

**CAPITÃO QOPM MARCOS ROBERTO ARANTES**

**O INSTITUTO DA OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA NO DIREITO MILITAR**

Monografia apresentada ao Departamento de Contabilidade, do Setor de Ciências Sociais Aplicadas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Planejamento de Segurança Pública.

Orientadora de Metodologia: Prof. Dra. Sônia Maria Breda

Orientador de conteúdo: Cap. QOPM Adilson Luiz Lucas Prüsse

**CURITIBA  
2009**

Dedico este trabalho a Juliana, minha esposa que tanto amo, pela paciência e colaboração que sempre me prestou, principalmente nos momentos de dificuldades.

A meu filho Caio, que com sua espontaneidade e pureza é a minha fonte de inspiração.

Aos meus pais, Luiz e Teresa, pelo apoio em todos os momentos da minha vida.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, pela vida, benção e proteção.

Ao Cap. QOPM Adilson Luiz Lucas Prüsse, pela amizade e colaboração para a realização deste trabalho.

Aos amigos e a todos aqueles que de qualquer forma ofereceram inspiração, colaboração e incentivo para a conclusão do trabalho.

Aos valorosos professores e instrutores do Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais – CAO/2008-2009, pelos conhecimentos transmitidos.

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo geral identificar quais os requisitos necessários para que o Instituto da Obediência Hierárquica esteja caracterizado no Código Penal Militar. Inicialmente tratou-se dos aspectos fundamentais sobre Direito Penal Militar para a compreensão do Instituto da Obediência Hierárquica no sistema militar. Em seguida abordou-se sobre a Evolução Histórica da Obediência Hierárquica, compreendendo o seguinte estudo: A necessária pesquisa histórica; obediência hierárquica no presente: circunscrita ao Direito Público; obediência e o Direito Privado, preteritamente: Sistema Patriarcal e Direito Romano; Direito Bárbaro; Direito Canônico; Direito Medieval e Idéias humanitárias, Revolução Francesa, Época Moderna. No terceiro capítulo trata-se sobre a Obediência Hierárquica no Direito Administrativo, em que indentica-se quais são as Instituições Militares; o conceito de militar, a fim de estabelecer quais pessoas são consideradas militares pela legislação brasileira; os regulamentos disciplinares da forças singulares e finalmente como a hierarquia e a disciplina são tratadas nas Instituições Militares. No quarto capítulo trata-se sobre o Instituto da Obediência Hierárquica no Código Penal Militar, abordando-se as limitações do dever de obediência do militar; a natureza jurídica da Obediência Hierárquica; sobre os requisitos da obediência hierárquica militar; bem como sobre o crime de insubordinação, o qual prevê como crime no Código Penal Militar a negação do subordinado em obedecer à ordem superior sobre assunto ou matéria de serviço, regulamento ou instrução. Por derradeiro apresentam-se as considerações finais, em que se reafirma que devido às peculiaridades da caserna, impera-se o respeito e acatamento a ordem dada pelo superior, a fim de preservar a hierarquia e disciplina, as quais fundamental inclusive constitucionalmente às instituições militares, bem como sobre os requisitos necessários para caracterização da obediência hierárquica no Código Penal Militar.

Palavras-chave: Direito Militar. Excludente de Culpabilidade. Obediência Hierárquica

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
1.1 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA .....	9
1.2 OBJETIVOS DO ESTUDO .....	11
1.2.1 Objetivo Geral: .....	11
1.2.2 Objetivos específicos: .....	11
1.3 JUSTIFICATIVA DO ESTUDO .....	11
1.4 ENCAMINHAMENTO METODOLÓGICO .....	12
<b>2 DIREITO PENAL MILITAR</b> .....	<b>14</b>
2.1 CONCEITO DE DIREITO PENAL MILITAR .....	14
2.2 CRIMES MILITARES .....	15
2.3 CRIME MILITAR PRÓPRIO E IMPRÓPRIO .....	17
2.4 RELAÇÕES ENTRE O DIREITO PENAL MILITAR E A DISCIPLINA MILITAR .....	18
<b>3 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA</b> .....	<b>20</b>
3.1 OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA NO PRESENTE .....	20
3.2 SISTEMA PATRIARCAL E DIREITO ROMANO .....	21
3.3 DIREITO BÁRBARO E DIREITO GERMÂNICO .....	23
3.4 DIREITO CANÔNICO .....	23
3.5 DIREITO MEDIEVAL .....	24
3.6 IDÉIAS HUMANITÁRIAS. REVOLUÇÃO FRANCESA. ÉPOCA MODERNA .....	25
<b>4 A OBEDIÊNCIA HIERARQUICA NO DIREITO ADMINISTRATIVO MILITAR</b> .....	<b>26</b>
4.1 AS INSTITUIÇÕES MILITARES .....	26
4.1.1 As Forças Armadas .....	27
4.1.2 As Polícias Militares .....	28
4.1.3 Corpos de Bombeiros Militares .....	30
4.2 CONCEITO DE MILITARES .....	31
4.3 A HIERARQUIA E A DISCIPLINA .....	34
4.4 OS REGULAMENTOS DISCIPLINARES .....	37
<b>5 A OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA NO CÓDIGO PENAL MILITAR</b> .....	<b>42</b>
5.1 LIMITAÇÕES AO DEVER DE OBEDIÊNCIA .....	42
5.2 NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO DA OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA .....	47
5.3 REQUISITOS DA OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA MILITAR .....	50
5.3.1 A Regra do art. 38, letra b, do Código Penal Militar .....	50
5.3.2 O termo ordem e sua delituosidade .....	51
5.3.3 Conceito de ordem .....	52
5.3.4 Contra-ordem. Conflito de ordens .....	53
5.3.5. Competência .....	54
5.3.6 Ordem e a natureza de seu conteúdo: ato manifestamente criminoso .....	55
5.3.7. O estrito cumprimento da ordem .....	56
5.3.8 O significado da expressão em matéria de serviço .....	57
5.3.9. O significado da expressão excesso nos atos ou na forma de execução .....	59
5.4. O CRIME DE INSUBORDINAÇÃO .....	60
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>62</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>65</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O Instituto da Obediência Hierárquica é uma excludente que isenta de pena o subordinado que age em cumprimento a uma ordem superior em decorrência de ato de serviço, sendo ainda controvertida sua natureza jurídica, visto que alguns defendem que é uma excludente de culpabilidade e outros, excludente de ilicitude.

