www.conteudojuridico.com.br

Diogo Santiago Barbosa Pontes

O DELITO CONTRA A INVIOLABILIDADE DE CORRESPONDÊNCIA ENTRE CÔNJUGES.

Recife
Doutrina
Atualizado em novembro de 2016

RESUMO

Trabalho descritivo, que tem como objeto a divergência doutrinária a respeito da criminalização da violação de correspondência praticada entre cônjuges. Seu objetivo foi provar com um raciocínio convincente a tipicidade da conduta abordada, além de evidenciar a importância da comunicação do crime pela vítima. O recurso metodológico escolhido para apresentação da temática foi o de pesquisa bibliográfica. Refere-se à possibilidade ou não de o direito constitucional à intimidade ser relativizado perante a comunhão de vidas imposta pelo matrimônio, fazendo com que a pessoa possa devassar a correspondência do seu consorte mesmo com a ausência de consentimento sem que se caracterize crime. Explanamos as diversas opiniões de autores a respeito das obrigações conjugais e do crime contra a inviolabilidade de correspondência em diversos aspectos, assim como apresentamos jurisprudências relevantes ao tema. Concluímos com reflexões a respeito da necessidade da atuação estatal impondo a sanção penal no caso da devassa desautorizada da correspondência, se for praticada pelo cônjuge.

Palavras-chave: Inviolabilidade de correspondência. Direito à intimidade. Obrigações conjugais. Violação de correspondência entre cônjuges.

ABSTRACT

Descriptive work, with aims to doctrinal disagreement about the criminalization of the violation correspondence between husband and wife. His goal was to prove with a convincing argument the typicality of conduct addressed, besides highlighting the importance of reporting the crime by the victim. The methodological approach chosen for preservation of the theme was to literature through the works of renowned authors. Refers to whether or not constitutional right to privacy be relativized before the communion of life imposed by marriage, implying the person to open the correspondence of his cohort with the absence of consent, without the characterization of crime. Expounded the various opines of the authors regarding the marital obligation and crimes against the inviolability of correspondence on various aspects, as well as case law relevant to the topic. Conclude with reflection on the need for state action imposing criminal sanctions in case of wanton unauthorized correspondence, if practiced by the spouse.

Key-words: Inviolability of correspondence. Right to privacy. Marital obligation. Violation of correspondence between husband and wife.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 5

2 OBRIGAÇÕES CONJUGAIS 8
2.1 O casamento 8
2.2 A união estável 9
2.3 Direitos e deveres dos cônjuges 11

3 VIOLAÇÃO DE CORRESPONDÊNCIA 13
3.1 O tipo penal 13
3.2 Conceitos de correspondência e do delito em comento 14
3.3 Características 18

4 O DELITO ENTRE CÔNJUGES 22
4.1 A prática de crimes entre casais 22
4.2 O direito à intimidade 23
4.3 Exceções à regra de inviolabilidade de correspondência 28
4.3.1 A questão da violação de correspondência entre cônjuges 29

5 CONCLUSÃO 34

REFERÊNCIAS 37

1 INTRODUÇÃO

A violação de correspondência é uma conduta criminosa, e como tal, é estudada pelo Direito Penal, mas para melhor entender o assunto tratado neste trabalho, faz-se necessária uma ligeira abordagem inicial sobre o casamento e a união estável. Embora sejam estudados pelo Direito Civil, devido a sua importância para o desenvolvimento do tema em questão, trataremos brevemente a respeito de ambos.

A questão da intimidade entre os cônjuges é um ponto delicado, pois o direito à intimidade e à privacidade é garantido pela Constituição pátria e em contrapartida o Código Civil implica uma vida em comum dentro do matrimônio, então procuramos abordar o tema levando em consideração essas duas premissas, que entram em choque no momento em que se fala na inviolabilidade de correspondência marido e mulher ou entre companheiros.

É necessário também observar que a pessoa que pratica um ato que é tipificado como crime no ordenamento jurídico, e não agindo amparado por excludente de ilicitude, será configurado o crime. Este aspecto, eventualmente, é deixado de lado quando se observa uma conduta delituosa no seio familiar, como se a relação de parentesco fosse suficiente para a relativização de garantias constitucionais.

Dificuldade maior é vista quando se trata de um crime considerado de menor potencial ofensivo, há uma mentalidade em parte da sociedade de que a pena restritiva de direitos é um sinônimo de impunidade. Tentamos demonstrar que este pensamento é equivocado, pois ainda que não aconteça a privação de liberdade, há sanção penal para os crimes com pena máxima inferior a dois anos, penas estas que são reguladas pela lei que trata dos Juizados Especiais Criminais (Lei n° 9099/95).

Existe uma enorme divergência doutrinaria quanto à interpretação da norma que regula a inviolabilidade de correspondências em sua aplicação aos cônjuges, pretendemos expor as opiniões de doutrinadores renomados, e inclusive suas fundamentações.

Neste trabalho procuramos mostrar que o matrimonio não autoriza a conduta delituosa onde um consorte seja vitima. Independente de qual seja o crime, não pode o individuo praticar crime contra seu cônjuge e alegar tal condição como fato que impeça a aplicação da lei.

Pretendemos, portanto, demonstrar a importância da comunicação de crime, assim como a persecução penal do delito cometido entre marido e mulher, ou companheiros, defendendo a criminalização da conduta. Pois a sanção penal, dentre diversos objetivos, visa coibir a prática de outros crimes, de maneira coercitiva.

Vale ressaltar inclusive, conforme demonstrado no decorrer do presente trabalho, que o destinatário não é a única vítima na devassa indevida da correspondência alheia. A outra vítima é o remetente, onde este tem seu direito à intimidade suprimido quando não se incrimina a conduta no contexto tratado adiante.

No segundo capítulo há uma breve explanação a respeito do casamento e da união estável, e serão expostas as obrigações e os deveres dos cônjuges, disciplinados no Código Civil brasileiro e de entendimento necessário para abordagem do assunto tratado neste trabalho.

Chegando ao terceiro capítulo, veremos detalhadamente o crime intitulado como violação de correspondência, explicando sua classificação doutrinária, assim como as possíveis divergências entre os autores. Serão mostradas as características do delito de uma forma geral.

Já no quarto capítulo será abordado o crime contra a inviolabilidade de correspondência praticado entre os cônjuges, iniciando pelo o direito à intimidade e finalizando com os diversos entendimentos doutrinários a respeito do fato, girando

em torno da questão chave: há ou não o crime de violação de correspondência entre cônjuges?

A metodologia aplicada foi a pesquisa bibliográfica, através das obras de renomados e respeitados doutrinadores, tais como: Guilherme de Souza Nucci, Fernando Capez, Victor Eduardo Rios Gonçalves, Celso Delmanto, Rogério Greco, Cezar Roberto Bittencourt, Heleno Cláudio Fragoso, Damásio de Jesus, Julio Fabbrini Mirabete, entre outros.

Por fim, na conclusão, procuramos responder a questão exposta anteriormente, com fundamento nas leis e doutrina expostas durante todo o trabalho, evidenciando a importância da discussão a respeito de tema tão divergente e que causa inúmeras opiniões, visto que não há um consenso entre os renomados autores.

2 OBRIGAÇÕES CONJUGAIS

O matrimônio, assim como a união estável, traz consigo diversos direitos e deveres, nos quais os consortes devem observar. Não é o fato de dirigirem a sociedade conjugal em parceira que possibilita a prática de uma conduta tipificada como delituosa de um para com o outro. Pois ser casado ou viver em união estável não é excludente de ilicitude, muito pelo contrário, se pressupõe que haja o respeito entre ambos, inclusive no que tange a individualidade.

