



FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA

REINALDO HENRIQUE ARAÚJO SILVA

**EMPRESÁRIO INDIVIDUAL E O SIGILO DAS CORRESPONDÊNCIAS
NA LEI FALIMENTAR**

CARATINGA

2018



FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA

REINALDO HENRIQUE ARAÚJO SILVA

**EMPRESÁRIO INDIVIDUAL E O SIGILO DAS CORRESPONDÊNCIAS
NA LEI FALIMENTAR**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora da faculdade de direito das Faculdades Doctum de Caratinga, como exigência parcial para obtenção de grau de Bacharel em Direito.

Área de atuação: Direito Empresarial.

Orientador: Prof. Msc. Márcio Xavier Coelho

CARATINGA

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso Empresário individual e o sigilo das correspondências na lei falimentar, elaborado pelo aluno Reinaldo Henrique Araújo Silva foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

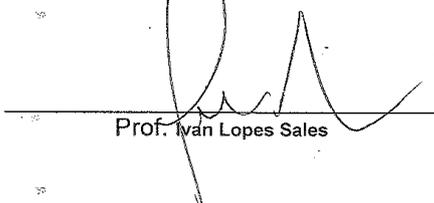
Caratinga de _____ 20____



Prof. Márcio Xavier



Prof. Rodolfo de Assis de Ferreira



Prof. Ivan Lopes Sales

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho acadêmico a meus avós, Francisco e Djanira, que com simplicidade me ensinaram que o estudo é tudo de maior riqueza para o triunfo na vida de um ser humano.

AGRADECIMENTOS

Transcorreram-se cerca de cinco anos e aqui concluo parte de uma longa jornada; tornei-me bacharel em Direito.

Inúmeras são as pessoas que fizeram parte da minha caminhada. Antecipadamente, agradeço a todos que de alguma forma contribuíram para meu crescimento pessoal e profissional.

Ao meu Senhor, toda honra e glória por ter me concedido sabedoria, discernimento, paciência e capacidade para tanto.

Aos meus pais, gratidão pelo apoio necessário, e amparo durante esses anos de ingresso à vida acadêmica.

Aos meus avós e meus irmãos, meu reconhecimento por espelharem simplicidade e me ensinarem que o estudo é a chave mestra para o alcance de um sucesso vindouro.

Meus eternos companheiros de sala, Kenned, Fábio, Rayane, e a tantos outros que se fizeram presentes e a mim prestaram auxílio sempre que necessário neste período, guardarei eternamente as boas lembranças e o companheirismo exercido ao longo desta etapa.

Minha gratidão a meus professores, em especial ao orientador, Márcio, e a professora Júlia, por terem fornecido materiais para a desenvoltura desta monografia. Extensivo também a todos os mestres que compartilharam conhecimentos, que me edificaram e me formaram quem sou hoje.

Ao Ministério Universidades Renovadas e GOU São Miguel Arcanjo, por ter sido sustentáculo perfeito quando tudo parecia desmoronar.

Hoje, faço de São Paulo as minhas palavras: “Combati o bom combate, completei a corrida, e guardei a fé!” (2 Timóteo 4:7). Eu venci!

EPÍGRAFE

“O Senhor é a minha força e a minha canção; Ele é a minha salvação! Ele é o meu Deus, e eu o louvarei; é o Deus de meu pai, e eu o exaltarei!” Êxodo, 15; 1

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

CC – Código Civil

CF/88 – Constituição Federal

CP – Código Penal

EC – Emenda Constitucional

Min. – Ministro

NCPC – Novo Código de Processo Civil

Rel. – Relator

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Nº - Número

EIRELI - Empresa Individual de Responsabilidade Limitada

REsp – Recurso Especial

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade analisar o procedimento falimentar, regulado pelo Direito Empresarial Brasileiro, aderindo a estudo mais profundo ao empresário individual. Este é um profissional que atua só. Exercendo suas atividades de forma individual, há confusão patrimonial quando da decretação de sua falência; os bens pessoais e empresariais se confundem.

A Lei 11.101/05, que regula o trâmite do processo de falência, estabelece o administrador judicial como pessoa indicada pelo juízo para promover o regular andamento da execução. Uma de suas atribuições será receber e abrir as correspondências dirigidas ao empresário individual falido, quando da decretação da falência. Contudo, é prevista na Constituição Federal/88 a inviolabilidade ao sigilo das correspondências, excluindo-se as hipóteses previstas no próprio dispositivo constitucional. Abordará o estudo uma análise doutrinária e demonstrará como os autores se posicionam acerca do assunto.

Desta forma, parte-se do pressuposto de que o art. 22, III, “d”, da Lei 11.101/05 é inconstitucional, por não haver previsão expressa no rol do art. 5º, da Constituição Federal/88 para a quebra do sigilo epistolar.

Palavras-chave: Correspondência, administrador judicial, falência, empresário individual.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the bankruptcy procedure, regulated by Brazilian Business Law, adhering to a deeper study of the individual entrepreneur. This is a professional who acts alone. By exercising its activities individually, there is an asset confusion when the bankruptcy is decreed; personal and business assets are confused.

Law 11.101 / 05, which regulates the process of bankruptcy, establishes the trustee as a person appointed by the court to promote the regular progress of execution. One of his duties will be to receive and open correspondence addressed to the bankrupt individual businessman when the bankruptcy is decreed. However, the Federal Constitution / 88 guarantees the inviolability of secrecy of correspondence, excluding the hypotheses provided for in the constitutional provision itself. The study will address a doctrinal analysis and demonstrate how the authors position themselves on the subject.

Thus, it is assumed that art. 22, III, "d" of Law 11.101 / 05 is unconstitutional, since there is no express provision in the roll of art. 5, of the Federal Constitution / 88 for the breach of epistolary confidentiality.

Keywords: Correspondence, judicial administrator, bankruptcy, individual entrepreneur.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO I – DA FALÊNCIA.....	10
1.1 Componentes que integram o procedimento falimentar e princípios relevantes.....	10
1.2 Vinculação entre empresário individual e o procedimento falimentar.....	14
1.3 Administrador judicial e suas atribuições frente ao procedimento falimentar.....	18
CAPÍTULO II DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	22
2.1 Direitos fundamentais como proteção ao indivíduo.....	22
2.2 Inviolabilidade ao sigilo das correspondências.....	25
2.3 Exceções para a quebra dos direitos fundamentais: Estado de Defesa e Estado de Sítio.....	28
CAPÍTULO III DA LEI FALIMENTAR E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	31
3.1 Direito à intimidade e a vida privada.....	31
3.2 Violação das correspondências como crime previsto na legislação penal.....	34
3.3 O art. 22, III, “d”, da Lei 11.101/05 em confronto com a inviolabilidade da correspondência e possíveis soluções para o caso.....	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	42
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	44

INTRODUÇÃO

O procedimento falimentar é um instituto jurídico que atinge o comerciante, na qual o submete a uma execução judicial com a finalidade de promover meios para a quitação de valores devidos aos credores e que não foram saldados por impossibilidade de fazê-lo, haja vista ser o patrimônio menor que o devido.

A finalidade da falência é auferir a todos os credores uma situação igualitária, de modo que haja satisfação proporcional aos seus créditos devidos. Quando é declarada a falência, por sentença, afasta-se o devedor da direção da empresa e é nomeado pelo juiz o administrador judicial (em substituição ao síndico), para administrar os negócios atinentes a massa falida, e a ele delegadas funções. Uma delas está prevista no art. 22, III, “d”, da Lei 11.101/05, que é o recebimento e abertura das correspondências do falido.

Iniciaremos o primeiro capítulo aprimorando conhecimentos e desvendando sobre a falência, sob a ótica do Direito Empresarial Brasileiro, abordando seu instituto, as atribuições atinentes ao administrador judicial e a falência do empresário individual.

No segundo capítulo, faremos ponderações sobre os direitos e garantias fundamentais, tais como sua conceituação, o direito fundamental de inviolabilidade ao sigilo das correspondências e as exceções que a própria Constituição nos autoriza para que seja promovida a quebra do sigilo epistolar.

Por fim, abordaremos no terceiro e último capítulo a violação das correspondências previsto como crime na seara penal e confrontaremos a constituição com a lei falimentar que permite a possibilidade da abertura de correspondências pelo administrador judicial.

Assim, chegaremos à conclusão de que a Lei 11.101/05 é inconstitucional por permitir ao administrador judicial a possibilidade de abertura das correspondências do empresário individual pelo administrador judicial, por violar a sua intimidade.

CAPITULO I – DA FALÊNCIA

1.1 – Componentes que integram o procedimento falimentar e princípios relevantes

A falência é um instituto jurídico que atinge o empresário individual e a sociedade empresária, conforme estabelecido pela Lei 11.105/05. Tem como principal função afastar o empresário de suas atividades para que se possa preservar o patrimônio da empresa, e tem como principal finalidade, a satisfação monetária de todos os credores.

Manifestando-se sobre direito falimentar, entende Mamede trata-se de um “procedimento pelo qual se declara a insolvência empresarial (insolvência do empresário ou sociedade empresária) e se dá a solução à mesma, liquidando o patrimônio ativo e saldando, os limites da força deste, o patrimônio passivo do falido”.¹

No decorrer do presente trabalho, analisaremos tal instituto, de competência basilar do Direito Empresarial Brasileiro, que constitui na situação em que, o empresário leva a sua empresa a uma situação de quebra, pois não há patrimônio suficiente para resolver os seus ativos; tendo em vista que os seus débitos são maiores que os créditos.

