

rdem ilegal deve ser cumprida?: a obediência hierárquica do militar

Ronaldo João Roth

Juiz de Direito da Justiça Militar do Estado de São Paulo
Coordenador e Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito
Militar da Escola Paulista de Direito
Professor de Direito Processual Penal Militar na Academia
de Polícia Militar do Barro Branco

Iremar Aparecido da Silva Vasques

Capitão da Polícia Militar do Estado de São Paulo
Professor de Direito Penal Militar na Academia de Polícia Militar
do Barro Branco

RESUMO: Neste artigo buscou-se realizar uma análise do instituto da obediência hierárquica como excludente de culpa no Código Penal Militar, considerando o mesmo instituto conforme descrito no Código Penal Comum. Visou estabelecer as semelhanças entre as previsões nos dois diplomas e, sobretudo, apontar as suas diferenças primordiais, possibilitando responder com segurança à indagação: “a ordem ilegal deve ser cumprida?”. Esta análise é crucial em termos penais militares, porque a obediência às ordens superiores na caserna constitui-se em um dos sustentáculos das organizações militares, e a desobediência, a seu turno, pode acarretar reprimenda penal e administrativa aos militares. Justifica-se, assim, a importância da matéria.

PALAVRAS-CHAVES: Obediência hierárquica. Excludente de culpa. Ordem ilegal. Superiores. Desobediência.

ENGLISH

TITLE: Illegal order must be obeyed?: The hierarchical discipline of the military.

ABSTRACT: In this article, an analysis was made of the effects of hierarchical discipline and the possible resulting exclusion of guilt in the Military Penal Code, considering the same institute as described in the Common Penal Code, aiming to establish the similarities between the predictions in the two degrees and, above all, to point out their Fundamental differences, in order to be able to respond with confidence to the inquiry: “the illegal order must be obeyed?”. This analysis is crucial in military penal terms because obedience to superiors in the barracks is one of the cornerstones of military organizations and disobedience, in turn, can lead to criminal prosecution and punishment, this obviously shows the importance of this matter.

KEYWORDS: Hierarchical obedience. Excluding fault. Illegal order. Superiors. Disobedience.

SUMÁRIO

1 Introdução (p. 261) – 2 Aspectos constitucionais do regime jurídico dos militares (p. 262) – 3 A obediência hierárquica no Código Penal Comum (p. 264) – 4 A obediência hierárquica no Código Penal Militar (p. 268) – 5 Ordem ilegal e dever de cumprimento de ordem pelo subordinado (p. 283) – 6 Conclusão (p. 286).

1 INTRODUÇÃO

Existe entendimento sedimentado entre os militares no sentido de que ordem ilegal não deve ser cumprida. Esse raciocínio encerra a premissa de que caberia ao subordinado, diante de uma ordem recebida de seu superior, avaliá-la a fim de verificar se estaria legalmente hígida, ou seja, se estaria de acordo com a lei. Assim, apenas após essa análise, deveria o militar cumpri-la, se concluísse pela sua legalidade, ou recusar-se ao cumprimento, se chegasse à conclusão de que se trata de ordem ilegal.

Esse entendimento funda-se numa interpretação da legislação penal comum, a qual impõe ao subordinado a responsabilidade pelo crime cometido em obediência à ordem de seu superior hierárquico, quando esta for manifestamente ilegal (art. 22, Código Penal – CP).

Os defensores de tal tese argumentam que o militar deve recusar-se a obedecer a ordem ilegal de seu superior, porque, cumprindo-a, estaria sujeitando-se a responder processo crime juntamente com o emissor da ordem, caso tal atendimento resultasse na prática de ilícito penal.

Todavia, no âmbito castrense vigora o sistema das baionetas inteligentes, pelo qual o militar subordinado pode questionar a legalidade da ordem e/ou recusar o cumprimento de ordem manifestamente criminosa, sob pena de responder criminalmente pelo ato ilícito decorrente do cumprimento da ordem (art. 38, § 2º, do Código Penal Militar – CPM). Logo, restou afastado do ordenamento penal militar o sistema das baionetas cegas que impõe o cumprimento cego e absoluto da ordem superior, ainda que manifestamente criminosa sem que haja qualquer implicação criminal.

O presente trabalho tem por objetivo examinar o delicado e importante instituto da obediência hierárquica no Código Penal Militar frente ao delito de recusa de obediência (art. 163, CPM). A construção do trabalho se dá pela comparação entre os dispositivos que tratam da obediência hierárquica no Código Penal Militar (art. 38, CPM) e no Código Penal Comum (art. 22, CP), visando identificar se o tratamento dado pelo legislador ao instituto foi idêntico nos dois diplomas penais.

2 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO REGIME JURÍDICO DOS MILITARES

Toda análise jurídica deve buscar seus fundamentos na Constituição Federal. A abordagem, ainda que sucinta, dos aspectos constitucionais do regime jurídico dos militares é importante neste momento porque não há como demonstrar a necessidade de tratamento diferenciado dos militares no que tange às regras penais, sem antes mostrar que a própria Constituição Federal os inseriu numa categoria especial do funcionalismo público e cuidou de estabelecer para eles um regime jurídico próprio.

Neste sentido, a nossa Lei Maior tratou de dar dignidade constitucional a dois valores reconhecidos na ética militar – hierarquia e disciplina militares – colocando-os como fundamento das instituições militares, conforme redação dos artigos 42 e 142, que dispõem que as Polícias Militares, os Corpos de Bombeiros Militares e as Forças Armadas são “instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina”.

O Estatuto dos Militares (Lei Federal nº 6.880, de 09.12.1980), ao cuidar de definir hierarquia, anota, em seu artigo 14, § 1º, que “a hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. [...] O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à sequência de autoridade”. De igual forma, o mesmo diploma legal, no texto do artigo 14, § 2º, anota que *disciplina*:

[...] é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.

Semelhante definição foi adotada pelo Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo (RDPM), ao dispor que hierarquia é “a ordenação progressiva da autoridade em graus diferentes, da qual decorre

a obediência” (art. 3º, da Lei Complementar nº 893, de 09.03.2001) e que disciplina consiste no “exato cumprimento dos deveres, traduzindo-se na rigorosa observância e acatamento integral das [...] ordens” (art. 9º da Lei Complementar nº 893, de 09.03.2001). (Grifos nossos)

Do exame dos textos legais em conjunto com a Carta Constitucional podemos depreender que o constituinte se preocupou, sobremaneira, com a questão da obediência hierárquica e erigiu, sobre ela, as Instituições Militares federais e estaduais.

Existe uma relação extremamente íntima entre a hierarquia e a disciplina. A hierarquia é a ordenação da autoridade em graus, e esta autoridade, segundo Diniz (2013, p. 74), é: “a) a capacidade ou qualidade do poder de mandar; b) poder que, pela sua legitimidade ou legalidade, deve ser obedecido”.

Este também é o raciocínio exposto por Di Pietro (2014, p. 98) ao dizer que a hierarquia é uma relação de coordenação e de subordinação entre órgãos ordenados, “implicando um poder de dar ordens e o correlato dever de obediência”.

Então, quando falamos de hierarquia, estamos cuidando da autoridade como poder de dar ordens e, quando nos referimos à disciplina, tratamos de um dever inabalável de obediência às ordens recebidas por parte do inferior.