Também será verificado que o cumprimento de ordens para o militar é muito mais rígida que para o funcionário civil, pois este pode contestar a ilegalidade da ordem superior e deixar de cumpri-la, caso seja manifestamente ilegal, ficando somente sujeito às sanções administrativas previstas em seus estatutos.

Já o militar, só pode deixar de cumprir uma ordem manifestamente criminosa, sob pena de incidir no crime militar de insubordinação pelo não cumprimento de uma ordem superior em matéria de serviço; ou, caso a ordem seja manifestamente criminosa, responder juntamente com o superior pelo crime.

Além disso, nas Corporações Militares, os regulamentos disciplinares estabelecem sanções administrativas rígidas ao militares que não acatam ordens superiores, uma vez que estes regulamentos seguindo o regramento Constitucional são estruturados com base na hierarquia e disciplina, em que o militar deve cumprir prontamente as ordens superiores.

Neste contexto, percebe-se a complexidade do tema, sendo o conhecimento dele fundamental, especialmente para o militares, para que entendam o alcance do Instituto da Obediência Hierárquica na esfera militar, a fim de identificar quando, apesar da rigidez da caserna, devem deixar de cumprir a ordem, sob pena de vir a ser responsabilizado juntamente com o superior pelos abusos cometidos quando a ordem conduza a um crime, ou incidam nos crimes militares e sanções administrativas previstas ao subordinado que não cumpra a ordem não manifestamente criminosa do superior hierárquico.

Para o desenvolvimento do trabalho, o mesmo foi dividido em quatro capítulos; no primeiro serão abordados os assuntos necessários sobre Direito Penal Militar para o desenvolvimento do trabalho; no segundo capítulo, a Evolução Histórica da Obediência Hierárquica; no terceiro capítulo, a Obediência Hierárquica no Direito Administrativo, em que serão descritas quais são as Instituições Militares, o conceito de militar, as pessoas que são consideradas militares pela legislação brasileira; a hierarquia e a disciplina e os regulamentos disciplinares; no quarto

capítulo, será explanado sobre a Obediência Hierárquica no Código Penal Militar, enfocando-se as limitações ao dever de obediência, natureza jurídica da obediência hierárquica, requisitos necessários para que o subordinado esteja coberto pelo instituto em apreço para eximir-se dos atos criminosos praticados pelo superior, bem como sobre o crime de insubordinação, o qual prevê como crime no Código Penal Militar a negação do subordinado em obedecer à ordem superior sobre assunto ou matéria de serviço, regulamento ou instrução.

Por derradeiro serão apresentadas as considerações finais, em que se reafirma que devido às peculiaridades da caserna, impera o respeito e acatamento à ordem dada pelo superior, tanto na esfera administrativa e penal, a fim de preservar a hierarquia e disciplina, as quais fundamentam inclusive constitucionalmente as instituições militares, bem como sobre os requisitos necessários para caracterização da obediência hierárquica no Código Penal Militar.

## 1.1 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

O Direito Penal Militar é um Direito Penal especial, visto que a maioria de suas normas, diversamente das de direito penal comum, destinadas a todos os cidadãos, aplicam-se exclusivamente aos militares, que têm especiais deveres para com o Estado, indispensáveis à sua defesa armada e à existência de suas Instituições Militares.