Sobre o tema, Fernandes tece suas considerações:

A Lei de Recuperação de Empresa e Falência (Lei 11.101/05) atribuiu especial destaque à preservação dos bens intangíveis do estabelecimento titularizado pelo empresário falido, na medida em que trouxe como objetivo da falência o afastamento do devedor, a fim de preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis da empresa.²

Cuida-se, portanto, de um procedimento de execução, em que se objetiva liquidar o patrimônio acessível do devedor para pagar os credores.

Assim como ocorre em todo e qualquer procedimento judicial, para a sua formação, há a necessidade de figurarem as partes ativas e passivas para comporem a demanda, a fim de resolver a lide, tais como competência territorial/material e a

¹ MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresa**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. P 292;

² FERNANDES, Jean Carlos. **Direito Empresarial Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 106.

capacidade postulatória, bem como alguns princípios básicos para o lícito desenvolvimento da execução.

No procedimento concursal não é diferente. Para o bom e regular andamento de toda a demanda falimentar, o judiciário conta com diversos órgãos para conseguir resolver todo o conflito processual existente.

Geralmente, a demanda processual da falência é composta pelo credor (aquele que quer receber), devedor (aquele que deve pagar as dívidas reclamadas), assembleia geral de credores (reunião de todos aqueles que buscam a satisfação patrimonial devida), comitê de credores (que possui como função a supervisão do administrador judicial) e, por fim, temos o administrador judicial (profissional de confiança designado pelo juiz).

A figura dos credores, é definida como aqueles que reclamam dos créditos devidos; ou seja, em regra, podem ser considerados como o(s) autor(es) da demanda. Como sabido, a garantia que eles almejam é o patrimônio do falido para a quitação das dívidas pendentes, em que poderá o judiciário promover a liquidação do referido patrimônio a fim de saldar todo o vencido. A natureza jurídica a eles impostas pode ser de empresários ou não.

Na maioria das vezes, há grande concorrência para o pagamento do ativo. A Lei 11.101/05³, no art. 83, estabelece todo um rol de preferências para realizar o pagamento.

Nos dizeres de Negrão:

Os credores podem ser empresários ou não, e o título que apresentarem em juízo para legitimar seu pedido ter origem mercantil ou não. O credor não empresário tem igual legitimidade de ver decretada a falência de seu devedor quanto o credor empresário. O que se objetiva não é a discussão em torno de um crédito em particular, mas a garantia de sobrevivência do crédito e a proteção dos credores como um todo.⁴

Já o devedor, figura-se no polo passivo do processo de falência como o empresário falido. É denominado como insolvente, pois, devido a inadimplência quanto aos créditos da empresa, promove a sua quebra. O art. 94 da Lei 11.101/05, traz as hipóteses em que o empresário sofrerá a execução da falência. Além daquela

³ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em 05/09/2018;

⁴ NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. São Paulo. Saraiva, 2015, p.258;

prevista em deixar de promover o pagamento dos créditos superiores a 40 (quarenta) salários mínimos à época do pedido da falência⁵, também será responsabilizado aquele empresário que for executado e não promover o pagamento, tampouco deixar de nomear bens dentro do prazo estabelecido por lei⁶. Ademais, estará sujeito ao procedimento falimentar o empresário que:

Pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial: a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos; b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não; c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo; d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor; e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo; f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento; g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.⁷

Com o advento da nova lei de falência, deu-se criação a um novo instituto, qual seja, a Assembleia Geral dos Credores, que é integrada por todos os credores da massa falida. As atribuições a ela direcionadas, estão previstas no art. 35 da Lei 11.101/05⁸. No trâmite do procedimento falimentar, caberá a assembleia formar a constituição do Comitê de Credores, escolhendo seus membros e substituições, aderir a meios para realizar o ativo e, por fim, promover formas para inibir qualquer outro método que possa afetar os interesses dos credores.⁹

⁵ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em 05/09/2018;

⁶ Ibidem;

⁷ Ibidem;

⁸ Art. 35. A assembleia-geral de credores terá por atribuições deliberar sobre: I – na recuperação judicial: a) aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor; b) a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição; c) (VETADO); d) o pedido de desistência do devedor, nos termos do § 4º do art. 52 desta Lei; e) o nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor; f) qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores; II – na falência: a) (VETADO); b) a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição; c) a adoção de outras modalidades de realização do ativo, na forma do art. 145 desta Lei; d) qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em 05/09/2018;

⁹ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquematizado**. 5ª ed. São Paulo. Método, 2015. p.780;

Vale ressaltar que as funções exercidas pela assembleia geral dos credores, serão consideradas um ato extrajudicial. Permite-se que haja interferência judicial quando as deliberações por ela promovidas exigirem legalidade formal.¹⁰

Tem-se previsto dos arts. 26 a 29 da Lei 11.101/05¹¹ o comitê de credores, sendo este um órgão fiscalizatório do Administrador Judicial. Sua fundação poderá ser uma opção. Porém, em regra, deverá possuir três pessoas em sua constituição, sendo uma representante dos credores trabalhistas; outra que representará os credores com garantia real; e, por fim, uma terceira pessoa indicada para representar os credores quirografários e com privilégio especial.¹²

Bertoldi e Ribeiro descrevem as principais funções do comitê:

O comitê tem sua atuação prevista em diversos artigos da lei, especialmente no art. 27. Competirá ao Comitê, no processo de recuperação de falência, (a) o poder de fiscalização das atividades e contas do administrador judicial; (b) o zelo na condução dos processos e devido cumprimento da lei; (c) comunicar ao juiz a existência de violação de direitos ou prejuízos aos credores; (d) apurar fatos e emitir parecer acerca de quaisquer reclamações advindas dos interessados; (e) requerer ao juiz a convocação da assembleia-geral de credores, e, (f) manifestar-se sempre que a lei previr.¹³

Por fim, temos a pessoa do Administrador Judicial, figurante de suma importância no procedimento falimentar, indicado pelo juízo para direcionar e atuar nos interesses da empresa quando do afastamento do empresário falido. Suas atribuições e funções serão esmiuçadas em tópico específico neste capítulo.

Em que pese aos princípios relevantes, Ramos¹⁴, em sua doutrina, apresenta no esboço do art. 75, da Lei 11.101/05¹⁵, três dos fundamentais que foram na lei

¹⁰ Ibidem;

¹¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em 05/09/2018;

¹² RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquematizado**. 5ª ed. São Paulo. Método, 2015. p.777;

¹³ BERTOLDI, Marcelo M. e RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 6ª ed: Revista dos Tribunais, 2011, p.479;

¹⁴ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquematizado**. 5ª ed. São Paulo. Método, 2015. p.634;

¹⁴ Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa. Parágrafo único. O processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em 05/09/2018;

¹⁵ MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro** - empresa e atuação empresarial. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010.1 v. a

incorporados, quais sejam: (i) o princípio da preservação da empresa; (ii) o princípio da maximização dos ativos e (iii) o princípio da celeridade processual.

Quanto ao primeiro, trata-se de uma teoria adotada pelo atual Código Civil, trazendo como objetivo a preservação da atividade econômica viável entre o empresário e empresa, devendo ser incorporada, na medida em que possa atender aos interesses do devedor e aos interesses sociais e coletivos. Busca-se preservar a continuidade da atividade empresarial, focando-se não apenas nos interesses dos sócios, mas também em terceiros negociais.¹⁶

Já o princípio da maximização dos ativos, visa atingir o empenho econômico, a fim de aprimorar um melhor resultado do cunho liquidatário. Sua finalidade é de se evitar que a atividade econômica se desvalorize ou se deteriore, para que, no momento ápice de resolver o crédito, estes sejam feitos de forma justa e de maneira que não haja prejuízo para ambas as partes.¹⁷

Não menos importante, a doutrina¹⁸ apresenta, ainda, um terceiro princípio, consistente na celeridade processual, incorporado no parágrafo único do art. 75, da Lei 11.101/05¹⁹, que se consiste na situação de que quanto mais ligeiro for o desenrolar do trâmite processual, melhores serão os benefícios para ambas as partes, considerando-se que o decurso de tempo é grande aliado na desvalorização do patrimônio ativo e a delonga quanto a satisfação do pagamento aos credores.

1.2 – Vinculação entre empresário individual e o procedimento falimentar

Conforme descrito acima, a Lei 11.101/05 estabelece que estão sujeitos ao procedimento falimentar o empresário e a sociedade empresária.²⁰

¹⁷ Disponível em: <<http://meudiariodedireito.blogspot.com/2015/08/principios-da-falencia.html>>. Acesso em 11/09/2018;

¹⁸ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquematizado**. 5ª ed. São Paulo. Método, 2015. p.634;

¹⁹ Art. 75: Parágrafo único. O processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em 11/09/2018;

²⁰ Art. 1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 11/09/2018;

A teoria da empresa, para definição de empresário, utiliza-se do artigo 966 do Código Civil²¹ a definição de empresário, sendo aquele profissional dedicado a promover circulação de bens para fins de atividade econômica. Desta forma, é possível verificar que no conceito engloba-se finalidade lucrativa, profissionalismo e mediação, ainda que tais conceitos estejam vinculados ao artigo supracitado.

Ao definir o conceito doutrinário, Requião segue a seguinte linha de pensamento:

É o complexo de atos de intromissão entre o produtor e o consumidor que, exercidos habitualmente e com o fim de lucros, realizam, promovem ou facilitam a circulação dos produtos da natureza da indústria, para tornar mais fácil e pronta a procura e a oferta.²²

Para a doutrina²³, é possível extrair do conceito de empresário alguns elementos de caráter indispensáveis, quais sejam: (i) profissionalidade; (ii) atividade econômica; (iii) atividade organizada; (iv) e a produção de circulação de bens ou serviços.