Este necessário introito objetiva evidenciar a importância dos dois valores constitucionais da hierarquia e disciplina em termos de organização militar que justificam a opção do legislador ordinário em tratar da obediência hierárquica como excludente de culpa no código penal castrense.

Neste prumo, que, se o regime próprio do funcionalismo civil se funda em princípios inscritos no art. 37 da CF/88 (dentre outros), ao regime próprio dos militares, além destes, devem-se acrescentar, especificamente, a hierarquia e a disciplina, como seus fundamentos, decorrendo daí a conclusão de que toda análise que se faça, deve considerar este aspecto constitucional.

3 A OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA NO CÓDIGO PENAL COMUM

O instituto da obediência hierárquica é tratado, no artigo 22 do Código Penal comum, entre as normas que cuidam das causas excludentes de culpabilidade.

O tema ganha relevo na seara da persecução penal por ocasião da análise da conduta do agente, a fim de se verificar a caracterização ou não de um crime. Assim, considerando que a conduta posta sob análise configura um fato típico e ilícito, a avaliação prossegue pelo terreno da culpabilidade, no qual se verifica a presença ou não dos requisitos para a emissão de um juízo de reprovação do indivíduo autor da conduta, com a conseqüente imposição de pena. Neste prumo é que afirma Bitencourt (2012, p. 1060) que “no momento em que se examina a culpabilidade já foi superada a análise positiva da tipicidade e da antijuridicidade do fato, admitindo-as, pois, quando afastadas, qualquer delas, desnecessário será examinar a culpabilidade”.

Segundo a autorizada doutrina de Cunha (2016, p. 287), a culpabilidade do autor do crime exige a presença de três elementos, quais sejam: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. Ausente um destes três elementos, excluída estará a culpa do sujeito ativo, de modo que não será possível impor-lhe pena.

Neste caminhar, a prática de um ato em estrita obediência à ordem legal de superior exclui a culpa, porque inexigível conduta diversa do indivíduo que assim agiu.

Reza o artigo 22 do CP que, se “o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”.

Tratando desse dispositivo, Capez (2011, p. 354) assevera que “a obediência hierárquica é a obediência à ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico, tornando viciada a vontade do subordinado e afastando a exigência de conduta diversa”.

Seguindo corrente clássica, Zafaroni e Pierangeli (2011, p. 567) ao tratarem dos requisitos para o reconhecimento da obediência hierárquica, apontam que:

Em princípio, deve tratar-se de uma ordem que emane de um superior hierárquico, isto é, de quem se encontra em condições legais de comunicá-la, e estar num plano superior de relação hierárquica pública, não sendo admissíveis a hierarquia decorrente da relação privada, como a comercial, a trabalhista privada, de ordens religiosas, familiar etc. É lógico que o superior hierárquico deve ser competente para expedir a ordem. O conteúdo dessa ordem deve estar de acordo com a natureza da atividade de que se trate, isto é, que o sujeito deve estar habilitado a cumpri-la.

A ordem não deve ser manifestamente ilegal. Vale dizer que, dentro das atribuições de revisão e das possibilidades de conhecimento do subordinado acerca da sua legalidade (e que, em cada caso, dependerão da natureza da atividade, da função que cumpre o subordinado, de sua preparação técnica e do acesso à informação necessária que a função possibilite), a ordem não lhe pareça ilegal. Por último, o cumprimento da ordem deve ser “estrito”, no sentido de que o subordinado se limite a cumpri-la, sem exceder, em nada, o seu conteúdo.

A doutrina de Gomes e Cunha (2010, p. 449) bem diferencia as espécies de ordem quanto à sua legalidade e discriminam com precisão os efeitos que a sua obediência acarreta. Anotam os autores que a ordem do superior pode ser legal ou ilegal. O cumprimento de ordem legal está, para os autores, dentro da normalidade jurídica, não sendo seu cumprimento reprovável sob qualquer aspecto. No entanto, no que “concerne à ordem ilegal, é preciso distinguir: (a) ordem manifestamente ilegal e (b) ordem não manifestamente ilegal. Quando manifestamente ilegal a ordem, desde logo fica eliminada qualquer hipótese de absolvição, seja do superior, seja do inferior hierárquico (salvo eventual erro de proibição)”.

E prosseguem os citados autores:

O Delegado de Polícia determina ao agente policial que mate seu vizinho com quem discutira na noite anterior. A ordem é manifestamente ilegal. Logo, pelo crime respondem os dois (para o inferior há a atenuante do art. 65, III, c). O inferior hierárquico, como se vê, não tem o dever jurídico de cumprir ordem manifestamente ilegal. Sua recusa não constitui nenhum crime. O inferior (como qualquer pessoa) não tem obrigação de cumprir o que está terminantemente vedado pela lei. Cabe-lhe, dentro de certos limites, discutir a ilegalidade da ordem (quando manifesta). Sendo a ordem não manifestamente ilegal (superior militar que manda inferior matar perigoso “bandido” que fugia), só responde pelo crime quem deu a ordem, não o inferior (CP, art. 22). De qualquer modo, o inferior deve cumprir a ordem estritamente (não pode haver abuso).

Na esteira da citação acima, impõe-se anotar, portanto, que para solucionar as questões envolvendo a obediência hierárquica no Código Penal, basta classificar as ordens em duas espécies: 1) ordens legais e 2) ordens ilegais. Estas últimas, por sua vez, são subdivididas em: 2.1) ordens não manifestamente ilegais e 2.2) ordens manifestamente ilegais.

Tratando-se da legislação penal comum, o subordinado apenas responderá pelo crime praticado (juntamente com o seu superior), se a ordem for manifestamente ilegal.

A ordem será manifestamente ilegal, nos dizeres de Fragoso (1987, p. 221):

- a) quando é dada por autoridade incompetente;
- b) quando sua execução não se enquadre nas atribuições legais de quem a recebe;
- c) quando não se reveste de forma legal;
- d) quando evidentemente constitui crime.

E completa, citando Aníbal Bruno, que “a expressão ordem manifestamente ilegal deve ser entendida segundo as circunstâncias concretas do fato e as condições de inteligência e cultura do subordinado”.

Logicamente, se a ordem é legal, não há qualquer anotação a ser feita, porque não se questiona o agir do subordinado. Contudo, complementa Fragoso (1982, p. 222):

Se o agente supõe ser lícita a ordem (não manifestamente ilegal), há também erro de proibição (erro sobre a ilicitude), que aqui se afirma ser relevante. Todavia, o verdadeiro fundamento da exclusão da culpa nos casos de obediência hierárquica é a inexigibilidade de conduta diversa, e não o erro, pois este pode não existir.

A ordem não manifestamente ilegal, portanto, é aquela que, embora ilegal, parece ao subordinado revestida de legalidade.

