

A vanguarda do CPM/69 na definição dos crimes omissivos impróprios

Bruno Cortez Castelo Branco

Doutorando e Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) em Curitiba. Professor do Instituto Superior do Litoral do Paraná (ISULPAR). Advogado.

RESUMO: O presente trabalho acadêmico perfaz uma análise das principais abordagens teóricas acerca do conceito de omissão no direito penal militar e, por conseguinte, da estruturação da responsabilidade criminal do sujeito que ocupa a posição de garantidor nos denominados crimes omissivos impróprios, comissivos por omissão ou omissivos qualificados. Partindo-se da “teoria da garantia” (*Garantenlehre*), adotada de forma inovadora pelo CPM de 1969 e que veio a preencher a omissão quanto a essa classe de tipos na antiga Parte Geral causalista do Código Penal comum de 1940 – tão somente

suprida com sua Reforma em 1984 –, apresenta-se em sequência a teoria das funções (*Funktionenlehre*), que opera uma interessante distinção entre o “garante com função de vigilância ou controle” e o “garante com função de proteção”, fechando-se o percurso dogmático com os subsídios da filosofia da linguagem, a qual assinala a semelhança entre ação e omissão enquanto “formações de sentido” socialmente relevantes, superando assim uma concepção meramente mecanicista do agir.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes Omissivos impróprios. CPM/69. Código Penal Comum.

ENGLISH

TITLE: The Vanguard of the Military Penal Code from 1969 in the Definition of Inappropriate Omissive Crimes.

ABSTRACT: This paper analyzes the main theoretical approaches to the concept of omission in military criminal law and, consequently, of the structuring of criminal responsibility of the subject who occupies the position of guarantor in the so-called improper omissive crimes, commissioners for omission or

qualified omissions. Starting from the “guarantee theory” (*Garantenlehre*), adopted innovatively by the CPM in 1969 and which came to fill the omission regarding this type class in the former causal General Part of the common Penal Code of 1940 - only supplied with his Reform in 1984 -, the theory of functions (*Funktionenlehre*) is presented in sequence, which operates an interesting distinction between the “guarantor with the function of surveillance or control” and the “guarantor with the function of protection”, closing the path dogmatic with the subsidies of the philosophy of language, which points out the similarity between action and omission as socially relevant “meaning formations”, thus overcoming a merely mechanistic conception of acting.

KEYWORDS: Inappropriate omissive crimes. The military penal code from 1969. Common penal code.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 A teoria da garantia (*Garantenlehre*) no Código Penal Militar – 3 Análise tópica – 3.1 Obrigação de cuidado, proteção ou vigilância – 3.2 Quem, de outra forma,

assumiu a responsabilidade de impedir o resultado – 3.3 Criação de risco não permitido com ato anterior – 4 A teoria das funções (*Funktionenlehre*) de Armin Kaufmann – 5 A teoria significativa da ação de Vives Antón e a “semântico do uso” – 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A doutrina usualmente associa a *omissão própria* a um dever de agir expresso no tipo penal (*tipicidade direta*), mas sem a previsão de um resultado naturalístico – se o capitão de fragata que comanda navio é o primeiro a sair de bordo após sinistro, deixando à própria sorte os seus tripulantes, o delito de omissão de providências para salvar comandados (artigo do 200 do CPM¹) se aperfeiçoará, embora todos venham a sair ilesos (e, portanto, nenhum resultado naturalístico se verifique), por expressa violação do dever militar de proteção a bem jurídico.

¹ CPM, Art. 200. *Deixar o comandante, em ocasião de incêndio, naufrágio, encalhe, colisão, ou outro perigo semelhante, de tomar tôdas as providências adequadas para salvar os seus comandados e minorar as conseqüências do sinistro, não sendo o último a sair de bordo ou a deixar a aeronave ou o quartel ou sede militar sob seu comando: Pena - reclusão, de dois a seis anos.*

Lado outro, no crime *omissivo impróprio* há um dever de agir que não procede diretamente de um tipo penal da parte especial, mas de uma norma de extensão (*tipicidade indireta*), tal qual ocorre no crime tentado (art. 30, II, CPM), no concurso de pessoas (art. 53, CPM) e nos crimes circunstancialmente militares (que, estabelecidos ou não no Código Penal Militar, requerem a incidência de determinados fatos geradores especificados nos incisos II ou III do seu artigo 9º).

