

ORDEM ILEGAL DEVE SER CUMPRIDA?

A obediência hierárquica do servidor civil e do militar.

Ronaldo João Roth¹
Iremar Aparecido da Silva Vasques²

1. Introdução

Existe um entendimento sedimentado entre os militares no sentido de que a ordem ilegal não se cumpre.

Este 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.

Apenas após esta análise, poderia o militar cumpri-la, se concluísse pela sua legalidade, ou recusar-se ao cumprimento, se chegasse à conclusão de que seria ilegal.

Este julgamento funda-se em uma 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.

Assim, 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 a processo crime juntamente com o emissor da ordem, acaso tal atendimento resultasse na prática de ilícito penal.

Naturalmente, segundo este parecer, o subordinado que assim age (negando-se a cumprir a ordem ilegal) não poderia nunca ser acusado do cometimento do crime militar de recusa de obediência, porque estaria amparado em excludente de crime, qual seja o exercício regular de direito, de onde surgiria um “direito de recusa de obediência”, sempre que o subordinado considerasse a ordem ilegal.

Pois bem: o presente trabalho tem a pretensão de analisar essa tese, segundo a norma penal militar, a fim de verificar sua validade, ou seja, haveremos de, ao final do artigo, concluir se é possível ou não ao subordinado recusar obediência à ordem ilegal de seu superior e se nesta hipótese haveria ou não a prática de crime militar de recusa de obediência.

A construção do trabalho se dá pela comparação entre os dispositivos que tratam da obediência hierárquica no Código Penal Militar e no Código Penal Comum, 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 haveria como demonstrar a necessidade de tratamento diferenciado dos militares no que tange às regras penais, se não se mostrasse antes que a própria Constituição Federal os colocou à parte do funcionalismo público e cuidou de estabelecer para eles um regime jurídico próprio.

Neste sentido, veja que a nossa Lei Maior tratou de dar dignidade constitucional a dois valores reconhecidos na ética militar e colocá-los como fundamento das instituições militares. Neste

¹ Juiz de Direito da Justiça Militar do Estado de São Paulo, Coordenador e Professor do Curso de Pós-Graduação de Direito Militar da Escola Paulista de Direito (EPD) e Professor de Direito Processual Penal Militar da Academia de Polícia Militar do Barro Branco (APMBB).

² Capitão da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Bacharel em Direito. Especialista em Polícia Judiciária Militar. Professor de Direito Penal Militar na Academia de Polícia Militar do Barro Branco.

norte, dispôs em seus artigos 42 e 142 que as Polícias Militares, os Corpos de Bombeiros Militares e as Forças Armadas são “*instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina*”.

Ora, se tomarmos a hierarquia definida no **Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo** como “*a ordenação progressiva da autoridade em graus diferentes, da qual decorre a obediência*” (art. 3º, da LC n. 893, de 09.03.2001) e a disciplina como o “*exato cumprimento dos deveres, traduzindo-se na rigorosa observância e acatamento integral das (...) ordens*” (art. 9º da LC n. 893, de 09.03.2001), veremos que o constituinte preocupou-se, sobremaneira, com a questão da obediência hierárquica e erigiu, sobre ela, as Instituições Militares federais e estaduais. Tal instituto, bem anteriormente, vem previsto no **Estatuto dos Militares** (art. 14 da Lei Federal nº 6.880/80).

Perceba, 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, deve-se acrescentar, especificamente, a hierarquia e a disciplina, 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 Código Penal comum, no artigo 22, dentre as normas que cuidam das causas excludentes de culpabilidade.

Veja, então, que o tema ganha relevo, na seara da persecução penal, quando da análise de determinada conduta, a fim de verificar a ocorrência ou não de um crime. Assim, considerando o fato como típico e ilícito, a avaliação caminhará pelo terreno da culpabilidade, no qual se procura concluir se estariam presentes os requisitos para a emissão de um juízo de reprovação do indivíduo autor da conduta, com a consequente 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 doutrina autorizada de CUNHA (2016, p. 287), a culpabilidade do autor do crime exige a presença de três elementos, quais sejam: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Ausente um destes três elementos, excluída estará a culpa do sujeito ativo, de modo que não será possível impor-lhe a pena.

Neste caminhar, a prática do ato em estrita obediência a ordem legal de superior, exclui a culpa, porque seria inexigível conduta diversa do indivíduo que assim age. Esta conclusão afasta um dos elementos da culpabilidade: a exigibilidade de conduta diversa.