Quanto ao exercício profissional, o Direito Empresarial cobra da pessoa a dedicação ao encargo, devendo ser tocado com seriedade, compromisso e habitualidade, não se considerando empresário, tampouco englobando-se nas diretrizes defensivas empresariais aqueles que não expressarem tal comportamento.²⁴

Em que pese a atividade econômica, tem-se como finalidade o ganho lucrativo sobre as atividades desenvolvidas.

A expressão organizada define-se em relação a articulação dos fatores de produção, com o fito de se chegar ao destino objetivado.²⁵

Por fim, produção ou circulação de bens e serviços como bem denominado, constitui-se no fluxo do acervo empresarial. Ramos²⁶ ainda alinha a definição para

²¹ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em 11/09/2018;

²² REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, São Paulo, Saraiva, 2003, p.5;

²³ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquemático**. 5ª ed. São Paulo. Método, 2015. p.37;

²² Ibidem;

²³ Ibidem;

²⁶ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquemático**. 5ª ed. São Paulo. Método, 2015. p.38;

²⁷ FABRETTI, Láudio Camargo, FABRETTI, Denise e FABRETTI, Dilene Ramos. **Direito Empresarial para os cursos de administração e ciências contábeis**. São Paulo. Atlas, 2014. p.16;

este requisito, no sentido de que apenas haverá aptidão empresarial quando o giro empresarial decorrer em relação ao mercado, e não em torno de consumo próprio.

Contudo, o Direito Empresarial abrange uma série de hipóteses englobando o profissional empresário. O trabalho a ser desenvolvido possui como enfoque as atividades exercidas pelo empresário individual.

Trata-se, portanto, de uma pessoa física que exerce suas atribuições em nome próprio e sem sócios. Será possuidor de CNPJ, que lhe será atribuído no ato de seu registro na Junta Comercial, com o fito de facilitar as questões burocráticas, tais como tributos e fiscalização, ainda que não tenha personalidade jurídica.

O empresário individual deverá ter a sua firma legalmente registrada na Junta Comercial, para que possa realizar suas atribuições. Deverá apresentar os requerimentos exigidos por lei, quais sejam: sua qualificação de pessoa natural, a firma em que atuará, o tipo de capital a ser investido, o objeto e sede da empresa. Caso não o faça, tratar-se-á de uma empresa irregular.²⁷

Outro fator importante a ser destacado para a sua caracterização, é o nome que sua empresa receberá. Este requisito empresarial concede a ela personalidade quanto a sua identificação.

Em relação ao tipo empresarial em estudo, o nome denomina-se como firma social. Nesta firma social, a base que se tem é o nome civil da própria pessoa.

Mamede descreve em seu Manual de Direito Empresarial em relação ao nome da empresa. Vejamos:

A firma tem por base o nome civil do empresário ou dos sócios da sociedade; daí falar-se em razão social, pois dá a conhecer, ao menos em parte, a composição societária. É o que ocorre com o empresário, que deverá adotar firma individual baseada no seu nome civil, expressando uma razão empresarial.²⁸

Ao contrário de uma sociedade empresária, ou de uma EIRELI, em que há a separação de patrimônios, distinguindo-se o patrimônio pessoal daqueles que são pertencentes a empresa, o empresário individual será aquele profissional que responderá unitariamente caso a sua empresa sofra uma execução de falência, por haver inexistência de dupla personalidade. Dessa forma, ocorre-se confusão patrimonial.

²⁸ MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. 11. Ed. rev. E atual. – São Paulo: Atlas, 2017. P. 51;

Caso o empresário individual seja levado a insolvência e a sua empresa decaia em um procedimento falimentar, se os seus bens empresariais não forem suficientes para a liquidação e quitação do ativo devido, os seus bens pessoais entrarão em solidariedade para satisfazer todos os créditos reclamados.

Sob a ótica de Coelho:

Sobre os bens do falido, ressalte-se que não existe, no direito brasileiro, como regra geral, a separação de patrimônio em decorrência da exploração de atividade econômica. Quando se trata de sociedade empresária, todos os bens da pessoa jurídica compõem o respectivo patrimônio e estão, ou devem estar, direta ou indiretamente, envolvidos com o desenvolvimento da empresa. Sendo individual o empresário, tanto os bens envolvidos na atividade econômica (os integrantes do seu estabelecimento empresarial) como os não envolvidos (moradia, veículos a serviço da família, casa de praia etc.) pertencem a um único e mesmo patrimônio: o titularizado pela pessoa física. Tanto aqueles como estes representam a garantia dos credores do empresário individual falido e são alcançados na execução concursal.²⁹

Assim, responderá o empresário individual de forma ilimitada, tanto ao processo de falência, ou por qualquer dívida, vinculando seus bens pessoais aos bens empresariais; ou seja, não haverá diferenciação de patrimônio.

Em que pese a execução de falência a ele imputada, a própria Lei 11.101/05, em seu artigo 97, estabelece os legitimados para requerê-la:

Podem requerer a falência do devedor: I – o próprio devedor, na forma do disposto nos arts. 105 a 107 desta Lei; II – o cônjuge sobrevivente, qualquer herdeiro do devedor ou o inventariante; III – o cotista ou o acionista do devedor na forma da lei ou do ato constitutivo da sociedade; IV – qualquer credor.³⁰

Ao tratar das partes legítimas para formar o pedido, a doutrina³¹ sustenta que, embora previsto em lei, o pedido de autofalência é pouco usual na prática. A justificativa adotada, é no sentido de que, embora exista uma determinação legislativa para que o devedor a requeria, a ausência de punição em decorrência da sua inércia o deixa desestimulado de seguir o regramento imposto.

²⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial. Vol 3 – direitos da empresa**. 13ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2012. p. 559. Disponível em: <file:///C:/Users/Reinaldo%20Henrique/Desktop/MONOGRAFIA/curso-de-direito-comercial-volume-3-fabio-ulhoa-coelho.pdf>. Acesso em 11/09/2018;

³⁰ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em 12/09/2018;

³¹ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquematizado**. 5ª ed. São Paulo. Método, 2015. p.640;

1.3 – Administrador judicial e suas atribuições frente ao procedimento falimentar

Distribuído em juízo competente o pedido falimentar, o magistrado a quem for designado para julgar a demanda, analisará a inicial e, havendo realmente caso de insolvência constatado, decretará a falência do empresário por sentença. Todo o ato judicial será público, acessado livremente por qualquer pessoa que nele vincule interesse.

A sentença falimentar abordará vários tópicos. Quando proferida, seu principal efeito será o afastamento do devedor de suas atividades empresariais, e uma das primeiras determinações a ser tomada pelo juiz é a nomeação do administrador judicial para dirigir e comandar toda a lide até o seu encerramento.

Ele será intimado pessoalmente pelo escrivão da secretaria para manifestar se patrocinará aos interesses da massa falida. Em caso de aceite, promoverá os meios necessários para que a demanda siga os requisitos previstos em lei.

Exercerá o Administrador Judicial suas funções sob fiscalização pelo comitê de credores e observância do juiz que, em regra, é o detentor direto da massa. Contudo, considerando-se o grande número de processos físicos e eletrônicos demandados pelo judiciário, bem como a complexidade e detalhamento do procedimento falimentar, autoriza a lei a nomeação de profissional pelo judiciário confiável para estar à frente de toda a demanda.

O administrador judicial será pessoa idônea, e de confiança do magistrado, por ele designada, para assumir a direção da massa falida, e proceder com a quitação dos valores devidos pelo falido a cada um de seus credores.

Segundo a definição de Coelho:

De um modo geral, cabe ao administrador auxiliar o juiz na administração da falência e representar a comunhão dos interesses dos credores. Como auxiliar do juiz, deverá manifestar nos autos sempre que determinado, bem como propor medidas úteis para o bom andamento do processo falimentar. Como representante legal da comunhão dos interesses dos credores, deve administrar os bens da massa visando obter a otimização dos recursos disponíveis.³²

³² COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falência e de recuperação de empresas**. 8ª ed. São Paulo. Saraiva, 2011, p.101.

Quanto a sua natureza jurídica e responsabilidade perante a massa, há divergência quanto a equiparação a funcionário público ou não. Para a maioria da doutrina, o Administrador Judicial não exerce cargo público, sendo apenas colaborador da justiça.

Assim leciona Coelho, dizendo que:

Exclusivamente para fins penais, o Administrador Judicial é considerado funcionário público. Para os demais efeitos, no plano dos direitos civil e administrativo, ele é agente externo colaborador da justiça, de pessoal e direta confiança do juiz que o investiu na função.³³

Desta forma, não há equiparação do Administrador judicial como funcionário público descrito no art. 327, do Código Penal.³⁴

Em que pese às suas atribuições frente à massa falida, o administrador judicial realizará várias funções para dirigir a massa falida e organizar meios para a maior arrecadação de bens e informações possíveis do falido para que, de forma igualitária, promova créditos ao comitê de credores que deles reclamam.