As forças de defesa estatais de formação militar têm como fundamento constitucional em suas estruturas a hierarquia e a disciplina, cujo fundamento é estendido às demais normas infraconstitucionais atinentes ao sistema militar.

A hierarquia e a disciplina assim tomam relevo importantíssimo dentro das instituições militares, sejam federais ou estaduais, pois é por meio delas que toda a sua estrutura é baseada, sendo a observância da precedência hierárquica e o acatamento das ordens pelo subordinado essenciais para o funcionamento do sistema militar.

Assim, o Instituto da Obediência Hierárquica no campo militar, por sua especificidade, carece de estudo aprofundado, porque a doutrina se atém mais com o Instituto para o funcionário civil, no qual a obediência hierárquica está prevista no art. 22 do Código Penal, em que inclusive o subordinado pode contestar a ilegalidade da ordem e deixar de cumpri-la, caso seja manifestamente ilegal.

Já para o militar, esta prática não é permitida, pois ele só pode deixar de cumprir uma ordem manifestamente criminosa, já que a obediência é um fundamento básico das instituições militares, estando inclusive previsto como crime no art. 163 do Código Penal Militar, o não cumprimento de uma ordem pelo subordinado.

Além disso, nas Corporações Militares, os regulamentos disciplinares estabelecem sanções administrativas severas aos militares que não acatam ordens superiores, uma vez que estes regulamentos seguindo o regramento Constitucional também são estruturados com base na hierarquia e disciplina, e, além disso, dependendo da gravidade da falta funcional praticada, poderá ser instaurado um procedimento administrativo para verificar as condições de permanência do militar na Instituição Militar.

Desse modo, feitas essas considerações, verifica-se a dificuldade do militar em deixar de cumprir uma ordem superior, porque em suas tarefas diárias tem o dever de cumprimento de ordens emitidas por escalões superiores, bem como identificar se a ordem é manifestamente criminosa, pois em caso negativo o descumprimento acarretará que o subordinado incida em crime militar e sanções administrativas; caso a ordem seja manifestamente criminosa, o subordinado não estará respaldado pelo Instituto da Obediência Hierárquica e responderá juntamente com o superior pelo crime e abusos cometidos.

Aqui, portanto, reside o problema, pois em face da peculiaridade do sistema militar, existe uma extrema dificuldade em estabelecer quais os requisitos necessários para que o subordinado esteja respaldado pela excludente de culpabilidade prevista no art. 138, letra b do Código Penal Militar Brasileiro, sem ferir os demais preceitos e normas regulamentares da caserna.

Surge, então, a necessidade de estudar a seguinte questão: quais os requisitos necessários para caracterização do Instituto da Obediência Hierárquica no Código Penal Militar Brasileiro?

## 1.2 OBJETIVOS DO ESTUDO

### 1.2.1 Objetivo Geral:

- Identificar quais os requisitos necessários para caracterização do Instituto da Obediência Hierárquica no Código Penal Militar Brasileiro.

### 1.2.2 Objetivos específicos:

- Abordar a evolução histórica da Obediência Hierárquica.
- Compreender o conceito de Direito Penal Militar e suas relações com a disciplina militar.
- Identificar quais são as instituições militares.
- Identificar quais pessoas são consideradas militares pela legislação castrense.
- Levantar a legislação e doutrina existente sobre o Instituto da Obediência Hierárquica no Direito Militar.
- Identificar em quais circunstâncias o militar pode cumprir uma ordem respaldado pelo Instituto da Obediência Hierárquica.
- Identificar como o Instituto vem sendo interpretado pelo Poder Judiciário, por meio de análise jurisprudencial.

## 1.3 JUSTIFICATIVA DO ESTUDO

A presente pesquisa se justifica pela necessidade de se aprofundar o estudo sobre a obediência hierárquica, visto que os doutrinadores penalistas dispensam pouca atenção para o tema, especialmente no campo militar.

A obediência hierárquica na caserna devido à rigidez do regime militar assume maior complexidade que em relação às instituições civis, visto que nas instituições militares o acatamento à ordem superior é um fundamento que deve ser seguido, a fim de preservar a hierarquia e a disciplina militar.

Neste contexto, percebe-se a difícil tarefa do subordinado em deixar de cumprir uma ordem superior, bem como identificar se a ordem é manifestamente criminosa, pois no desempenho de suas funções tem o dever de cumprimento de

ordens emitidas por escalões superiores, em que o descumprimento poderá ensejar que o subordinado incida em crimes militares e sanções administrativas.

Por outro lado, caso a ordem seja manifestamente criminosa, o subordinado não estará respaldado pelo Instituto da Obediência Hierárquica e responderá juntamente com o superior pelo crime e abusos cometidos.