2.1 O casamento

No que se refere ao casamento, a Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002, conhecida como Código Civil Brasileiro (CCB), estabeleceu regras para sua celebração, tipos de regimes de bens, além de direitos e deveres entre cônjuges, mas não lhe deu uma definição, então os doutrinadores preocuparam-se em fazê-lo. Para Pontes de Miranda, o casamento é:

> [...] contrato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente e capazes, conforme a lei, se unem com o intuito de conviver toda a existência, legalizando por ele a título de indissolubilidade do vínculo, as suas relações sexuais, estabelecendo para seus bens, à sua escolha ou por imposição legal, um dos regimes de bens regulados pelo Código Civil, e comprometendo-se a criar e a educar a prole que de ambos nascer. (PONTES DE MIRANDA, 1947, p. 90).

O casamento é um laço criado entre duas pessoas que se propõem a comungar suas vidas com uma intenção perene, diante de um contrato regulado pela legislação correspondente, no qual estabelecem direitos e deveres que visam garantir uma convivência harmoniosa.

Vale ressaltar que baseado nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da intimidade e privacidade, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4277. Este julgamento possibilitou que decisões judiciais conferissem o direito ao matrimônio a pessoas do mesmo sexo, como, por exemplo, a sentença proferida pela 1ª Vara de

Família e Sucessões da Comarca do Recife em 18 de agosto de 2011, oficializando casamento homoafetivo.

Portanto há uma ressalva ao que Pontes de Miranda ensina em relação à diferença de sexos, pois diante da evolução do Direito no Brasil, tal requisito é relativizado objetivando a garantias de direitos constitucionais, mas não entraremos neste mérito pois não é o foco deste trabalho.

Quanto à natureza jurídica, compartilhamos a opinião de Silvio Rodrigues, pois leciona que o casamento:

> [...] assume feição de um ato complexo, de natureza institucional, que depende da manifestação livre da vontade dos nubentes, o qual, porém, se completa pela celebração, que é ato privativo de representante do Estado. Não há inconveniente, dada a peculiaridade do fenômeno, de chamar ao casamento contrato de direito de família. (RODRIGUES, 2004, p. 22).

O autor defende que não basta apenas a faculdade do casal em querer casar-se, existe também a necessidade da prática de uma formalidade, a da celebração, e a partir daí o casamento produz efeitos jurídicos e tem conferida a sua publicidade. Tal característica do matrimônio lhe confere aspecto misto no que tange à sua natureza jurídica, pois devido à complexidade do ato, ele assume simultaneamente uma parte negocial e outra institucional.

2.2 A união estável

A união estável é uma entidade familiar, conforme previsão legal exposta adiante, e uma vez configurada, implicará na existência do direito a alimentos, direito sucessório, escolha do regime de bens próprio. Poderá ser convertida em casamento, de acordo com a vontade dos companheiros, neste sentido está Madaleno (2009).

No que se refere a ela, é reconhecida como entidade familiar pela Constituição Federal de 1988 (Art. 226 §3°), assim como o Art. 1723 do CCB de

2002 diz: ”[...] é reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL, 2002).

Vemos que tanto a Constituição Federal quanto o Código Civil preocuparam-se em admitir legalmente o instituto da união estável como uma instituição familiar. Nada mais natural devido o dinamismo das relações humanas, uma vez que as normais legais refletem o contexto de uma determinada sociedade numa certa época.

Aqui também se aplica ao que foi explanado a respeito de união entre pessoas do mesmo sexo no tópico anterior, uma vez que há entendimento na doutrina e na jurisprudência de que é legalmente possível a união homoafetiva.

Outro ponto importante diz respeito à ausência de hierarquia entre as entidades familiares, tal afirmação significa a inexistência de qualquer tipo de superioridade do casamento em relação à união estável, pois consagrando a dignidade da pessoa humana, a Constituição não permite uma visão discriminatória. A respeito disto, vejamos a visão abaixo:

> A união estável está ao lado do casamento, não havendo hierarquia entre as entidades familiares. Evidentemente que a formação é diferenciada, já que o casamento pressupõe diversas formalidade e solenidades, e a união estável depende da configuração de uma situação fática. Contudo, embora não se assemelhem quanto à origem, merecem igual proteção como família que são. O respeito ao pluralismo e à igualdade são fundamentos da Sociedade Constitucional, sendo inadmissível qualquer discriminação. (NAHAS, 2011, p. 92-93).

No mesmo sentido, vejamos a lição a respeito da união estável, dada por Madaleno:

> [...] uma das espécies de família reconhecida pela Constituição Federal é a constituída pelo casamento, mas que não se manteve isolada diante da evolução social da família brasileira que viu constitucionalizada como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher. A união estável não concorre com o casamento, como uma forma, **superior** ou **inferior** de entidade familiar, mas representa sim, apenas mais uma opção a ser tomada. (MADALENO, 2008, p. 06, grifo nosso).

Diferentemente do casamento, para configuração de união estável não há a necessidade de ato solene, mas são necessários alguns requisitos, tanto objetivos, quanto subjetivos. Baseando-se nas legislações que definem a união estável, os doutrinadores trazem os elementos que a caracterizam.

Os requisitos subjetivos são a comunhão de vidas, que por sua vez implica na mútua assistência; e a intenção de constituir família. Já os objetivos para a constituição da união estável são a notoriedade, a estabilidade ou duração prolongada, a continuidade, a inexistência de impedimentos matrimoniais, a relação monogâmica e a diversidade de sexos. (ROBERTO GONÇALVES, 2008, p. 549).

Vale salientar que a respeito da intenção de constituir família, esta vontade de formar uma entidade familiar não implica necessariamente em nascimento de filhos, uma vez que:

> [...] a intenção de constituir família não consiste no propósito de gerar filhos, mas na intenção dos companheiros de se unirem, cercados de afeição e respeito, com cumplicidade de metas e projetos e com o desejo de serem vistos pela sociedade como uma entidade familiar [...] (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, 2005).

2.3 Direitos e deveres dos cônjuges

É importante salientar que o vínculo matrimonial implica em deveres a ambos os cônjuges, estes tratados no Art. 1.566 do Código Civil. Que são: fidelidade recíproca; vida em comum no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos; respeito e consideração mútuos. Quanto ao respeito e consideração, Maria Helena Diniz ensina que estes deveres:

> [...] abrangem o de sinceridade, o de zelo pela honra e dignidade do cônjuge e da família, o de não expor, p. ex., o outro consorte a companhias degradantes, o de acatar a liberdade de correspondência epistolar ou eletrônica e de comunicação telefônica ou a privacidade do outro etc. (DINIZ, 2011, p. 442).

A autora defende a importância do direito à individualidade dentro da relação conjugal, pois embora haja a comunhão de vidas, cada elemento tem garantida a

sua liberdade. A inobservância de tais deveres pode acarretar na separação judicial, já que eles são essenciais para que a vida em comum não se torne insuportável.

A respeito dos direitos e deveres dos companheiros dentro de uma união estável, afirma o Artigo 1.724 do CCB que as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos. O significado de lealdade dado pelo Dicionário Houaiss é "[...] respeito aos princípios e regras que norteiam a honra e a probidade, [...] fidelidade aos compromissos assumidos". (HOUAISS, 2004).

Observemos a afirmação do autor a respeito do respeito e consideração mútuos:

> [...] Quando desaparecem esses requisitos, é evidente que periclita a união conjugal. Na apreciação desses aspectos, devem ser levados em conta, sem dúvida, as circunstâncias, as condições e o ambiente em que vive o casal. Dentro da isonomia de poderes e deveres da nova sociedade conjugal, não há que se admitir poderes discricionários de qualquer um dos cônjuges que impliquem violação dos direitos de personalidade ou de direitos individuais. [...]. (VENOSA, 2011, p. 149).

Tanto no casamento quanto na união estável, pressupõe-se que haja respeito e lealdade entre os consortes, inclusive no que tange à individualidade de cada pessoa, pois apesar de viver em família, o indivíduo não perde seu direto de privacidade que é a base para uma convivência harmoniosa. A sua ausência tornaria inviável a vida da família, já que o direito à individualidade mostra-se se extrema importância.