Relevante destacar que a possibilidade de o inferior hierárquico avaliar a ordem do superior não é uma regra, mesmo no campo do direito penal comum. Sobre este aspecto, inclusive, alerta Madeira (citado por GRECO, 2015, p. 517), que:

Normalmente, não cabe ao inferior hierárquico, mormente na dinâmica diária, questionar todas as ordens recebidas, no exercício das funções públicas, de seu superior hierárquico, principalmente se a ordem não for manifestamente ilegal. Seria um caos e uma constante inversão da hierarquia administrativa, se o cumpridor da ordem fosse a todo tempo questioná-la, embora não sendo um cumpridor cego de todas as ordens emanadas. Entretanto, se o executor da ordem tiver conhecimento ou consciência de sua ilegalidade e cumprir a ordem consciente de sua proibição ou ilicitude, responde, juntamente com o superior hierárquico, em concurso de agente em fato típico doloso.

Com efeito, acerca do artigo 22 do CP quando trata da obediência hierárquica, é certo dizer que encerra uma causa de exclusão da culpabi-

lidade. Nesses termos, é isento de pena aquele sujeito que pratica o crime em cumprimento à ordem do superior mesmo que ilegal, se ela lhe parecia legal (não manifestamente ilegal) e se o faz nos estritos limites da determinação recebida.

A exclusão da culpabilidade, neste caso, assenta-se na inexigibilidade de conduta diversa, ou seja, não seria razoável exigir do subordinado, que atuasse de outra forma, dado que desconhecia a ilegalidade da ordem.

Registre-se, contudo, que há quem entenda que a razão pela qual estaria afastada a culpa do subordinado é o erro. Para essa vertente doutrinária, o subordinado é considerado uma ferramenta utilizada pelo superior para a prática do crime, agindo sob o manto do erro de proibição. Neste sentido, Cunha (2016, p. 304) afirma que “a obediência hierárquica constrói-se como um caso específico de erro, no qual incorre o subordinado que atua equivocadamente pela aparência de legalidade da ordem”. E finaliza apontando que “a dirimente em estudo nada mais é do que um misto de coação, gerada pela ordem do superior, com o erro do subordinado, iludido pela aparência do mandamento (coação e erro)”.

Seja por um ou por outro fundamento, isto é, seja porque não seria exigível do subordinado conduta diversa, seja porque atua em uma hipótese específica de erro, o resultado há de ser o mesmo: a impossibilidade de aplicação de pena ao sujeito.

4 A OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA NO CÓDIGO PENAL MILITAR

No Código Penal Militar, o instituto vem descrito no artigo 38, que dita:

Art. 38. Não é culpado quem comete o crime: [...] Obediência hierárquica
 b) em estrita obediência a ordem direta de superior hierárquico, em matéria de serviços.
 § 1º Responde pelo crime o autor da coação ou da ordem.
 § 2º Se a ordem do superior tem por objeto a prática

de ato manifestamente criminoso, ou há excesso nos atos ou na forma da execução, é punível também o inferior.

Percebe-se, de antemão, que a redação é distinta. Aqui, a alínea “b” do artigo 38 diz da obediência à “ordem direta” do superior hierárquico, diferindo da apontada “ordem não manifestamente ilegal” do Código Penal comum e, ao tratar da possibilidade de sanção ao superior e ao subordinado, deixou claro que a responsabilização criminal somente será possível “se a ordem do superior tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso” (art. 38, “b”, § 2º CPM) ou se o subordinado se excede ao estrito cumprimento da determinação.

A diferença não é apenas de expressão. Ela encerra um requisito diferenciado para o afastamento da exculpante: o cumprimento de ordem manifestamente criminosa.

No entanto, observando a doutrina, nota-se, via de regra, que a ordem manifestamente criminosa e a ordem manifestamente ilegal são comumente tomadas uma pela outra, o que pode resultar em um equívoco quando da aplicação da lei ao caso concreto.

Esse é o tratamento dispensado, por exemplo, pelo eminente jurista dos primórdios do atual Código Penal Militar, Ramagem Badaró (1972, p. 176), para quem:

[...] É que, no caso da obediência hierárquica, quando corresponde a uma tipicidade de delito, o ato praticado pelo subordinado não esmaece, materialmente, o caráter antijurídico do seu comportamento comissivo ou omissivo. A sua excludência de culpa emerge do interesse da disciplina e do princípio da autoridade que, por motivo de política criminal, o direito penal militar é levado a transigir com o conceito de *error juris neminem excusat*. Em virtude do que, não sofre sanção penal o subordinado que executou a ordem, por obediência; se não manifestamente ilegal a ordem.

Percebe-se que o referido autor desconsidera o texto do artigo 38, § 2º, e emprega a expressão “se não manifestamente ilegal a ordem”. Por uma questão de justiça ao ilustre mestre, contudo, importa notar que tangencia, em dado momento, o ponto de vista que adiante defenderemos, ao asseverar (1972, p. 177) que:

[...] in concreto deve-se buscar entre as circunstâncias do fato, o grau de instrução do executor da ordem e o tempo que lhe foi defeso, para discernir a legalidade ou ilegalidade da ordem. Pelo que a ordem que reflita, plena e claramente, ao entendimento de qualquer pessoa, independentemente do seu grau de cultura, como crime, susta o dever de obediência.

Mesmo com essa ressalva, fica claro na obra a pouca importância que é dada à distinção entre ordem manifestamente ilegal e ordem manifestamente criminosa na doutrina, de modo que às vezes o autor faz referência a uma ou à outra expressão, como se ambas representassem o mesmo conceito.

O mesmo ocorre na obra de Lobão (2011, p. 167), que afirma que “não exclui a responsabilidade do subordinado a manifesta ilegalidade da ordem [...]” e de Loureiro Neto (2010, p. 51), que aponta ser requisito para reconhecimento da obediência hierárquica “[...] que a ordem não seja manifestamente ilegal, isto é, criminosa”.

Desta forma, é evidente, na literatura, que os dois conceitos (o de ordem manifestamente ilegal e de ordem manifestamente criminosa) nunca mereceram um estudo detalhado, a ponto de serem considerados equivalentes, como o faz Loureiro Neto no trecho acima citado.

Cruz e Miguel (2005, p. 104), em análise importante sobre o mandamento contido no artigo 38, § 2º, do CPM, fazem observação que revela o quanto esse tratamento igualitário entre as duas expressões pode resultar em confusão, mesmo no texto legal:

Desse modo, podemos destacar as seguintes hipóteses:
a) se o subordinado cumpre uma ordem legal, não pratica crime por se encontrar no estrito cumpri-

mento do dever legal, que é uma das causas de exclusão da ilicitude;

b) se o subordinado cumpre uma ordem aparentemente legal, ou seja, que não foi possível perceber de imediato a sua ilegalidade, ficará isento de pena, por incidir o disposto na alínea b do artigo 38. O autor da ordem responderá pelo delito praticado;

c) se o subordinado cumpre uma ordem manifestamente ilegal, será punível, porém a pena deverá ser atenuada, de acordo com o disposto no artigo 41. Tal dispositivo legal prevê que se a ordem não era manifestamente ilegal [...] pode atenuar a pena. Existe um equívoco nessa redação, pois se a ordem não for manifestamente ilegal, o subordinado ficará isento de pena, conforme a hipótese da alínea b. Assim, a palavra não deve ser retirada do texto legal. De qualquer forma, o autor da ordem responderá pelo delito;

d) se o subordinado cumpre a ordem, supondo-a, por erro, ser legal, a pena deverá ser atenuada, de acordo com o disposto no artigo 35 do CPM, que trata do erro de direito. O autor da ordem responderá pelo delito.

