

Título: A causa de extinção da punibilidade “*morte do agente*”

Vanderson Roberto Vieira¹

Sumário: 1- Previsão legal, conceito e momento de ocorrência; 2- Efeitos; 3- Alcance; 4- Prova da morte: a *certidão* de óbito. Morte simulada e a *certidão* de óbito falsa; 5- Morte do condenado e revisão criminal; 6- Morte presumida. Morte da vítima; 7- Bibliografia citada.

1- PREVISÃO LEGAL, CONCEITO E MOMENTO DE OCORRÊNCIA

O art. 107, inciso I, do Código Penal elenca a “*morte do agente*” como causa de extinção da punibilidade.

Essa causa de extinção não possui momento específico de incidência, como é natural, podendo ocorrer em qualquer momento da pretensão punitiva ou da pretensão executória.

Sendo assim, já se vislumbra um defeito técnico de terminologia denominação *morte do ‘agente’*, pois não se pode afirmar antes de uma decisão condenatória irrecorrível que determinada pessoa seja efetivamente o *agente* do crime. Ainda mais, não se *deve* afirmar que a morte foi do *agente* do crime, mas sim do *suposto* autor do delito, em prol da consagração do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/88)². Nem se poderia dizer que “morte do agente” quer somente significar *agente* do “fato material”, sem entrar em discussão se esse fato material teria todo o contorno de *fato típico*, já que, também, antes de uma decisão irrecorrível, condenatória ou absolutória, não se pode afirmar que o agente foi o autor do “fato material” (denominamos de fato material a situação concreta formada pela conduta-nexo causal-resultado).

O termo *agente* constante da presente causa de extinção deve ser entendido em sentido amplíssimo, abrangendo a figura do sujeito ativo em qualquer momento do *ius puniendi em concreto*, desde a ocorrência da investigação (inquérito policial, termo circunstanciado, CPI ou investigação pelo MP) até o fim da execução penal: indiciado, acusado (réu), sentenciado, preso ou beneficiário³.

¹ Graduado em Direito pela Unesp - FHDSS - *campus* de Franca. Mestre em Direito pela mesma Instituição. Bolsista de Mestrado da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), em 2003-2005. Advogado no Estado de São Paulo. Professor de Direito Penal da UNIFAIMI e da UNILAGO.

² Muitos autores, no entanto, dizem “morte do autor da infração penal”. Dentre eles: Delmanto (DELMANTO, Celso; *et al.* **Código penal comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 203). Ou de modo similar “morte do autor do fato punível” (COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal – Parte Geral**. V. 1. Tomo 3. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 2055).

³ Assim, cf.: Bitencourt (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal - parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 741).

2- EFEITOS

A *morte do agente*, qualquer que seja o instante em que aconteça, extinguirá a punibilidade, colocando um ponto final na pretensão punitiva ou na pretensão executória. É a aplicação da máxima *mors omnia solvit* (a morte tudo apaga).

Ensina Walter Coelho que “somente o homem, enquanto pessoa viva, poderá ser responsabilizado pela prática de crime, já que, com a morte, deixa ele de ser sujeito de direitos e obrigações, ocorrendo a extinção da punibilidade. Conquanto isso pareça óbvio, convém lembrar que nem sempre foi assim. Nem as pessoas mortas escapavam à fúria repressiva da fase que antecedeu o período humanitário do Direito Penal, como muito bem salienta Edmond Picard, em sua obra ‘Le droit pur’: ‘Um morto é também, às vezes, considerado sujeito de direito. Na Idade Média, promoviam-se processos criminais contra cadáveres; a inquisição exumava-os, fazia-os citar, pronunciava contra eles penas póstumas e o confisco de bens que, antes do decesso, constituíam o patrimônio do defunto’ ”⁴.

O Concílio de Praga (ano de 563) aplicava sanção penal ao cadáver do suicida, proibindo atos religiosos em sua memória. Durante toda Idade Média, arraizada nos princípios do direito canônico, o suicídio continuou sendo crime e pecado contra Deus. Aplicava-se pena ao cadáver, que devia ser suspenso pelos pés e arrastado pelas ruas, com o rosto voltado para o chão⁵.

Comenta Magalhães Noronha que a máxima *mors omnia solvit* (a morte tudo apaga) “nem sempre foi assim. A História conta-nos casos de pessoas julgadas mesmo depois da morte. Além disso, houve as penas infamantes, que não só atingiam a memória do morto, como também seus descendentes. Na Idade Média, ao lado da *damnatio memoriae*, conheceram-se a condenação em efígie e a execução de cadáver”⁶.