3 VIOLAÇÃO DE CORRESPONDÊNCIA

A garantia do resguardo da intimidade é um direito constitucional fundamental, que visa proteger questões de cunho pessoal e subjetivo. Portanto, para coibir atos que a desrespeite, a CF em seu art. 5°, inciso X, define como invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Alexandre de Moraes fala do assunto da seguinte forma:

> Os direitos à intimidade e à própria imagem formam a proteção constitucional à vida privada, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas. (MORAES, 2009, p. 53).

O ato de violar uma correspondência vai de encontro a este princípio constitucional, portanto o Código Penal Brasileito (CPB) tipificou esta conduta como delituosa conforme veremos no item seguinte.

3.1 O tipo penal

A Constituição Federal, no seu art. 5° inciso XII, assegura a inviolabilidade do sigilo da correspondência, visando garantir que os indivíduos tenham o direito de comunicarem-se reservadamente, impedindo assim que terceiros não autorizados tenham acesso ao conteúdo redigido e lacrado.

A respeito do tema, o doutrinador abaixo, leciona:

> Importante destacar que a previsão constitucional, além de estabelecer expressamente a inviolabilidade das correspondências e das comunicações em geral, implicitamente proíbe o conhecimento ilícito de seus conteúdos por parte de terceiros. O segredo das correspondências e das comunicações é verdadeiro princípio corolário das inviolabilidades previstas na Carta Maior. (MORAES, 2009, p. 59).

Esta liberdade de poder enviar e receber correspondência sem que ela seja violada é um direito fundamental, no qual reflete a garantia básica de que um elemento possa restringir o conhecimento de assuntos alheios a outras pessoas de uma maneira geral.

Vale ressaltar que tal direito fundamental pode ser relativizado, pois determinada pessoa não pode valer-se desta garantia constitucional para a prática de crime, conforme abordaremos no capítulo seguinte no momento de explanar as exceções da inviolabilidade em questão.

No intuito de viabilizar esta garantia trazida pela Constituição pátria, o CPB, no *caput* de seu art. 151, assim disciplinou o assunto da violação de correspondência: “Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem” (BRASIL, 1940), aplicando uma pena de detenção de um a seis meses ou multa. Ainda se referindo às correspondências, o inciso I do § 1° do mesmo artigo também diz que incorre na mesma pena: “quem se apossa indevidamente de correspondência alheia, embora não fechada e, no todo ou em parte, a sonega ou destrói”.

Conforme defendido pela doutrina, o art. 40 da lei n° 6.538/78, que trata dos serviços postais, revogou tacitamente o art. 151 do CPB, que embora traga a mesma redação, tal lei modificou a pena cominada ao crime em tela. Como veremos em item abordado mais à frente que aborda o conceito da conduta delituosa.

É válido ressaltar que o tipo penal, assim como a referida lei, não faz menção a qualquer ressalva que autorize pessoa específica a devassar a correspondência alheia, nem mesmo ao cônjuge ou companheiro.

3.2 Conceitos de correspondência e do delito em comento

O CPB não definiu a abrangência do termo correspondência, portanto coube à lei que regulamenta os serviços postais apontar a sua definição, trazida no art. 47 da Lei 6.538/78, onde afirma que se entende por correspondência “toda comunicação de pessoa a pessoa, por meio de carta, através da via postal, ou por telegrama.” (BRASIL, 1978).

Já delimitando a noção de carta, a mesma lei determina que é o "objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário." (BRASIL, 1978). O entendimento é amplo, abrangendo uma gama enorme de possibilidades de coisas que possam ser enquadradas como correspondência, sobre esta amplitude, diz o doutrinador que o entendimento:

> Deve ser abrangente. Assim, pode ser carta, bilhete, fax, fonograma, telex, telegrama, fita de vídeo, fita cassete, *videolaser* etc. Fundamental, mais que o meio ou tipo de correspondência, é que esteja fechada, demonstrando seu caráter sigiloso e o desejo de que seu conteúdo seja conhecido somente pelo destinatário. (BITTENCOURT, 2009, p. 510)

Então se objetiva resguardar a informação transmitida entre remetente e destinatário, visto que ela está resguardada do acesso alheio ao seu conteúdo, mesmo que esta informação venha através de uma maneira não convencional, mas se encontre fechada, com restrição ao seu conhecimento.

O art. 151 *caput*, do CPB, refere-se ao crime contra a inviolabilidade de correspondência, e foi revogado tacitamente pela lei n° 6.538 de 20 de junho de 1978 que trata dos crimes contra o serviço postal e o serviço de telegrama, segundo Nucci (2011), Gonçalves (2011), Mirabete (2011), Delmanto (2010), e Capez (2012).

Esta lei, no seu art. 40, conceitua o crime como "devassar, indevidamente, o conteúdo de correspondência fechada dirigida a outrem". (BRASIL, 1978). No ponto em questão, a referida legislação apresenta o mesmo texto do CPB, alterando somente a sanção penal.

Esta revogação é tratada em especial por Rogério Greco:

> Embora seja idêntica à do art. 151 do Código Penal a conduta narrada no preceito primário do art. 40 da Lei n° 6.538/78, essa identidade, contudo, não ocorre no que diz respeito à pena a ele cominada. O art. 151 do Código Penal, na sua extinta modalidade fundamental, previa uma detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa, enquanto o art. 40 da Lei que dispôs sobre os serviços postais não indicou o limite mínimo, da mesma forma que limitou

> a aplicação da pena pecuniária a, no máximo, 20 (vinte) dias-multa. (GRECO, 2012, p. 418).

Em suma, embora haja a revogação tácita, mudou-se apenas a pena cominada ao crime, não especificando o mínimo quanto à detenção, e trazendo um limite máximo para a multa. Além disso, foi mantido o texto que define a conduta delituosa.

3.3 Características

No que tange à classificação doutrinária do crime de violação de correspondência, o entendimento doutrinário refere-se ao crime como comum, pois qualquer indivíduo pode cometê-lo; de mera conduta, já que não há menção de resultado no tipo penal; comissivo, uma vez que é necessária a conduta do agente, consequentemente excluindo a sua prática por omissão; também é instantâneo, consumando-se num só momento, não se prolongando no tempo a sua consumação.

Nucci (2011) e Greco (2012) apontam, este delito como unissubjetivo; pois é possível que seja cometido por apenas uma pessoa; plurissubsistente, que segundo Nucci (2011), “exigem vários atos, componentes de uma ação”; assim como também é de forma livre, onde o autor do delito poderá fazê-lo de qualquer maneira, sem qualquer forma determinada pelo legislador. Também é um crime subsidiário porque ser a devassa da correspondência for meio para outro delito, será absorvida pelo crime fim.

Seu objeto material é a correspondência fechada, como foi descrito no tipo, não há do que se falar, portanto de violação de correspondência com seu envelope aberto, já que “quanto isso acontece, o remetente, de forma tácita, renuncia ao interesse de resguardar o seu conteúdo do conhecimento de terceiros” (JESUS, 2011, p. 315).

A conduta típica é devassá-la, ou seja, conhecer seu conteúdo. Portanto não é imprescindível a abertura do envelope, podendo o agente praticar a conduta ao

expor a correspondência contra a luz. Também pode ocorrer a prática do crime sem que seja lida a correspondência, bastando apenas que o agente tome conhecimento. Vale salientar que o conhecimento do conteúdo deve ser indevido, não havendo crime se houver autorização para tal; assim como, segundo Capez (2012), “não basta a abertura da correspondência para que o crime se repute consumado; exige-se o conhecimento do conteúdo”.

Exclui-se a ilicitude da conduta quando o agente atua em exercício regular de direito ou em estado de necessidade. Observando também o art. 10 da Lei n° 6.538/78:

> 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. Parágrafo único - Nos casos dos incisos II e III a abertura será feita obrigatoriamente na presença do remetente ou do destinatário. (BRASIL, 1978).

Então não há crime, por exemplo, quando uma pessoa abre carta endereçada à outra pessoa que possui o nome igual ao seu em sua residência; ou no caso de enviar coisa na tentativa de burlar o fisco, assim como aquela que seu envio caracterize prática ilícita.