O dispositivo citado pelos autores, o artigo 41 do CPM, dispõe que:

Atenuação de pena

Art. 41. Nos casos do art. 38, letras a e b, se era possível resistir à coação, ou se a ordem não era manifestamente ilegal; ou, no caso do art. 39, se era razoavelmente exigível o sacrifício do direito ameaçado, o juiz, tendo em vista as condições pessoais do réu, pode atenuar a pena.

Sobre esse artigo do código, ao comentá-lo no tocante à atenuante da ordem não manifestamente ilegal, Nucci (2013, p. 86) explica que:

Há três tipos de ordens: a) legal; b) ilegal; c) duvidosa legalidade. Se o agente cumpre ordem legal, há estrito cumprimento do dever legal. Se cumpre ordem ilegal, responde pelo crime (art. 38, § 2º, CPM). Se cumpre

ordem de duvidosa legalidade, encaixa-se no perfil da obediência hierárquica, sendo absolvido. Portanto, a previsão feita neste art. 41 é estranha, na medida em que prevê como atenuante o cumprimento de ordem não manifestamente ilegal. Ora, assim ocorrendo, é exatamente a hipótese de obediência hierárquica. Logo, não deveria constar como atenuante. Cremos ter havido nítido equívoco neste dispositivo. A atenuante somente pode ser utilizada quando o agente cumprir ordem ilegal. (Grifo nosso)

A “estranheza” sentida por Nucci tem razão de ser. De fato o equívoco existe mesmo e ocasiona a confusão explicitada por Cruz e Miguel. Isso porque o equívoco do legislador é idêntico àquele do doutrinador e consiste em considerar que são equivalentes os conceitos de “ordem manifestamente ilegal” e de “ordem manifestamente criminosa” quando não o são.

Em verdade, o equívoco da redação do art. 41 foi copiar a redação do art. 26 do CP comum de 1969, mesclando a expressão “ato manifestamente criminoso” (art. 38, § 2º, do CPM) com a expressão importada do CP comum de 1969: “ordem manifestamente ilegal”, e se referindo a esta como se fosse aquela. Evidente, assim, o equívoco e a contradição, inconciliáveis, entre os dois artigos que nos inclina a concluir que, desavisadamente, o legislador utilizou a expressão estranha do CP comum de 1969, ao passo que quis dizer “ordem manifestamente criminosa”.

Nestes termos não deixa dúvida a preciosa lição de Romeiro (1994, p. 126-128):

O art. 41 do CPM, fazendo referência expressa ao art. 38, b, do mesmo código, diz que “se a ordem não era manifestamente ilegal [*sic*]... o juiz, tendo em vista as condições pessoais do réu, pode atenuar a pena.”

A disposição desse artigo, entretanto, briga com a do § 2º do art. 38, que cita. Se, de acordo com o § 2º do art. 38, o inferior fica impune quando a ordem não leva à prática de ato manifestamente criminoso, como é possível o juiz atenuar-lhe a pena?

Verifica-se, com esta gritante contradição de artigos, mais um equívoco do legislador do CPM ao pretender ajustá-lo ao CP comum de 1969, que nem chegou a entrar em vigor. Foi copiado o art. 26 deste Código sem a devida atenção, o qual rezava: “Nos casos ... do art. 24, b (correspondente ao art. 38, mesma letra, do CPM) [...] se a ordem não era manifestamente ilegal... o juiz, tendo em vista as condições pessoais do réu, pode atenuar a pena”.

Acontece, porém, que o art. 24, b, do CP comum de 1969 se referia a “obediência a ordem não manifestamente ilegal” (por forma negativa) e o art. 38, em seu § 2º, do CPM, a ordem que “tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso” (forma afirmativa). Daí a contradição apontada.

Demais, o CPM é bem mais restrito que o CP Comum quanto à possibilidade do descumprimento de ordens em matéria de serviço pelo subordinado, por interesse, como é óbvio, da disciplina militar. Só quando a ordem em matéria de serviço tem por objeto a prática de ato *manifestamente criminoso* deve ser descumprida, enquanto no CP comum, para tanto, basta que a ordem seja *manifestamente ilegal*, expressão bem mais ampla que a só abrangente de ato *manifestamente criminoso*.

Dogmaticamente, em face do exposto, deve ser considerada como não escrita a parte do art. 41 do CPM referente ao art. 38, b, por força da regra de hermenêutica conhecida como a da *interpretativo abrogans*. A interpretação que ab-roga, que considera revogado um dispositivo que briga com outro mais importante. Atendendo, porém, a que, no magistério de Coviello só se deve considerar letra morta um dos dispositivos legais em flagrante contradição ou antinomia quando vãs todas as tentativas para removê-la (*quando tutti i tentativi per rimovela siano riusciti vani*), pode o art. 41 ser entendido às avessas e como mencionando *ordem manifestamente criminosa* ao invés de “*não manifestamente ilegal*”, pois outra não poderia ter sido a *voluntas legislatoris*, como se depreende da interpretação histórica do dispositivo. Assim, deve ser entendido o art. 41 como se dissesse: “No(s) caso(s) do art. 38, letra(s) [...] b [...] se a ordem era manifestamente criminosa [...] o juiz, tendo em vista as condições pessoais

do réu, pode atenuar a pena”. Essa admissão de validade às avessas do dispositivo só consideramos possível em se tratando de direito penal, porque beneficia o réu. Em caso contrário, preponderaria a *interpretativo abrogans*. (Grifos do original)

Segundo nosso entender, a norma contida no artigo 41 do CPM, destinada a apresentar causa genérica de redução de pena, busca dar tratamento justo ao autor de crime militar, naquelas hipóteses em que a culpa está presente, mas não é tão acentuada.

Assim, se o sujeito pratica o crime mediante coação irresistível, não é culpado. Agora, se era possível ao homem médio resistir à coação, mas no caso concreto o sujeito não resistiu, é culpado, todavia o juiz poderá reduzir-lhe a pena se considerar, por suas condições pessoais, que sua capacidade de resistência estava diminuída e que essa é a decisão mais justa. O mesmo se dá em relação ao estado de necessidade excludente de culpa. Se o indivíduo sacrifica direito alheio mais valioso que o seu (protegido), quando presentes os requisitos do estado de necessidade, não é culpado, desde que não fosse exigível conduta diversa. No entanto, se era razoavelmente exigível do homem médio o sacrifício do bem ameaçado e no caso concreto o autor do crime optou por não sacrificá-lo, será culpado, mas o juiz pode entender que as suas condições pessoais foram determinantes do agir dessa forma e, então, apená-lo mais brandamente.

No que diz respeito à prática de crime em obediência hierárquica, a interpretação do artigo 41 não pode destoar do contexto e do tratamento dispensado aos casos das duas excludentes de culpa anteriormente tratadas. Assim, deve-se compreender que, se o militar pratica o crime em cumprimento de ordem manifestamente criminosa, será culpado, nos moldes do artigo 38, § 2º. Isso porque se entende que o caráter criminoso da ordem manifestamente criminosa era perceptível ao homem médio. Nessa hipótese, o juiz, considerando as condições pessoais do agente, pode reduzir a pena se entender que a capacidade de percepção, no caso, estava abaixo daquele padrão, por exemplo.