A *morte do agente* como causa de extinção da punibilidade é corolário do art. 5º, XLV, da CF/88, que consagra o *princípio da pessoalidade da sanção penal*, dispondo que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”⁷.

Sobre o princípio da pessoalidade da sanção penal, também conhecido como princípio da intranscendência ou personalidade da sanção penal, comentam Zaffaroni e Pierangeli que “nunca se pode interpretar uma lei penal no sentido de que a pena transcende da pessoa que é autora ou partícipe do delito. A pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, em virtude de consistir numa ingerência ressocializadora sobre o apenado. Daí que se deva evitar toda consequência da pena que afete a terceiros”⁸.

⁴ COELHO, Walter. **Teoria geral do crime**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. V. 1. p. 48. grifo do autor.

⁵ HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1955. V. 5. p. 224.

⁶ NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1972. V. 1. p. 374.

⁷ O art. 5º, 3, do Pacto de San José dispõe que “a pena não pode passar da pessoa do delinquente”.

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro - parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 178.

Já dizia Beccaria o seguinte: “se a pena é aplicada à família inocente, ela é odiosa e tirânica, porque já não há liberdade quando as penas não são puramente pessoais”⁹

Além da finalidade da pena de ressocialização somente guardar relação com quem cometeu o fato punível, a sanção penal não pode afetar terceiros alheios ao fato, porque na seara penal também tem aplicação os princípios da responsabilidade subjetiva e da culpabilidade, exigindo para a aplicação da sanção penal, respectivamente, a existência de um injusto doloso ou culposos e da culpabilidade do agente. Os sucessores não tem nenhum vínculo com o acontecimento, salvo, obviamente se forem co-autores ou partícipes.

Em nossa doutrina é pacífico o entendimento de que a pena de morte (em caso de guerra declarada), a pena de prisão, a pena de multa (pena pecuniária ou multa penal) e as penas restritivas de direitos (com exceção da *perda de bens e valores*) não se transferem aos herdeiros. O que subsiste, passando aos sucessores, são: 1) a obrigação de reparar o dano; e 2) a decretação do perdimento de bens.

Existe divergência sobre o significado de “perdimento de bens”. Alguns juristas entendem que esse “perdimento de bens” constante da norma constitucional é a sanção penal restritiva de direitos “perda de bens e valores”, prevista no art. 43, II e 45, § 3º do CP. Com isso, poderia essa sanção penal ser estendida aos sucessores¹⁰. Outra corrente, que entendemos mais adequada, sustenta que esse “perdimento de bens” é o que consta no art. 91, II, *b*, do CP (confisco).

Entendendo desta última forma, em comentário ao art. 45, § 3º, do CP, Delmanto explica claramente que “a perda de bens e valores é modalidade de *pena*, prevista no art. 5º, XLVI, *b*, da CR/88. Como tal, *já*, jamais, poderá passar da pessoa do condenado, dispondo expressamente o art. 5º, XLV, da *Magna Carta*: ‘Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido’. O perdimento de bens mencionado [...] refere-se, a nosso ver, ao *efeito extrapenal genérico da condenação* disciplinado pelo art. 91, II, *b*, do CP e não à pena de perda de bens e valores estatuída pelos arts. 43, II e 45 § 3º do CP. Sendo a perda de bens modalidade de sanção penal, é ela ‘pessoal, individuada, intransferível, adstrita à pessoa do delinqüente’; ‘a morte do condenado rompe o vínculo jurídico entre o Estado-condenador e o morto-réu’, e ‘a família, quanto aos descendentes, ascendentes e colaterais, não fica sob a incidência da pena, exaurida para sempre com a morte do réu’ (José Cretella Júnior. Comentários à Constituição de 1988, 3ª ed., Forense Universitária, v.1, p. 497). Já a perda de bens mencionada pelo art. 91, II, *b*, do CP, é *efeito civil* e não penal da condenação (STF, RTJ 101/516), podendo, portanto, ser estendida aos sucessores e contra eles executada, nos termos do art. 5º, XLV, da CR/88”¹¹.

Se afigura correto esse último entendimento, pois a *perda de bens e valores* é claramente pena criminal.

A *morte do agente* anterior à decisão irrecorrível extingue a pretensão punitiva, não ocorrendo os efeitos da condenação, pois esta inexistirá. Se posterior,

⁹ BECCARIA, Cesare Bonesana Marchesi di. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Flório de Angelis. Bauru: Edipro, 1997. p. 165.