Sobre a necessidade de tomar conhecimento do conteúdo, afirma Greco:

> Se o agente não possui a menor possibilidade de conhecer o conteúdo da carta, a exemplo daquela escrita de forma cifrada, ou em língua completamente desconhecida, o fato deverá ser cuidado como hipótese de crime impossível. (GRECO, 2012, p.424).

Ainda que abra o envelope, se o indivíduo não tiver a capacidade de entender aquilo que foi lido, a conduta é atípica. Então não há crime se a escrita estiver em idioma ou em forma que não conhece como o braile por exemplo.

O objeto jurídico é a inviolabilidade de correspondência, neste sentido: Nucci (2011), Greco (2012) e Gonçalves (2011).

O doutrinador citado a seguir entende que é a liberdade de comunicação de pensamento, pois:

> O código protege a correspondência, independente da violação do segredo. Isso significa que o legislador, aqui, não está resguardando o segredo, mas exclusivamente o direito que tem o cidadão de transmitir o seu pensamento sem a intromissão de terceiros. (JESUS, 2011, p. 315).

Aqui o autor tem uma visão mais subjetiva, indo além da carta em si, e abrangendo a liberdade de pensamento como bem jurídico tutelado.

Em relação ao tipo subjetivo, o doutrinador a seguir revela que:

> O dolo é a vontade de conhecer o teor da correspondência. O erro afasta o dolo, não praticando o crime aquele que lê, por engano, correspondência dirigida a outrem. Há também erro sobre a ilicitude da conduta quando o agente supõe justificadamente que está autorizado a tomar conhecimento do conteúdo. (MIRABETE, 2011, p. 907).

O dolo sempre será elemento subjetivo do tipo, não sendo punível a título de culpa. Então não comete o crime aquele que, por equívoco, lê carta alheia pensando ser sua.

É possível a aparição da figura do erro na conduta do agente, mas faz-se necessário diferenciar o erro de tipo do erro de proibição, a respeito disto vejamos a visão do autor abaixo:

> Erro de tipo é o que recai sobre os elementos ou circunstâncias do tipo. Exclui o dolo, podendo o sujeito responder por crime culposo [...] Erro de proibição é o que incide sobre a ilicitude do fato. O dolo subsiste. A culpabilidade, quando o erro é escusável, fica excluída; quando inescusável, atenuada, reduzindo-se a pena de um sexto a um terço [...] No primeiro caso o sujeito é absolvido; no segundo, condenado. (JESUS, 2009, p. 485).

Então se, mediante erro, o indivíduo julga-se legítimo para tomar conhecimento do conteúdo da correspondência pertencente a outrem, existe o erro de proibição. Já se a pessoa abrir a correspondência alheia pensando ser sua, não há dolo em devassá-la, caracterizando então o erro de tipo. “Nessa hipótese, como o dolo não integra o tipo, não tendo o sujeito agido com esse elemento subjetivo, fica excluída a tipicidade.” (JESUS, 2011, p. 317).

Sua consumação se dá no momento em que o autor toma conhecimento, ainda que parcial, do conteúdo da correspondência. De acordo com a doutrina, é admissível a tentativa quando o sujeito abre o envelope da correspondência no intuito de tomar conhecimento de seu interior, mas é impedido por circunstâncias alheias à sua vontade.

Pode figurar qualquer pessoa como sujeito ativo do delito, e este possui dupla subjetividade passiva, que significa que são vítimas tanto o remetente quanto o destinatário, ainda que ele seja anônimo. Remetente e destinatário são os interessados na manutenção do sigilo, e conforme o art. 11 da Lei n° 6.538/78:

> Os objetos postais pertencem ao remetente até sua entrega a quem é de direito. Quando a entrega não tenha sido possível em virtude de erro ou insuficiência de endereço, o objeto permanecerá à disposição do destinatário, na forma prevista dos regulamentos. (BRASIL, 1978).

A correspondência é de ambos: destinatário e remetente. Tanto que, conforme explanaremos mais adiante, os dois são vítimas da violação de correspondência, pois o conteúdo diz respeito não somente a quem recebe a carta como também àquele que a escreveu.

A pena, conforme o art. 40 da Lei 6.538/78, é de até seis meses de detenção, ou pagamento não excedente a vinte dias-multa. Como não determinou a pena mínima cominada ao crime, entende-se que é de um dia. Neste sentido está Greco (2012), Jesus (2011) e Delmanto (2010). Deste, vejamos sua lição:

> À falta de mínimo para a pena privativa de liberdade, deve-se considerar como sendo *um dia*. E a pena pecuniária deve ser entendida tendo como mínimo *um dia-multa* e seu valor calculado na forma do CP, art. 49, § 1°. (DELMANTO, 2010, p. 541, grifo do autor).

Em face da sanção penal imposta ao delito em tela, este se submete a competência definida na Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais), sendo possível até mesmo a suspensão condicional do processo. Isto significa que se imposta uma pena de privação de liberdade inferior a dois anos, será um crime de menor potencial ofensivo e consequentemente será permitido o oferecimento da transação, onde haverá a possibilidade da aplicação de pena restritiva de direitos ou

multa, conforme o dito no art. 76 da Lei 9.099/95. (BRASIL, 1995). Portanto não significa que inexista sanção penal, ela está sim presente, inclusive na prática de crime entre pessoas com relação de parentesco ou afinidade.

A respeito da ação penal do delito em comento, entendem como pública condicionada à representação do ofendido: Jesus (2011), Mirabete (2011), Gonçalves (2011) e Capez (2012). A respeito da violação de correspondência, assevera Mirabete:

> A ação penal com relação aos delitos em estudo é sempre pública, condicionada, porém, à representação da vítima quando se trata de crime previsto no Código Penal e não excluído expressamente dessa condição. (MIRABETE, 2011, p. 905).

Esta corrente doutrinária entende que como não foi revogado expressamente o requisito da representação imposta pelo §4° do art. 151 do CPB, a ação penal só tem prosseguimento com a manifestação expressa da vítima. Tal entendimento é fundamentado no art. 48 da Lei n° 6.538/78, que determina a vigência do regramento atual ao momento da publicação da referida lei, contanto que não tenha sido revogado ou derrogado, seja explícita ou implicitamente. Em sentido contrário está Greco:

> A ação penal nos crimes de violação de correspondência e de sonegação ou destruição de correspondência (art. 40, § 1°, da Lei n° 6.538/1978) é de iniciativa pública incondicionada, haja vista que a lei que dispôs sobre os serviços postais não exigiu, ao contrário do Código Penal, a representação. (GRECO, 2012, p. 422).

Este autor defende que para a ação penal fosse condicionada a representação, a lei que trata dos serviços postais deveria exigir isto expressamente. Portanto, na ausência desta menção, a ação é pública incondicionada.

É válido salientar que também se submetem à mesma sanção penal o elemento que pratica a sonegação ou destruição da correspondência, conforme art. 40, § 1°, da Lei n° 6.538/1978, que diz: “Incorre nas mesmas penas quem se apossa indevidamente de correspondência alheia, embora não fechada, para sonegá-la ou destruí-la, no todo ou em parte.” (BRASIL, 1978). Se o agente causar dano a terceiro

na prática do delito em tela, incorre na forma qualificada, descrita no § 2° do mesmo artigo citado anteriormente, aumentando da metade a pena cabível.

Esta classificação doutrinária deste crime é primordial para que possamos alcançar o conhecimento necessário a respeito do contexto conforme tratado no próximo capítulo, uma vez que seria impossível tratá-lo tão especificamente sem antes trazer as definições trazidas pelos doutrinadores.

4 O DELITO ENTRE CÔNJUGES

Há uma franca divergência doutrinária no que tange à aplicação penal na conduta de violar correspondência quando se trata de ato praticado entre cônjuges. Existem posicionamentos quanto à existência da tipicidade na conduta, como também da sua ausência, assim como posições intermediárias, aceitando a devassa em ocasiões específicas, conforme veremos neste capítulo. Mas será necessário abortar outros aspectos que são indispensáveis para o entendimento de assunto tão controverso.