O administrador exerce função belíssima para o regular e bom andamento do processo falimentar. E, com o intuito de resguardar os interesses dos credores em relação a massa falida, a lei 11.101/05, em seu bojo, traz no art. 22 quais serão as obrigações do administrador em caso de aceite ao encargo:

I –na recuperação judicial e na falência: a) enviar correspondência aos credores constantes na relação de que trata o inciso III do caput do art. 51, o inciso III do caput do art. 99 ou o inciso II do caput do art. 105 desta Lei, comunicando a data do pedido de recuperação judicial ou da decretação da falência, a natureza, o valor e a classificação dada ao crédito; b) fornecer, com presteza, todas as informações pedidas pelos credores interessados; c) dar extratos dos livros do devedor, que merecerão fé de ofício, a fim de servirem de fundamento nas habilitações e impugnações de créditos; d) exigir dos credores, do devedor ou seus administradores quaisquer informações; e) elaborar a relação de credores de que trata o § 2º do art. 7º desta Lei; f) consolidar o quadro-geral de credores nos termos do art. 18 desta Lei; g) requerer ao juiz convocação da assembleia-geral de credores nos casos previstos nesta Lei ou quando entender necessária sua ouvida para a tomada de decisões; h) contratar, mediante autorização judicial, profissionais ou empresas especializadas para, quando necessário, auxiliá-lo no exercício de suas funções; i) manifestar-se nos casos previstos nesta Lei;

³³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas**. 8ª Edição. São Paulo. Saraiva, 2011. p. 109;

³⁴ Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 13/09/2018;

II – na recuperação judicial: a) fiscalizar as atividades do devedor e o cumprimento do plano de recuperação judicial; b) requerer a falência no caso de descumprimento de obrigação assumida no plano de recuperação; c) apresentar ao juiz, para juntada aos autos, relatório mensal das atividades do devedor; d) apresentar o relatório sobre a execução do plano de recuperação, de que trata o inciso III do caput do art. 63 desta Lei [...]³⁵

Fabretti,³⁶ em sua doutrina, ainda tece algumas peculiaridades em relação às funções do administrador judicial, consistentes em averiguação dos créditos nos livros contábeis e demais documentos fiscais e comerciais, além daqueles que serão apresentados pelos credores.

Diante de todo o exposto, chegamos ao ponto principal do trabalho, que são as atribuições previstas no inciso III do artigo supracitado, mais precisamente a alínea “d”, que é o recebimento e abertura das correspondências dirigidas ao devedor.

Vejamos o que diz a Lei:

III – na falência: a) avisar, pelo órgão oficial, o lugar e hora em que, diariamente, os credores terão à sua disposição os livros e documentos do falido; b) examinar a escrituração do devedor; c) relacionar os processos e assumir a representação judicial da massa falida; **d) receber e abrir a correspondência dirigida ao devedor, entregando a ele o que não for assunto de interesse da massa;** NEGRITEI 37

Para que isso ocorra, o juiz determinará a expedição de ofício ao local responsável pela distribuição das cartas, como exemplo os Correios, e equiparados, determinando que todas as correspondências direcionadas ao empresário falido sejam dirigidas ao local em que o administrador judicial determinar. Com o recebimento, promoverá a abertura das correspondências.

Alguns autores entendem que as correspondências não possuem caráter pessoal, pois dirigidas ao local de funcionamento da empresa, como é o caso de Toledo, citado por Tomazette:

Paulo Fernando C. Salles de Toledo, a nosso ver e com razão, assevera que se as correspondências forem dirigidas ao endereço de funcionamento da empresa, elas

³⁵ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em 13/09/2018;

³⁶ FABRETTI, Lúdio Camargo, FABRETTI, Denise e FABRETTI, Dilene Ramos. **Direito Empresarial para os cursos de administração e ciências contábeis**. São Paulo. Atlas, 2014. p.219;

³⁷ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 13/09/2018;

presumidamente não têm caráter pessoal e, por isso, podem ser abertas pelo administrador judicial.³⁸

Esquece-se, portanto, que ao tratar de empresário individual, conterà em seu remetente o nome de pessoa civil, por operar e dirigir suas atribuições sob firma.

Analisaremos adiante, em capítulo próprio a (im)possibilidade da abertura das correspondências do empresário falido pelo administrador judicial.

³⁸ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial, volume: 3 falência e recuperação de empresas**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012;

CAPÍTULO II – DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

2.1 – Direitos e garantias fundamentais como proteção ao indivíduo

Previstos no art. 5º da Constituição Federal/88, os Direitos e Garantias Fundamentais, nada mais são que instrumentos jurídicos ilimitados, caracterizados e utilizados pelo legislador, para a proteção do cidadão frente a atuação estatal, de forma limitada. Eles permitem o essencial necessário para que o indivíduo seja respeitado no meio social, e obtenha condições de uma vida digna, garantindo-lhe o mínimo para a sua existência.

Bonavides, em sua doutrina, trouxe pensamentos de um jurista alemão, Carl Schmitt, que se manifesta da seguinte forma a respeito de tais direitos:

Os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, entende ele, os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado. E acrescenta: numa acepção estrita são unicamente os direitos da liberdade, da pessoa particular, correspondendo de um lado ao conceito do Estado burguês de Direito, referente a uma liberdade, em princípio ilimitada diante de um poder estatal de intervenção, em princípio limitado, mensurável e controlável.³⁹

Há aqueles que sustentam haver disparidade em relação a direitos e garantias fundamentais⁴⁰. Contudo, outros afirmam tratar-se de uma única forma reguladora. Para Manoel Ferreira Filho, “as garantias consistem nas prescrições que vedam determinadas ações do Poder Público que violariam direito reconhecido: são barreiras erigidas para proteção dos direitos consagrados”.⁴¹

Sendo assim, se os direitos são fornecidos para a subsistência humana, pode-se concluir que deles decorrem uma bilateralidade, no sentido de que a adesão a um direito adquirido, conduz-o a uma obrigação de vê-lo sendo respeitado. Já no empasse quanto às garantias, essa logística não se aplica, uma vez que não se

³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 33. Ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2018; p.575;

⁴⁰ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 17. Ed., rev. atual. a ampl. Belo Horizonte. Del Rey, 2011, p. 617;

⁴¹ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. P.93/94;

conferem a elas um dever, mas fortalecem a norma outrora garantida, conferindo-lhe um poder ou alcance maior.⁴²

Como toda e qualquer norma regulamentar, os direitos e garantias fundamentais possuem características próprias para a sua aplicação ao convívio social.

Eles possuem caráter histórico, devido a sua longa duração, nascendo com o Cristianismo, e, ainda, se fazendo presentes nos dias atuais. São inerentes, ao passo que podem ser contatados por qualquer pessoa, ultrapassando barreiras para alcançar todos os povos assegurados por tais direitos.⁴³

Ademais, por não haverem cunho patrimonial, são imprescritíveis e inalienáveis, não podendo ser alvo de comercialização por serem indisponíveis. Podem deixar de serem exercidos, mas nunca renunciados como fator social à população.⁴⁴

Por fim, não menos importante, há aqueles que defendem serem os direitos fundamentais relativos, por inexistirem direitos absolutos. Com tal argumento, se eles podem ser relativados, é notória a ocorrência de conflito entre os princípios.⁴⁵

Em caso de conflito entre normas, haverá a necessidade de promover a ponderação dos princípios que virá estabelecido na própria constituição, ou cabendo a quem de direito, realizar a prevalência, tornando-se necessário que observem-se os direitos fundamentais tutelados, fazendo-se o possível para garantir a sua proteção aos indivíduos.

Neste mesmo sentido, suscita Moraes:

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o interprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar s bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional no âmbito de alcance de cada qual (contradição entre princípios), sempre em busca do

⁴² Os direitos envolvem noção de bilateralidade, no sentido de que a atribuição de um direito corresponde à imposição de um dever, que se torna exigível; nas garantias esta característica não é aplicável, já que não apresentam por si próprias a atribuição de um dever, mas se referem sempre a um direito ou direitos autônomos, que constituem objeto de sua proteção. A garantia, portanto, reforça a norma garantida, imprimindo-lhe um poder ou um alcance maior. CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 17. Ed., rev. atual. a ampl. Belo Horizonte. Del Rey, 2011, p. 619.

⁴³ Ibidem, p.602;

⁴⁴ Ibidem;

⁴⁵ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 16ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Saraiva, 2012. p. 962;

verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.⁴⁶

Assim, chega-se a indagação de que, em qual medida os interesses particulares estariam sujeitos a restrição pelo interesse público. Surge, daí a necessidade de se ponderar princípios. A proporcionalidade importa em analisar os interesses que estão em jogo, para poder sobrepesá-los.

Corroborando o entendimento acima exposto, sobre o tema, Carvalho descreve:

Busca-se com isso identificar, na hipótese de colisão entre pelo menos dois princípios constitucionais, qual bem jurídico deverá ser tutelado. Delimita-se, com isso, o âmbito de proteção de uma norma constitucional estabelecendo uma linha de demarcação entre o que ingressa nesse âmbito e o que fica de fora. Haverá assim o reconhecimento de um peso maior a determinado princípio constitucional em confronto com outro, se não for possível antes harmonizá-los, considerando o princípio da unidade da Constituição, que constitui um sistema orgânico, em virtude do qual cada parte tem de ser compreendida à luz das demais.⁴⁷

Desta forma, o arremate que se tem, é de que os interesses particulares podem ser alinhados aos direitos fundamentais, quando equilibrados, considerando-se a situação concreta do caso a que será aplicado. A função dos direitos fundamentais reflete na evolução de uma sociedade.

Carvalho ainda diz que “quando um direito fundamental afeta diretamente o âmbito de proteção de outro, dá-se a colisão de direitos. O conflito decorre do exercício de direitos individuais por diferentes titulares”.⁴⁸

No caso da colisão entre direitos, deverá recorrer-se ao princípio da proporcionalidade.

Porém, vale ressaltar que para tornar-se possível a sua aplicabilidade, deverá ser realizada com prévia autorização judicial, e em situações descritas pela própria Constituição Federal/88, como é o caso da inviolabilidade ao sigilo das correspondências, que torna possível a quebra do sigilo epistolar nas situações que serão analisadas a seguir.