Desta forma, percebe-se a complexidade do tema, sendo o conhecimento dele fundamental, especialmente para o militares, para que entendam o alcance do Instituto da Obediência Hierárquica, a fim de identificar quando, apesar da rigidez do regime militar, devem deixar de cumprir a ordem, sob pena de vir a ser responsabilizado juntamente com o superior pelos abusos cometidos quando a ordem conduza a um crime, ou incidam nos crimes militares e sanções administrativas previstas ao subordinado que não cumpra a ordem não manifestamente criminosa do superior hierárquico.

Finalmente, cabe ressaltar que também para os operadores de direito aplicarem corretamente o instituto em um caso concreto, o conhecimento do tema é importantíssimo para atuarem nas esferas criminal, civil e administrativa.

#### 1.4 ENCAMINHAMENTO METODOLÓGICO

Para atender os objetivos do presente estudo foi numa primeira fase realizada uma pesquisa bibliografia utilizando os materiais já produzidos sobre o Instituto da Obediência Hierárquica, como livros e artigos publicados em revistas ou meio eletrônico para o desenvolvimento e compreensão do tema em estudo.

Toda a literatura doutrinária e a documentação jurisprudencial, escritas ou fundamentadas antes da promulgação da constituição de 1988 foi desconsiderada para fins deste estudo.

Após a coleta e estudo do material bibliográfico, foi realizada uma pesquisa jurisprudencial, a fim de verificar como o Instituto é tratado na Vara da Auditoria da Justiça Militar do Paraná, nos Tribunais Militares; Superior Tribunal Militar, Superior Tribunal de Justiça e Tribunais de Justiça Estaduais.

Finalizando, foram resumidas as informações coletadas mediante pesquisa jurisprudencial, relacionando-a com as informações obtidas por meio da pesquisa

bibliográfica constante do referencial teórico, a fim compreender a sistemática da Obediência Hierárquica no âmbito militar.

## 2 DIREITO PENAL MILITAR

O capítulo em tela tem por intuito focar os aspectos essenciais sobre o Direito Penal Militar para o desenvolvimento e compreensão da sistema da obediência hierárquica, pois conforme será verificado este ramo do Direito é especial e possui peculiaridades que o diferencia do Direito Penal Comum.

### 2.1 CONCEITO DE DIREITO PENAL MILITAR

O Direito Penal Militar pode ser indicado como um Direito Penal Especial, visto que a maioria de suas normas, diversamente das de direito penal comum, são aplicadas a uma classe de funcionários específica do serviço público, ou seja, os militares, tendo por objetivo preservar a ordem jurídica militar, a qual tem como fundamento a preservação da hierarquia e a disciplina da caserna.

Para uma melhor compreensão do tema é necessário estabelecer o seu conceito.

Romeiro, (1994, p. 1) assim define Direito Penal Militar:

O complexo de normas jurídicas, destinadas a assegurar a realização dos fins essenciais das instituições militares, cujo principal é a defesa da Pátria, qualifica uma ordem jurídica militar dentro no âmbito da ordem jurídica geral do Estado.

Desta forma, verifica-se que este ramo do direito aplica-se predominantemente ao militar, visando, sobretudo, assegurar que o fim essencial das instituições militares seja assegurado, de forma a garantir a defesa da Pátria, preservando a ordem jurídica militar.

Para preservar a ordem jurídica militar, em que predominam a hierarquia e a disciplina, está previsto um elenco de sanções de natureza diversas, de acordo com os diferentes bens tutelados: administrativas, disciplinares, penais, etc.”, conforme afirma Romeiro (1994, p. 1).

As penas surgem com o direito penal militar, que é à parte do direito penal consistente no conjunto de normas que definem os crimes contra a ordem jurídica militar, cominando-lhes penas, impondo medidas de segurança e estabelecendo as causas condicionantes, excludentes e modificativas da punibilidade, normas essas jurídicas positivas, cujo estudo ordenado e sistemático constitui a ciência do direito penal militar.

No ordenamento jurídico militar, os bens juridicamente relevantes são os bens, a vida, o patrimônio e o dever militar, os quais são protegidos por meio de sanções que asseguram sua existência.

As sanções no ordenamento jurídico militar são mais rígidas, conforme nos ensina Loureiro Neto, (2001, p.23):

Quando se trata do ordenamento jurídico militar, a lei penal militar visa exclusivamente os interesses do Estado e das Instituições Militares. Por isso, inexistente a ação penal privada na legislação processual penal militar. Exemplificando, se um civil cometer o crime de injúria (art. 140 do CP), a ação penal será proposta através de queixa, ou seja, a iniciativa de movimentar a tutela jurisdicional é do particular. O mesmo não ocorre na legislação processual penal militar, onde a iniciativa de propor a ação penal é sempre do Estado, através de seu órgão ministerial.

Finalmente, é importante destacar que este caráter especial do Direito Penal Militar no Brasil está previsto na Constituição Federal, “ao atribuir com exclusividade aos órgãos da Justiça Castrense, conforme especialmente prevê (art. 122), o processo e o julgamento dos crimes militares definidos em lei (arts. 124 e 125 § 4º)”, conforme ensina Romeiro, (1994, p. 5).