¹⁰ Nesse sentido, cf.: Luiz Flávio Gomes (GOMES, Luiz Flávio. **Penas e medidas alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 138).

¹¹ DELMANTO, Celso; *et al.* **Código...**, *cit.*, p. 93. grifo do autor.

extingue todos os efeitos penais da decisão condenatória, principais e secundários; com exceção do *perdimento de bens* para a corrente que entende ser ele significante da pena restritiva de direito *perda de bens e valores*.

Dependendo do momento em que ocorra a morte, terá uma repercussão diferente no campo da responsabilidade civil. Caso a morte do agente ocorra após o trânsito em julgado da decisão condenatória, esta poderá ser executada no juízo cível, pois perfeito e acabado está o título executivo judicial. É o que traz o art. 63 do Código de Processo Penal, enunciando que “transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros”. Em contrapartida, a sentença não poderá ser executada no cível se a morte anteceder o trânsito em julgado. Aqui é necessário que se promova a *actio civilis ex delicto* (art. 64 do CPP). Saliente-se que o art. 67, II, do CPP estabelece que não impedirá a propositura da ação civil a decisão que julgar extinta a punibilidade.

3- ALCANCE

A *morte do agente* é uma causa de extinção da punibilidade *geral*, ou seja, aplicável a qualquer tipo penal incriminador que se impute a alguém. Também, é causa *pessoal* (personalíssima) de extinção da punibilidade e, por isso, não se comunica entre os co-autores e partícipes. Mesmo nos crimes próprios, como, v.g., o peculato, a morte do funcionário não beneficia o *extraneus* com a extinção da punibilidade¹², e nem gera a “desclassificação para o crime patrimonial comum”¹³.

Por ser *pessoal* (incomunicável), quando há concurso de pessoas, a morte de um dos agentes não influencia no desenvolvimento da ação penal contra os demais, seja qual for o delito em destaque.

Aloysio de Carvalho Filho entende que a morte da mulher acusada de adultério extingue a ação em relação ao co-réu. Entendemos que essa solução não tem fundamento jurídico suficiente. Afirma o autor que “admite-se, entretanto, por exceção, que a morte da mulher acusada de adultério extingue a ação, também, em relação ao co-réu. A norma é salutar, atendendo-se à delicadeza da situação criada e entretida por ação dessa natureza. Acresce que, ocorrendo o falecimento da mulher antes de uma sentença que a condenasse, é justo milite a seu favor a presunção de inocência. A continuação do processo contra o cúmplice, terminando, quiçá, pela sua condenação, viria, sem nenhuma dúvida, lançar de novo sobre a mulher o labéu de culpada, rompendo, pela inevitável repercussão social dessa sentença, o silêncio em torno do crime, a que, por morte, tinha inconcusso direito”¹⁴.

Acompanhamos a posição dos que afirmam que, não havendo disposição expressa em sentido contrário, a ação penal no crime de adultério também prossegue contra o co-autor¹⁵. Recentemente, essa discussão perdeu o sentido, pois o crime de adultério foi revogado pela lei 11.106/05, ocorrendo a *abolitio criminis*.

¹² Assim, cf.: Paulo José da Costa Júnior (COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal - curso completo**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 226).

¹³ NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito...**, *cit.*, p. 375.

¹⁴ CARVALHO FILHO, Aloysio de. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1944. V. 4. p. 79.

¹⁵ Nesse sentido, cf.: Romão Côrtes de Lacerda (CÔRTEZ DE LACERDA, Romão. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1981. V. 8. p. 350); Basileu Garcia (GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. São Paulo: Max Limonad, 1954. V. 1. T. 2. p. 665); Mirabete (MIRABETE, Júlio Fabrinni. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2000. V. 1. p. 384).

4- PROVA DA MORTE: A CERTIDÃO DE ÓBITO. MORTE SIMULADA E A CERTIDÃO DE ÓBITO FALSA

Prova-se a morte com a *certidão* de óbito. Para que o juiz possa decretar extinta a punibilidade é preciso a juntada aos autos da certidão de óbito, julgando-se com base nela a extinção da punibilidade. O art. 62 do CPP ordena que “no caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o Ministério Público, declarará extinta a punibilidade”¹⁶. Desta forma, não basta a mera notícia do falecimento ou o simples *atestado* de óbito assinado pelo médico, sendo necessária a *certidão* de óbito expedida pelo Cartório de Registro Civil. A certidão de óbito é documento público e tem validade até que se demonstre a sua falsidade pelos meios previstos na legislação, em processo separado.

