos diversos tipos de manifestações da intimidade.

De acordo com René Ariel Dotti, a intimidade é "a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar danos". Assim, tudo aquilo que diga respeito ao indivíduo, em si mesmo, como no caso do sigilo das comunicações.

5 O SIGILO DE CORRESPONDÊNCIA

Nossa Carta Constitucional traz, em seu texto, que "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".

Tornou-se inviolável o sigilo de correspondências e de comunicações telegráficas e telefônicas. Apenas em "último caso" deve haver a quebra de tal sigilo, que deverá ser acompanhada de "ordem judicial", e apenas para fins de "investigação criminal ou instrução processual penal".

Vicente Grego Filho acredita que a exceção de quebra do sigilo de comunicação só cabe às comunicações telefônicas. No entanto, não se deve concordar com tal afirmação, visto que nenhum direito individual é absoluto, principalmente quando existe choque entre direitos.

Caso venhamos a conceber a impossibilidade de restrição do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas estaremos estabelecendo a ditadura de um direito individual sobre os demais.

Desta forma, deve-se admitir o tolhimento do sigilo de comunicação de qualquer tipo, quando este estiver acobertando práticas ilícitas. Este é o entendimento do Ministro Celso de Melo. Do mesmo modo, Lênio Luiz Streck diz que as interceptações podem ocorrer em qualquer tipo de comunicação, até mesmo pela informática.

Nesta seara, o Estatuto do Ministério Público, no artigo 6º:

> Compete ao Ministério Público da União: XVIII - representar; (a) ao órgão judicial competente para quebra de sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, bem como manifestar-se sobre representação a ele dirigida para os mesmos fins.

Logo, nota-se que o estatuto do nosso Ministério Público está em total consonância com a lei maior, inclusive quanto à abrangência da que-

bra do sigilo às correspondências. Todavia, o fim do sigilo só deverá ocorrer "para fins de investigação criminal ou instrução processual penal".

6 A NOVA LEI DE FALÊNCIA

O que nos propomos a analisar neste estudo é exatamente uma especulação sobre tolhimento de direitos fundamentais existente em um dispositivo da lei nº 11.101/2005.

A lei 11.101/2005 "regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária". No seu artigo 22 diz que "ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe: III – na falência: d) receber e abrir a correspondência dirigida ao devedor, entregando a ele o que não for assunto de interesse da massa".

Assim, de acordo com a lei 11.101, na falência, será o administrador judicial competente para receber e abrir a correspondência dirigida ao devedor.

Para traçarmos os limites do alcance desse dispositivo legal, devemos, primeiramente, conceituar o termo falência. O verbo falir vem do latim *fallere*, que significa a quebra de um negociante declarada por um tribunal.

Para Plácido e Silva, o termo falência "na técnica jurídico-comercial veio substituir o sentido de falimento, empregado propriamente para indicar o ato de falir, a insolvência comercial ou a bancarrota".

Depois, devemos entender o conceito de administrador judicial: administrador é a pessoa incumbida da direção, comando e gerência de qualquer atividade. Deste modo, o administrador judicial será aquela pessoa com a incumbência de gerenciar, comandar, e dirigir os bens de uma massa, juridicamente declarada falida.

Assim, devemos tomar os ensinamentos de Fábio Ulhôa Coelho, para quem "o administrador judicial é o agente auxiliar do juiz que, em nome próprio, deve cumprir com as funções cometidas em lei".

Deve-se entender administrador judicial como a pessoa física ou jurídica conciliadora de duas vertentes. Na primeira, é preciso ver o administrador como a pessoa representante dos interesses dos credores: será aquele que busca

otimizar os bens da massa. Destarte, deverá sempre buscar cobrar dos devedores da massa, além de realizar a venda dos bens da falida, maximizando os bens da massa, a fim de majorar os recursos, no intuito de pagar aos credores.

Na segunda, deve ser uma pessoa de inteira confiança do juiz, para auxiliá-lo na condução da massa, facilitando o trabalho do judiciário, e que pode manifestar-se sempre que puder facilitar o andamento do processo falimentar.

No entanto, mesmo sendo o administrador judicial de inteira confiança do poder judiciário, o ato de receber e principalmente de abrir correspondência do devedor é uma limitação ao direito de sigilo de correspondência. Principalmente, quando a própria lei de falência autoriza o administrador judicial a contratar outros profissionais para atuarem na gestão da massa falida.

Como bem esclarece Fábio Ulhôa Coelho, "a função do administrador judicial é indelegável, mas ele poderá contratar profissionais para auxiliá-lo". Situação esta que poderá ferir ainda mais o direito ao sigilo de correspondência, visto que não só o administrador judicial terá acesso a este tipo de comunicação, mas também os auxiliares do administrador poderão acabar por ter acesso a este tipo de informação.