Pode-se questionar: e se a ordem determinava a prática de ato criminoso, mas este caráter não era perceptível sequer ao homem medianamente considerado? Ora, nesta hipótese, se não perceptível, a ordem não era manifestamente criminosa, portanto, o cumprimento daquela ordem estará amparado pelo artigo 38, b, do CPM, não sendo culpado o militar e sim o superior que emitiu a ordem.

No artigo 41 do CPM, a intenção do legislador era fazer constar que, naqueles casos em que o subordinado cumpre ordem manifestamente criminosa, deverá o juiz apená-lo, contudo podendo reduzir a pena se entender que as condições pessoais do réu justificam esse tratamento.

Nesta toada, a interpretação do mandamento contido no artigo 41 está coerente com o contido no artigo 38, b e § 2º, afastando-se a “estranheza” vislumbrada por Nucci ao examinar o dispositivo.

É certo, assim, que não se pode desconsiderar a distinção na redação dos dispositivos do Código Penal comum e do Código Penal Militar, sob pena de gerar confusão na interpretação da norma e na sua aplicação aos casos práticos, sendo a redação do artigo 41 do CPM um claro exemplo do problema que causa.

Assim, se de um lado há tratamento equivalente entre as duas expressões – criminosa e ilegal –, seja na doutrina, seja no texto da lei, a diferença não passa despercebida àqueles que, diariamente, colocam em prática a letra do código. Bem por isso, em julgado do Colegiado da 1ª Auditoria da Justiça Militar do Estado de São Paulo¹, ficou consignado que o tratamento há que ser diferente, distinguindo-se a situação “criminosa” da “ilegal”.

Naqueles autos, ao absolver militares subordinados da prática de crime de falsidade ideológica e condenar o superior (unicamente) pelo crime, o digno magistrado já apontava:

[...] quando o subordinado recebe ordem de seu superior hierárquico, deve cumpri-la por consequente

¹ Autos nº 34.945/03, sentença de 02.05.2006, da lavra do Juiz de Direito Ronaldo João Roth.

dever funcional, em ambas as situações, seja no âmbito civil, seja no âmbito militar. [...] Essas situações dizem respeito à ordem não manifestamente ilegal, no caso do servidor público civil e à ordem não manifestamente criminosa, no caso do militar.

Advertia o insigne Magistrado, também naquele julgado, um pouco mais adiante, que “enquanto no sistema público civil o subordinado pode recusar-se ao cumprimento de ordem ilegal, o militar não pode, sob pena de praticar crime de recusa de obediência”. Isto porque o *Codex* penal castrense inaugura um sistema diferente daquele aplicado ao civil.

Esse sistema considera que há diferença entre a ordem manifestamente ilegal e a ordem manifestamente criminosa. Enquanto esta viola norma penal, aquela é contrária à lei, “de forma que todo ato criminoso é ilegal, mas nem todo ato ilegal é um crime. Este é a espécie daquele gênero” (ROTH, 2006, p. 91).

A ordem pode ser ilegal por desatender a qualquer um de seus requisitos de regular formação, ou seja, por ser emitida por sujeito incompetente, por ter finalidade distinta do atendimento do interesse público, por não se revestir da forma eventualmente exigida para o ato, por destoar dos motivos apontados ou mesmo por ter por objeto um ato irregular ou ilegal, contudo não cabe ao subordinado, em âmbito militar, analisar se estes elementos estão ou não presentes na ordem recebida, mas tão somente verificar se ela determina ou não a prática de ato manifestamente criminoso.

Embora discordando, relevante o entendimento de Neves e Streifinger (2014, p. 480), que defendem que a ordem, embora apenas ilegal – mas não manifestamente criminosa – mesmo assim não deve ser cumprida pelo subordinado, porquanto filiam-se à corrente do sistema das baionetas inteligentes pelo qual “o subordinado tem o direito de ponderar a ordem recebida e não cumpri-la, quando ilegal.”

Os renomados autores lecionam que “os limites de obediência na relação superior-subordinado transcendem a letra da lei”, razão pela qual não adotam a visão estrita de que somente o cumprimento de ordem manifesta-

mente criminosa responsabilizará o subordinado, mas também o cumprimento de ordem ilegal. Os mencionados autores entendem que a causa de exculpação só alcançará o subordinado quando a ordem não for manifestamente criminosa ou não for manifestamente ilegal. Nessa linha, em relação aos elementos constituintes da ordem, lecionam que (2014, p. 848):

Deve-se ressaltar, no entanto, que a ordem, como ato administrativo que é, deve possuir seus requisitos de validade, a saber, deve ser emitida por autoridade competente e endereçada a quem tenha competência para cumpri-la (competência), deve objetivar o bem comum, alvo de toda a Administração Pública (finalidade), deve observar, se assim exigida pela norma de direito, a forma prescrita, e ser desencadeada por um fato que, logicamente, exija a emissão daquela ordem (motivo) e também possuir conteúdo lícito e possível (objeto). São ilegais, portanto: a ordem de um cabo para que um soldado troque de parceiro em viatura de policiamento, porquanto tal alteração cabe à autoridade que confeccionou a escala, ou quem o represente fora do expediente; a ordem dada a um militar para que compareça a um jogo de futebol isolado, não incluído dentro de um programa de treinamento da instituição, simplesmente para satisfazer o interesse daquele que deu a ordem em completar um time de futebol, apartando-se, portanto, do fim de promoção do bem comum; a ordem para a dobra de serviço de guarda do quartel, sem que haja a necessidade imposta pelo serviço, apartando-se do motivo lógico a exigir a ordem; a ordem para um militar pagar contas de consumo, de caráter particular, para determinado superior, visto ser o objeto versado pela ordem ilícito etc.

De fato, todas essas ordens são ilegais, porque há vício em pelo menos um de seus requisitos de formação regular, contudo, nenhuma delas determina a prática de ato manifestamente criminoso. Assim, na visão estrita de responsabilização do subordinado, que adotamos, embora ilegais, tais ordens são passíveis de cumprimento pelo militar sem qualquer responsabilidade penal, sem prejuízo, todavia, da possibilidade de serem ponderadas antes de

cumpri-las, e, sem exclusão de responsabilidade do superior emitente da ordem ilegal. Tal entendimento também é compartilhado por Jorge Cesar de Assis (2012, p. 92).

Na mesma esteira Bitencourt (2012, p. 439) assinala que quanto ao militar, este “não discute a legalidade, porque tem o dever legal de obediência, e qualquer desobediência pode constituir crime de insubordinação (art. 163 do CPM)”. Diferentemente do que ocorre em relação ao funcionário civil que, se cumprir ordem manifestamente ilegal, responde pelo crime em conjunto com o seu superior, isto porque

uma ordem pode ser ilegal porque não obedece a uma forma estabelecida em lei. Basta isso e já será ilegal. O funcionário civil, subalterno, não é obrigado a cumprir ordem ilegal. Ademais, se representar qualquer prejuízo a terceiro, será tão responsável quanto seu superior.

Assim como Bitencourt, também entendemos que o subordinado em âmbito militar “não é culpado qualquer que seja a sua convicção sobre a ilegalidade da ordem” por conta do tratamento diferenciado dispensado ao instituto da obediência hierárquica pelo CPM, sintetizado na fórmula legal de que “o militar apenas não deve obedecer a ordem manifestamente criminosa”. (BITENCOURT, 2012, p. 240).

