

A MISERABILIDADE E A REPRESENTAÇÃO NOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES

Joaquim Cabral Netto

Promotor de Justiça e Conselheiro Penal — MG

SUMÁRIO: Miserabilidade. Procedimento criminal e representação, A mulher casada e o direito de representação. Menor sob guarda e o direito de representação. Conclusões.

MISERABILIDADE

A miserabilidade diz respeito à situação financeira da vítima ou de quem a represente. A expressão **miserável**, nos crimes contra os costumes, segundo a conceituação do legislador, é sinônima de pobreza, “não implica a **absoluta** falta de meios, a qualidade de indigência, mas, sim, a impossibilidade de custear as despesas de um processo sem o sacrifício da subsistência própria ou da sua família — **res sacra mises.**” (1)

O conceito de miserabilidade, no ensinamento do ministro GOU-LART DE OLIVEIRA, generalizado e aceito pela doutrina e pela jurisprudência, cingiu-se, sempre, à relativa impossibilidade de pagar as despesas e as custas do processo, sem prejuízo da manutenção da própria pessoa e da de sua família, tendo como único fundamento institucional e incapacidade relativa da bolsa.

Embora as expressões **sustento** e **manutenção** tenham amplo sentido, não se limitam à manutenção física; referem-se à conservação de pessoas. Na moderna técnica, jamais se diferenciou pobreza de miserabilidade, que se equiparam para efeitos da lei, só não se confundindo, porém, com indigência, pois esta, sim, exprime a carência absoluta dos meios indispensáveis à manutenção da vida e, como tal há que abran-ger “além da vida em condições de conforto, decência e higiene, a edu-

(1) (C. DE GUSMAO, dos Crimes Sexuais).

cação e instrução dos filhos". Em tais casos, tratando-se de questão de fato a ser devidamente comprovada, deve-se ter, antes, uma significação ampliatria do que restritiva, conforme já orientava VIVEIROS DE CASTRO.

Em tal sentido a interpretação e o entendimento dos nossos tribunais é tradicional, haja vista um venerando acórdão do S.T.F., cuja aplicação, em nossos dias, é pacífica: "Na linguagem do Direito Criminal, miserável não quer dizer indigente, mas pessoas que não dispõem de meios necessários para promover e levar a termo um processo criminal". (2)

Excetuando-se os casos em que a miserabilidade da vítima seja notória, ela há que ser provada, eis que ela não se presume, mesmo porque "colocando alguém em estado excepcional, deve ser plenamente provada por quem a alega".

Nosso Código de Processo Penal considera a atestação de miserabilidade fornecida pela autoridade policial como suficiente prova dessa condição. Mas, essa prova é suficiente e não absoluta. Vale dizer que tal condição de miserabilidade pode ser provada de outra maneira, por qualquer meio idôneo, sem que apenas pela atestação policial. Sendo, pois, tal atestado, apenas prova suficiente, "a mesma não é irrefutável, e quando a lei o indica expressamente é porque ele indiscutivelmente constitui o meio mais acessível, mais fácil e mais pronto para prova do alegado estado. Ao contrário, pode tal prova ser elidida por qualquer meio de convicção. Enquanto não desmentido é prova suficiente, escusa qualquer outra". (3) Embora dispense a produção de qualquer outra prova, pode ser contestada sua veracidade, acarretando nulidade *ex nunc*, se provada sua falsidade.

VASCONCELOS LEMES relatando, brilhantemente, processo no TJSP, mostrou que "o Código de Processo Penal não estabelece como única prova do estado de miserabilidade, o atestado fornecido pela autoridade policial, em cuja jurisdição resida a ofendida ou seus representantes legais. A lei processual é muito clara: diz que será **prova suficiente de pobreza** o atestado fornecido fornecido por essa autoridade. Não disse, todavia, que esse seria o único comprovante, nem prescreveu que essa prova não poderia ser fornecida por qualquer outra autoridade. E não fez essa exigência, porque em se tratando de matéria de fato, é possível comprová-la por qualquer outro meio. Acresce, que pelo sistema do Código, não existe o regime de provas legais. Não seria possível, portanto, vincular-se tal comprovação única e exclusivamente a atestado da autoridade policial de uma determinada circunscrição. O ob-

jetivo da lei processual, quando estabeleceu esse meio, foi o de facilitar essa prova, declarando mesmo que seria o bastante. Não excluiu, porém, outros modos de demonstrar o estado de miserabilidade". (4)

Da dispensa, inclusive, de uma atestação de miserabilidade falamos há pouco, no caso da mesma ser notória. Doutrina o ministro HENRIQUE D'AVILLA, nesse sentido que, se a miserabilidade da vítima ou de seus pais resulta evidente de elementos informativos do processo, não há motivo plausível para se exigir atestado da autoridade policial. Para que exigir prova daquilo que está assaz demonstrado? —, conclui o mesmo.