## 2.2 CRIMES MILITARES

Não se tem obedecido a um critério uniforme ao longo dos anos para a classificação dos crimes militares, variando de acordo com a legislação de cada país.

Para conceituar o crime militar a doutrina estabeleceu os critérios *ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione temporis* e *ratione legis*, conforme nos ensina Assis (1999, p. 35 - 36):

Para conceituar o crime militar a doutrina estabeleceu os seguintes critérios: *ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione temporis* e *ratione legis*.

O critério *ratione materiae* exige “que se verifique a dupla qualidade militar – no ato e no agente”.

São delitos militares *ratione personae* aqueles cujo sujeito ativo é militar atendendo exclusivamente à qualidade de militar do agente.

O critério *ratione loci* leva em conta o lugar do crime, bastando, portanto, que o delito ocorra em lugar sob a administração militar.

São delitos militares, *ratione temporis* os praticados em determinada época, como por exemplo, os ocorridos em tempo de guerra ou durante o período de manobras ou exercícios.

Daí, concluímos, a classificação do crime em militar se faz pelo critério

*ratione legis*, ou seja, é crime militar aquele que o Código Penal Militar diz que é, ou melhor, enumera em seu art. 9º.

O Brasil adota o critério *ratione legis* para classificar o crime militar, não restando dúvidas quanto a este critério adotado, estando inclusive estabelecida na própria Constituição Federal no artigo 124, ou seja: “à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.”

Tal linha de pensamento, a qual afirma Romeiro (1994, p. 66) também é adotada na Alemanha e na Itália, sendo corrente em países democráticos, fundamenta-se também no princípio do *nullun crimen sine lege*, estabelecendo que “crime militar é o que a lei define como tal.”

É importante ressaltar que o Código Penal Militar, instituído pelo Decreto-lei n.º 1.001, de 21 de outubro de 1.969, separa os crimes militares em tempo de guerra e em tempo de paz, tratando destes últimos em seu art. 9º:

Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I – Os crimes de que trata este código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

II - Os crimes previstos neste código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado ou civil;

c) por militar em serviço, ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob administração militar, ou a ordem administrativa militar;

f) revogado;

III – Os crimes praticados por militar da reserva, ou reformados, ou por civil contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inc. I, como os do inc. II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar ou contra a ordem administrativa militar;

b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de ministério militar ou da justiça militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) contra militar em formatura, ou durante o serviço de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou, em obediência à determinação legal superior.

Parágrafo único – Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum.

Compactando o art. 9 do Código Penal Castrense podemos concluir que estaremos diante de um crime militar quando este se encontra previsto apenas no Código Penal Militar (propriamente militar – inciso I) ou mesmo quando previsto de forma idêntica na legislação comum (impropriamente militar – Inciso II), desde que praticados:

- a) Por militar contra militar;
- b) Por militar em local sujeito à administração militar;
- c) Por militar em serviço;
- d) Por militar contra o patrimônio militar.

A respeito de crimes militares cabe ainda esclarecer que a Lei Federal 9.299, de 07 de agosto de 1.996, alterou o Código Penal Militar na redação da letra “c” do inciso II, do art. 9; revogou a letra “f”, que enquadrava como crime militar aquele praticado por militar mesmo fora de serviço, mas com armamento pertencente à administração militar, e, acrescentou o parágrafo único deslocando a competência, nos casos de crimes dolosos contra a vida praticados por militares, da justiça militar para a justiça comum, que então passaram a ser apreciados pelo Tribunal do Júri.

Existe ainda a possibilidade do crime militar ser praticado por civil, todavia estes casos incidentais somente poderão ser analisados em termos de Justiça Militar Federal, pois a Justiça Militar Estadual é competente apenas para julgar e processar policiais militares e bombeiros militares, nos crimes militares definidos em lei (artigo 125, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal). Logo, o crime militar praticado pelo civil ou assemelhado - que é aquele funcionário civil que está sujeito à legislação militar –, em termos estaduais, será julgado pela justiça comum.

### 2.3 CRIME MILITAR PRÓPRIO E IMPRÓPRIO

Outro fator importante para o estudo do Direito Penal Militar é a distinção entre crime militar próprio e impróprio.

Crime militar próprio é aquele que pode ser praticado apenas por militar, diz respeito aos valores militares e, por conseqüente, encontram-se previstos apenas no

Código Penal Militar, como a deserção (arts. 187 a 194), a insubordinação (arts. 163 a 166), a violência contra superior ou militar de serviço (arts. 157 a 159) e outros. São estes que incluem o inciso I do artigo 9º, do Código Penal Militar (CPM).