Passa-se, a seguir, à análise das concepções teóricas mais relevantes sobre a omissão imprópria no direito penal comum e militar, destacando-se a teoria da garantia, a teoria das funções e a teoria significativa da ação, colhendo-se, no decorrer da exposição, alguns casos da doutrina e jurisprudência.

2 A TEORIA DA GARANTIA (*GARANTENLEHRE*) NO CÓDIGO PENAL MILITAR

Nas linhas de JUAREZ TAVARES, a construção hermenêutica do sentido do crime omissivo toma por referencial basilar a valoração de determinados deveres, destacando-se o de “garantidor, imposto pessoalmente ao sujeito, segundo suas relações de proteção a determinados bens jurídicos”, o “de

responsabilidade por determinadas fontes de perigo” e ainda o de “dever geral de assistência”².

Dá-se, na omissão imprópria, uma combinação entre uma norma mandamental (dever de agir do garantidor) e uma norma proibitiva comissiva (“matar alguém”, por exemplo), o que leva FERNANDO GALVÃO³ a rotulá-la de “omissão qualificada”.

Como, para o *sistema causalista*, a relação de causalidade nos delitos omissivos é meramente *hipotética*, porquanto ausente qualquer movimento corporal (como um nada poderia causar um resultado?), juristas de matriz positivista (como Feuerbach) inicialmente associaram a essa causalidade hipotética uma obrigação de agir derivada da *lei* ou do *contrato*, aos quais se acresceu posteriormente a *ingerência* (criação de um risco anterior ao bem jurídico).⁴

Insta observar que o Código Penal de 1940, adepto desta engenharia positivista, foi *omisso quanto à omissão imprópria*,

² TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 280-281.

³ GALVÃO, Fernando. *Direito penal militar: teoria do crime*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018. p. 306.

⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*. Parte geral. Questões Fundamentais, a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 699.

enunciando em seu artigo 11⁵ tão somente os axiomas centrais da teoria da equivalência dos antecedentes causais. Bastante sintomático que, à falta de previsão legal, HELENO FRAGOSO tenha recorrido a uma *tipicidade aberta* dos crimes comissivos por omissão ao afirmar que o dever de agir se fundaria em elementos *implícitos* ao tipo que, embora não escritos, faticamente estariam pressupostos⁶.

Em relação à obrigação contratual, vale sublinhar que não é o contrato em si, mas a livre assunção do dever que gera a obrigação de não superveniência do resultado típico. Tanto o é que não se exige um contrato escrito e, ainda que existente, uma cláusula expressa que isente o garantidor de qualquer responsabilidade criminal será considerada como não escrita⁷.

Essa a razão pela qual o Código Penal Militar de 1969, ao avançar na regulação da matéria e acolher a chamada teoria da garantia (*Garantenlehre*), não inseriu o contrato como fonte direta do específico dever de evitar o resultado, *in verbis*:

⁵ CP/1940: Art. 11. *O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.*

⁶ FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao Código Penal*. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 516.

⁷ *Ibidem*, p. 518.

Art. 29, § 2º - A omissão é relevante como causa quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; a quem, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; e a quem, com seu comportamento anterior, criou o risco de sua superveniência.

Idêntica redação foi conferida ao artigo 13, § 2º, do revogado Código Penal comum de 1969 e, outra, muito semelhante, pela reforma penal de 1984 de sua parte geral, que se valeu de uma técnica legislativa mais apurada, ao apresentar cada hipótese em alínea diversa, como se vê a seguir:

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Passaremos adiante a um exame mais detido de cada uma destas hipóteses.

3 ANÁLISE TÓPICA

3.1 Obrigação de cuidado, proteção ou vigilância

A primeira hipótese, que decorre da posição social juridicamente reconhecida ao agente (de mando ou parentesco, por ex.), é a mais recorrente no meio castrense, porquanto a responsabilidade do militar decorre sempre de lei, regulamento ou instrução – consectário do princípio constitucional da legalidade.

Imagine a situação em que um oficial, ciente de que um sargento, a ele diretamente subordinado, vende substância entorpecente no interior do batalhão e, ante tal conduta ilícita, é condescendente, não toma providência alguma. Ser-lhe-á imputado, com efeito, tráfico de drogas por omissão qualificada⁸.