TORNAGHI, da mesma forma, diz que a pobreza pode ser provada de qualquer outra maneira e, inclusive, dispensada prova se notória, presumida ou ficta, já que o princípio aplicado é como qualquer outro fato.

A jurisprudência é clara ao decidir a respeito: A falta de documento comprobatório do estado de miserabilidade legal da vítima e de seus representantes legais poderá ser suprida pela notoriedade da pobreza dos mesmos ((Jurisp. Min. XXIII/153. Se a miserabilidade resulta evidente dos elementos informativos dos autos, é dispensável o atestado. (5)

Quando o código penal, nos crimes contra os costumes, fala-nos (art. 225, § 1.º, II) que a ação será pública "se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se dos recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família", parece-nos ter havido um descuido gramatical. Em lugar da conjunção alternativa **ou**, parece-nos que o legislador quis empregar a conjunção aditiva **e**. Se a vítima tem recursos a ação será privada. Se seus pais têm-nos, idem. Mas, **se ambos** não os possuem, nesse caso, sim, ela será pública.

O sempre festejado ESPÍNOLA FILHO assim também julga. "A interpretação do inciso não pode deixar de ser feita no sentido de, por configurar esse estado de pobreza, ser preciso que tanto a vítima, como os seus pais não disponham de tais recursos. O **ou**, no texto legal, está empregado por **e**. Se a ofendida não os tiver, mas, o contrário ocorrer com seus pais, não se poderá falar em **pobreza** no sentido jurídico. Do mesmo modo, nada importa seja filho de gente sem recursos dessa ordem a vítima que, pessoalmente, seja abastada. Não poderá considerar-se pobre".

Ante a inexistência de atestado de miserabilidade, se por ventura a ofendida e seus familiares não o forem, o que há a provar é que, pelo contrário, tais pessoas não são "miseráveis dentro das condições legais, e não apenas, simplesmente, alegar a falta de atestação, como

(2) (Rev. de Dir. 21/534 de 1910).

(3) (H. TORNAGHI, Comts. Cód. Proc. Penal, Tomo II, vol. I/67).

(4) (Rev. Trib. 269/97).

(5) (S.T.F., in Rev. For. 191/254).

se vê de acórdão do S.T.F., in Rev. For. 19/254. *Omneris probandi incubiti qui dicit non qui negat*.

Carecendo de tal prova para a instauração do processo por denúncia, vê-se que ela é condição *sine qua non* de sua admissibilidade razão pela qual deve surgir antes ou, pelo menos, concomitantemente com ela. Todavia, casos há em que sua ausência não determinará sua anulação, como vimos acima.

Confira-se, nesse sentido, decisões jurisprudenciais a respeito: Não procede a nulidade por ter sido a ação promovida pelo M. P., se a prova, de início, da miserabilidade da ofendida em crime de estupro, desde que essa prova foi oferecida no final do sumário. (6). Aprova de miserabilidade da vítima, nos crimes contra a liberdade sexual, pode ser exigida, proveitosamente, depois de iniciada a ação pública, mas antes da sentença final. (7) Os crimes especificadamente referidos acima, enquadram-se entre os compreendidos contra os costumes, o que vem em corroboração ao ponto de vista que temos mostrado. Ademais, a prova de miserabilidade pode ser feita por meios indiretos, além de poder a falta ser sanada a todo tempo. (8) A miserabilidade da vítima pode resultar de prova indireta no bojo dos autos, legitimando a intervenção do Ministério Público. (9) Finalmente, a prova da miserabilidade pode ser feita *ex post*, ainda no correr do processo. Se o M. P. inicia a ação alegando a miserabilidade e demonstra sua existência ainda no curso do processo, mantém-se a denúncia, não se justificando a decretação de nulidade. (10)

O TJMG, em acórdão em que foi relator MAFRA DE LAET mostra-nos, a respeito, que se da própria profissão do pai da ofendida decorre a segurança da sua pobreza, a falta do atestado de miserabilidade não prejudica a ação penal promovida pelo M. P. (11).

Por fim, considera-se provada a miserabilidade, mesmo quando não haja atestado de autoridade policial, se esta, em seu relatório, refere-se à pobreza da ofendida e testemunhas depõem a respeito. (12)

PROCEDIMENTO CRIMINAL E REPRESENTAÇÃO

Por procedimento criminal compreendem-se, *in genere*, os diferentes meios que a lei estabelece para o andamento das ações e a justa aplicação da pena, bem como os estabelecidos para regular o descobrimento da verdade.