Muito bem: dita o artigo 22 do CP:

Art. 22 - 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 deste 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 que seja reconhecida a 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. Agora, veja, 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:

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 esta 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.

Dito isto, 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. 221/222): 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. Agora, “*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, 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.

Diga-se, contudo, que a possibilidade do inferior hierárquico avaliar a ordem do superior não é uma regra. Isso 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.

Diante deste cenário, acerca do artigo 22 do CP, quanto trata da obediência hierárquica, é certo dizer que encerra uma causa de exclusão da culpabilidade. Nestes 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.

O subordinado é considerado uma ferramenta utilizada pelo superior para a prática do crime, agindo sob o manto do erro de proibição. 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)*”.

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 foge do 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 tomadas uma pela outra, o que pode redundar em um equívoco quando da aplicação da lei ao caso concreto.**

Este é o tratamento dispensado pelo eminente jurista dos primórdios do Código Penal Militar BADARÓ (1972, p. 172) como também por CRUZ e MIGUEL (2005, p. 104), NETO (2010, p. 51) e NEVES e STREIFINGER (2012, p. 1030) apenas para citar quatro obras entre tantas.

Veja, todavia, que a diferença não passa despercebida àqueles que, diariamente, colocam em prática a letra da lei. Assim é que se nota, em julgado do Conselho Permanente de Justiça da 1ª Auditoria da Justiça Militar do Estado de São Paulo, com sentença datada de 02.05.2006, da lavra do Excelentíssimo Juiz de Direito Doutor Ronaldo João Roth, nos autos do processo nº 34.945/03, que o tratamento há que ser diferente.

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 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.(negrito nosso)

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*” (g.n). Isto porque o *Codex* penal castrense inaugura um sistema diferente daquele aplicado ao civil.

Este sistema considera que há diferença entre a ordem manifestamente ilegal e a ordem manifestamente criminosa. **Enquanto aquela é contrária à lei, esta viola norma penal**, “*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).

Veja então que por meio da ordem manifestamente criminosa, o superior determina expressamente que o subordinado cometa um crime, comum ou militar.

Vamos prosseguir na busca da distinção entre estas duas espécies de ordem.

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.

Este é o entendimento defendido, também por BITENCOURT (2012, p. 439) que assinala que se o funcionário civil cumpre 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*”. 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)*”.

Assim para BITENCOURT, como para nós, o subordinado, em âmbito militar “*não é culpado, qualquer que seja a sua convicção sobre a ilegalidade da ordem*” haja vista a diferença de tratamento dado ao instituto da obediência hierárquica pelo CPM, de forma que “***o militar apenas não deve obedecer a ordem manifestamente criminosa***”, porque isto soaria completamente absurdo (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**” (g. n).

Na mesma linha, JORGE CESAR DE ASSIS (2004, p.100), valendo-se da lição de Silvio Martins Teixeira (1946, p. 91), sustenta 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, cita ainda, a lição de DAMÁSIO E. de JESUS (1994, p. 73) 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 ordem. Então, se a ordem é ilegal, é ilegal também o fato praticado*

pele subordinado. Mas, como não lhe cabe discutir sobre sua legalidade, encontra-se no estrito cumprimento do dever legal (dever de obedecer à ordem).” 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 a lição de ENIO LUIZ ROSSETTO, 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 Esmeraldino 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.’” (2012, p. 518)

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**. A ementa do acórdão 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.) (Negritei)

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 00000951020137090009/MS -, Min. Fernando Sérgio Galvão - j. 30.03.15)

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 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 Câmara – Apelação Criminal nº 6.544/12 – Rel. Juiz Cel 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 equivocadamente dito 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**.

Por outro lado, se ao 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, o § 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).

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 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, se admita que o subordinado pode questionar a legalidade da ordem superior, pois não é um cego cumpridor de ordens, se esta não é manifestamente criminosa, deve aquele inteiro cumprimento à mesma, sob pena de prática de crime militar (art. 163 do CPM).

Assim, **enquanto a obediência hierárquica, na seara militar, impõe a estrita obediência de ordem direta do superior hierárquico em matéria de serviço, para exclusão da culpabilidade do subordinado que cumpre a referida ordem;** no âmbito civil, a obediência

hierárquica impõe apenas a 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, sob pena de, aí sim, fomentarmos o dito (equivocado) de que “ordem ilegal não deve ser cumprida”.