Os crimes militares impróprios são aqueles que estão tipificados tanto no Código Penal Militar como no Código Penal Comum, todavia tornam-se militares por se enquadrarem em uma das hipóteses do inciso II do art. 9 do Código Penal Castrense. Assim, podemos citar como exemplo a lesão corporal, o roubo e o estupro. O renomado mestre Beviláqua (1999, p.37) se refere aos crimes militares impróprios conceituando que “embora civis na sua essência, assumem feição militar, por serem cometidos por militares em sua função”.

## 2.4 RELAÇÕES ENTRE O DIREITO PENAL MILITAR E A DISCIPLINA MILITAR

As Corporações Militares, por serem baseadas na hierarquia e disciplina, “possuem normas complementares, contidas nos Regulamentos Disciplinares, que permitem às autoridades militares aplicarem sanções disciplinares a seus subordinados por fatos de menor gravidade”, conforme afirma (LOUREIRO NETO, 2001, p. 25).

As transgressões disciplinares contidas nos Regulamentos Disciplinares também integram o ordenamento jurídico militar, pois visam regular as situações que apesar de não serem tão graves quanto as previstas na legislação penal militar, são essenciais para a manutenção da disciplina na caserna.

A linha divisória entre transgressão disciplinar e crime militar é extremamente tênue, e, somente por meio de alguns aspectos técnicos, a seguir arrolados, é possível diferenciar o crime militar da falta ou transgressão disciplinar, segundo Romeiro (1994, p. 10):

- a) O crime militar é previsto pela lei como fato típico, com pena específica e irrevogável, a transgressão disciplinar o é genericamente, quer quanto ao fato, quer quanto à sanção, revogável e eleita discricionariamente pelos chefes militares dentro de um elenco delas.
- b) Só jurisdicionalmente, isto é, só através de decisão dos tribunais da justiça militar, com trânsito em julgado, pode ser punido o crime militar, cuja prática não é exclusiva dos militares; enquanto a falta disciplinar é privativa deles e sancionada pelo poder disciplinar dos chefes militares.
- c) O crime militar resulta exclusivamente de lei federal, a falta disciplinar também de Decretos e Regulamentos do Poder Executivo (Regulamentos Disciplinares da Marinha, do Exército e da Aeronáutica).

Outro fator importante a ser ressaltado é o fato que em virtude da cambiante linha divisória entre o crime militar e a transgressão disciplinar, não há acumulação das respectivas sanções, em se tratando de um mesmo fato. “É o que dispõem, adotando o princípio *ne bis in idem* nas relações do direito penal e disciplinar castrense”, segundo Romeiro (1994, p. 11), ou seja, ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato, tanto na esfera penal como disciplinar.

Contudo, isto não impede que pelo mesmo fato o militar possa sofrer sanções disciplinares e penais, pois as esferas penais e administrativas são independentes, ou seja, a penal visa apurar o crime e a disciplinar a falta.

Cabe-se ressaltar que a transgressão disciplinar será, entretanto, apreciada para efeito de punição quando houver absolvição pelo crime, “exceto se a sentença absolutória, transitada em julgado, negar a existência do fato ou sua autoria”, conforme afirma (ROMEIRO, 1994, p. 12).

### 3 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA

Poucos autores dão destaque aos precedentes históricos do Instituto da Obediência Hierárquica, entretanto, este tipo de análise é importantíssimo para a compreensão do Direito Penal na atualidade, aliás, sabendo como se desenvolveu algum instituto jurídico, o estudioso habilitar-se-á para aperfeiçoá-lo e adequá-lo ao tempo futuro, conforme afirma Koerner Junior (2003, p. 31):

Dar valor à História e particularmente à História do Direito Penal não significa atentar contra a dignidade da Ciência Criminal, seu método e seu objeto. Ao inverso, é valorizá-la. É alhear-se o penalista de pudor ultrapassado, exclusivista e egoísta, pernicioso e perigosíssimo à compreensão científica de sua ciência, sempre atrelável ao homem e à vida do homem.

Assim, por meio da compreensão da evolução do Direito Penal é que se torna possível visualizar as transformações que ocorreram nas leis penais, pois as leis vão evoluindo e adaptando-se de forma a atender os interesses da sociedade, conforme assevera Koerner Junior (2003, p. 33):

Em Portugal, em 1985, Américo Taipa de Carvalho, Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra e da Universidade Católica Portuguesa – Curso de direito no Porto, publicou uma monografia intitulada Condicionalidade sócio-cultural do direito penal: análise histórica, sentido e limites. Nela como crítica ao princípio que exige absolutizar-se o Direito sobre si mesmo, apontou haver, no presente, uma reação contra a perspectiva tradicional que remetia o estudioso do direito penal para uma tarefa meramente técnica, dogmática e não interveniente, com todos os riscos que tal pensamento comporta e que a história recente já o demonstrou, a investigação jurídico-penal tende, hoje embora com hesitações, a projetar-se para além da restrita dogmática, substituindo ou mais corretamente, dando prioridade ao pensamento problemático face ao pensamento sistemático-dedutivo.