⁸ Aponta GALVÃO (2018, p. 78) que o artigo 290 do CPM foi revogado pelo artigo 33 da Lei 11.343/2006, com o advento da Lei 13.491/2017. Em sentido contrário, com fulcro no princípio da especialidade, cf. ASSIS, Jorge César de. *Crime militar e processo: comentários à Lei 13.491/2017*. Curitiba: Juruá, 2019. E-book. Item 1.7.2.6.

3.2 Quem, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado

Neste segundo cenário, dá-se uma assunção voluntária de responsabilidade, seja por via contratual ou não. O médico militar que cumpre plantão no Hospital Geral do Exército, mesmo que já se tenha esgotada a escala de serviço, não poderá se ausentar enquanto o seu substituto não tiver chegado, pois de outro modo (por um compromisso ético intrínseco ao “juramento de Hipócrates”) assumiu a responsabilidade de impedir o resultado. Se ainda assim decidir se retirar, será responsável a título de omissão qualificada se um paciente vier a falecer por falta de atendimento médico.

Ressalte-se que o referido profissional não incorrerá no delito de abandono de posto (art. 195, CPM), que está adstrito ao serviço militar típico da missão das forças armadas e das polícias militares e corpos de bombeiros militares, e não com atividades de características nitidamente civis.⁹ Há precedente do STM¹⁰ com entendimento contrário, considerando apto a

⁹ ASSIS, Jorge Cesar de. *Comentários ao Código Penal Militar*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 579.

¹⁰ EMENTA: APELAÇÃO. ABANDONO DE POSTO. ESTADO DE NECESSIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO. - Marinheiro Nacional escalado para serviço ininterrupto que abandona o posto, sem autorização,

configurar abandono de posto o risco à regularidade do funcionamento de uma unidade de saúde vinculada a uma organização militar.

3.3 Criação de risco não permitido com ato anterior

Por terceiro, há aqui a chamada hipótese de *ingerência*, quando em razão de ato anterior põe em risco o bem jurídico. Ocorre que risco por si só não é suficiente, pois qualquer conduta gera algum risco, ainda que mínimo. Há de ser, pois, um risco injusto (*não permitido*)¹¹. Ademais, o que importa não é exatamente se o agente criou o risco ou não, mas se ele detém o monopólio sobre o seu controle: “Se o perigo que ameaça uma pessoa surgiu sem sua participação, mesmo assim ela

impossibilitando, por sua ausência, a realização de atendimento na Odontoclínica do Hospital Naval de Belém. - O acusado confessa a prática do crime, sob o argumento de que teria saído para jantar. - Insuficiência de provas apresentadas pela defesa. Estado de necessidade exculpante não demonstrado. - Do militar era exigível conduta diversa, podendo obter autorização de seu superior. - Recurso provido. Decisão unânime. (Superior Tribunal Militar. Apelação nº 2007.01.050756-6. Relator(a): Ministro(a) MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA. Data de Julgamento: 26/02/2008, Data de Publicação: 31/03/2008)

¹¹ ROXIN, Claus. *Derecho penal: Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. t. I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 365.

deverá intervir com seu auxílio, se, em razão de sua posição, é a única a poder ajudar”.¹²

Militar que deixa arma sobre seu beliche enquanto vai ao banheiro, mas quando vira as costas percebe que um colega de farda pega a arma e a esconde num armário. Neste caso, a omissão é precedida de um ato comissivo: o sujeito criou com sua ação anterior uma situação de perigo e depois absteve-se de evitar que esse risco se transformasse em dano efetivo. A conduta anterior (deixar a arma desprotegida) pode ter sido culposa, mas a omissão posterior foi dolosa, isto é, um furto qualificado (art. 240, §5º, CPM), por omissão imprópria (qualificada), de bem pertencente à Fazenda Nacional.¹³

De mais a mais, não se deve confundir o dever de evitar o resultado com o dever de arrostar o perigo: o primeiro se relaciona à tipicidade dos crimes omissivos impróprios, enquanto o segundo é norma que impede a incidência do estado de necessidade justificante. Um policial não pode suscitar o estado de necessidade para se eximir do dever legal de enfrentar

¹² BOCKELMANN, Paul; VOLK, Claus. *Direito penal: Parte Geral*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 172.