⁴⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 28;

⁴⁷ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 17. Ed., rev. atual. a ampl. Belo Horizonte. Del Rey, 2011, p.312;

⁴⁸ *Ibidem*,

2.2 – Inviolabilidade ao sigilo das correspondências

Uma definição geral acerca do tema, consiste no fato de que a correspondência é um meio de comunicação entre duas ou mais pessoas. Na ideia de Magalhães, a correspondência é “qualquer meio capaz de transmitir o pensamento, seja ela carta, cartão postal, bilhete ou, até mesmo, por meios eletrônicos, como seria o caso do e-mail”.⁴⁹

A Lei 6.538/78 também traz a definição de correspondências, como sendo “toda comunicação de pessoa a pessoa, por meio de carta, através da via postal, ou por telegrama”.⁵⁰

Analizamos anteriormente um conceito geral a respeito dos direitos fundamentais. Deles se extraem direitos individuais, sociais, coletivos, políticos, e aqueles pertinentes a nacionalidade.

Para preservar a intimidade e a privacidade do cidadão, o legislador trouxe à baila como direito fundamental do indivíduo, a proteção das suas comunicações, privando a sua violação por terceiros, e até mesmo dos limites estatais, configurando-se tal tutela como o sigilo das correspondências.

Para tanto, tem-se que a inviolabilidade ao sigilo de correspondências é resguardado pela Constituição Federal/88, no espaço reservado para garantias e direitos individuais:

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

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.**

NEGRITEI 51

⁴⁹ MAGALHÃES, Rodrigo Almeida de; JÚNIOR, Auer Baptista Freirer. **As inconstitucionalidades no procedimento Concursal.** In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Direito Processual em Movimento Vol. II. Curitiba: CRV, 2012. p.144;

⁵⁰ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6538.htm>. Acesso em 02/10/2018;

⁵¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 02/10/2018;

De uma leitura rápida ao referido dispositivo, é possível dividi-lo em duas partes para simplificar o entendimento. Na primeira, pode-se extrair que é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados. A análise constitucional que se pode tirar deste trecho, é de que se trata de uma norma de eficácia plena, excluindo-se assim, qualquer hipótese de restrição por parte de legislação infraconstitucional.⁵²

Sobre a segunda parte do artigo, tem-se que é inviolável o sigilo das comunicações telefônicas, salvo por ordem judicial nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução de processo penal.⁵³

Sobre esta segunda definição, pode-se concluir que se trata de uma norma de eficácia limitada, de forma a se permitir a possibilidade da quebra do sigilo das comunicações telefônicas por ordem judicial e nas hipóteses resguardadas por lei.

Ressalte-se que a doutrina se diverge quando o assunto é o artigo constitucional supracitado. Há aqueles que sustentam serem tais direitos absolutos, e aqueles que dizem serem relativos.

Quanto a relatividade, Greco ensina que:

A conclusão é a de que a Constituição autoriza, nos casos nela previstos, somente a interceptação de comunicações telefônicas não a de dados e muito menos as telegráficas (aliás, seria absurdo pensar na interceptação destas, considerando-se serem os interlocutores entidades e análogas à correspondência).⁵⁴

Noutro viés, suscita Moraes:

Ocorre, porém, que apesar de a exceção constitucional expressa referir-se somente à interceptação telefônica, entende-se que nenhuma liberdade individual é absoluta, sendo possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências e comunicações telegráficas e de dados sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.⁵⁵

⁵² Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/9912/a-inviolabilidade-do-sigilo-postal-a-luz-do-art-5-xii-da-constituicao-federal>>. Acesso em 30/09/2018;

⁵³ Ibidem;

⁵⁴ FILHO, Vicente Greco. **Interceptação telefônica (considerações sobre a lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996)**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 12/13.

⁵⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 52.

Para Paulo Gustavo Gonet Branco, “a quebra da confidencialidade da comunicação significa frustrar o direito do emissor de escolher o destinatário do conteúdo da sua comunicação”.⁵⁶

É notória que a principal intenção do legislador foi proteger as correspondências de qualquer forma de violação por terceiros que a elas pudessem ser objeto de desrespeito, não o ato de corresponder-se com outro. Não é a primeira vez que o constituinte preserva tal garantia contra o abuso da privacidade, havendo, outrora, um contexto histórico de outras constituições que já a previam, como por exemplo é o caso da constituição de 1937, que assegurava o mesmo dispositivo.

Silva abarca suas ideias sobre o assunto, dizendo que:

O sigilo da correspondência alberga também o direito de expressão, o direito de comunicação, que é, outrossim, forma da liberdade de expressão do pensamento. Mas nele é que se encontra a proteção dos segredos pessoais, que se dizem apenas aos correspondentes. Aí é que, não raro, as pessoas expandem suas confissões íntimas na confiança de que se deu pura confiança.⁵⁷

Como reforço a tal argumento, pode-se notar que os direitos e garantias fundamentais são regidos como cláusulas pétreas pela atual legislação, assegurando ainda mais a guarida contra qualquer tipo de ato atentatório a violação ao direito constituído. Elas correspondem à matéria constitucional e não podem, de forma alguma, serem submetidas a emenda constitucional.

O art. 60, §4º, estabelece que não será objeto de emenda os direitos e garantias fundamentais⁵⁸, e por se tratarem de cláusulas pétreas, estão restritos a qualquer mudança constitucional.

⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13ª. Ed. rev. e. atual. São Paulo. Saraiva, 2018. P. 298;

⁵⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 19.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 210;

⁵⁸ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30/09/2018;

Ainda, a Constituição Federal/88 previu no mesmo artigo 5º as exceções para a possível quebra do sigilo, tais como estado de defesa, estado de sítio e processos afetos a direito material penal e processual penal. Analisaremos no próximo tópico cada uma das possibilidades engajadas dentro do próprio texto constitucional.

2.3 – Exceções para a quebra dos direitos fundamentais: estado de defesa e estado de sítio

A regra que se preza, é a inviolabilidade das correspondências, com o fito único de se resguardar a privacidade do destinatário final. Mas, em toda regra, há exceções.

A reserva legal que se pode colher quando da análise ao dispositivo legal relacionado ao sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, é nos casos atinentes a matéria afeta ao direito e processo penal, para fins de investigação criminal, expressões estas resguardadas explicitamente pela palavra “salvo”.

Ainda, é possível extrair-se dos artigos 136 e 139 da Constituição Federal/88, mais outras duas hipóteses em que, de forma regulamentada, o constituinte possibilita a quebra do sigilo das correspondências, sendo eles os estados de defesa e sítio.

Carvalho comunga do entendimento da seguinte forma:

A Constituição, para preservar o direito do indivíduo em relação a sua privacidade e intimidade, declara que é “inviolável o sigilo de correspondências 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” (art. 5º, XII). Note-se que o sigilo das comunicações poderá ser restringido na vigência de estado de defesa e estado de sítio (art, 136, §1º, I, b e c, e art. 139, III).⁵⁹

Quanto a primeira possibilidade, nos casos de matéria e processo penal, temos o julgamento do HC nº 70.814-5, relatado pelo Ministro Celso de Mello, que permitiu a abertura das correspondências dos presidiários, fundamentando sua decisão no sentido de que, tal medida não viola os direitos e garantias fundamentais, pois a liberdade de comunicação com o mundo exterior não pode ser considerado uma oportunidade para práticas ilícitas:

⁵⁹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 17. Ed., rev. atual. a ampl. Belo Horizonte. Del Rey, 2011, p.657;

HABEAS CORPUS - ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACORDÃO - OBSERVÂNCIA - ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO - UTILIZAÇÃO DE COPIAS XEROGRÁFICAS NÃO AUTENTICADAS - PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA - PEDIDO INDEFERIDO. (...)

- A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. - O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de habeas corpus.⁶⁰

Como forma de sedimentar o conhecimento, vale fazer citação ao artigo 41 da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal):

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.⁶¹

Em relação à segunda hipótese de exceção a executoriedade aos direitos e garantias fundamentais, são os casos previstos em hipótese de estado de defesa e sítio. Para que possa ser estabelecida esta restrição, temos que observar os dois binômios: necessidade e temporosidade. Em concordância com este entendimento, Lenza diz que:

Assim, ocorrendo qualquer violação da normalidade constitucional, surge o denominado sistema constitucional das crises, definido por Aricê Amaral Santos como o conjunto ordenado de normas constitucionais que, informadas pelos princípios da necessidade e da temporosidade, têm por objeto as situações de crises e por finalidade a manutenção ou o restabelecimento da normalidade constitucional.⁶²

Ainda em consideração aos estados de defesa é sítio, é de se ressaltar que ambos devem conter data de início e fim, não se permitindo que perpetuem ou

⁶⁰ Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29915/quebra-do-sigilo-de-correspondencia-do-preso>>. Acesso em: 30/09/2018;

⁶¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em 02/10/2018;

⁶² LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 16ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Saraiva, 2012. p. 919;

decorram de longa duração. Nos dois casos de exceção, serão dependentes de autorização legal das autoridades competentes para que se possam exercer as hipóteses.

Fora dos dois casos previstos como exceção, não há outro que possibilite o exercício de abertura das correspondências do empresário falido, e mesmo assim, a lei falimentar permite tal atribuição ao administrador judicial.

De uma leitura atenta ao dispositivo constitucional, pode-se extrair que o sigilo por ele resguardado, refere-se tão somente nos casos das comunicações telefônicas, inexistindo razão para a quebra das demais vias.

Com este entendimento, explica Mendes:

A leitura do preceito pode levar à conclusão de que apenas nos casos de comunicações telefônicas seria possível que o Poder Público quebrasse o sigilo e que seria impossível abrir ao seu conhecimento os dados constantes de correspondência postal, telegráfica ou de comunicações telemáticas.⁶³

Desta forma, conclui-se que o sigilo das correspondências está regularmente resguardado e tutelado por lei, não sendo permitida a sua quebra, tampouco por autorização judicial, ante a ausência de legislação que a autorize.