Outra não é a lição de Marreiros, Rocha e Freitas (2015, p. 629), que advertem que:

Há uma séria distinção entre o art. 38, b, do CPM, e o art. 22 do CP comum: enquanto na obediência hierárquica do diploma comum a ilegalidade pode dizer respeito a qualquer dos cinco requisitos de validade do ato administrativo (competência, forma, objeto, motivo e finalidade), na do diploma castrense a ordem pode até ser ilegal (quanto à forma, à competência, ao motivo e à finalidade) e, desde que não seja conteudisticamente criminosa (ilegal quanto ao objeto), o subordinado militar tem de a cumprir, sob pena inclusive de responder por crime de recusa de obediência.

Na mesma linha, Jorge Cesar de Assis (2004, p.107), valendo-se da lição de Silvio Martins Teixeira (1946, p. 91), ensina que, “se o ato é praticado em obediência à ordem superior, que deve ser obedecida, a causa do crime não é a vontade de quem obedece, mas sim, a de quem ordena”. Esse é o critério adotado no CPM.

De igual modo, a lição de Damásio Evangelista de Jesus (2002, p. 98) no sentido de que:

Em certos casos, a obediência deve ser absoluta e não relativa, como acontece no sistema militar, em que não cabe ao subordinado a análise da legalidade da ordem. Então, se a ordem é ilegal, é ilegal também o fato praticado pelo subordinado. Mas, como não lhe cabe discutir sobre a sua legalidade, encontra-se no estrito cumprimento do dever legal (dever de obedecer à ordem).

Nesta linha de entendimento, Rossetto (2015, p. 211), cuidando da obediência hierárquica, anota que são requisitos para seu reconhecimento:

a) a estrita obediência do subordinado [...]; b) a ordem direta de superior hierárquico [...]; c) a ordem deve versar sobre matéria de serviço [...]; d) a ordem do superior tem por objeto a prática de ato não manifestamente criminoso [...].

E isso fica mais visível ainda, como sustenta Bitencourt (2012, p. 439), diante da existência do delito de recusa de obediência (art. 163 do CPM).

Note-se que o delito de recusa de obediência (art. 163 do CPM) tem como tutela penal a disciplina e a hierarquia militares e a autoridade militar, em todos os seus níveis, de forma que a recusa de ordem ilegal configura o delito militar, valendo aqui, mais uma vez, a lição de Rossetto (2012, p. 522-523), que ao comentar referido dispositivo, recordando lição de Esmeraldino Bandeira e de Tomaz Pará, ressalta:

Esse delito é propriamente militar, pois não é previsto na lei penal comum (art. 9º, I, 2ª parte). O mestre Es-

meraldino Bandeira assinalava, em sua obra publicada na Primeira República, que a obediência hierárquica é o princípio maior da vida orgânica e funcional das Forças Armadas. O ataque a esse princípio leva à dissolução da ordem e do serviço militar. Entre os romanos era um dos graves delitos militares, cujo autor não escapava da mais severa punição, quase sempre a pena de morte, por maior que fosse a vitória do exército [...]. Tomaz Pará lecionava: “A insubordinação é um dos mais graves atentados à disciplina militar, pois que esta se funda, unicamente, na força moral, e é capaz de conduzir os homens para a luta, para os supremos sacrifícios”.

É por isso que Célio Lobão, citando comentário de Álvaro Mayrink da Costa sobre o artigo 163 do CPM, sustenta que

diante da ameaça de punição expressa na lei, difícil ao subordinado avaliar a licitude ou ilicitude da ordem recebida para decidir se recusa a cumpri-la ou não, sem esquecer que essa avaliação torna-se impossível nos casos em que é exigido o cumprimento imediato. (2011, p. 167).

O Superior Tribunal Militar (STM), julgando recurso de apelação, caminhou no mesmo sentido. Naquela oportunidade o militar negou-se a cumprir ordem de seu superior para transportar paciente para realização de exames dizendo que não possuía capacitação profissional para tanto, alegando que a ordem seria, por isso, ilegal.

Em sede de alegações finais, nos termos do artigo 428 do CPPM, a defesa “alegou que a ordem do superior hierárquico não emitida em conformidade com as leis, regulamentos e instrução que regulam a atividade do profissional de enfermagem pode não ser cumprida, por ninguém possuir o dever de praticar uma ilegalidade”, requerendo assim, a absolvição do réu.

A ementa da decisão em segunda instância tem a seguinte redação:

STM: APELAÇÃO. DEFESA. ART. 163 DO CPM. RECUSA DE OBEDIÊNCIA. APELO IMPROVIDO.

1. Militar que se recusa a obedecer ordem de transportar paciente para realização de exames, proferida por superior hierárquico comete o crime de recusa de obediência, sendo que a posterior alegação de falta de capacitação profissional, quando o verdadeiro motivo consistia em não estar na escala de sobreaviso, não ilide a tipicidade da conduta. 2. Ainda que a recusa à ordem do superior fosse por julgá-la ilegal, o dever de obediência hierárquica atinente aos militares não lhe eximiria do cumprimento de tal determinação, já que era do conhecimento de outros militares ali presentes a ordem recebida e, portanto, ao superior caberia eventual responsabilização pelo referido transporte. 3. A obediência hierárquica no âmbito militar possui peculiaridades, como se verifica na lição de Jorge Alberto Romeiro “o militar só pode e deve desobedecer a ordem direta do superior hierárquico, em matéria de serviço, sem incorrer no crime de insubordinação, se ela tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso.” (Curso de direito penal militar: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 124). O transporte de um paciente para efetuar um exame não pode ser considerado um ato manifestamente criminoso. 4. Apelo improvido. Decisão uniforme. (STM. Apelação nº 0000011-42.2007.7.05.0005/PR, Rel. Ministro José Coelho Ferreira, j. 24.06.2009).

Em caso muito semelhante, em que o militar se recusou a obedecer à ordem para entrar em forma junto com o restante do efetivo, alegando que estava sem fardamento e que por isso a ordem seria ilegal, a Suprema Corte militar decidiu nos seguintes termos:

STM: APELAÇÃO. DEFESA. ART. 163 DO CPM. RECUSA DE OBEDIÊNCIA. ALEGAÇÃO DE ORDEM ILEGAL. (...) 1. Militar que se recusa a obedecer ordem dos superiores sobre matéria de serviço, mantendo-se irredutível em sua posição, comete o crime de recusa de obediência ínsito no artigo 163 do CPM. 2. O dever de obediência hierárquica é peculiar no âmbito castrense e não exime o militar do cumprimento de uma determinação, salvo se manifestamente criminosa. (...) (STM - AP 0000095-10.2013.7.09.0009/MS -, Min. Fernando Sérgio Galvão - j. 30.03.15)

Neste caso, especificamente, ao fundamentar seu voto, o eminente relator Ministro Fernando Sérgio Galvão anotou que:

[...] 8. Os testemunhos transcritos revelam não haver qualquer pedido por parte do Apelante no sentido de que a ordem fosse revista, por ilegalidade. Até porque, se o impedimento para a realização da missão fosse dessa natureza, bastaria a presença dos militares que presenciaram a ordem emitida pelo Comandante para o Sentenciado estar devidamente coberto em relação a eventual problema no cumprimento da ordem, mesmo que essa fosse ilegal.