4.1 A prática de crimes entre casais

O ambiente familiar, onde se pressupõe amplo e mútuo respeito, carinho e companheirismo, ocorrem práticas de crime, como por exemplo, além da violação de correspondências, mais uma gama de outros delitos retratados no cotidiano popular, inclusive o estupro. Importante salientar que podem figurar como vítima tanto o homem quanto a mulher.

A respeito do estupro, atualmente está superada a discussão a respeito da possibilidade ou não de o marido praticar o crime de estupro contra sua esposa, a visão conservadora entendia que o esposo agia aparado no chamado débito conjugal, já a opinião de ampla doutrina atual entende que é possível a configuração do crime, vejamos:

> [...] embora alguns possam querer alegar o seu ‘crédito conjugal’, o marido somente poderá relacionar-se sexualmente com sua esposa com o consentimento dela. Caso a esposa não cumpra com suas obrigações conjugais, tal fato poderá dar ensejo, por exemplo, à separação do casal, mas nunca à adoção de práticas violentas ou ameaçadoras para levar adiante a finalidade do coito [...], ofensivas à liberdade sexual da mulher, atingindo-a em sua dignidade. (GRECO, 2009, p. 29).

O matrimônio não será subsídio para que o marido violente a sua mulher, ou vice-versa. É possível que a recusa para a prática do ato sexual fundamente uma separação judicial, mas não será causa de excludente da ilicitude do ato. Atualmente

o estupro se refere à pessoa e não ao gênero.

Em pesquisa realizada pelo Instituto Avon/Ipsos em 2013, que retratou o cenário nacional a respeito da violência doméstica contra a mulher, foram expostos dados extremamente relevantes, como por exemplo, 30% das mulheres acreditam que as leis do país não são capazes de protegê-las da violência doméstica e 75% dos brasileiros acreditam que as agressões nunca ou quase nunca são punidas.

Esta descrença na atuação do Estado faz com que as pessoas não comuniquem a prática de crimes às autoridades competentes, refletindo em uma enorme quantidade de delitos não apurados.

Vemos que a pesquisa retrata um grande descrédito das autoridades frente à População que, juntamente com fatores econômicos, influencia no silêncio em relação aos crimes praticados no seio familiar. Apesar de enormes avanços legais, ainda há uma mentalidade na sociedade que a impunidade nestes casos prevalecerá, assim com a falta de informação das pessoas sobre seus direitos e deveres.

4.2 O direito à intimidade

Fundamentada na dignidade da pessoa humana e garantida pela Constituição Federal de 1988, em seu inciso X do art. 5°, a inviolabilidade à intimidade é um direito fundamental, resguardando ao indivíduo o direito de manter apenas para ele mesmo assunto de seu interesse, protegendo-se do mundo externo. Sobre isto, vejamos a visão a seguir:

> A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance da sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer comum). Não há um conceito absoluto de intimidade, embora se possa dizer que o seu atributo básico é o estar só, não exclui o segredo e a autonomia. Neste termos, é possível identificá-la: o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange. (FERRAZ JUNIOR, 1992, p. 77).

Então, a intimidade possui um caráter subjetivo, onde apenas a própria pessoa tem a capacidade de determinar aquilo que deve ficar fora do conhecimento alheio, visto que a penetração de terceiros através desta barreira provocará danos àquele que desejava isolar-se. Vejamos ainda:

> A intimidade e a vida privada significam um espaço pessoal, em que não se admitem interferência ou intromissão externas, uma região ideal em torno da pessoa, própria para seus pensamentos e atuações, isoladamente ou meio aos outros. [...] intimidade e vida privada são sinônimos de autonomia [...], direito de cada um viver a própria vida, a determinar o modo ou estilo de viver, a ordenar a própria existência como desejar ou aprouver. (SAMPAIO, 1998, p.242).

Isolar-se transmite a ideia separação, afastamento. A pessoa tem o direito de possuir um momento, um local, ou assunto só seu, ainda que seja afastado de um parente ou amigo. Em nenhum momento observamos ressalva alguma a respeito cessão desta liberdade ao cônjuge ou companheiro.

O direito à intimidade não significa apenas uma fuga do mundo exterior, conforme vejamos abaixo:

> É característica do nosso tempo a preocupação com questões relacionadas à privacidade e sua tutela. Muitas vezes esta preocupação tem como objeto a busca de um certo isolamento, tranqüilidade, refúgio. Outras vezes, não: a busca da privacidade alberga necessidades diversas como a busca da igualdade, da liberdade de escolha, da não discriminação. E, não raro, demonstra estar ligada fortemente à personalidade e seu desenvolvimento, em uma complexa teia de relações ainda a serem completamente vislumbradas pelo direito. (DONEDA, 2006, p. 7).

Tal garantia constitucional mostra-se uma ferramenta que solidifica a autodeterminação do indivíduo, onde ele é capaz de impor limites e barreiras a assuntos nos quais dizem respeito apenas a si. Não pode este direito ser deixado de lado por uma questão parentesco, afinidade ou hierarquia, consequentemente não

poderá invadir o espaço íntimo, por exemplo, apenas pelo fato de ser pai, filho, irmão, cônjuge, chefe, etc.

A proteção legal contra a violação de correspondências é um reflexo do direito à intimidade, pois uma vez que o remetente lacra o conteúdo a ser enviado, é claro que visa impedir o acesso de terceiros, independente de quem seja. Portanto, se não há consentimento, tanto o remetente quanto o destinatário têm o direito de manter tal conteúdo sob sigilo. Então:

> [...] garante-se na verdade, a inviolabilidade do sigilo, particularmente o *sigilo da comunicação*, cujo desrespeito atingiria mortalmente a essência da privacidade individual, que é o direito de viver com o mínimo de interferência de terceiros. (BITTENCOURT, 2009, p.508, grifo do autor).

De acordo com o autor, o sigilo da informação, que é o objeto a ser salvaguardado, é um pilar que sustenta o direito à intimidade no que tange a inviolabilidade da correspondência. Não há ressalva legal então, como por exemplo, ao marido ou à mulher, decidir se abrirá a carta endereçada a seu consorte, pois violaria gravemente a garantia fundamental à intimidade, direito este que não cessa, nem se abdica com o casamento ou com a união estável.

Ainda sobre o direito à intimidade, vejamos a jurisprudência a seguir:

> [...] Sendo certo que o direito à intimidade diz respeito ao indivíduo consigo mesmo [pense-se na lavratura de um diário], tanto quanto a privacidade se circunscreve ao âmbito do indivíduo em face dos seus parentes e pessoas mais chegadas [como se dá na troca de e-mails, por exemplo]. [...] E o certo é que intimidade e vida privada são direitos individuais de primeira grandeza constitucional, por dizerem respeito à personalidade ou ao modo único de ser das pessoas naturais. (BRASIL. STF, 2011, comentários do autor).

Vemos que o Relator entende que a intimidade é um direito primordial, que garante a autoafirmação do indivíduo onde ele se reserva ao isolamento, inclusive perante pessoas de seu ciclo familiar, exemplificando ainda a troca de correspondências eletrônicas.

4.3 Exceções à regra de inviolabilidade de correspondência

A doutrina nos trás observações pertinentes a respeito de situações específicas que ensejam a possibilidade de um terceiro acessar o conteúdo de correspondência fechada.

Primeiramente, no que se trata relação entre responsável e menor de idade, vejamos o seguinte:

> [...] permite-se a violação da correspondência do menor de idade pelo seu responsável. A criança tem direito à privacidade e intimidade, contudo tal direito não é absoluto, podendo a correspondência ser violada sempre que caracterizado qualquer risco à criança. Em tais hipóteses, prevalece o comando do art. 227 da CF, que assegura a proteção do menor, bem este maior que o seu direito à intimidade. (CAPEZ, 2012, p. 398).