Nos crimes contra os costumes o procedimento criminal, em regra, depende da vontade da parte. É desta a disponibilidade da ação penal. A representação "é essencialmente, manifestação de vontade" (13) e, com a mesma, a parte transfere no M. P. o poder de exercitar a ação, porque ela é, fundamentalmente, declaração de que a vítima não se opõe à ação da Justiça.

Isso não quer dizer, observam FREDERICO MARQUES e PIMENTA BUENO (14), que a representação seja condição de punibilidade; ela condiciona tão só o direito do Estado-Administração, de deduzir em juízo a pretensão punitiva.

A exigência da representação anterior à ação penal pública, nos crimes contra os costumes, visa amparar a tranquilidade das famílias, contra cuja vontade não é lícita a ação dos órgãos da Justiça Pública, não tendo, pois, como objetivo, resguardar direitos dos acusados (15) A representação, diz-nos HELIO TORNAGHI, não tem por fim intrínseco, *finis operis*, a apuração, quer do fato, quer da autoria. A falta de tais informações será, portanto, uma irritualidade, mas nunca uma causa de nulidade (16). Por outro lado, WALTER P. ACOSTA (17) fala-nos que a representação é o ato de vontade do titular do direito, ou de um de seus representantes, manifestado pessoalmente, ou pelo respectivo procurador, nos casos previstos em lei, através do qual se dá à autoridade pública notícia circunstanciada da ocorrência de um crime, a fim de que, desobrigada de resguardar os escrupulos da parte ofendida, promova a investigação preliminar, ou a ação penal pública, destinada à apuração do mesmo fato delituoso e à apuração de seu autor.

A representação e a miserabilidade são, na espécie, "condições de procedibilidade". Vale dizer: pode o crime existir sem qualquer sombra de dúvida, mas o processo estará condicionado pela representação e miserabilidade do ofendido. (18).

Não sendo miserável, dentro do espírito da lei, a ação deixará de ser pública por representação, para ser privada, intentada através de advogado legalmente constituído pela parte. Segundo observa, com muita acuidade J. C. MENDES DE OLIVEIRA, a representação representa interesse público maior a resguardar: em certos crimes contra os costumes, por exemplo, evitar o escândalo de um processo criminal pode ser, para resguardo da família, mais útil e conveniente à sociedade do que a punição do delito praticado pelo réu. (19)

(6) (Rev. Trib. 151/553).

(7) (Jurisp. Min. II, 1 e 2/50).

(8) (Rev. Trib. 466/20, grifos nosso).

(9) (Min. For. 34/187).

(10) (S.T.F., in Arquivo Judiciário, 82/67, Rev. Trib. 179/403 e 165/538).

(11) (D. O. de 20/jul/950).

(12) (Jur. Min. vol. I, 3 e 4/245).

(13) Hélio Tornaghi, Coments. ao Cód. Proc. Penal, vol. I, Tomo II, pág. 79.

(14) Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro, pág. 295.

(15) TJSP, Rev. For. 201/296.

(16) Hélio Tornaghi, ob. vol. cit.

(17) O Processo Penal, pág. 159.

(18) (ANTÔNIO DE QUEIROZ FILHO, in Rev. Trib. 174/559)

(19) (Rev. For. XLI/324).

Afetando a honra, a paz, o sigilo, a ordem interior, a reputação particular das pessoas ou famílias, tais crimes somente serão de ação pública dentro dos casos estabelecidos em lei, ou sejam:

art. 225, C. Penal:

§ 1.º

I — se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;

II — se, o crime é cometido com abuso de pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

§ 2.º — No caso do n.º I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação.

Em não havendo representação nos crimes que só mediante ela se perseguem, o Promotor de Justiça não é parte legítima para iniciar a ação penal, faltando a esta, portanto, uma das condições essenciais que é justamente, a “*legitimatio ad causam*”, a condição de perseguibilidade.

A representação constitui uma *delatio criminis*, ato postulatório, cuja função estrita consiste em tornar legítima a acusação pública. Sem ela o Ministério Público não pode agir, e é mesmo parte ilegítima para propor a ação penal.

Não obstante, o Ministério Público não fica ao alvedrio da vontade da vítima. Se investigações levadas a efeito não o convencem, ele tem o direito de pedir-lhes o arquivamento. Com a existência do direito de convicção dos órgãos da acusação estatal, com a *opinio delictis*, os representantes do M. P. colocam-se em posição equidistante dos interesses pessoais das vítimas.