#### 3.1 OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA NO PRESENTE

A obediência hierárquica na atualidade está circunscrita ao Direito Público, não sendo utilizado nos domínios do Direito Privado, pois Koerner Junior (2003, p. 34) assim nos coloca:

Não concebem os juspenalistas que possa ela repercutir nos domínios do Direito Privado. Limitam-se às relações entre agentes militares ou não militares do Estado, submetidos à maior ou a menor rigidez de um sistema

de subordinação legal, com reflexos inexoráveis no campo de expedição de ordens pelo agente superior e que devem ser cumpridas pelo inferior. Assim, deixam a *latere* outras realidades ou não tratam, ou ainda não se aprofundam, por exemplo, nos casos em que, o passado, havia empregados do Estado submetidos ao regime legal da Consolidação das Leis do Trabalho, da subordinação de pessoas físicas a pessoas de Direito Privado e dos empregados ligados à pessoa natural.

Hoje, com a edição da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que estendeu os celetistas à categoria de estatutário, “desapareceu o regime trabalhista, utilizado por algumas Administrações para a contratação de pessoal para certas atividades”, conforme esclarece (KOERNER JUNIOR, 2003, p.36).

Entretanto, cabe ressaltar que o art. 37, inciso IX, da Constituição Federal, “permite a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”, conforme afirma (KOERNER JUNIOR, 2003, p. 36).

Assim, observa-se que a obediência hierárquica é utilizada atualmente somente no campo do direito público, entre funcionários civis e funcionários militares, que podem ser militares estaduais, que são os integrantes das policiais militares e corpos de Bombeiros Militares, e os militares federais, os integrantes das forças armadas. Será abordado nos próximos capítulos que para os funcionários militares, face às peculiaridades de suas funções, o dever de obediência hierárquica é bem mais rígido que para os funcionários públicos civis.

### 3.2 SISTEMA PATRIARCAL E DIREITO ROMANO

No passado, o dever de obediência não se encontrava submetido ao Direito Público, em contrapartida existia uma estreita ligação entre a obediência hierárquica e o Direito Privado, sendo esta ligação fundamental na estrutura política destas sociedades.

No sistema patriarcal a família girava em torno do poder familiar, em que todos deviam obediência ao *pater familias*, tendo inclusive o pai de família o direito de vida e de morte sobre as pessoas que viviam sob seu domínio, conforme afirma Koerner Junior (2003, p. 36).

A sujeição creditada ao *pater* denominava-se *pátria potestas*. O pai de família tinha o direito de vida e de morte sobre os seus. Sem dúvida, o poder ilimitado do chefe da casa sobre os indivíduos que faziam parte dela era essencialmente igual ao que tinha o Estado sobre os membros da comunidade política.

Desta forma, observa-se que o *pater familias* tinha o direito de exigir obediência das pessoas que viviam sob seu comando, tendo amplos poderes sobre estas pessoas.

Em relação se a obediência ao *pater familias* deveria ser cega, o Direito Romano não continha disposição expressa do alcance dessa obediência, não sendo possível, portanto, definir se ela era ou não absoluta, especialmente no caso de ordens que tinham por objetivo a prática de atos criminosos.

No Direito Romano, a grande dificuldade está em saber se a natureza do dever de obediência era ou não absoluto e ilimitado.

Para tentar dirimir esta dúvida verifica-se que os filhos tinham a obrigação de cumprir as ordens emanadas do *pater*, igualmente, os escravos, pela relação de dependência, submetiam-se ao poder de autoridade de seu senhor, e não podiam em princípio discutir as ordens expedidas a eles. Entretanto, conforme assevera Koerner Junior (2003, p. 38) “os primeiros não estavam obrigados à realização de atos criminosos que tivessem a atrocidade de um crime. Os segundos podiam recusar o cumprimento do comando que lhes fosse ordenado”.

Desta forma, apesar do grande poder que tinha o *pater*, este poder não era absoluto, pois as pessoas que estavam submetidas a seu poder para não serem penalizadas, não deveriam cumprir as ordens que conduzissem a um crime, conforme esclarece Koerner Junior (2003, p. 38):

Com efeito, o poder ilimitado do *pater* não era absoluto. A não punição do sujeito a qual a ordem era dada submetia-se ao pressuposto condicionante de inexistência de evidente criminalidade em seu conteúdo; (...) perdoavam-se aos escravos as ações que não tenham a atrocidade de um crime, se as praticaram em obediência ao senhor ou ao que suas vezes faz.

Esta situação é parecida com a prevista com o Instituto da Obediência Hierárquica Militar, pois, ressalvadas as devidas proporções, o militar somente pode eximir-se da responsabilidade pelo cumprimento da ordem, se a mesma não for manifestamente criminosa.

### 3.3 DIREITO BÁRBARO E DIREITO GERMÂNICO

No Direito Bárbaro, as ordens podiam ser dadas pelo patrão e pelo rei aos súditos, sendo que estes não respondiam pelos delitos cometidos, quando estivessem cumprindo ordem.