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13ª. Ed. rev. e. atual. São Paulo. Saraiva, 2018. P. 298;

CAPÍTULO III – DA LEI FAMILIAR E DA CONSTITUIÇÃO DEFERAL

3.1 – Direito à intimidade e a vida privada

Uma das maiores garantias asseguradas constitucionalmente, é congregar ao indivíduo sujeito de direito, limitações à sua liberdade de comunicação em meio social. Para tanto, a própria norma constitucional descreve como sendo invioláveis a intimidade e a vida privada do cidadão, garantindo-lhe, ainda, em caso de descumprimento à lei maior, direito a indenização por eventual dano moral ou material por ele sofrido.

Nos dias atuais, é notória a preocupação nos tribunais quando o assunto é a intimidade e a privacidade das pessoas. Com o avanço das tecnologias e dos meios de comunicar-se com as pessoas, é possível que em curto espaço de tempo seja conhecido por terceiros o repasse de informações de uma pessoa a outra.

O art. 5º, X, da Constituição Federal/88, dispõe que:
 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
 X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.⁶⁴

É possível extrair-se do dispositivo constitucional acima citado, que a principal função a ele inerente, é inibir a exposição do indivíduo aos fatos decorrentes de sua vida pessoal, como exemplo, circunstâncias no âmbito familiar, ciclos de amizade, ou naquelas situações em que o mesmo não deseje que se espalhe conhecimento em meio aberto, quando referentes ao Estado, ou privado, quando referentes a terceiros, sendo esta uma das garantias de limitações à comunicação social.

Moraes, em sua doutrina, sustenta que o dispositivo constitucional assegurador de tais direitos, estende-se tanto às pessoas físicas, quanto pelas pessoas jurídicas, acobertando-as à proteção aos meios de comunicações abertos, tais como exemplo de televisão, rádios, jornais e etc.⁶⁵

⁶⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 23/10/2018;

⁶⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª Ed. São Paulo. Atlas, 2007; p. 47;

Embora pelo sentido lógico fosse possível atribuir aos direitos à intimidade e à privacidade uma mesma definição, há aqueles que dizem tratar-se de direitos com finalidades diferentes.

O direito à intimidade tem por objeto situações subjetivas. Como o próprio nome sustenta, refere-se a algo bem pessoal, consistente na exclusão do conhecimento a terceiros daquilo que é atinente à mesma pessoa. Preserva-nos de todo o conhecimento alheio.

Para Carvalho e maior parte da doutrina, trata-se a intimidade de um direito de cunho civilista vinculado à personalidade do indivíduo:

O direito à intimidade, a despeito de vir entrelaçado com o direito à honra, com este não se confunde, pois, se com a proteção à intimidade busca-se garantir parcela da personalidade que se reserva da indiscrição alheia, com o direito à honra busca-se preservar a personalidade de ofensas que a depreciem ou ataquem a sua reputação. Assim, o atentado à honra pode ocorrer sem que haja intromissão na esfera do ofendido.⁶⁶

A proteção ao direito da intimidade tem como escopo a preservação do cidadão de situações atinentes à sua vida particular. Poderia defini-lo como templo sagrado; local em que ele se priva do mundo exterior para encontrar-se em si mesmo elementos da qual considera pessoais e que não gostaria que fosse levado a conhecimento de outrem.

Como valor imposto constitucionalmente, deve ser notado de forma suprema pelos cidadãos que aqui vivem em sociedade.

Em que pese ao direito à privacidade, Branco esclarece que a privacidade decorre de relações ainda mais íntimas, atribuindo-lhe generalidade aos fatos pessoais, citando como exemplo relações atinentes às atividades comerciais, foco do presente trabalho:

O direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e os acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento ao público.⁶⁷

⁶⁶ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 17. Ed., rev. atual. a ampl. Belo Horizonte. Del Rey, 2011, p.655;

⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13ª. Ed. rev. e. atual. São Paulo. Saraiva, 2018. P. 298;

Conclui-se, portanto, que o entendimento do doutrinador se refere às relações interpessoais, inibindo a exposição de fatos que causem constrangimentos àquele que tem sua privacidade violada.

Em arremate ao exposto, pode-se dizer que uma das maiores vitórias do homem contemporâneo foi o triunfo de suas garantias fundamentais que possibilitaram sua introdução na sociedade.

Nota-se, entretanto, que a preocupação do constituinte foi preservar o indivíduo dos abusos causados pela interferência estatal e de terceiros, de modo que, em decorrência disso, não sofram prejuízo algum, caso sejam afetados por eventual violação.

No caso estudado, temos a abertura da correspondência de uma pessoa física por outra, sem o consentimento do proprietário legal, o que, aos olhos da Constituição Federal/88 seria impossível diante da vedação legal imposta.

Como não há divergência da pessoa do empresário para a empresa, não há como saber o conteúdo das correspondências.

Não é somente as normas brasileiras postulam a garantia da inviolabilidade. Nas relações internacionais há forças para sedimentar a sustentação aqui feita. Carvalho cita a Declaração Universal dos Direitos Humanos:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, contempla o direito à privacidade, em seu artigo 11, que dispõe: “Ninguém será sujeito a interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e a reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.⁶⁸

Reforçando tal argumento, vale a pena fazer memória do Pacto de São José da Costa Rica, acima descrito e que menciona a proteção à intimidade e à privacidade, inclusive à inviolabilidade da correspondência.

Trata-se, portanto, de um documento que possui disposições transitórias, com o fito único de estabelecer direitos fundamentais da pessoa humana, tais como a integridade pessoal, a educação, moral, vida e liberdade. O intuito do pacto é gerar um consenso entre os países que o aderiram, para que possa agregar ao cidadão condições que o autorizem a usufruir dos direitos a ele inerentes.

⁶⁸ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 17. Ed., rev. atual. a ampl. Belo Horizonte. Del Rey, 2011, p. 652;

Em conclusão, percebe-se que o constituinte trouxe como garantia ao indivíduo a liberdade de viver a sua vida, atribuindo-lhe, ainda, a possibilidade de a ele ser assegurado intromissão de terceiros em sua particularidade, principalmente em relação às suas correspondências.

3.2 – Violação das correspondências como crime previsto na legislação penal

Como visto anteriormente, a norma constitucional considera como inviolável o sigilo das correspondências.

Não obstante o fato de a Constituição Federal/88 inibir a possibilidade de abertura das correspondências por terceiros (salvo nos casos previstos em lei), tratando-a como norma vinculadora aos Direitos e Garantias Fundamentais, a conduta praticada indevidamente tem amparo na seara criminalista.

Ao ponderar comentários sobre o assunto, Greco, doutrinador criminalista, manifesta-se no sentido de tratar-se a correspondência de uma liberdade de comunicação reservada, utilizada para expressar aquilo que sente, sem que terceiros tenham acesso ao escrito:

Percebe-se, portanto, ser um direito fundamental do ser humano a liberdade de comunicação reservada, ou seja, não destinada ao público em geral, por meio da qual o sujeito possa exteriorizar seus sentimentos sem que, para tanto, qualquer pessoa, que não aquela para qual é dirigida a correspondência, possa ter conhecimento do seu conteúdo.⁶⁹

O Código Penal trouxe em seu art. 151, como crime, a violação da correspondência.⁷⁰ Contudo, o caput do referido artigo foi revogado posteriormente pela Lei 6.538/78.

A Lei 6.538/78, referente aos serviços postais, adotou em seu enredo, no art. 40, considerações que denominam como crime a violação da correspondência, imputando ao agente que infringir tal norma sanções legais, como forma de punição para resguardar a intimidade e privacidade do emitente, consistentes em detenção de até seis meses ou pagamento de multa que não exceda a vinte dias-multa.

⁶⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, vol. II: introdução à teoria da parte especial: crimes contra a pessoa**. 11ª Ed. Rio de Janeiro. Impetus, 2015. p. 560;

⁷⁰ Art. 151 - Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 04/11/2018;

Como sabido, a Lei 11.101/05, (Lei de Falência) e a Lei 6.538/78 (Lei dos Serviços postais), são normas que se encontram no mesmo patamar hierárquico, devendo, desta forma, como leis ordinárias, estarem submissas ao texto constitucional, por tratar-se esta de norma maior.

Objetiva-se, portanto, em proteger a liberdade de comunicação.

A literalidade do artigo acima citado é de “devassar, indevidamente o conteúdo de correspondência fechada dirigida a outrem”.⁷¹ Para que possamos desvendar e interpretar esmiuçadamente o dispositivo mencionado, faz-se necessário saber o significado doutrinário de “devassar”, e quem são os sujeitos ativo e passivo que concernem da violação.

Ao tratar sobre o significado da palavra “devassar”, Greco diz que “significa tomar conhecimento total ou parcialmente, expor a descoberto, tornar conhecido o conteúdo de correspondência fechada”.⁷² Ou seja, o administrador judicial, no momento em que recebe e faz a abertura das correspondências dirigidas ao falido, acaba por ter o conhecimento de seu conteúdo.

Quanto aos sujeitos a que a atinge, o ativo poderá ser caracterizado por qualquer pessoal, vez que o crime é comum, não importando-se qualidade especial, atributo, ou pessoa específica para nele incorrer.

Em relação ao sujeito passivo, podem ser considerados como o remetente e o destinatário final da correspondência, por serem as vítimas do delito, ao terem sua correspondência devassada.

Observa-se que a regra geral é a proibição penal em abrir correspondências alheias. Mas, toda regra há uma exceção. Neste caso, a encontramos no art. 10 da Lei de Serviços postais:

Art. 10 - Não constitui violação de sigilo da correspondência postal a abertura de carta:
I - endereçada a homônimo, no mesmo endereço;
II - que apresente indícios de conter objeto sujeito a pagamento de tributos;
III - que apresente indícios de conter valor não declarado, objeto ou substância de expedição, uso ou entrega proibidos;
IV - que deva ser inutilizada, na forma prevista em regulamento, em virtude de impossibilidade de sua entrega e restituição.