A possibilidade do seu arquivamento definitivo ou queixa-crime, extravasam o tema de nosso trabalho.

Tal representação não exige formalismo dogmático e terminologia sacramental, capazes de vincá-la de nulidade, no caso de não haver sido obedecido o cumprimento de qualquer fórmula pré-estabelecida. “Mesmo que tenha ela sido assinada a rogo, não requer a presença de testemunhas (20). Não tem, por força de lei, forma especial, ou obedece a requisitos formalísticos (21).

A lei não lhe exige, formalidades especiais. Permite mesmo que ela seja feita verbalmente, constatando-se, nessa hipótese, em que seja reduzida a termo. Assim, qualquer manifestação que indique o

(20) (TJSP, Rev. For. 193/350).

(21) (S.T.F. Arq. Jud. 118/103).

desejo do ofendido de ser o réu processado, é bastante para que se tenha a representação por feita e acabada. Ela é, em última análise, mera “*notitia criminis*”. (22)

A representação nada mais é do que um instrumento a movimentar a máquina judiciária, para a apuração de um fato criminoso, é a pedra de toque permissiva para se apurar a materialidade e a autoria de determinados crimes. É, segundo ESPINOLA FILHO, (23) a notícia da existência do crime e do autor, levada a conhecimento da justiça pública, pelo interessado na apuração daquele, e punição desse, fazendo-lhe saber que os motivos de ordem pessoal, familiar e social, os quais poderiam aconselhar o silêncio sobre o caso, não devem ser óbice à instauração da ação penal competente.

Não passando a manifestação do desejo da apuração de um fato, o não formalismo dessa manifestação vai, inclusive, ao ponto de ter sido manifestada de modo o mais inequívoco, se o pai da ofendida menor prende o seu sedutor em flagrante delito e o leva à presença da autoridade policial (24). Ademais, as declarações prestadas pelo representante da ofendida, no inquérito policial, em tais crimes, suprem a representação necessária à ação da justiça pública (25), já que o termo de representação e o desejo de apuração estariam, implicitamente, compreendidos naquelas declarações.

Se as declarações prestadas nas Investigações Policiais, como vimos, jurisprudencialmente são bastantes para caracterizar a representação, já que demonstram, inequivocamente, a vontade de que sejam apurados os fatos, o que dizer-se quando pode-se provocar o desejo, nesse sentido do representante legal da ofendida, mas sem que existam declarações reduzidas a termo ou representação por escrito? Também aí ela há que ser reconhecida, porquanto, “não havendo dúvida de que o representante legal da ofendida compareceu perante a autoridade policial e fez a representação oral, deve ela prevalecer, ainda que não reduzida a termo” (26). O que não pode restar dúvida é a existência da vontade de apuração dos fatos, o que pode ser aceito, desde que provada, pela existência da solicitação à polícia nesse sentido, já que, “desde que a vítima e o seu representante legal comparecem à polícia e pedem a instauração do inquérito, representam, implicitamente, nesse sentido”. Qualquer manifestação que indique o desejo de ver o réu processado é bastante para que se tenha a representação por feita e acabada, já decidiu o TJDF, em 20/out./952. (27)

(22) (TJSP, Rev. Trib. 226/127).

(23) (Cód. de Proc. Penal Anotado).

(24) (TJMG, Min. For. 34/69).

(25) (S.T.F. Arq. Jud. 118/103).

(26) (TJSP, Rev. For. 207/329).

(27) Rev. For. 149/412).

Não é mister, no entanto, como vimos, a necessidade da indicação do nome do ofensor, basta, sim, a prova insofismável da vontade, do interesse de que o fato seja elucidado, com a punição final do culpado ou culpados. Se assim não fosse, como representar em caso de estupro, por exemplo, em que a vítima, em trânsito por estrada erma fosse atacada pelas costas e, depois de colocada inconsciente por um golpe, violentada, sem reconhecer o autor ou autores das violências físicas e sexuais?

Em caso de representação contra pessoa determinada, a súmula de um acórdão do TJSP merece destaque:

“Quando o ofendido representa contra pessoa determinada, somente contra ela fica autorizado o Ministério Público a promover a ação penal, pelo que não pode envolver na denúncia outras pessoas”. (28)

Não nos parece, v. d., que tal interpretação esteja isenta de argumentos contrários, pois tal acórdão parte da premissa de que o nome do autor seja imprescindível numa representação em crimes contra os costumes.