9. O Decreto Condenatório de primeiro grau, portanto, deve ser mantido, até porque o insito do artigo 163 do CPM alberga, alternativamente, duas situações envolvendo a recusa de obediência, a saber:

10.1 A) O militar recusar-se a obedecer à ordem do superior sobre assunto ou matéria de serviço ou;

10.2 B) O militar recusar-se a obedecer a ordem do superior relativamente a dever imposto, regulamento ou instrução.

11. Dessa forma, ainda que coubesse discussão acerca da possibilidade ou não de o militar entrar em forma sem o fardamento, sendo a ordem sobre matéria de serviço, a irregularidade apontada pela Defesa não afastaria a antijuridicidade de sua conduta, já que atentou frontalmente contra a hierarquia e a disciplina militares protegidas pelo tipo penal.

12. Certo é que a ordem sobre matéria de serviço dada por um superior militar deve ser cumprida prontamente, salvo se conduzir à prática de um crime, mesmo que contrarie as instruções recebidas pelo agente.

O TJM/SP já reconheceu, na simples recusa de cumprimento de ordem superior, o crime de recusa de obediência (art. 163 do CPM):

TJM/SP: [...] Ordem que não se reveste de manifesta ilegalidade deve ser cumprida. Os preceitos de hierarquia e disciplina não permitem o descumprimento da ordem segundo a avaliação subjetiva do subordinado. (TJM/SP – 1ª Câmara – Apelação Criminal nº 7.166/16 – Rel. Juiz Cel PM Fernando Pereira – J. 5.04.16);

TJM/SP: [...] Prática do crime suficientemente comprovada – Ordem que não se revestia de manifesta ilegalidade – Eventual inconformismo diante de ordem recebida não manifestamente ilegal poderia ser apresentada de forma regulamentar mediante o disposto no art. 30 do RDPM – Preceitos de hierarquia e disciplina que não permitiam no caso o simples descumprimento da ordem recebida – Crime contra a autoridade e a disciplina militar – Recurso que não comporta provimento. (TJM/SP – 1ª Câm. – Apelação Criminal nº 6.544/12 – Rel. Juiz Cel PM Fernando Pereira – J. 18.03.13);

5 ORDEM ILEGAL E DEVER DE CUMPRIMENTO DE ORDEM PELO SUBORDINADO

Como visto, no âmbito militar, onde a relação hierárquica-disciplinar é a viga mestra para sobrevivência da instituição militar, a ilegalidade da ordem não é obstáculo para o seu acatamento e execução, por parte do subordinado, desde que tal ordem não seja manifestamente criminosa.

Assim, o equivocado ditado de caserna que afirma que “ordem ilegal não se cumpre” deve ser afastado como se demonstrou diante do dever legal do subordinado de cumprir a ordem superior, pois, assim, age no estrito cumprimento do dever legal, devendo o jargão ser substituído por outro, mais restrito, qual seja, o de que “ordem manifestamente criminosa não se cumpre”.

Por outro lado, se o subordinado, quando receber uma ordem percebê-la obscura, deve, com acatamento, pedir ao superior os esclarecimentos necessários para o total entendimento de sua execução (como manda, por exemplo, a norma do § 1º do art. 10 do RDPM da PMESP – LC 893/01). Todavia, sendo clara a ordem superior, ainda que ilegal, cabe ao subordinado, diante do ordenamento jurídico vigente, o acatamento da determinação superior e o seu cumprimento, sob pena de incorrer em crime militar (art. 163 do CPM).

Importante esclarecer, entretanto, que esse cumprimento da ordem ilegal, por parte do subordinado, desde que não manifestamente criminosa,

não afasta, como dito, a previsão da representação, nos termos do Regulamento Disciplinar, conforme já reconhecido pelo TJM/SP:

quando reputar que a ordem foi ilegal, todavia, não manifestamente ilegal, deve se valer do instituto da representação contra o superior hierárquico (como por exemplo no caso do art. 30 do RDPM – PMESP – LC 893/01), mas, de forma alguma, pode deixar de cumprir o mandamento do superior hierárquico (TJM/SP – 1ª Câmara – Apelação Criminal nº 6.544/12 – Rel. Juiz Cel PM Fernando Pereira – j. 18.03.13, p. 4).

Note-se que, enquanto ao subordinado militar cabe-lhe o cumprimento da ordem superior legal ou ilegal (desde que não seja manifestamente criminosa), ao superior hierárquico, caberá a responsabilização pelo mandamento exarado ao subordinado, pois esse é o sistema adotado na legislação militar, o qual não permite que o subordinado questione a legalidade da ordem superior, o que causaria evidente prejuízo das múltiplas funções cabíveis à instituição militar que, em certos casos, como atividades emergenciais no policiamento, exigem o cumprimento imediato da ordem superior.

Ainda que, de forma temperada, admita-se que o subordinado possa questionar a legalidade da ordem superior, posto que não é um cego cumpridor de ordens, deve o militar a ela inteiro cumprimento, salvo se a ordem for manifestamente criminosa, sob pena de prática de crime militar (art. 163, CPM).

Com efeito, enquanto a obediência hierárquica, na seara militar, acarreta a exclusão da culpabilidade do subordinado que cumpre ordem direta do superior hierárquico em matéria de serviço, ainda que se trate de ordem ilegal; no âmbito civil, a exclusão da culpabilidade por obediência hierárquica incide apenas se se tratar de estrita obediência à ordem não manifestamente ilegal, de superior hierárquico. Logo, não se pode mesclar o dever de obediência pertinente ao militar com o dever de obediência

do civil, pois há risco, aí sim, de fomentarmos o dito (equivocado) de que “ordem ilegal não deve ser cumprida”.

Na atividade cotidiana do militar, seja nas Forças Armadas ou nas Polícias Militares, não raras vezes haverá a necessidade de o superior hierárquico determinar ao subordinado que atue em um ou em outro sentido e não seria aceitável que, em todas as oportunidades, o subordinado questionasse a forma como o superior emitiu a ordem ou o tipo de resultado buscado. Isto porque, agindo assim, provocaria o evidente colapso da atividade militar, vulnerando sua eficiência, já que cada sujeito tem sua própria percepção e sua própria interpretação dos fatos, segundo sua vivência, sua experiência e segundo as informações de que dispõe.

Na atividade militar ou policial-militar, a tomada de decisões e a adoção de posturas efetivas devem-se dar, geralmente, em compressão de tempo, de modo que a relutância do subordinado no cumprimento da ordem pode ocasionar a perda de vidas ou o dano irreparável a direitos de terceiros.

O TJM/SP teve a oportunidade de manifestar-se neste prumo, em caso de apelação contra absolvição de Oficial que se havia negado a cumprir ordem de seu superior em matéria de serviço, quando atuando em controle de tumulto, pois a entendia ilegal, porque contrária às regras dos regulamentos internos, sobretudo aqueles que versavam sobre o controle de distúrbios civis.