6. Conclusão

Pois bem: ante aquilo que acima anotamos, é de se concluir que o regime da exclusão da culpa com base na obediência hierárquica é evidentemente diferente na Lei Penal Militar quando comparado ao Código Penal comum, em atendimento a uma distinção entre os regimes jurídicos existente na Constituição Federal.

Esta diferença se dá porque o CP comum o funcionário civil responderá pelo crime eventualmente praticado no cumprimento de ordem (juntamente com o emitente da ordem) se esta era manifestamente ilegal. O militar, sob a regência do CPM, apenas responderá pelo crime se cumpria ordem manifestamente criminosa.

A ordem ilegal é aquela que apresenta vício em qualquer um de seus elementos (competência, finalidade, forma, motivo, objeto) e na ordem manifestamente ilegal este vício é patente, visível, facilmente detectável por qualquer pessoa.

A ordem manifestamente criminosa é aquela cujo vício concentra-se unicamente no seu objeto, que é a prática de um ilícito penal. Não cabe ao militar, na caserna, analisar a ordem sob qualquer outro aspecto e por isso estará afastada a sua responsabilidade ainda que obedeça a ordem manifestamente ilegal ou irregular, desde que ela não determine a prática de ato criminoso, respondendo pelo resultado da ordem, unicamente o superior.

Nestes moldes, deve ser cumprida, por exemplo, a ordem de um cabo para que o soldado mude de equipe na escala (ilegal porque falta ao cabo a competência); a ordem do Tenente para que o militar estacione a viatura em local proibido (ilegal por determinar a prática de infração de trânsito), ou faça manobra de trânsito proibida; a ordem dada pelo Comandante de Companhia para que o subordinado não habilitado pelo órgão competente da Instituição assumira viatura para a qual é regularmente habilitado pelo órgão de trânsito (irregular por descumprir normatização interna) dentre tantas outras que vemos rotineiramente serem emitidas e questionadas, equivocadamente, pelo subordinado, pois nesses casos, o subordinado, em âmbito militar, “*não é culpado, qualquer que seja a sua convicção sobre a ilegalidade da ordem*”, mas tão somente o superior hierárquico.

Portanto, diante de uma ordem ilegal de superior, o militar subordinado deve cumpri-la, para não prejudicar a atividade militar realizada, sem prejuízo de que o superior assumira a inteira responsabilidade sobre o cumprimento daquele mandamento viciado.

Não se olvide, que naqueles casos em que o subordinado constata que a ordem é ilegal, manifestamente ilegal ou irregular, assiste-lhe o dever (vinculado ao valor militar da lealdade) de apontar a ilegalidade a seu superior. Mantendo este 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 dos regulamentos e do próprio CPM, se for o caso.

Assim, diante da imprescindível existência para sobrevivência da instituição militar da rígida hierarquia e disciplina militares, **que como dito acima, são fundamentos constitucionais das forças militares**, e das peculiaridades da vida de caserna, **a ordem superior deve ser sempre cumprida pelo militar subordinado**, no regime de obediência hierárquica adotado no CPM, ainda que seja a ordem ilegal, ou manifestamente ilegal, mas desde que não seja manifestamente criminosa.

Bibliografia:

- ASSIS, Jorge Cesar. Comentários ao Código Penal Militar – Parte Geral. Curitiba: Juruá, 2004.
BADARÓ, Ramagem. Comentários ao Código Penal Militar de 1969 – Parte Geral – 1º Vol. São Paulo: Juriscredi, 1972.
BITENCOURT, César Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Geral. 17. Ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

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

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal – Parte Geral. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CRUZ, Ione de Souza; MIGUEL, Cláudio Amin. Elementos de Direito Penal Militar – Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal – Parte Geral. 4. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

JESUS, Damásio E. de. Direito Penal, Parte Geral, Vol. 1, Saraiva, 1985.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. Lições de Direito Penal – A Nova Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. Direito Penal, Parte Geral. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, Parte Geral. 17. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

LOBÃO, Célio. Comentários ao Código Penal Militar. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2011.

MARREIROS, Adriano Alves; ROCHA, Guilherme; FREITAS, Ricardo. Direito Penal Militar. Teoria Crítica & Prática. São Paulo: Método, 2015.

NETO, José da Silva Loureiro. Direito Penal Militar. São Paulo: Atlas, 2010.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcelo. Manual de Direito Penal Militar. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROTH, Ronaldo João. Sentença nos autos do Processo nº 34.945/03. TJMSP. 2006.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal. Brasileiro. 9. Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

ROSSETTO, Enio Luiz. Código Penal Militar Comentado. 1. Ed. São Paulo: RT, 2012.