A representação está ligada ao crime e não à pessoa, é o desejo de que se apure um crime, com a punição final do culpado, seja o citado na representação ou não. É a permissão e o desejo de se mover toda uma máquina repressiva estatal. Não tem ela, como objetivo, resguardar direitos dos acusados. GROVER JACOB, in apel. criminal n.º 5.913 do TJMG também pensa nesse sentido, ao dizer que a representação, em tais crimes, não foi instituída para garantia dos réus, mas para garantia do recato das famílias. A ação do Ministério Público é que depende de representação; não o processo contra determinado autor. Desde que o fato saiu do segredo da família, por disposição da vítima ou de seu representante legal, as autoridades chamadas a intervir ficam com a liberdade de processar quem o mereça, não ficando subordinadas à escolha da parte ofendida.

E, se assim não o fosse, como proceder-se nos casos em que a co-autoria somente fique provada após a representação se, depois de oferecida esta o representante da ofendida transfira sua residência para lugar incerto e não sabido?

Procurando impedir o “estrepitus iudicii”, a perturbação da tranquilidade da família, é que a lei exige a representação, nos casos de crimes contra os costumes. Ora, se o seu responsável, de maneira inequívoca, demonstra seu desejo, sua intenção de que os fatos sejam

apurados, por que não incluíram-se os co-autores, se surgirem durante a fase de investigações posteriores, ou mesmo durante o sumário por aditamento posterior?

Pela simples razão de, via de regra, as representações em crime contra os costumes já indicarem o nome do autor, não se venha dizer que tal circunstância seja exigência imprescindível! E o co-autor seria inviolável, inatacável, tão somente porque o seu nome foi conhecido senão depois daquelas investigações ou da denúncia? Julgar-se que sim estar-se-ia admitindo que a vontade da vítima se transformasse num juízo de punição, escolhendo em ação pública por representação, quem desejasse fosse punido. Em outras palavras, estar-se-ia criando uma nova forma de impunidade, não prevista no código penal. Não se esqueça que, “representação é a manifestação de vontade do ofendido (ou s/ representante) de não se opor ao procedimento”. (29)

A cumplicidade criminosa supõe, sempre, uma unidade de vontade e de ação, um concerto formado entre duas ou mais pessoas. Verdade é que essa “unidade de vontade e ação”, chamada de “acordo de vontades” por VALENTIM ALVES DA SILVA (30) não carece de ajuste, podendo surgir tão somente ao irromper dos fatos.

Não é necessário, pois, para que se verifique a co-autoria, que exista um nexo moral ou entendimento entre seus agentes antes do crime ou no momento de sua consumação. Aliás, nesse sentido o Min. FRANCISCO CAMPOS diz, em sua exposição de motivos ao C.P.P. Para que se identifique o concurso, não é indispensável um “prévio acordo” de vontades; basta que haja em cada um dos concorrentes conhecimento de concorrer à ação de outrem.

Sendo causa indivisível do crime tudo quanto seja praticado para que o evento se produza, caracteriza-se a co-autoria na participação voluntária, real, efetiva e consciente na prática do evento (31). Partindo-se do princípio de que é indivisível a participação de alguém em crime contra os costumes, não é crível que fique acobertado de punição pela simples e única razão de, por desconhecimento, não ter sido citado como co-autor na representação inicial. A lei não chega a tanto. Não desce, desnecessariamente, a tais minúcias. A cada uma das forças concorrentes para o evento criminoso deve ser atribuído, solidariamente, a responsabilidade pelo todo. Pouco importa que tenha sido uma participação acessória ou secundária, pois quem concorrer de qualquer modo para o crime, pelo código penal é considerado autor.

Se a co-autoria é provada nas Investigações Policiais, a Denúncia deve e tem de incluí-la; se tal prova é feita apenas na fase sumarial, o seu aditamento se impõe, a fim de que o co-autor seja apontado como

(29) (FRED MARQUES).

(30) (in Repert. Jur. Cód. Pen. 1/329).

((31) (TJMG, Rev. For. 202/317).

(28) (Rev. For. 221/353).

incurso nas penas e sanções incidentes pelo outro comparsa. É de NÍSIO BATISTA o ensinamento: "Muitas vezes pode-se conhecer um ou mais autores, mas não todos e, no entanto a representação não deixa de ser válida, embora omita ou cale, por desconhecer, os nomes de todos os delinquentes. O que é essencial é que haja a provocação da pessoa ofendida".