Nesta linha de pensamento, caso venham os auxiliares a ter acesso a tais sobre estas correspondências, o que seria um sigilo, passaria a se tornar algo totalmente público, já que várias pessoas souberam do conteúdo das cartas.

7 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Sabemos que nenhum direito fundamental é absoluto, pois pode ser limitado pela própria Constituição, como ocorre no caso do sigilo de correspondência, no que o próprio texto constitucional dá a ressalva de que "para fins de investigação criminal ou instrução processual penal" poderá o sigilo epistolar ser restringido.

No entanto, nenhuma norma infraconstitucional poderá dar limitação a direito garantido constitucionalmente: estas normas terão apenas a capacidade de regulamentação dos direitos constitucionais. Assim, tratam do modo de aplicação, no intuito concretizá-los. Contudo, isto só é neces-

sário no caso de normas de eficácia contida e de eficácia limitada.

Assim, a limitação a um direito fundamental poderá suceder em dois vetores. No primeiro, quando existe o choque entre direitos fundamentais. No segundo, quando o interesse público clamar pela limitação. Isto porque a aplicação excessiva de um direito fundamental não poderá limitar os direitos da coletividade.

Diante de tal problemática, em casos concretos, deve ser utilizado o instrumento do princípio da proporcionalidade, na terminologia alemã, ou princípio da razoabilidade, na terminologia anglo-americana.

Este princípio foi primeiramente utilizado em casos do direito administrativo; transferido para o direito constitucional, teve grande desenvolvimento no Tribunal Constitucional alemão.

Diante das divergências doutrinárias, torna-se dificultoso estabelecer um conceito. Isso pela própria complexidade do instituto. No entanto, podemos dizer que o princípio da proporcionalidade engloba os princípios: da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito.

Nesta linha de pensamento, pelo princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, deve-se exigir uma equivalência juridicamente adequada entre o fim a ser obtido por uma disposição normativa e o meio escolhido. Já pelo princípio da adequação, o meio eleito deve ser possível, mostrando-se apto e eficiente. Por último, tal solução deve obedecer ao princípio da necessidade, sendo o meio escolhido o de menor custo, ou seja, aquele que ferir menos a sociedade.

Logo, o princípio da proporcionalidade, quanto à sua natureza, é totalmente instrumental, utilizado apenas para resolver casos de antagonismos concretos entre direitos fundamentais. Dessa forma, devemos entender este princípio como protetor dos direitos individuais existentes em nossa Constituição, visto que ele pondera casos de limitações a tais direitos.

8 CONCLUSÃO

Fica evidente a notoriedade dos direitos fundamentais, bem como sua importância para os cidadãos. O fato de nossos legisladores terem co-

locado os direitos e garantias individuais em destaque na Constituição de 1988, já o demonstra claramente.

Outra evidência é a importância de uma empresa para uma comunidade ou sociedade: basta pensarmos nos numerosos trabalhadores de uma empresa em funcionamento, ou mesmo nos consumidores de seus produtos, ou ainda nas riquezas geradas, para o município ou o Estado onde se encontram.

Dessa forma, a declaração judicial de falência de uma determinada empresa pode trazer grandes abalos à vida de uma determinada comunidade, alterando suas finanças, ou mesmo seu modo de vida. Assim, necessita-se de uma gerência da massa falida, de forma que os traumas sejam minimizados, fazendo que os recursos dessa empresas solvam as dívidas, e que sejam aplicados em uma nova fonte geradora de emprego e renda.

Para alcançar a boa gestão de uma massa falida, é necessário que o administrador judicial tenha poderes para maximizar os bens da massa. Fato que justifica as atribuições dadas ao administrador judicial pela lei nº 11.101.

No entanto, parece demasiadamente agressivo o fato de o administrador judicial ter entre um de seus deveres a incumbência de receber e abrir correspondências dirigidas ao devedor. Tal fato se torna mais escandaloso quando se trata de falência de empresário individual.

Dessa forma, a lei 4.898 que "regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, nos casos de abuso de autoridade", trouxe em seu artigo 3º: "Constitui abuso de autoridade qualquer atentado: c) ao sigilo da correspondência".

Assim, diante do interesse público pelo pagamento honroso, justo e legal, dos credores de uma empresa falida, deve-se utilizar o princípio da proporcionalidade. Pois, de um lado, teremos o devedor sendo tolhido em um de seus direitos fundamentes e, de outro, teremos os credores em busca de uma gestão que aumente os bens da massa.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação**. São Paulo: RT, 1980.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

GREGO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Método, 2005.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAIS, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2002.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. **As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais:** Constituição: Cidadania – Violência. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.