Mostra a prática que não é incomum que o agente falseando a sua morte consiga obter a declaração de extinção da punibilidade através do emprego de certidão de óbito *falsa*.

Discute-se o que deve ocorrer no caso de se transitar em julgado a decisão que extinguiu a punibilidade com base em certidão de óbito falsa, cuja falsidade foi descoberta. Duas posições existem sobre o tema.

Um primeiro entendimento sustenta que a decisão que declarou a extinção da punibilidade faz coisa julgada material e não pode ser desfeita, pois não existe revisão criminal *pró-societate* e contra o “morto-vivo” não pode ser intentada nova ação penal com a mesma causa de pedir, restando-se a possibilidade de processá-lo, conjuntamente com demais autores e partícipes, pela falsidade e uso de documento falso¹⁷.

Nessa linha, sustenta Fragoso que “se se demonstra que a extinção da punibilidade foi declarada com falsa certidão de óbito, tendo transitado em julgado a decisão, nenhuma possibilidade existe de reabrir o processo. O CPP italiano tem disposição expressa em contrário (art. 89)¹⁸, inaplicável ao nosso direito. Não existe revisão criminal contra o réu”¹⁹.

Sustentam que se a decisão que decretou extinta da punibilidade com base na certidão falsa ainda não transitou em julgado, deve a parte autora interpor recurso em sentido estrito, fazendo com que o processo tenha seguimento, sem prejuízo de se apurar a responsabilidade penal de quem realizou a falsidade.

A segunda corrente, que parece ser a melhor, pois supera o mero formalismo processual em prol da justiça, afirma que a decisão não faz coisa julgada (ou, se faz, seria esta inconstitucional), pois fundada em fato inexistente: a não

¹⁶ Cf. - TJSP: RT 615/272.

¹⁷ Nos tribunais: - TACrimSP: RT 580/350.

¹⁸ Esse art. 89, que corresponde ao art. 69 do atual CPP italiano, dispõe: “Se for pronunciada em qualquer fase do procedimento uma sentença de extinção, tornada irrecorrível, por morte do acusado, provando-se que tal morte foi erroneamente declarada, considerar-se-á a sentença como não proferida e ela não impedirá a ação penal pelo mesmo fato e contra a mesma pessoa, se não sobreveio uma causa extintiva do crime ou pela qual não mais se pode proceder”.

¹⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal - a nova parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. V. 1. p. 400. Também com essa opinião: Damásio de Jesus (JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal - parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1999. V. 1. p. 692); Mirabete (MIRABETE, Júlio Fabrinii. **Manual...**, *cit.*, p. 385). Apesar de Mirabete professar essa primeira opinião, expõe que “deveria o legislador ter incluído a ressalva da possibilidade de revisão nessa hipótese, tal como ocorre na legislação italiana” (*Idem, ibidem*, p. 385); Basileu Garcia (GARCIA, Basileu. **Instituições...**, *cit.*, V. 1. T. 2. p. 665); Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 169); Carlos Nogueira (NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **Comentários ao código de processo penal**. São Paulo: Edipro, 2002. V. 1. p. 760-761).

ocorrência do falecimento. A extinção da punibilidade se dá pela morte *real* (salvo o caso de morte presumida vista mais a frente), devendo o processo prosseguir mediante simples despacho do juiz, salvo se ocorreu uma outra causa de extinção da punibilidade, como, por exemplo, a prescrição. Essa posição é bastante sólida nos Tribunais, inclusive no Supremo Tribunal Federal²⁰. Na doutrina, esta opinião é professada por Florêncio de Abreu²¹.

Defendendo esta opinião, Soares Muñoz, Ministro do STF, com grande sabedoria afirmou: “não obstante o direito positivo pátrio seja omissivo sobre as consequências da extinção da punibilidade pelo falecimento de réu que, mais tarde, se verifica estar vivo, a única solução possível, porque inspirada na boa razão, é a que considera ineficaz a decisão em tela, diante da falsidade que lhe deu causa. Não é viável a conciliação da duplicidade que outra solução ensejaria: a de uma pessoa ser considerada morta e viva ao mesmo tempo. Morto em relação ao crime de estelionato e vivo para responder pela falsificação da certidão de óbito com base na qual lhe fora extinta a punibilidade daquele delito. Isso seria dar razão a Bentham quando, ironicamente, dizia que o processo é a arte de ignorar metodicamente aquilo que todo o mundo sabe”²².