O TJSP negou, por unanimidade, ordem de **habeas-corpus** (n.º 49.339, de 5/JUN/956) impetrada por denunciado em crime contra os costumes, o qual fundamentou seu pedido no fato da representação ter sido feita pela mãe da menor contra seu marido, como autor de crime de sedução da filha, não aludindo ao nome do requerente do h. c.. No caso, mesmo sendo nominal a indicação do autor do crime na representação, mais dois indiciados estavam sendo processados por estupro, com violência presumida. E assim decidiu porque "Não é de rigor que na representação se aponte desde logo o autor do crime, que na ocasião pode até ser ignorado. Exige o C. P. Penal (Art. 39, § 2.º) que a representação contenha todas as informações que possam servir à apuração do fato e da autoria. Após a representação, na espécie, apurou-se que o fato não seria sedução, e sim, estupro com violência presumida, e que além do indivíduo apontado na representação, mais dois estariam implicados no delito. No tocante à qualificação da infração do art. 213 do Cód. Penal, resultou da juntada da certidão de nascimento da vítima, pela qual se verificou ser de idade inferior a 14 anos. E ao que se infere dos elementos coligidos no inquérito, tanto o paciente quanto os outros dois co-denunciados teriam mantido relações com a dita menor".

O Supremo Tribunal Federal, no recurso de **habeas-corpus** n.º 32.590, de 24/JUN/953, decidiu caso em que tendo a representação sido feita, também pela mãe da menor contra seu marido, como autor do defloramento da filha, a denúncia, em face das conclusões das Investigações Policiais, incluiu, também, o tio da menor, por crime de corrupção, negando provimento ao recurso, por votação unânime: "... Demonstrou plenamente, como disse antes, a exposta fundamentação, não apenas que houve representação da ofendida, mas, ainda, que esta se há de ter como válida, na espécie, para abranger a denúncia ao outro réu, o ora paciente, pelo crime de corrupção. ... Feita a representação, essa alcança indiscriminadamente a todos os responsáveis pela violação da lei penal, pois não é possível ao ofendido, ou ao representante legal deste, em certos casos, apontar, desde logo, nominalmente, todos os responsáveis pela autoria do delito".

Outra corrente de pensadores julga de modo contrário, baseando-se, entre outros argumentos, no art. 38 do c. p. penal que diz: "Salvo disposição em contrário, o ofendido ou seu representante legal, decairá

do direito de queixa ou representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime...".

Ademais, diante das condições personalíssimas que envolvem outras pessoas que venham a surgir como implicados no crime, alega-se que a família poderia interessar, com relação aos mesmos, que o processo não fosse instaurado.

Todavia, cabe questionar: somente depois de saber-se quem é o autor do crime é que se poderá fazer a representação? De maneira alguma: Não é do rigor que na representação se aponte, desde logo, o autor do crime. O que a lei exige é que ela contenha todas as informações que possam servir à apuração do fato e da autoria (TJSP. Rev. For. 170/398).

Não é à família que compete investigar a autoria de um fato criminoso, para apontar os nomes à Justiça Pública ou à Autoridade Policial.

O art. 38 do CPP. foi infeliz, quando fixou em seis meses a decadência do direito de queixa da representação, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime.

E nos casos em que haja a materialidade com desconhecimento da autoria? Estaria a vítima impossibilitada de representar? ESPINOLA FILHO (32) embora nos fale que a representação seja a notícia da existência do crime e do seu autor, pouco além (ob. cit.), esclarece-nos que "não se requer, porém, forçosamente, seja instruída com a prova do crime e da autoria; basta que apresente informações suficientes para convencer de que há um crime a apurar, um delinquentes a castigar e corrigir, com indicação de todos os dados conhecidos de quem a formula, e que facultarão a aquisição de respectiva prova".

A representação não é só **notitia criminis**, esclarece FREDERICO MARQUES (33) uma vez que contém indisfarçável sentido postulatório.

Quem se apresenta ao Juiz, Promotor ou Autoridade Policial não lhes está dando apenas conhecimento de um delito, mas, também, pedindo a prática de atos persecutórios e a própria propositura da ação penal.

Não há dúvida de que, nos crimes de sedução, a possibilidade da individualização do autor existe. Mas, por outro lado, casos podem surgir que, **a priori**, sem que a própria autoridade investigue, não se poderá apontar a autoria. Veja-se o exemplo por nós citado da hipótese em que a vítima, em trânsito por estrada erma fosse atacada pelas costas e depois de colocada inconsciente por um golpe, sem ter tido oportunidade de vislumbrar seu agressor (ou agressores), tenha sido

(32) (ESPINOLA FILHO).

(33) (Estudos de Direito Processual Penal, Ag. 111).

estuprada. Ou, no caso de mulher honesta ter sido raptada para fim libidinoso, depois de, sem saber por quem, tenha sido colocada em estado de inconsciência por substância química. **Prima facie** não existirá, em tais casos, o nome do autor. A tranquilidade, o sigilo e a paz familiar ficarão atendidas se a vítima, ou seu representante legal não representarem à autoridade policial, a fim de que o fato seja devidamente apurado. Mas, seria uma incongruência se a representação para a apuração do fato fosse oferecida e, posteriormente, exigir-se nova representação, da qual constasse o nome do autor do crime, para que tudo começasse novamente, desde o início, com a repetição de todos os atos levados a efeito.