¹³ Relevante mencionar que o conceito de Fazenda Nacional não se confunde com o de Fazenda Pública, pelo que, se o mencionado exemplo se desse no âmbito de uma Organização Militar estadual (PM/BM), o furto por omissão imprópria seria simples, e não qualificado.

um assaltante armado, tampouco um bombeiro para se omitir de enfrentar um incêndio.¹⁴

O Código Penal comum (art. 24, §1º) ilide a possibilidade de se invocar estado de necessidade apenas quando se fizer presente o dever legal de *enfrentar* o perigo¹⁵, seguindo neste particular o Código Penal Militar (art. 43) – que fala em dever legal de *arrostar* o perigo. Assim, numa interpretação restritiva, nas hipóteses de assunção voluntária ou de integração do risco será admissível o estado de necessidade, pois não obstante a omissão do garantidor seja penalmente relevante sob o aspecto da tipicidade, poderá não ser antijurídica.

4 A TEORIA DAS FUNÇÕES (*FUNKTIONENLEHRE*) DE ARMIN KAUFMANN

O que define esse especial dever de evitação do resultado é, realmente, a posição de garantidor? A resposta, ao contrário do que a doutrina tradicionalmente faz crer, nem sempre será tão

¹⁴ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2018. p. 454.

¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 616.

simples e evidente, como nos alerta MUÑOZ CONDE¹⁶. Seria porventura concebível imputar um crime de homicídio doloso ao transeunte que não avisa um deficiente visual que o semáforo está fechado para pedestres e que, atravessando a rua, sofre um atropelamento que lhe ceifa a vida? Não estando na condição de guia ou responsável pela vítima, o pedestre tinha uma “responsabilidade especial” de impedir a produção do dano?

E se um recruta, profundamente angustiado pelo distanciamento familiar em razão do regime de aquartelamento, tenta se enforcar e o seu colega de quarto, não corta a corda e assiste a tudo sadicamente, haverá que se falar em auxílio ao suicídio? A figura do garantidor, portanto, pode ser necessária, mas não é suficiente para delimitar a contento o sentido concreto do dever de impedir o resultado. Isto é: não abarca todas as situações em que a dimensão material dos tipos omissivos se reverbera.

Um passo adiante foi dado, então, pela “teoria das funções” (*Funktionenlehre*) de ARMIN KAUFMANN. Para o jurista de Bonn, a posição de garante impõe, *prima facie*, o dever de supervisionar e estancar a fonte concreta de perigos ao bem jurídico (*garante de vigilância*), sendo que, apenas

¹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: Parte General*. cit., p. 242.

secundariamente, surgiria o dever de garantir a não produção do resultado propriamente dito (*garante de proteção*).¹⁷

Consoante PAULO BUSATO, disso decorrem duas conclusões: ao garante de vigilância só se impõe o dever de segurança e controle da fonte de perigo, pois sua tarefa é obstar o indevido acesso de terceiros ao bem jurídico, respondendo somente por *participação omissiva* no delito comissivo praticado pelo agressor; já o garante de proteção não é mero partícipe, mas *autor* de uma omissão penalmente relevante, na medida em que sua missão era de proteção e guarda de um bem jurídico concreto.¹⁸

Essa abordagem cai como uma luva para o direito militar, posto que o dever de vigilância é intrínseco a qualquer atividade de natureza beligerante ou de policiamento ostensivo. Passemos, pois, à análise de dois casos concretos julgados pelo Superior Tribunal Militar (STM).

Em recurso em sentido estrito¹⁹ interposto pelo Ministério Público Militar (MPM) junto ao STM contra decisão

¹⁷ KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. Joaquin Cuello e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 289.

¹⁸ BUSATO, 2018, p. 275.

¹⁹ Superior Tribunal Militar. Recurso em Sentido Estrito nº 0000073-14.2016.7.10.0010. Relator(a): Ministro(a) LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES. Data de Julgamento: 29/11/2016, Data de Publicação: 14/12/2016

do então Juiz Auditor Substituto (hoje Juiz Federal Substituto da Justiça Militar) da 10ª CJM que rejeitou parcialmente a denúncia contra uma sentinela por um roubo de armamentos e munições ocorridos na Base Aérea de Fortaleza, narra-se que criminosos entraram furtivamente no interior da organização castrense, com a ajuda de um outro militar, utilizando-se de balaclavas e portando armamentos pesados. Assim, renderam militares que estavam no alojamento e um dos autores subiu em direção a torre dos paióis e lá rendeu a sentinela da hora, tomando deste também o seu armamento, um fuzil HK-33. Ato contínuo, os agentes colocaram todos os militares no alojamento deitados no chão e os imobilizaram com braçadeiras plásticas, desconectando a fiação do telefone e deixaram todos trancados no alojamento.