Solução diferente desta última levaria ao total descrédito da ordem jurídica e do Poder Judiciário, criando um sentimento negativo na população. Imaginem a situação surreal do advogado/ministério público explicando para a mãe da vítima que morreu que os acusados foram declarados *mortos* pelo Direito, mas esta senhora os encontra constantemente pelas calçadas.

A adoção da primeira posição premiaria a má-fé e contribuiria negativamente para a prevenção geral positiva/negativa e não colaboraria para a ressocialização, em caso de condenação, do suposto criminoso. Afrontaria o princípio da igualdade quando se trata de concurso de pessoas, pois se todos os supostos criminosos estão vivos, não há motivo para tratá-los desigualmente. Seria uma porta aberta para a corrupção nos Cartórios extrajudiciais e no Poder Judiciário.

5- MORTE DO CONDENADO E REVISÃO CRIMINAL

A morte daquele que foi condenado não impede a revisão criminal, impedindo, porém, a reabilitação criminal.

Prevê o art. 623 do CPP que “a revisão poderá ser pedida pelo próprio réu ou por procurador legalmente habilitado ou, no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão”. Essa norma que permite a revisão criminal *post mortem* objetiva resgatar a memória do *de cujus* quando a condenação se fundou em erro judiciário. Essa orientação vem consagrar o princípio da

²⁰ - STF: RTJ 93/986, 104/1063; RT 573/445; HC 60.095, DJU 17.12.82, p. 13203; - TJSP: RJTJSP 98/485; - TAMG: RJTAMG 54-55/526. STF - RTJ 93/986: “Revogação de despacho que julgou extinta a punibilidade do réu, à vista do atestado de óbito baseado em registro comprovadamente falso; sua admissibilidade, vez que referido despacho, além de não fazer coisa julgada em sentido estrito, fundou-se exclusivamente em fato juridicamente inexistente, não produzindo quaisquer efeitos”. STF - RTJ 104/1063: “O desfazimento da decisão que, admitindo por equívoco a morte do agente, declarou extinta a punibilidade, não constitui ofensa à coisa julgada”.

²¹ ABREU, Florêncio de. **Comentários ao código de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1945. V. 5. p. 422. O “Projeto Frederico Marques” (projeto 1.655/83) estabelecia que era cabível a revisão da sentença declaratória de extinção da punibilidade por morte, quando fundada em atestado falso.

²² Cf. ROSA, Antônio José Miguel Feu. **Direito penal - parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. V. 1. p. 545.

dignidade humana. Do mesmo modo, a morte não prejudica também o andamento do processo de revisão já iniciado.

Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes ressaltam que “no caso de falecimento do réu após a condenação, mas antes do trânsito em julgado da sentença, não têm as pessoas do art. 623 do CPP, cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, legitimidade para recorrer, ou mesmo para continuar no recurso já apresentado pelo imputado. Esse dispositivo só lhes permite pedir a revisão criminal quando há condenação, tendo em vista o interesse em apagar os efeitos negativos que dela decorrem. No caso, como a sentença não chegou a transitar em julgado, não trará qualquer reflexo para aquelas pessoas. Deverá o juiz, com base no art. 61 do CPP, declarar simplesmente extinta a punibilidade”²³.

6- MORTE PRESUMIDA. MORTE DA VÍTIMA

Foi visto em tópico anterior que somente a morte real extingiria a punibilidade. A *falsa morte* não extingue. Devemos analisar agora a questão da morte presumida, que é uma modalidade de morte prevista no Direito Civil

No Novo Código Civil (lei 10.406/2002) o assunto da *morte presumida* é regulado nos artigos 6º e 7º. O art. 6º trata da *morte presumida* do ausente²⁴, dizendo que a morte é presumida “quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva”.

O art. 7º trata da *morte presumida* sem envolver ausente, estabelecendo que “pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência: I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida; II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até 2 (dois) anos após o término da guerra. Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento”.

Questão importante é saber se o reconhecimento da *morte presumida* no juízo cível extingue a punibilidade do fato penal. Posições diferentes aparecem sobre o assunto.

Por um lado, entende Fragoso que “a presunção legal da morte, em virtude da ausência (art. 10, Cód. Civil) [correspondente ao art. 6º do CC/2002] é bastante para extinguir a punibilidade”²⁵. Adotam também essa posição Nelson Hungria²⁶ e Magalhães Noronha²⁷.