Por outro lado, dizer-se que à família poderia interessar que contra o co-autor, descoberto após a representação, não conviria vê-lo entre os autores, seria negar a própria realidade, porquanto, se foi o mesmo descoberto, se sua participação foi apurada, o nome do mesmo já surgiu, é parte integrante da autoria e não será o silêncio da família quem impedirá que o fato caia no consenso social.

Suponhamos um caso em que, em face de ter sido feita a representação e ante a repercussão do fato no meio social, o responsável por uma menor venha a mudar-se para lugar ignorado, depois de manifestar o desejo de apuração do crime e punição de determinado culpado (já que à época da transferência de sua residência somente este havia surgido). No andamento do processo verifica-se e prova-se a existência de co-autor, ou mesmo de ser a autoria do crime de outra pessoa. Estar-se-ia criando uma nova forma de impunidade, ante a exigência de nova representação, já que aquele responsável não poderia ser localizado, eis que estaria em lugar incerto e não sabido.

A MULHER CASADA E O DIREITO DE REPRESENTAÇÃO

A representação, para efeitos penais, não obedece aos princípios rígidos da representação civil. Se em aspectos gerais tem pontos de contato, iremos encontrar, não obstante, espécies diversas. Em linhas gerais a representação compete a quem tem a representação da família.

No que diz respeito à **queixa**, o C. P. Penal é incisivo, dispondo, expressamente que, sem o consentimento do marido, a mulher casada não poderá exercê-la; salvo quando estiver dele separada ou quando a queixa for contra ele.

Todavia, com relação à **representação** o referido código não tem disposição idêntica.

A esse respeito E. ESPÍNOLA FILHO é de opinião que o código de processo penal só reclama aquela autorização para exercer o direito de queixa. "Num tema da restrição de capacidade, como o de que se cogita, não é possível dar caráter ampliativo à proibição, para também abranger a representação".

Em abono a seu ponto de vista cita acórdão unânime das Câmaras Criminais Conjuntas do Tribunal de Justiça do S. Paulo (h. c. n.º 26.600, de 10/AGO/949, rel. des. MÁRCIO MUNHÓS, Rev. Trib. 185/160): "A restrição do artigo 35 do cód. de proc. penal não se aplica à representação, mas exclusivamente ao direito de queixa. As duas situações não se equivalem. Da representação decorre a ação pública e da queixa nasce a ação privada com todas as suas conseqüências. A lei é mais rigorosa em relação a esta, exigindo expressamente o consentimento do marido para que a mulher promova a ação, a fim de fixar a responsabilidade pelos abusos dela decorrentes".

Segundo outros, não se pode negar que as razões de ordem social que exigem a manifestação da vontade da ofendida, ou de seu representante legal, para a apuração do fato criminoso e punição do culpado tanto existem na queixa quanto na representação. O princípio de que **ubi eodem ratio, ibi eodem dispositio**, não foi seguido pelo legislador, no caso presente, como seria lógico.

O que tem-se que ter em vista, é que o direito penal adjetivo admite interpretação analógica, no que o mesmo princípio se apresentaria. As mesmas razões que levam à queixa são as que levam à representação. O que varia, unicamente, é a condição econômica da vítima e de seus responsáveis. Pessoalmente julgamos que a lei foi infeliz em não estabelecer, expressamente, também para a representação, a autorização marital, nos casos em que a exige para a queixa. Verdade é que as duas espécies não se equivalem na forma. Mas equivalem-se, perfeitamente, nos seus efeitos, nos seus objetivos.

Se ao exercer o direito de queixa, sem o consentimento do marido, a mulher casada pode estar assumindo "atitude que se reconhece apta a causar abalos à ordem e à paz da família", segundo ESPÍNOLA FILHO, ao exercer o direito de representação, sem tal consentimento, não estará assumindo a mesma atitude? A gravidade desses atos, e as conseqüências, até de caráter pessoal que poderão acarretar, tanto estão presentes num quanto noutro.

Tanto assim o é que processos que versam sobre crimes contra os costumes poderão ser anulados, no caso de terem sido iniciados por representação da mulher, desde que não tenha traduzido a intenção, a vontade do chefe da sociedade conjugal, mediante manifestação expressa ou tácita deste. Atente-se, não obstante, que se ele negar autorização à mulher, movido por interesses torpes ou ilegais, a mulher poderá requerer ao juiz o suprimento do consentimento para a representação. O ensejo para chantagens, para transações vergonhosas não podem ser olvidadas, no que a mãe não concordaria, necessitando daquela autorização para representar, legalmente.

