

# A volta de ação penal já extinta

Hugo Nigro Mazzilli

1. A vista de certidão de óbito do réu, ouvido o Ministério Público, o juiz declarará extinta a punibilidade do crime em relação ao morto (art. 108 inc. I do Código Penal e art. 62 do Código de Processo Penal).

Contudo, é possível e tem sucedido que por erro ou por fraude, seja declarada extinta a punibilidade pela pretensa morte de réu que, ao depois, se vem saber ainda vivo.

Como fazer, se já fluiu o prazo do recurso em sentido estrito (art. 581 inc. VIII do Código de Processo Penal)?

2. Têm ocorrido hipóteses em que o réu usa vários nomes, quer totalmente fictícios, quer nomes reais, mas alheios. Assim, com a morte da pessoa cujo nome o réu tomou "emprestado", é possível se decretar a extinção da punibilidade de réu que de fato está vivo. Outros casos existem em que pode haver falsidade no registro de óbito, ou na certidão juntada aos autos. Ainda possível é que haja erro na decretação, causado pela homonímia entre o morto e o réu. Nesses casos, é possível que advenha aos autos uma decisão formal que reconheça a morte de um réu, que posteriormente se percebe estar vivo.

Passada a oportunidade de recorrer (art. 581 inc. VIII do Código de Processo Penal), estará transitada em julgado irremediavelmente a decisão que extinguiu a punibilidade do réu? Temos que não.

3. Antes de mais nada, cumpre distinguir entre a norma do art. 108 inc. I do Código Penal (norma material) e a norma do art. 62 do Código de Processo Penal (norma adjetiva). Aquela diz que "a morte do agente" extingue a punibilidade do crime por ele praticado. E esta diz que a extinção da punibilidade é decretada à vista da certidão de óbito. Assim, a despeito da decisão adjetiva que reconheceu a extinção da punibilidade, — no campo do direito material ou substantivo NAO foi extinta a punibilidade do crime pela morte de uma pessoa que não morreu. Se o processo está divergente da própria realidade fática, não pode prevalecer sobre a matéria, da qual ele é apenas a forma.

4. Falta o próprio pressuposto lógico da decretação da extinção da punibilidade: falta a própria morte. Destarte, com base no art. 108 inc. I do Código Penal (que o art. 62 do Código de Processo Penal apenas quer e deve atuar), não houve extinção da punibilidade do crime praticado pelo réu.

Falta o pressuposto fático da própria decretação de extinção de punibilidade: não há o fato físico morte. Se não há morte, a decisão que a reconhece não transita em julgado graças à ausência de razão de ser da própria norma (Acórdão unânime da 2ª Câmara do Tribunal de Alçada da Guanabara, na apelação criminal 6.041; rel. Juiz Fonseca Passos, em 24-4-72; publicado in Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara, ano VIII, no 19, janeiro/junho de 1974, págs. 209/211).

5. E verdade que a nossa lei adjetiva penal não dá expressamente solução para o problema. Mas essa solução

existe e deve ser aplicada, sob pena de se contrariar a lógica, o bom-senso e a moralidade jurídica — como se reconheceu no citado acórdão.

6. Como fazer então?

Ora, o art. 3º do Código de Processo Penal permite na lei adjetiva penal a interpretação extensiva e a aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

A analogia é um recurso de integração da lei, suprimindo-se suas lacunas. Há lacuna no caso em questão. Por isso é possível adotar solução idêntica à do direito comparado e solução compatível em hipótese similar do direito adjetivo civil (respeitadas as opiniões em contrário, v.g., de Basileu Garcia — "Instituições de Direito Penal", tomo II, pág. 669, ed. Max Limonad, 1968; de Magalhães Noronha — "Curso de Direito Processual Penal", pág. 32, ed. Saraiva, 1972; de Damásio E. de Jesus, "Direito Penal", parte geral, vol. II, pág. 498, ed. Buschatsky, 1973). Assim, o art. 89 do estatuto processual penal italiano dispõe que, depois que se percebe que a morte foi erroneamente declarada, "a sentença que decreta a extinção da punibilidade não mais sujeita a impugnação, se considera como não pronunciada".

Acolheu-se a teoria da inexistência do ato. De acordo com a lição de Manzini, contida na citada revista, a sentença não tem eficácia preclusiva sobre a ação penal, porque falta o seu mais essencial pressuposto. "A impossibilidade de se ou de prosseguir a ação penal contra um defunto deriva da morte e não da autoridade da coisa Com efeito, o que extingue a punibilidade é o fato morte, e não a sentença que o reconhece. A sentença que declara extinta a punibilidade, apenas reconhece a morte e lhe declara as Mas, se não há morte, a sentença tomou por base um fato inexistente e também inexistente não só porque fundada num erro de fato, como também porque, se não há morte, não há as consequências jurídicas dela.

7. Em "Lições Preliminares de Direito", 1973, pág. 236, Miguel Reale diz que o ato inexistente contém um vício antes natural ou fático, devido à falta dos seus próprios elementos constitutivos. Deve-se apontar sua "não significação jurídica", já que ele nem sequer

"chega a ingressar no mundo jurídico". E princípio de direito que o que é nulo — e também o que é inexistente — não pode produzir efeitos.

Aloísio de Carvalho Filho (Comentários ao Código Penal, ed. Forense, 1944, vol. IV, pág. 78, n° 32), dizia que: "Aliás, verificada a qualquer tempo, a falsidade da notícia levada a juízo, restabelece-se, para os necessários efeitos, a ação ou o cumprimento da pena". Florêncio de Abreu (Comentários ao Código de Processo Penal, ed. Rev. Forense, Rio de Janeiro, 1945, pág. 423) também entendeu de modo idêntico.

8. Deixando a "analogia juris" e passando para a conclusão. No campo do direito processual civil, extingue-se o processo sem julgamento de mérito, quando não há possibilidade jurídica do pedido (art. 267 inc. VI do Código de Processo Civil). "Mutatis mutandis", no processo penal, o pedido feito na denúncia é o da condenação do réu. Se o réu morre, o pedido passa a ser impossível (art. 153 § 13 da Constituição Federal; art. 108 inc. I do Código Penal). Ora, se provar, ainda que depois da extinção do processo, que não falta essa condição de ação (possibilidade jurídica), o processo poderá ser reiniciado, nos expressos termos do art. 268 do C. P. Civil.

9. Enfim, a decisão que reconhece a morte que incorreu de um réu, é nula de pleno direito, por falta de suporte fático, sendo possível restabelecer-se a ação ou o cumprimento da pena. Já decidiu a 6ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, no "habeas corpus" n° 55.854-SP, em 10 de setembro de 1974 que: "declarada a extinção da punibilidade do agente por força de sua morte, que, entretanto, se verificou posteriormente ser irreal, não constitui constrangimento ilegal a sua prisão" (rel. Valentim Silva; RT 475/293).

Com base na ausência do próprio pressuposto legal que a autorizaria, com base na analogia e nos princípios gerais de direito, — considera-se inexistente a sentença que repousa erro de fato (morte de quem não morreu) para reconhecer a extinção da punibilidade com supedâneo no art. 108 inc. I do Código Penal.

S. Paulo, junho de 1976.

**RÁDIO ELDORADO**  
**OM 700 quilohertz**  
**FM 92.9 megahertz**