⁷¹ Art. 40 - Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada dirigida a outrem: Pena: detenção, até seis meses, ou pagamento não excedente a vinte dias-multa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6538.htm>. Acesso em: 04/11/2018;

⁷² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, vol. II: introdução à teoria da parte especial: crimes contra a pessoa**. 11ª Ed. Rio de Janeiro. Impetus, 2015. p. 563;

⁶⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6538.htm>. Acesso em: 04/11/2018;

Parágrafo único - Nos casos dos incisos II e III a abertura será feita obrigatoriamente na presença do remetente ou do destinatário.⁷³

Verifica-se, pois, que nestes casos mencionados pelo artigo antecedente, é possível realizar a abertura das correspondências. Ressalte-se, ainda, que a própria lei admite fazer necessária a presença do destinatário final no ato de abertura.

Menciona-se, ainda, que a lei tutela tão somente a correspondência fechada. A doutrina entende que, tratando-se de correspondência aberta, significa que o remetente renunciou ao seu direito de ver-se resguardado pela inviolabilidade ao sigilo epistolar, caracterizando-se desta forma crime atípico.

Vejamos a posição de Masson:

A lei penal protege a correspondência fechada, pois somente ela contém em seu interior um segredo. Inexiste crime na conduta do sujeito que lê uma missiva cujo o envelope está aberto. Embora antiético e imoral o comportamento, o fato é atípico, uma vez que o tipo penal fala expressamente em correspondência fechada. Além disso, quando a correspondência encontra-se aberta, o remetente, de forma tácita, renuncia o interesse de proteger seu conteúdo do conhecimento de terceiros.⁷⁴

A expressão redigida no art. 40 da Lei 6.538/78 'indevidamente', remete-se a alguém que não tenha permissão para acessar o conteúdo e mesmo assim o faz. Entretanto, em que pese a isso, a Lei de Falência diz ser atribuição do administrador judicial o recebimento e a abertura das correspondências dirigida ao empresário falido, no empenho em que a legislação penal inibe tal comportamento praticado, declarando ser proibida a conduta de devassar indevidamente correspondências dirigidas a outrem.

Note-se que, em que pese ao empresário individual, a ele insere a confusão patrimonial; ou seja, não é possível distinguir seus bens pessoais dos empresariais.

Na mesma forma ocorre com as correspondências a ele direcionadas. Em capítulos anteriores vimos que o empresário individual exerce suas atividades sob firma que contém seu nome civil. Ao ser declarada sua falência, determinará o magistrado a imediata condução das correspondências a ele dirigidas, no endereço que informar o administrador judicial.

⁷⁴ MASSON, Cléber. **Direito Penal Esquematizado**: parte especial. Vol 2. 7ª Ed, ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo. MÉTODO, 2015. p. 281;

Daí chegamos ao grande problema: não havendo diferencial da pessoa empresarial para a física, não há como saber o que é atinente ao empresário e à empresa. O administrador judicial terá que fazer o recebimento e abertura de todo o conteúdo a ele entregue.

Assim o fazendo, chegamos no conteúdo em que ele “devassa indevidamente o conteúdo de correspondência fechada dirigida a outrem”, incorrendo às sanções previstas na infração penal prevista na Lei 6.538/78.

3.3 – O art. 22, III, “d”, da Lei 11.101/05 em confronto com a inviolabilidade da correspondência e possíveis soluções para o caso

Conforme descrito em capítulos anteriores, a falência se consiste em um procedimento de execução realizado pelo juízo para realizar a solvência do patrimônio do devedor falido, com a finalidade de pagamento a todos os credores.

Dentre as atribuições determinadas pelo magistrado, vimos que ao afastar o empresário de suas atividades de frente com a empresa, nomeia-se o administrador judicial para dirigir os interesses de todos os credores.

As suas atribuições serão fiscalizadas pelo juiz e deverá seguir os limites e instruções previsto em lei. Aqui, analisaremos o art. 22, III, “d”, da Lei de falências, que autoriza o administrador judicial a abertura das correspondências do empresário falido, em contraponto com a inviolabilidade das correspondências prevista na Constituição Federal/88. Questiona-se, portanto, a constitucionalidade do artigo previsto na Lei de Falência.

Ao ponderar sobre o tema, tecemos considerações dos doutrinadores Bertoldi e Ribeiro, que se manifestam da seguinte forma:

O art. 22 da LRE, ao dispor que sobre os deveres do administrador judicial, estabelece, no inciso III, d, que deve ele “receber e abrir a correspondência dirigida ao devedor, entregando a ele o que não for assunto de interesse da massa”. O dispositivo contraria o princípio do sigilo de correspondências. Quando da edição da Lei de 1945, que, continha o mesmo dispositivo reproduzido na lei atual, a Constituição de 1937 previa o sigilo de correspondências, mas permitia que fosse excepcionado por lei. Era, então, uma norma constitucional de eficácia contida. Nas constituições posteriores a alusão à possibilidade de exceção ao princípio do sigilo de correspondências foi afastada.⁷⁵

⁷⁵ BERTOLDI, Marcelo M. e RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 6ª ed: Revista dos Tribunais, 2011, p.612;

Sobre a leitura do dispositivo doutrinário acima transcrito, os autores afirmam que a lei de falência é inconstitucional por não prever exceção inserida na norma constitucional, como era o caso de constituições adotadas pelo ordenamento jurídico em tempos remotos. Trazem à baila, como exemplo, a constituição de 1937, mais precisamente em seu artigo 122, que também declarava ser inviolável o sigilo da correspondência, mas deixava claro que seria restringido em situações que a lei permitisse, não especificando quais seriam, sendo então uma regra taxativa.⁷⁶

A busca do dispositivo da Lei de Falência, rege-se tão somente em assegurar possibilidades de se conseguir o maior número de informações sobre a empresa ou o empresário falido, como forma de assegurar o crédito para resolver toda a pendência. Garante-se a lei que aquilo que não for de interesse da massa, será devolvido imediatamente ao seu proprietário.

Tomazette trouxe em sua obra pensamentos de Mamede, que também defende a inconstitucionalidade do referido artigo, ao dizer que não podem ser abertas as correspondências do empresário falido, ressaltando tal possibilidade quando se tratar de pessoa jurídicas. Vejamos:

Gladston Mamede afirma que, caso se trate de um empresário individual, não devem ser abertas as correspondências, pois, não se sabe quais são as relativas à atividade empresarial e quais são pessoais, pois todas são dirigidas à pessoa física. No caso das pessoas jurídicas, as correspondências dirigidas a elas poderiam ser abertas, o mesmo não se aplicaria às correspondências dirigidas aos administradores de pessoas físicas.⁷⁷

No entanto, há aqueles que pensam em sentido controverso. Coelho ao descrever sobre o tema, adere ao entendimento de que o administrador judicial poderá realizar a abertura das correspondências logo após recebe-las:

Fica suspenso, por outro lado, o direito constitucional de sigilo à correspondência quanto aos assuntos pertinentes ao seu negócio. A partir da decretação da quebra, o administrador judicial recolhe a correspondência endereçada ao falido e está legalmente autorizado a abri-la. Caso constate que a

⁷⁶ Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 6º) a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 05/11/018;

⁷⁷ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**, volume 3: falência e recuperação de empresas. 2ªed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 121/122;

correspondência tem conteúdo estranho à atividade empresarial, deve entregá-la ao falido.⁷⁸

Embora exista quem pense em sentido oposto observa-se que o autor acima ao abordar o assunto descreve estar o administrador judicial legalmente autorizado a promover a abertura das correspondências. Esquece-se, entretanto, que ao tratar de empresário individual a norma não seria aplicável. Há a confusão patrimonial, situação em que os bens pessoais do empresário falido não se distinguem daqueles que se consideram pessoais. Da mesma forma ocorre com as suas correspondências, por tratar-se uma só pessoa, como já visto.

Ainda que realize a entrega da correspondência aberta equivocadamente ao empresário, entregando a que não for da massa, a quebra do sigilo já foi promovida; ou seja, a privacidade já foi alvo de abuso por terceiros.

Pelo conhecimento da legislação civilista, sabemos que em determinados casos é possível a desconsideração da personalidade jurídica para atingir o patrimônio do devedor, e conseqüentemente, as correspondências, como é o caso da falência de uma sociedade empresária. Porém, no caso do empresário individual a teoria não é aplicável, pois o patrimônio pessoal se confunde com o empresarial. Assim têm se posicionado recentemente o TJMG, conforme julgamento a seguir:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO EXECUTIVA - EMPRESÁRIO INDIVIDUAL - DESNECESSIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - CONFUSÃO PATRIMONIAL - OCORRÊNCIA. O empresário individual, conquanto inscrito no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas, é na verdade uma pessoa natural exercendo atividade empresarial. Conforme entendimento do STJ (REsp. 1.355.000-SP), o patrimônio de uma empresa individual se confunde com o de seu sócio, na medida em que ela é mera ficção jurídica, criada a habilitar a pessoa natural a praticar atos do comércio, com vantagens do ponto de vista fiscal. Havendo confusão patrimonial, a pessoa natural responde com seu patrimônio em virtude de suas obrigações contraídas, sejam elas de natureza civis ou comerciais, não havendo que se falar em desconsideração da personalidade jurídica. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.17.107313-3/001, Relator(a): Des.(a) Saldanha da Fonseca, 12ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 13/06/2018, publicação da súmula em 15/06/2018).⁷⁹

⁷⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial. Vol 3 – direitos da empresa.** 13ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2012. p. 558. Disponível em: <file:///C:/Users/Reinaldo%20Henrique/Desktop/MONOGRAFIA/curso-de-direito-comercial-volume-3-fabio-ulhoa-coelho.pdf>. Acesso em 11/09/2018

⁷⁹ Espelho TJMG. **Julgamento de Agravo nº 1073133-31.2017.8.13.0000 (1).** Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?palavras=desconsidera>

Diante de todo o exposto, conclui-se, portanto, ser inviolável o sigilo das correspondências do empresário falido, tornando-se o art. 22, III, “d”, da Lei 11.101/05 inconstitucional, por não haver regulamentação direta e precisa, que autorize ao administrador judicial a possibilidade de quebra.