Não se esqueça, por outro lado que, no crime de sedução, o fato de ter sido a mãe da ofendida, e não o pai, quem fez a representação, pedindo providências para o processo e punição do acusado, não anula

o processo (TJSP, Rev. Trib. 177/108, 177/163), isto porque, se o chefe da sociedade conjugal **nada argúi contra a iniciativa da esposa** é de se concluir que tenha agido de acordo com ele (TJSP, Rev. For. 206/308). A rigor não se pode dizer que a representação tenha sido contra a vontade do pai, se oferecida pela mãe, ao ser ouvido, nada argui contra o fato.

É claro que, embora separada do marido, mesmo que apenas de fato, a mulher pode, validamente, usar do direito de representação. O que não dizer sobre a representação com relação aos filhos do leito anterior?

Anteriormente à lei n.º 4121, de 1962, a despeito do art. 248 do c. civil, e de CLÓVIS BEVILÁQUA esclarecer que “os filhos do leito anterior constituem família de que o marido não faz parte”, algumas dúvidas surgiram, em face da mulher perder o pátrio poder sobre os mesmos. Hoje a questão é pacífica para aqueles que levantam tal dúvida, já que a mãe, em se casando novamente, não perde o pátrio poder sobre os filhos do leito anterior.

MENOR SOB GUARDA E O DIREITO DE REPRESENTAÇÃO

Quando o código civil fala-nos que a representação da sociedade conjugal compete a quem tem a representação legal da família, não se pode, no aspecto processual penal, fazer uma radicalização a respeito. Isto porque a representação, para efeitos penais, não obedece aos princípios rígidos da representação civil.

Assim sendo, segundo LAHYRE SANTOS, legítima é a representação feita pelo casal encarregado da menor (Rev. For. ... 207/344). A tese defendida por BENTO FARIA, segundo a qual a representação há de ser aferida pela lei civil, “não vem logrando vitórias nos tribunais do país”, como nó-lo diz G. SPYER PRATES. “Como imperativo de maior amparo a menores que a sorte tratou com desprezo, alargou-se, no campo do direito penal, o conceito de **representação**, e nele é incluído o encarregado da guarda, ainda que em situação de fato. Pelos últimos laços criados da família, ninguém melhor para deliberar, no interesse da menor, quanto às conseqüências da ação penal e de arcar-se com o *streptus judicii*”.

Ora, se é admissível a representação feita pelo encarregado da guarda da menor, ainda que de fato (Min. For. 44/139), com mais razão ela será legítima se laços de parentesco existem entre a menor e seu representante, como no caso de ter sido feita por cunhado da vítima, cujos pais, não residentes no foro do delito, ao mesmo confiou-lhe sua guarda” (Jur. Min. XXXIII, n.c 1).

O TJDF foi mais além, ao se referir à ausência temporária do representante legal do ofendido, estabelecendo que, na falta, ou mesmo na ausência temporária do representante legal do ofendido, exerce o

direito de representação a pessoa que o tiver sob sua guarda (ap. crim., n.º 2.476, 24/JAN/949, rels. TOSCANO ESPÍNOLA e NELSON HUNGRIA).

Hoje é pacífico que “o direito de representação não é privativo dos ascendentes; pode ser exercido também pelos parentes que tenham a guarda da menor, e até mesmo pelos estranhos que estejam incumbidos de por ela zelar e amparar” (Rev. Trib. 352/106).

Outra não é a tendência de nosso Direito, eis que, o art. 271, do Anteprojeto do Código de Processo Penal estabelece:

“Nos casos contra os costumes, cometidos contra menor, a representação pode ser feita por sua genitora ou pela pessoa sob cuja guarda estiver, ainda que provisoriamente”.

CONCLUSÕES

1 — A prova da miserabilidade pode ser aferida no decurso do processo, ou dispensada quando comprovadamente notória.

2 — A miserabilidade é relativa e não absoluta. Como miserável considera-se o que terá descontrolo nas despesas de manutenção (própria ou de sua família) em face das despesas do processo. Não se iguala ao indigente, ou seja, ao que não possui nenhum recurso financeiro.

3 — A denúncia pode abranger co-autor, surgido após a representação, dispensando-se a manifestação a respeito do interessado.

4 — Dentro do atual sistema legal, a mulher casada não carece de autorização do marido para exercer o direito de representação.

5 — O direito de representação pode ser exercido pelos que têm a guarda do menor.