Nesse quadro fático, o MPM denunciou a sentinela alegando que, na condição de garante, estava no dia dos fatos em seu quarto de hora no posto de serviço, viu toda a ação criminosa e ficou-se inerte, permitindo sua rendição pelos criminosos, caracterizando assim a omissão dolosa. O STM, contudo, assentou que isso era insuficiente, por si só, para demonstrar a colaboração na empreitada criminosa, pois mesmo que não houvesse dúvidas sobre a sua condição de garante e que

o denunciado pudesse atuar livremente, atirando em direção aos assaltantes ou acionando alarmes, seria claramente dedutível o eventual risco de efeitos colaterais sobre os militares rendidos considerando a desvantagem numérica, com três criminosos presentes portando armas igualmente pesadas, o que reduziria significativamente a possibilidade de sucesso na execução de disparos pela sentinela. Também não se apurou quais sistemas de alarme dispunha o denunciado além da sirene local, a qual foi acionada na ocasião. O recurso do MPM restou improvido, mantendo-se a rejeição da denúncia por roubo na modalidade omissiva imprópria em face da sentinela.

Noutro julgado do STM²⁰, igual sorte não assistiu o denunciado, também sentinela, que, em furto de armamento bélico ocorrido no interior da organização militar por outros dois militares, reconheceu-se sua colaboração no evento criminoso em razão de sua conduta omissiva de presenciar a prática do crime e não adotar providências para impedir o resultado típico, pois estando no serviço de sentinela na data e horário em que o fuzil foi subtraído, tinha por responsabilidade vigiar e guardar o perímetro que estivesse nos limites de sua área de visão, mas

²⁰ Superior Tribunal Militar. Apelação nº 2003.01.049522-3. Relator(a) para o Acórdão: Ministro(a) VALDESIO GUILHERME DE FIGUEIREDO. Data de Julgamento: 04/08/2005, Data de Publicação: 24/10/2005.

não tomou qualquer providência ou sequer comunicou seus superiores de que alguém havia escondido um fuzil dentro do quartel.

A redação do art. 29, § 2º do CPM, ao ditar que “o dever de agir incumbe a quem tenha por lei obrigação de ***cuidado, proteção ou vigilância***”, coaduna-se com a atribuição da posição de “garante de vigilância” talhada por KAUFMANN, disso decorrendo uma *participação omissiva* em delito comissivo em caso de omissão do garante em sua função de segurança do bem jurídico. O STM, no entanto, adotou a perspectiva de que a sentinela seria na verdade um “garante de proteção”, pois tinha não só o dever de controle de determinada fonte de perigo, é dizer, impedir o acesso de terceiros ao bem jurídico tutelado (patrimônio da administração militar), como também o de garantir a efetiva preservação (integridade) do bem jurídico em si, sob pena de, omitindo-se, praticar, como autor, *delito comissivo* por omissão. Tanto que, no primeiro caso (roubo), a sentinela foi absolvida tão somente por ausência de dolo, mas no segundo (furto qualificado) culminou por ser condenada na condição de autora de crime omissivo impróprio, e não simples partícipe.

5 A TEORIA SIGNIFICATIVA DA AÇÃO DE VIVES ANTÓN E A “SEMÂNTICO DO USO”

VIVES ANTÓN disserta que o problema da omissão, tal qual o da ação, é um problema de sentido, e não de substrato. Pois “como se pode cometer por omissão, sendo que por omissão somente se omite, não se comete?”²¹. Tal como sucede na comissão, o significado da omissão não é determinado pela *finalidade* que o sujeito pretendeu ao omitir, uma vez que o sentido não é dado *a priori*, tampouco é arbitrado unilateralmente pelo sujeito, e sim construído intersubjetivamente pelas práticas sociais (“jogos de linguagem”) que, numa situação concreta, transmitem o sentido do que se poderia esperar que o sujeito fizesse – mas que decidiu não fazer.

E como se determina se algo tem sentido para o direito penal e, ato contínuo, qual sentido tem? Pela linguagem, a qual é governada por regras gramaticais que estabelecem modo “correto”²² de utilização das palavras (“culpado” e “inocente”,

²¹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2011. p. 585.