Aplicando a relatividade das garantias trazidas pela CF, o amparo ao menor de idade se sobrepõe ao direito de intimidade, visto que em relação à criança e ao adolescente é necessário o acompanhamento dos responsáveis, e neste caso observamos uma relação de cuidado, de tutela, onde o responsável exerce uma função de protetor do menor.

Ainda no âmbito de relação de proteção e cuidados especiais, afirma Jesus:

> [...] a CF vigente, no art. 5°, XII, diz 'ser inviolável o sigilo de correspondência', sem abrir exceção. Não obstante, entendemos que não há garantias constitucionais absolutas, podendo a legislação ordinária abrir-lhe exceções. Exs.: o curador pode ler carta dirigida ao doente mental; o pai pode ler uma correspondência dirigida à filha menor. No caso de uma família onde se encontra uma pessoa extremamente doente, que está esperando correspondência em que consta a indicação de um remédio que a pode curar, na ausência dos familiares, nada impede que um terceiro lhe leia o conteúdo. (JESUS, 2011, p. 317, grifo do autor).

A visão de Jesus (2011) corrobora a de Capez (2012) quando defende que a devassa é possível no caso do responsável em relação ao menor de idade, assim como afirma que é licita, inclusive, também do curador a respeito do enfermo mental, sendo presente a necessidade de uma proteção especial aos seus interesses.

Apenas seria autorizado o conhecimento do conteúdo em casos extremos, porque apesar de não haver direitos constitucionais absolutos, não será relativizada uma garantia constitucional para atender qualquer banalidade.

Capez trata de mais uma exceção à regra de inviolabilidade, vejamos:

> [...] o art. 22, III, *d*, da Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 – que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, tendo revogado, portanto, a antiga Lei de Falências – , prevê também a possibilidade de o administrador judicial, sob a fiscalização do juiz e do Comitê , na falência, receber e abrir a correspondência dirigida ao devedor, entregando a ele o que não for assunto de interesse da massa. (CAPEZ, 2012, p. 397).

Neste caso, embora haja autorização legal para a abertura da carta, ela se dá apenas para proteger a massa falida, evitando fraudes. Mais uma vez sendo observado um contexto de preservação, de defesa. Excetuando-se as cartas de cunho pessoal daquele que está em débito, pois de nada interessam para o processo de falência, resguardado assim, a intimidade do destinatário.

Existe o dispositivo trazido no art. 240, §1°, *f,* do Código de Processo Penal Brasileiro (CPPB) que trata das buscas pessoais ou domiciliares, possibilitando a segunda quando existir razões contundentes a fim de que se possa "apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato" (BRASIL, 1941).

Capez (2012) afirma ser autorizada a abertura da carta sob a fundamentação deste art. do CPP, em sentido contrário está Bittencourt, quando afirma:

> Todas as exceções ou autorizações legais relativas à inviolabilidade de correspondência são inconstitucionais. Ex.: arts. 240, §1°, *f,* e 243, §2°, do Código de Processo Penal. Sob o império da nova ordem constitucional, nenhuma espécie de 'fundadas razões' autoriza, legitimamente, 'apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder' (art. 240, §1°, *f*), independente da natureza da suspeita (ou mesmo certeza) ou do conteúdo da correspondência. Na verdade este dispositivo foi derrogado pela Constituição Federal de 1988, art. 5°, XII, 1ª parte. (BITTENCOURT, 2009, p. 510, grifo do autor).

Aqui, o autor entende que a garantia constitucional do art. 5°, XII, a respeito da inviolabilidade da correspondência é taxativa, autorizando apenas a possibilidade de interceptação telefônica nos casos em que houver autorização judicial, portanto qualquer situação que não se enquadre desta forma será inconstitucional, sendo derrogado, portanto o art. 240, §1°, *f* do CPPB. Neste sentido também está Gonçalves (2011).

Outro contexto bastante discutido se refere à abertura de cartas do detento. O próprio Bittencourt segue a linha de raciocínio de inconstitucionalidade quando assevera:

> [...] é absolutamente inconstitucional a 'devassa' do conteúdo da correspondência destinada ao preso, realizada pelas autoridades penitenciárias. O preso não é *res*, e a própria lei de Execução Penal assegura-lhe todos os direitos que não forem atingidos pela sentença ou pela lei [...], dentre os quais se destaca a *inviolabilidade da correspondência*. (BITTENCOURT, 2009, p. 510, grifo do autor).

Entende então que mesmo o preso tem preservado o seu direito à intimidade, afinal, é titular de direitos e aplica-se inclusive às suas cartas, não podendo o diretor do presídio, abri-las sem consentimento.

Diferentemente de Bittencourt (2009), tanto a ampla doutrina quanto o STF, entendem ser possível a devassa da correspondência do preso, como por exemplo, a visão a seguir:

> [...] Entendemos que o sigilo de correspondência telegráfica e epistolar, em tese, jamais admitiria violação, pois a Constituição Federal, em seu art. 5°, XII, apenas prevê essa possibilidade para as comunicações telefônicas. No entanto, não existe liberdade individual que seja absoluta, devendo o direito à intimidade, ao sigilo da correspondência, ceder diante da maior relevância de outros interesses, cujo valor social exige sua preservação. (CAPEZ, 2012, p. 399).

Neste ponto, o doutrinador fundamenta a violação da carta do detento pela direção do estabelecimento prisional na relatividade dos direitos constitucionais individuais, onde o interesse público se sobrepõe ao individual. É importante observar que a inviolabilidade é a regra, excetuando apenas casos extremos, como para evitar a prática de atividades ilícitas que seriam acobertadas pela não

possibilidade de acesso ao conteúdo da carta. Neste sentido o seguinte acórdão do STF:

> A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, pode, excepcionalmente, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. (BRASIL. STF, 1994).

Devido à inexistência de liberdade individual absoluta e baseando-se no princípio da proporcionalidade, a prática de crimes de maior importância social não irá se valer do direito à intimidade para evitar a aplicação da lei. Diante de fato mais grave, a inviolabilidade de correspondência irá ceder para a proteção de bem jurídico mais relevante.

Vejamos esta jurisprudência a respeito do sigilo da carta do detento:

> [...] Desde que obtidas de forma lícita, as cartas particulares serão admitidas em juízo, consoante interpretação a *contrario sensu* do artigo 233, *caput,* do Código de Processo Penal. E o direito de comunicação por correspondência do preso com o mundo exterior não é absoluto, encontrando limitação na necessidade de assegurar a disciplina nos presídios e impedir que o detento mal use essa garantia para continuar delinqüindo, através de parceiros e aliados em liberdade. (SÂO PAULO. Tribunal de Justiça, 2007).

Ainda que exista a chance de, legalmente, devassar carta de preso, a inviolabilidade dela se faz presente. Tal devassa só se procederá em situações extremas e não ao bel prazer da direção do estabelecimento prisional.

4.3.1 A questão da violação de correspondência entre cônjuges

Existem três correntes doutrinárias que abordam este tema: a primeira defende que não se configura o crime, onde encontram-se Hungria (1958), Greco (2012), Jesus (2011), Bittencourt (2009) e Nucci (2011); a segunda adota um posicionamento intermediário, existindo o crime a depender de certas circunstâncias, na qual estão Gonçalves (2011) e Mirabete (2011); a terceira, declara que a conduta é delituosa mesmo se praticada por cônjuge, a que se incluem Fragoso (1983) e Delmanto (2010).