Naquela oportunidade, o relator do caso, eminente Juiz Cel PM Fernando Pereira, apontou que os argumentos apresentados pela defesa do Oficial não mereciam acolhimento e que deveria prevalecer o posicionamento externado em voto vencido que entendia que “o comandante da tropa, principalmente em situações de distúrbios civis, deve ter a segurança de que suas ordens serão cumpridas”.

Prosseguindo no seu voto, o relator ainda aduziu que:

Nesse sentido, mostra-se importante enfatizar que a utilização de “modus operandi” diverso do contido no manual nem sempre configura a prática de ato ilegal,

bem porque, por mais completo e detalhado que seja um manual editado com o objetivo de estabelecer determinados procedimentos, ele não tem o condão de prever todas as mais diversas situações passíveis de ocorrer na prática. [...]

Ainda que por hipótese fosse reconhecida a falta de bom senso na ordem transmitida ao apelado, a determinação não era manifestamente ilegal, o que obrigava naquele momento o seu devido cumprimento, não havendo como reconhecer no caso, em benefício do [Oficial], a excludente de culpabilidade prevista no artigo 38, § 2º, do CPM. [...]

Se o subordinado passar doravante a tomar para si o direito de interpretar a correção ou não da ordem, não manifestamente ilegal, transmitida por um superior hierárquico, avaliando a seu critério se ela deve ou não ser cumprida, a hierarquia e a disciplina, bases de uma Instituição militar, estarão gravemente atingidas. (TJMSP, 1ª Câmara, Apelação nº 0005109-37.2013.9.26.0040, rel. Juiz Cel PM Fernando Pereira, j. 04.02.2015)

É este, exatamente, o entendimento que se pretende firmar sobre o assunto.

6 CONCLUSÃO

Ante tudo que neste artigo anotamos, é de se concluir que o regime da exclusão da culpa com base na obediência hierárquica tem tratamento evidentemente diferente na Lei Penal Militar em relação ao Código Penal comum, justificável pela expressa distinção de regimes jurídicos dispensados aos funcionários civis e militares pela Constituição Federal.

O tratamento diferenciado reside no fato de que, enquanto no CP comum o funcionário civil responde pelo crime eventualmente praticado no cumprimento de ordem (juntamente com o emitente da ordem) manifestamente ilegal por vício em qualquer um de seus requi-

sitos, o militar, sob a regência do CPM, apenas responde por eventual crime se cumprir ordem manifestamente criminosa.

A ordem ilegal apresenta vício em qualquer um de seus elementos (competência, finalidade, forma, motivo, objeto), ao passo que na ordem manifestamente ilegal o vício é patente, visível, facilmente detectável por qualquer pessoa. Na ordem manifestamente criminosa, por sua vez, o vício concentra-se unicamente no seu objeto, que é a prática de um ilícito penal.

Não cabe ao militar, na caserna, analisar a legalidade da ordem sob os aspectos de fundo ou de forma, e bem por isso estará afastada a sua responsabilidade penal por eventual cometimento de crime decorrente de estrita obediência de ordem direta de superior hierárquico – desde que a ordem não seja manifestamente criminosa –, respondendo pelo resultado da ordem, *in casu*, unicamente o superior.

Nestes moldes, deve ser cumprida, por exemplo: a ordem de um cabo para que o soldado mude de equipe na escala (ordem ilegal porque falta ao cabo a competência); a ordem do Tenente para que o militar estacione a viatura em local proibido ou faça manobra de trânsito proibida (ordem ilegal por determinar a prática de infração administrativa de trânsito); a ordem dada pelo Comandante de Companhia para que o subordinado, embora regularmente habilitado pelo órgão de trânsito, assuma a condução de viatura para a qual não é habilitado pelo órgão competente da Instituição militar (ordem irregular por descumprir normatização internada da Corporação). Esses são alguns exemplos de ordens ilegais ou irregulares entre tantas outras que vemos rotineiramente emitidas, as quais invariavelmente são questionadas de forma equivocada pelo subordinado. Como vimos, em âmbito de caserna, não cabe ao militar subordinado questionar eventuais ordens ilegais de seu superior hierárquico – salvo as manifestamente criminosas –, porquanto, conforme a dicção do art. 38, “b”, do CPM, o militar não é culpado pelo crime que cometer em estrita obediência a ordem direta de superior hierárquico, em matéria de serviços.

Portanto, diante de uma ordem ilegal de superior, em matéria de serviço, o militar subordinado deve cumpri-la para não prejudicar a

eficiência da atividade militar, sem prejuízo do superior responder pelo resultado daquele mandamento viciado.

Não se olvide que nos casos em que o subordinado constatar que a ordem é ilegal, manifestamente ilegal ou irregular, à luz do valor militar da lealdade assiste-lhe o dever de ao menos apontar a ilegalidade a seu superior. Mantendo esta a ordem, deve o subordinado cumpri-la, restando-lhe a possibilidade de representar o seu superior à autoridade competente para vê-lo responsabilizado nos termos do regulamento disciplinar e do próprio CPM, se for o caso.

Entretanto, diante das vigas mestras da hierarquia e disciplina militares – ora fundamentos constitucionais das forças militares, imprescindíveis para preservação e manutenção da higidez das instituições castrenses –, bem como em razão das peculiaridades da vida de caserna, a ordem superior sempre deve ser cumprida pelo militar subordinado, ainda que seja uma ordem ilegal, mas desde que não seja manifestamente criminosa.

REFERÊNCIAS

ASSIS, J. C. *Comentários ao Código Penal Militar – Parte Geral*. Curitiba: Juruá, 2004.

_____. *Curso de Direito Disciplinar Militar*. Curitiba: Juruá, 2012.

BADARÓ, R. *Comentários ao Código Penal Militar de 1969 – Parte Geral – 1º Vol.* São Paulo: Juriscredi, 1972.

BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Código Penal Comentado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, F. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 15. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

CRUZ, I. S.; MIGUEL, C. A. *Elementos de Direito Penal Militar – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

- CUNHA, R. S. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 4. ed., Salvador: Juspodivm, 2016.
- DINIZ, M. H. *Dicionário Jurídico Universitário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. 27. ed., São Paulo: Atlas, 2014.
- JESUS, D. E. *Direito Penal, Parte Geral, Vol. 1*, Saraiva, 1985.
- _____. *Código Penal Anotado*, São Paulo: Saraiva, 2002.
- FRAGOSO, C. H. *Lições de Direito Penal – A Nova Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- GOMES, L. F.; CUNHA, R. S. *Direito Penal, Parte Geral*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GRECO, R. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. 17. ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2015.
- LOBÃO, C. *Comentários ao Código Penal Militar*. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2011.
- MARREIROS, A. A.; ROCHA, G.; FREITAS, R. *Direito Penal Militar. Teoria Crítica & Prática*. São Paulo: Método, 2015.
- NETO, J. S. L. *Direito Penal Militar*. São Paulo: Atlas, 2010.
- NEVES, C. R. C.; STREIFINGER, M. *Manual de Direito Penal Militar*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2014.
- ROMEIRO, J. A. *Curso de Direito Penal Militar – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ROSSETTO, E. L. *Código Penal Militar Comentado*. 1. ed., São Paulo: RT, 2015.
- ROTH, R. J. *Sentença nos autos do Processo nº 34.945/03*. TJM/SP, 2006.
- ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de Direito Penal*. Brasileiro. 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