Por outro lado, afirma Damásio de Jesus que “a morte do agente deve ser provada por meio de certidão de óbito (CPP, art. 62), não tendo validade a presunção legal do art. 10 do CC”²⁸. Também Mirabete ao dizer que “exigindo-se, entretanto, a certidão de óbito e valendo a presunção legal apenas para efeitos civis, deve-se concluir que não há extinção da punibilidade nessa hipótese. Poderá

²³ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 129.

²⁴ A definição de ausente está nos arts. 22 e 23.

²⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições...**, cit., p. 400.

²⁶ HUNGRIA, Nelson. **Novas questões jurídico-penais**. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1945. p. 108.

²⁷ NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito...**, cit., p. 375.

²⁸ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito...**, cit., p. 691.

ocorrer apenas outra causa de extinção como a prescrição, por exemplo”²⁹. Esta é a posição de Guilherme de Souza Nucci, que, no entanto, menciona que exceção “se faz à morte trágica, ocorrida em acidente, cujo procedimento de reconhecimento de sua existência, na Vara dos Registros Públicos, tem o condão de fazer expedir a certidão de óbito (art. 88 da Lei 6.015/73). É certo que a lei 10.406/2002 (novo Código Civil) acrescentou outras hipóteses de declaração de morte presumida, como ocorre no art. 7º (“Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência: I – se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida; II – se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até 2 (dois) anos após o término da guerra. Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento”). Nesses casos, diversamente da ausência, em que se presume a morte somente pelo fato de alguém desaparecer por certo tempo de seu domicílio, sem deixar notícia ou paradeiro, busca o juiz cível - como se faz, aliás, na vara de registros públicos em caso de morte trágica - o paradeiro de pessoas que estavam em perigo de vida, cuja morte é *extremamente* provável ou quando desapareceram em campanha ou foram feitas prisioneiras, sem que fossem encontradas até 2 anos após a guerra, fixando a sentença a provável data do falecimento. Parece-nos, pois, que, registrada a decisão, pode-se dar o mesmo efeito da certidão de óbito, declarando-se extinta a punibilidade”³⁰.

No tocante à morte da *suposta* vítima, como regra, esse fato não ocasiona a extinção da punibilidade em relação suposto autor do delito. No entanto, existem exceções: 1) morte da vítima titular de ação penal privada *personalíssima*. Pela previsão contida no CP (art. 236, parágrafo único e art. 240, § 2º) a morte da vítima nos crimes de *induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento e adultério*³¹ extingue a punibilidade, pois trata-se no caso de ação penal privada *personalíssima*, que só pode ser intentada pelo ofendido. Quando for caso de ação já iniciada, como ninguém pode prosseguir na ação, dá-se a *perempção*. Neste caso é hipótese de *perempção*; e 2) a *perempção* do art. 60, II, do CPP, onde a extinção da punibilidade poderá ocorrer se não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, que são o cônjuge ou companheiro/a, ascendente, descendente ou irmão.

7- BIBLIOGRAFIA CITADA

ABREU, Florêncio de. **Comentários ao código de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1945. V. 5.

BECCARIA, Cesare Bonesana Marchesi di. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Flório de Angelis. Bauru: Edipro, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal - parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

²⁹ MIRABETE, Júlio Fabrinii. **Manual...**, *cit.*, p. 384. MIRABETE, Júlio Fabrinii. **Código de processo penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 1997. p. 126.

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código...**, *cit.*, p. 169. grifo do autor.

³¹ O adultério foi revogado pela lei 11.106, de 28 de março de 2005.

CARVALHO FILHO, Aloysio de. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1944. V. 4.

COELHO, Walter. **Teoria geral do crime**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. V. 1.

CÔRTEZ DE LACERDA, Romão. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1981. V. 8.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. V. 1. Tomo 3.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal - curso completo**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DELMANTO, Celso; *et al.* **Código penal comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal - a nova parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. V. 1.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. São Paulo: Max Limonad, 1954. V. 1. T. 2.

GOMES, Luiz Flávio. **Penas e medidas alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1955. V. 5.

HUNGRIA, Nélson. **Novas questões jurídico-penais**. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1945.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal - parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1999. V. 1.

MIRABETE, Júlio Fabrin. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2000. V. 1.

_____. **Código de processo penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 1997.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **Comentários ao código de processo penal**. São Paulo: Edipro, 2002. V. 1.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1972. V. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ROSA, Antônio José Miguel Feu. **Direito penal - parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. V. 1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro - parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.