Quanto a não existência do crime, vejamos a lição abaixo:

> A violação de correspondência, em tal hipótese, não constitui crime algum, não passando o fato, num caso ou noutro, de simples *indelicadeza.* A comunhão de vida que decorre do casamento [...] não permite, evidentemente, que se considere *alheia* a um dos cônjuges a correspondência do outro. Os cônjuges, na bela expressão do direito canônico, são *duo in carne uma.* Há, entre eles, incontestavelmente, uma faculdade de mútua sindicância. Não podem eles vedar-se reciprocamente a abertura e leitura das respectivas correspondências. Se isso não está dito com todas as letras na lei civil, está inquestionavelmente implícito no seu texto. Somente por motivos inconfessáveis [ilícitos ou imorais] pode querer o cônjuge sonegar a própria correspondência ao conhecimento do outro, e muito acima dessa pretendida faculdade está o interesse de preservação do espírito de unidade e segurança da vida conjugal ou da irrestrita intimidade doméstica. (HUNGRIA, 1958, p. 238-239, grifo do autor).

O autor fundamenta a sua visão no compartilhamento de vida do casal que deriva do matrimônio, portanto ambos possuem o direito de tomar conhecimento do conteúdo de qualquer carta do outro, não configurando o crime descrito como violação de correspondência, ainda que o indivíduo atue com uma conduta que esteja tipificada como crime.

Ele afirma ainda que para que uma pessoa deseje manter o assunto tratado em uma carta em segredo para com seu consorte, seria obrigatoriamente devido a motivos escusos, cessando qualquer direito à intimidade de um elemento para com o outro.

Corroborando tal opinião, Jesus assevera o seguinte:

> Cremos que não há delito. A vida em comum produz tal comunhão de interesses, de intimidade entre os cônjuges, que é incorreto afirmar-se existir delito quando, por exemplo, a mulher lê uma carta dirigida ao marido. Pode ser um ato indelicado, mas não criminoso. Nos termos do art. 1.566, II, do CC, a vida em comum é dever de ambos os cônjuges. Em face disso, não se pode dizer que o conteúdo de uma correspondência seja dirigido exclusivamente a um deles (JESUS, 2011, p.317).

Nessa observação, o doutrinador defende que a união entre o casal é tamanha que as cartas são, implicitamente, todas dirigidas a ambos. Seguindo tal raciocínio, é possível, por exemplo, o marido ler uma carta endereçada à sua esposa onde tal foi escrita pela irmã dela, sua cunhada, mesmo que seja um assunto alheio

e que possa causar constrangimento. Não sendo considerado, portanto, o direito à intimidade da remetente, que também possui interesse no sigilo de sua carta.

Vejamos ainda a postura de Nucci a respeito disto:

> É complexa a questão da violação de correspondência praticada pelo marido com relação à mulher ou vice-versa. Há franca divergência doutrinária e jurisprudencial. Preferimos, no entanto, a posição daqueles que sustentam a licitude da conduta, pois o casamento traz para o casal direito e deveres incompatíveis com o estado de solteiro, situação de maior isolamento e privacidade do ser humano. É preciso considerar que determinadas regras, válidas para quem cuida da própria vida, sem dever satisfação a ninguém, não são aplicáveis para a vida em comum fixada pelo matrimônio. [...] a constante violação a correspondência de um cônjuge pelo outro, sem razão plausível, pode ate constituir motivo para a separação, pois não é conduta regular, moralmente aceitável, a menos que conte com a expressa concordância de ambos, embora não se possa falar em crime. (NUCCI, 2011, p. 715-716).

O autor entende que ainda ensejando na dissolução da sociedade conjugal, pois o comportamento não é aceitável, a conduta descrita é lícita. Quando solteiro, o elemento possui pleno direito à privacidade, podendo usufruí-lo livremente. Situação diferente é a do casado, onde tal direito deixa de existir na ocorrência de um vínculo conjugal. É incabível que a pessoa casada deseje manter apenas para si o conteúdo de uma carta.

O próprio Nucci (2011) defende que a devassa da carta praticada neste prisma, é um exercício regular de direito. E, a respeito deste, conceitua como:

> [...] desempenho de uma atividade ou a prática de uma conduta autorizada por lei, que torna lícito um fato típico. Se alguém exercita um *direito,*previsto e autorizado de algum modo pelo ordenamento jurídico, não pode ser punido, como se praticasse um delito. (NUCCI, 2011, p. 285, grifo do autor).

O doutrinador defende a violação, desta forma, como lícita, embora não haja no próprio ordenamento jurídico, tal ressalva que permita o marido ou a mulher ter acesso não autorizado ao conteúdo de carta do outro.

Bittencourt defende o seguinte a respeito de tal contexto:

> A convolação das núpcias, a nosso juízo, não confere a qualquer dos cônjuges o direito de violar o sigilo da correspondência do outro. [...] No entanto, a despeito de não admitirmos o direito de qualquer dos cônjuges *devassar* a correspondência do outro, não chegamos ao extremo de considerá-la crime. Trata-se de um *desvio* de ordem ético-social, censurável, nesse aspecto, mas não chega a tipificar infração penal. Esse *mau hábito* de 'bisbilhotar' a correspondência do outro cônjuge, longe de revelar harmonia, cumplicidade e identidade de propósito, isto é, a *affectio maritalis*, destaca comportamento contraditório com esses objetivos e, certamente, não está abrangido pelos *deveres conjugais* estabelecidos no art. 231 e incisos do Código Civil. (BITTENCOURT, 2009, p. 514, grifo do autor).

O doutrinador aborda o tema de uma maneira peculiar, inicialmente defendendo a inviolabilidade e logo após admitindo a devassa da carta pelo consorte. Ele acredita que tal comportamento deve ser regulado apenas no âmbito cível, excluídas suas implicações na esfera penal. Portanto a criminalização da conduta deve ser descaracterizada.

De uma maneira geral, os doutrinadores que defendem a licitude da conduta afirmam que o matrimonio garante aos consortes a possibilidade de devassar o conteúdo de qualquer correspondência dirigida a seu companheiro, pois a chamada comunhão de vidas implica também numa irregularidade o isolamento de um indivíduo dentro da relação.

Assumindo uma postura intermediária surge Mirabete, que apóia a ideia de um consentimento tácito entre o casal no que se refere à devassa da correspondência do outro, mas "inexistindo a presunção e não abrindo mão o cônjuge do direito disponível de sigilo de correspondência, vedado e o devassamento pelo outro" (MIRABETE, 2001, p. 201). Então a desautorização expressa pela pessoa, cessa tal consentimento, e impede que o seu companheiro viole sua carta.

Visão semelhante é a de Gonçalves:

> Entende-se que, entre marido e mulher existe consentimento tácito quando se trata de correspondência bancária ou comercial, presunção esta que cede quando se demonstra que havia orientação expressa para que o cônjuge não abrisse a correspondência endereçada ao outro. (GONCALVES, 2011, p. 295).

Vemos uma ressalva, pois o autor afirma que a autorização implícita entre o casal recai apenas em correspondências bancárias ou comerciais, excluindo àquelas de cunho pessoal.

Finalmente, observemos o entendimento que define a conduta tratada neste tópico como delituosa. A respeito disto, Fragoso (1983) afirma que "o casamento não confere a qualquer dos cônjuges direito a violar a correspondência do outro". Pois uma vez que a conduta do agente é tipificada como crime, e não há ressalva legal que exclua a ilicitude do ato no que tange aos consortes entre si, pratica o delito àquele que devassa a carta endereçada ao cônjuge.

Da mesma forma pensa Delmanto quando diz que:

> Quanto ao marido ler a correspondência da mulher, há duas posições: a. A conduta é lícita [...] b. É ilícita [...] Esta ultima posição (b) nos parece mais correta, aplicando-se também à hipótese em que a mulher lê a correspondência do marido. (DELMANTO, 2010, p. 541).

Confirmando a visão de Fragoso (1983), o doutrinador citado acrescenta que a criminalização da conduta ocorre independentemente de quem seja o agente, tanto o homem quanto a mulher.

Este posicionamento pela caracterização do delito de violação de correspondência entre cônjuges tem como pilar o caráter dogmático do Direito, e a respeito disto, vejamos o seguinte:

> O Direito Penal, como ciência jurídica, tem natureza dogmática, uma vez que as suas manifestações têm por base o direito positivo. Expõe o seu sistema através de normas jurídicas, exigindo o cumprimento sem reservas. A adesão aos mandamentos que o compõem estende-se a todos, obrigatoriamente. (JESUS, 2009, p.8).