²² “O termo ‘correto’ aqui não significa ‘verdadeiro’, uma vez que se pode utilizar um termo de acordo com regras linguísticas sem que se diga que algo é verdadeiro. Entretanto, se aplicado a objetos aos quais não poderia aplicar-

por exemplo). Essa gramática social é constituída por uma *rede de conceitos* que são permanentemente lançados e usados por uma concreta comunidade de falantes para captar (interpretar) o mundo da vida (*Lebenswelt*) em que estão inseridos. A gramática, pois, não é universal: diferentes linguagens possuem diferentes gramáticas e, por conseguinte, expressam distintos *quadros de mundo*.

O uso “correto” das palavras “inocente” e “culpado”, por exemplo, será completamente distinto num sistema processual regido por práticas sociais inquisitórias (em que presume a culpa) diante de um outro pautado por uma visão acusatória (em que se presume a inocência do réu). Destarte, o sentido depende fundamentalmente do compartilhamento e seguimento de um conjunto de regras (gramática). E como a regra se faz pelo uso, ela não pode ser seguida privadamente: é a prática (uso da regra) que contextualmente determina o sentido de uma ação²³.

se verdadeiramente, um termo terá seu uso destituído de significado. Da mesma forma, negar que um termo se aplica a instâncias paradigmáticas em uma situação clara é demonstrar uma compreensão equivocada.” In: GLOCK, Hans Johann. *Dicionário Wittgenstein*. Trad. Helena Martins. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 177.

²³ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*. Trad. Alfonso García Suárez y Ulises Moulines. Barcelona: Editorial Crítica, 2002. § 202.

Sendo mais claro: as regras, ao tempo em que distinguem o uso correto e incorreto das palavras, são também determinadas (e modificadas) pelas práticas sociais (v.g., a eutanásia pode ser subsumida à regra que proíbe “matar alguém”, mas são as práticas sociais que determinarão se, num dado contexto, houve a expressão de sentido de um tipo de ação socialmente intolerável – uso correto da palavra “matar” – ou se, ao contrário, esse sentido não se verificou – e, portanto, a palavra “matar” foi empregada imprecisamente).

Quando se utiliza um termo genérico (“jogo”) para enunciar práticas diversas (futebol, tênis, xadrez, etc), não é porque todos se reduzem a um “supraconceito” unificador: ora, cada um desses jogos tem regras absolutamente díspares entre si. E se não conheço as regras do jogo, não posso jogá-lo! Logo, quando chamamos a cada uma destas práticas esportivas de “jogos” não se quer dizer com isto que são a mesma coisa, e sim que guardam uma “relação de parentesco”, é dizer, são membros da mesma família.

Mas os parentes são apenas parecidos, não iguais: em alguns jogos há uma competição entre os jogadores (futebol), em outros, não (jogo de paciência); em alguns há espaço para ganhar ou perder (tênis), mas noutros esta noção pode não

existir (quando uma criança arremessa a bola na parede e a pega de novo); numa parcela a aleatoriedade (sorte ou azar) são intrínsecos (bingo), ao passo que numa outra margem a habilidade do jogador é o traço característico (xadrez); muitos são divertidos (amarelinha), outros nem tanto (o perdedor pode se sentir frustrado com o mal desempenho). Não obstante, chamamos a todos de “jogos”! Frise-se: não porque sejam idênticos, mas porque as distintas semelhanças se sobrepõem e se entrecruzam²⁴.

Raciocínio análogo podemos empreender quanto ao conceito “ação” na teoria do delito militar: quando nos referimos a um *fazer* o que a norma proíbe²⁵; ou a um *não fazer* o que norma ordena²⁶, não há que se vislumbrar uma identidade entre um tipo de conduta (ação) e outra (omissão), completamente opostas. O que se tem é uma “semelhança de família”: a ação e omissão têm por traço comum serem “formações de sentido” – que se extraem tanto do movimento corporal como de sua ausência²⁷.

²⁴ WITTEGENSTEIN, 2002, pp. 66-67.

²⁵ CPM/69, art. 195. “Abandonar, sem ordem superior, o posto ou lugar de serviço que lhe tenha sido designado, ou o serviço que lhe cumpria, antes de terminá-lo”.

²⁶ CPM/69, art. 196. “Deixar o militar de desempenhar a missão que lhe foi confiada.”

²⁷ VIVES ANTÓN, 2011, p. 603.