Caso o faça, além de estar cometendo um crime de violação, conforme anteriormente já analisado, incorrerá gravemente na violação de um dos ditames mais protegidos pela constituição: os direitos à intimidade e a privacidade do empresário falido. Porventura pudesse autorizar ao administrador tal função, seria o caso de se imaginar que o cidadão falido deixasse de ser pessoa tutelada pelos direitos e garantias fundamentais, por não poder se amparar a eles para preservar suas particularidades e intimidades.

Uma vez não havendo distinção das correspondências, em algumas delas poderá conter informações ou dizeres de cunho particular, na qual não se admitisse conhecimento a terceiros.

Por tratar-se de norma prevista no art. 5º, não é passível de mudança com o intuito a prejudicar o cidadão. Ainda, por se tratar de cláusula pétrea, não será possível fazer a emenda constitucional. No entanto, o artigo da Lei de Falências deverá ser declarado inconstitucional

Porém, considerando-se ainda que se faça necessária a averiguação do patrimônio do empresário falido para que também os credores não fiquem prejudicados, torna-se importante ponderar algumas possíveis soluções constitucionais previstas para o caso.

Uma delas seria a alteração da lei ordinária, no sentido de conferir o próprio falido, na presença do administrador judicial e de duas testemunhas, fazer a abertura das correspondências, entregando a ele apenas o que for de interesse da massa falida, resguardando todo o resto para si.

Outra sugestão nos aponta Machado, que em seu trabalho acadêmico trouxe a possibilidade de incorrer a uma mutação constitucional/normativa, considerando ser

possível a alteração interpretativa, sem a necessidade de ocorrer mudança no texto original.⁸⁰

A autora ainda sugere a alteração na seguinte forma: “receber [DO DEVEDOR] e abrir a correspondência dirigida ao devedor, entregando a ele, o que, [AINDA ASSIM,] não for assunto de interesse da massa”.⁸¹

Com tais considerações, seria possível aderir à privacidade e intimidade do empresário individual, sem, contudo, cometer crime de violação da correspondência o administrador judicial, oportunamente também ele não sairia prejudicado, exercendo com legalidade seu encargo confiado.

⁸⁰ MACHADO, Amanda Camilla da Silva. **Artigo 22, iii, “d” da lei 11.101/05: uma análise de constitucionalidade a partir do princípio da inviolabilidade de correspondência.** Disponível em: <file:///C:/Users/Reinaldo%20Henrique/Desktop/MONOGRRAFIA/2017_AmandaCamillaSilvaMachado.pdf>. Acesso em: 05/11/2018.

⁸¹ Ibidem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho desenvolveu-se para analisar a constitucionalidade do art. 22, III, “d”, da Lei 11.101/05, que permite ao administrador judicial promover o recebimento e a abertura das correspondências do empresário falido, entregando a ele aquilo o que não for de interesse da massa. Ocorre que a Constituição Federal/88 estabelece no rol destinado aos direitos e garantias fundamentais a inviolabilidade das correspondências, ou seja, há um confronto entre lei ordinária e a norma constitucional vigente no país.

Contudo, por estarem resguardados pela norma suprema, a inviolabilidade ao sigilo das correspondências está também tutelada pela Constituição Federal/88 como cláusulas pétreas; ou seja, não há possibilidades de sofrerem alterações. Daí surge a problemática estudada.

Como nenhuma norma é absoluta, podem, dentro dos parâmetros legais sofrer alterações, desde que elas também previstas em lei. No caso da inviolabilidade ao sigilo das correspondências, o próprio art. 5º dispõe as possibilidades de se relativizar o dispositivo, sendo em estado de sitio, defesa, ou em casos atinentes a matéria e processo penal.

Para iniciar o estudo, no primeiro capítulo buscou-se aprofundar o conhecimento dentro do Direito Empresarial Brasileiro, sobre a própria Lei de Falências, abordando seus institutos, as partes integrantes do procedimento falimentar, a falência do empresário individual e as atribuições conferidas ao administrador judicial.

No segundo capítulo, deu-se espaço para dissertar sobre os direitos e garantias fundamentais, contemplando a teoria para melhor entender sobre o assunto. Estendeu-se o leque para analisar a inviolabilidade do sigilo epistolar dentro da própria Constituição Federal/88, abordando as hipóteses previstas legais para promover a abertura da correspondência, sem afetar a intimidade e a privacidade de terceiros, com as razões previstas dentro da norma constitucional.

Por fim, no terceiro e último capítulo, aderiu-se em analisar a legislação penal, que descreve como crime a violação da correspondência destinada a terceiros. Neste momento, confrontou-se a Constituição Federal/88 com a Lei de Falências e com o Pacto de São José da Costa Rica, que também prevê a tutela à correspondência de terceiros.

O empresário individual exerce suas atividades sob firma e, ao contrário de uma sociedade ou de uma EIRELI, em que há a separação de patrimônio caso ocorra uma falência, o empresário individual responderá ao procedimento com todo o seu patrimônio, por não há diferenciação.

Operando sob firma individual, as correspondências também dirigidas a ele conterão seu nome civil, o que dificultaria saber o que seria de interesse de sua empresa, e o que seria de cunho particular.

No entanto, chega-se à conclusão de que o art. 22, II, “d” da Lei 11.101/05 é problemático, no sentido de violar a intimidade e a privacidade do empresário falido. Ainda que a própria lei determine que ele, o administrador judicial entregue ao falido que não for de interesse da massa, a quebra do sigilo já haverá ocorrido.

A ideia principal que se pode ter, é a declaração da inconstitucionalidade do dispositivo encartado no art. 22, III, “d”, da Lei de Falências. Porém, apontou-se duas possíveis soluções para que o problema seja resolvido, sem prejudicar o empresário, no que tange à sua intimidade, e também não prejudicar os credores que precisam receber o que lhes são devidos. A primeira hipótese é a de permitir ao próprio falido a abertura das correspondências, junto ao empresário e diante de duas testemunhas que acompanhariam o ato. A segunda, já descrita anteriormente por Machado, é no sentido de aderir uma nova interpretação ao dispositivo (mutação constitucional).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERTOLDI, Marcelo M. e RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 6ª ed. rev. e. atuali. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2011
 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 33. Ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRASIL. **Código Penal (1940)**. Decreto-Lei 2.848. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>.

BRASIL. **Lei de Falências (2005)**. Lei 11.101. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>.

BRASIL. **Lei 6538 (1978)**. Dispões sobre os serviços postais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6538.htm>.

BRASIL. **Lei Nº 7.210**. Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 17. Ed., rev. atual. a ampl. Belo Horizonte. Del Rey, 2011.

Código Civil (2002). **Lei 10.406**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial. Vol 3 – direitos da empresa**. 13ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2012. p. 559. Disponível em: <file:///C:/Users/Reinaldo%20Henrique/Desktop/MONOGRAFIA/curso-de-direito-comercial-volume-3-fabio-ulhoa-coelho.pdf>. Acesso em 11/09/2018.

Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29915/quebra-do-sigilo-de-correspondencia-do-presos>>. Acesso em: 30/09/2018.

Disponível em: <<http://meudiariodedireito.blogspot.com/2015/08/principios-da-falencia.html>>. Acesso em 11/09/2018.

FABRETTI, Láudio Camargo, FABRETTI, Denise e FABRETTI, Dilene Ramos. **Direito Empresarial para os cursos de administração e ciências contábeis**. São Paulo. Atlas, 2014.

FERNANDES, Jean Carlos. **Direito Empresarial Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito**

comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, vol. II: introdução à teoria da parte especial: crimes contra a pessoa.** 11ª Ed. Rio de Janeiro. Impetus, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado.** 16ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Saraiva, 2012.

MACHADO, Amanda Camilla da Silva. **ARTIGO 22, III, “D” DA LEI 11.101/05: UMA ANÁLISE DE CONSTITUCIONALIDADE A PARTIR DO PRINCÍPIO DA INVIOABILIDADE DE CORRESPONDÊNCIA.** Disponível em: <file:///C:/Users/Reinaldo%20Henrique/Desktop/MONOGRAFIA/2017_AmandaCamillaSilvaMachado.pdf>.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida de; FREIRE JÚNIOR, Auer Baptista. **As inconstitucionalidades no procedimento Concursal.** In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Direito Processual em Movimento Vol. II.* Curitiba: CRV, 2012.
MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresa.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MASSON, Cléber. **Direito Penal Esquematizado: parte especial.** Vol 2. 7ª Ed, ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo. MÉTODO, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 13ª. Ed. rev. e. atual. São Paulo. Saraiva, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 21ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa.** Vol 3. 10ª ed. São Paulo. Ed. Saraiva, 2015.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquematizado.** 5ª ed. São Paulo. Método, 2015.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial,** São Paulo, Saraiva, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo.** 19.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

Tribunal de Justiça de Minas Geras. **Julgamento de Agravo nº 1073133-31.2017.8.13.0000 (1).** Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?palavras=desconsidera%E7%E3o+personalidade+juridica+empresario+individual&totalLinhas=1&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar>>. Acesso em: 05/11/2018.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial,** volume 3: falência e recuperação de empresas. 2ªed. São Paulo: Atlas, 2012.