As normais penais visam coibir comportamentos nocivos, e sendo positivadas, devem ser aplicadas para todas as pessoas sem distinção. Se uma pessoa pratica um ato definido como crime, e não estiver amparado por nenhuma das causas de exclusão da ilicitude elencadas no art. 23 do CPB, deverá haver uma sanção penal.

5 CONCLUSÃO

Percebemos que há uma percepção errônea de parte da população a respeito da punição estatal a pessoa que comete um crime onde se aplica a Lei n° 9.099/95 que trata dos crimes considerados de menor potencial ofensivo, que são aqueles que sua pena máxima não exceda dois anos, incluído neste universo esta o crime contra a inviolabilidade de correspondência.

Para a sociedade tal delito é considerado de baixa relevância, porém no futuro pode servir de base para questões de convivência e até mesmo de privacidade. Não haverá resultado positivo perante o judiciário de a vítima deixar de denunciar o crime, contudo se o cônjuge lesado protestar sobre o caso, várias outras situações negativas no casamento deixariam de existir, como a perda de um concurso público, ou até a prática de crime a exemplo do estelionato, etc.

Ora, se fosse irrelevante a sanção penal no caso deste delito o qual abordamos no trabalho, melhor seria então a descriminalização da conduta. Entendemos que a inviolabilidade de correspondência é relevante sim, por ser um reflexo de uma garantia fundamental que é o direito à intimidade, e, portanto, deve ser protegida inclusive perante o cônjuge ou companheiro se esta for a vontade do destinatário da correspondência, pois só ele poderá decidir se o conteúdo da carta pode ser acessado pelo seu consorte ou quem quer que seja.

Conforme vimos no capítulo anterior, há uma grande divergência entre os doutrinadores a respeito de se há ou não a configuração do crime quando praticado entre cônjuges, e este é um aspecto crucial, pois para aqueles que acreditam não existir o delito, ainda que a pessoa prejudicada em sua intimidade procure comunicar o fato, não deveria o Estado punir o agente.

Entendemos existir o crime fundamentadamente no aspecto dogmático do Direito Penal, pois mesmo que praticado pelo consorte, já que o individuo age de forma descrita no tipo penal como um crime, a conduta é típica. Como tal, esta

conduta implica na aplicação de uma sanção penal na qual o Estado deve exercer seu poder, dando coercibilidade à norma jurídica.

Devemos levar em consideração que não existe norma legal que autorize a devassa da carta pelo cônjuge, além do que, no casamento não nasce uma relação de autoridade ou subordinação, e sim de igualdade entre o casal, o mesmo se aplicando à união estável, onde o respeito, a lealdade e o companheirismo são suas principais características e devassa da correspondência de forma não autorizada vai de encontro a elas.

Não pode uma garantia fundamental consagrada na Constituição pátria, como o direito à intimidade, ser relativizada perante um requisito matrimonial imposto pelo Código Civil. Entendemos estar equivocado o entendimento daqueles que afirmam não haver direito à intimidade para a pessoa casada perante seu cônjuge. Pois ainda que enseje na dissolução da sociedade conjugal, esta tratada pelo Direito Civil, o direito fundamental do individuo à sua intimidade, ou seja, de privar assunto seu do conhecimento alheio não irá ceder perante a vida em comum implicada pelo matrimônio.

Uma vez existente o a direito à intimidade perante o cônjuge, e um, sem o consentimento do outro, viola correspondência dirigida ao seu consorte, implica na tipicidade da conduta. Cabe ao cônjuge lesado comunicar o crime às autoridades para que o Estado aplique a sanção legal cominada ao delito praticado.

Não podemos esquecer que, conforme explicitado anteriormente, o crime aqui retratado é de dupla subjetividade passiva, significando que são vítimas tanto o remetente quanto o destinatário. Erradamente, aqueles que entendem que não existe o crime, esquecem de que o remetente também tem garantido o seu direito à privacidade.

Imaginemos uma situação hipotética, onde, por exemplo, um homem envia uma carta expondo detalhes de sua vida ao seu irmão, detalhes no qual deseja que seja de conhecimento apenas do irmão, pois é o único que com quem se sente à

vontade de falar sobre o assunto. Eis que a esposa de seu irmão, sua cunhada, viola a carta sem o consentimento do marido e tem conhecimento do assunto exposto. O direito à intimidade do remetente irá ceder à vida em comum imposta pelo casamento do irmão, fazendo com que o remetente submeta-se a este constrangimento? Entendemos que não.

Portanto, seja uma carta, uma foto, ou qualquer outro objeto, o conteúdo da correspondência é inviolável, pois podem ser prejudicados não somente o destinatário, mas também o remetente. A intimidade possuiu caráter altamente subjetivo, então só aquele se viu prejudicado pela postura de invasão alheia ao seu espaço intimo poderá autorizar ou não o conhecimento do conteúdo, e até mesmo decidir se haverá prosseguimento da ação penal, já que nos casos de violação de correspondências ela é condicionada à representação da vítima.

É importante expor que havendo autorização expressa da pessoa para que o cônjuge tenha acesso ao conteúdo da correspondência, descaracteriza-se o tipo penal, e obviamente, na ausência de tal autorização a devassa da carta será indevida, incorrendo na prática de crime aquele que agiu contrariamente à norma penal.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado.** 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Código Civil, 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 16 de novembro de 2016.

_____. **Código de Processo Penal, 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 16 de novembro de 2016.

_____. **Código Penal, 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 16 de novembro de 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 de novembro de 2016.

_____. **Lei Nº 6.538, de 22 de junho de 1978**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6538.htm>. Acesso em: 16 de novembro de 2016.

_____. **Lei Nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 16 de novembro de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental n° 132**. Rel. Min. Ayres Britto, 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 17 de maio de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. **Habeas Corpus n° 70.814-5**, Rel. Min. Celso de Mello, DJU, 24 jun 1994.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 2, parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212).** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DELMANTO, **Código Penal comentado: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar.** 8. ed. rev.,

atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Manual de Direito Civil**, São Paulo: Saraiva, 2011.

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

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal, parte especial: arts. 121 a 212 do CP.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado.** Rio de Janeiro: 2012.

_____. **Adendo. Lei no 12.015/2009. Dos crimes contra a dignidade sexual**. Rio de Janeiro, 2009.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte especial.** São Paulo: Saraiva, 2011.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Minidicionário Houaiss da língua portuguesa.** 2. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. v. VI, 4. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1958.

INSTITUTO AVON/DATA POPULAR. **Percepções dos homens sobre a violência doméstica contra a mulher.** São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.institutoavon.org.br/instituto-avon-site/Pesquisa%20Avon%20Instituto%20Ipsos%202013.pdf>. Acesso em: 17 de novembr o de 2016.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal, 2º volume: parte especial; Dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio.** 31. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 17. ed., São Paulo, Atlas, 2001. v.2.

_____. **Código Penal Interpretado.** 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

NAHAS, Luciana Faísca. **União homossexual: proteção constitucional**. Curitiba: Juruá, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial.** 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito de Família: direito matrimonial**. Volume I, 3ª ed. São Paulo: Max Limonad Editor de Livros de Direito, 1947.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70010487650**. Relator: Des. José Carlos Teixeira Giorgis, 08 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/>. Acesso em: 17 de maio de 2013.

ROBERTO GONÇALVES, Carlos. **Direito Civil brasileiro: Direito de Família.** v. 6, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil, V.6 - Direito De Família.** 28 ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

SAINT-EXUPÉRY, Antoine de. **O pequeno príncipe.** Tradução de Dom Marcos Barbosa, 48ª edição, Rio de Janeiro: Agir, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte**. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 1998.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n°. 01023973.3/0.** Relator: Des. Renê Ricupero, 16 de agosto de 2007. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 17 de maio de 2013.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família.** 11. ed., São Paulo: Atlas, 2011.