GEORGE FLETCHER²⁸ lança o exemplo dos guardas do Palácio de Buckingham (Guarda Real britânica) que, com traje chamativo e chapéu singular, parece que não se movem, quando na verdade assumiram previamente o compromisso de assim permanecem. O contexto do “mundo circundante” (uniforme, formação em grupo, localização em frente ao castelo, horário e regularidade da conduta) é o que nos permite compreender que, não obstante a ausência de movimento corporal dos guardas, estão eles a expressar o sentido de uma ação.

O ineditismo do modelo significativo está justamente em “deixar de considerar a ação como algo que os homens fazem e passar a considerá-la como o significado do que os homens fazem”, isto é, “como algo que transmite um significado”²⁹. Dentre tantos nuances que as distinguem (movimento/ausência de movimento), ação e omissão guardam uma relação de parentesco: são a expressão daquilo que os humanos fazem (seja em sentido ativo, seja em sentido passivo).

²⁸ FLETCHER, George. *Conceptos básicos del Derecho Penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, pp. 90-91.

²⁹ BUSATO, 2018, p. 250.

Não basta, pois, a infração de um dever especial, tampouco a subsunção legal de um dos casos de posição de garantidor: o sentido de omissão qualificada deve ser identificado por meio de práticas, de usos estáveis e bem definidos no mundo da vida. Para além de uma presunção legal que equipara ação e omissão, é imprescindível a manifestação de sentido de que o sujeito estava obrigado a agir para evitar a produção do resultado jurídico formalmente e materialmente ofensivos a bens jurídicos.

6 CONCLUSÃO

Após assentar a relevância da teoria da garantia para a configuração do conceito de omissão no direito penal militar, bem como pincelar as contribuições da teoria das funções para o debate sobre o tema, concluiu-se, com a filosofia da linguagem, que a *semântica do uso* se apresenta como um critério complementar indemissível para se aferir (ou não) o sentido de uma omissão indevida, tomando-se a lei, portanto, como ponto de partida, mas sempre em cotejo com as circunstâncias da ação concreta exigida, materializando-se assim o *princípio da culpabilidade*.

E foi exatamente o que se avistou pelo STM nos dois recursos analisados, ao longo deste trabalho, acerca da responsabilidade penal por omissão imprópria da sentinela: só o contexto é capaz de definir o sentido de omissão juridicamente relevante (ele podia agir diante das circunstâncias?), e não a mera posição de garantidor desgarrada das vivências sociais. Afinal, “*os limites da minha linguagem denotam os limites do meu mundo*”³⁰, e, para compreendermos o sentido mais adequado de uma palavra, não basta consultar sua definição abstrata no dicionário: é preciso olhar também para “mundo da vida” – ou, do contrário, chamaremos o *gato de lebre*, o *atípico de omissio*.

Coube ao CPM de 1969, conforme assenta JORGE ALBERTO ROMEIRO³¹, o arroubo histórico de suplantar, no ordenamento jurídico pátrio, o antiquado sistema do duplo binário pelo sistema vicariante em matéria de penas e medidas de segurança, vedando-se a cumulação entre ambas – o que só veio a ocorrer na esfera do Código Penal comum após a reforma de sua Parte Geral em 1984 –, a mesma vanguarda dogmática há de ser reconhecida ao CPM vigente quanto à delimitação dos

³⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. São Paulo: EdUSP, 1968. pp 5-6.

³¹ ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar (Parte Geral)*. Saraiva: São Paulo, 1994. p. 241.

crimes omissivos impróprios, comissivos por omissão ou omissivos qualificados, mais ainda quando se tem claro a sua relevância para o contexto militar.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge Cesar de. *Comentários ao Código Penal Militar*. Curitiba: Juruá, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2018.

BOCKELMANN, Paul; VOLK, Claus. *Direito penal: Parte Geral*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 241.

COIMBRA, Cícero; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar*. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*. Parte geral. Questões Fundamentais, a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FLETCHER, George. *Conceptos básicos del Derecho Penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao Código Penal*. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal militar: teoria do crime*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

GLOCK, Hans Johann. *Dicionário Wittgenstein*. Trad. Helena Martins. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. Joaquin Cuello e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar (Parte Geral)*. Saraiva: São Paulo, 1994.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. t. I. 2. ed. Trad. Diego-Manuel

Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2011.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*. Trad. Alfonso García Suárez y Ulises Moulines. Barcelona: Editorial Crítica, 2002.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. São Paulo: EdUSP, 1968.