Sobre o Direito Bárbaro, é importante realçar o posicionamento de Koerner Junior (2003, p. 39):

Em época subsequente ao Direito Romano, já sob a égide do Direito Bárbaro, as ordens podiam ser emitidas pelo patrão e pelo rei aos servos e aos súditos, os quais não respondiam pelos delitos cometidos quando cumprissem os comandos para eles expedidos. Nesse período não científico do direito de punição, tem-se como absoluto e ilimitado o dever de obediência, e cega para o subordinado, ao impeli-lo a cumprir as ordens dadas.

O Direito Germânico tinha no costume sua principal fonte, sendo que a vingança de sangue constituía-se em reação anticriminal, destituída, por isso mesmo, de algum critério científico a amparar a sua existência, conforme assevera Koerner Junior (2003, p.39):

Independentemente de vinculação hierárquica e de submissão ao cumprimento de ordens emanadas de terceiro, o homem germânico, por si, revestia-se de legitimidade a exercitar a vingança, que se apresenta mais como um dever do que como um direito.

No Direito Penal Germânico, “o individualismo que imperava na sociedade, não se compadecia com a índole pública das modernas leis punitivas e se explica pela rudimentar organização política da Germânia, onde o público existia em função e como garantia do privado”, conforme esclarece (KOERNER JUNIOR, 2003, p. 39).

### 3.4 DIREITO CANÔNICO

O Direito Canônico cronologicamente sucedeu o Direito Romano e o Direito Germânico, porém antecedeu ao Direito Moderno. Uma característica marcante do Direito Canônico foi a incorporação de idéias cristãs.

No Direito Canônico o inferior não seria punido quando estivesse cumprido um dever imposto pela lei, segundo Koerner Junior (2003, p. 40):

Pode-se então apontar: se e cumprido, o dever imposto pela lei não autorizava a punição. Não incidia em crime quem usava de um direito próprio. Quando o mandado do superior tivesse de ser obedecido incondicionalmente, descriminava-se o fato. O inferior não seria punido.

Em relação ao Direito Canônico, é importante realçar que a obediência não era considerada ilimitada e absoluta, devido à natureza política do Direito Canônico, e, principalmente devido à incorporação das idéias cristãs, o qual tinha uma grande influência no Direito Penal daquela sociedade, pois segundo Koerner Junior (2003, p. 41), “a religiosidade era tão presente que o cidadão deveria obedecer mais a Deus que aos Homens”.

### 3.5 DIREITO MEDIEVAL

No Direito Medieval, “acentou-se a natureza pública das reações anticriminais, com reflexos no âmbito da obediência devida”, conforme entendimento de (KOERNER JUNIOR, 2003, p. 41).

As ordens não deveriam ser cumpridas cegamente pelo subordinado, mesmo que esta ordem fosse oriunda do Príncipe, sob pena do subordinado responder penalmente pelo ilícito cometido, conforme entendimento de Koerner Junior (2003, p. 40):

Não se pode admitir devessem as ordens ser cumpridas cegamente. Mesmo quando oriundas do Príncipe, a sua ilegalidade desobrigava o inferior de seu cumprimento. Se as cumprisse, responderia penalmente pelo fato ilícito praticado. A ilegalidade da ordem emanada sobrepunha-se a obediência devida. Isso nos primeiros tempos desse período da História do Direito Penal. Imediatamente antes da Revolução Francesa, quando mais se acentuava o regime absolutista, o poder de mando garantido ao soberano tirava dos seus subordinados a possibilidade de exame das ordens a eles expedidas; elas tinham que ser cumpridas, e, sendo cega à obediência imposta, não havia como cogitar pudesse o inferior ser responsabilizado pelos atos decorrentes de ordens cumpridas.

Portanto, no Direito Medieval não imperava a obediência cega, pois o inferior era desobrigado de cumprir ordens ilegais, mesmo que oriunda do príncipe, já que, se a cumprisse, responderia penalmente pelo crime praticado, não podendo eximir-se da responsabilidade alegando que estava cumprindo ordem de seu superior hierárquico.

### 3.6 IDÉIAS HUMANITÁRIAS. REVOLUÇÃO FRANCESA. ÉPOCA MODERNA

A Revolução Francesa contribuiu sobremaneira para a modernização do Direito Penal, incorporando idéias humanitárias, “surgiu uma nova época, e o homem moderno contribuiu, eficientemente, para o aparecimento da Ciência Penal, das Escolas Penais e das codificações”, conforme assevera Koerner Junior (2003, p. 41).

As novas idéias trazidas com a Revolução Francesa repercutiram no campo da Obediência Hierárquica, facultando obviamente ao subordinado o cumprimento de ordens ilegais, pois caso viesse a cumprir uma ordem ilegal que conduzisse a um crime, o subordinado seria punido juntamente com o superior.

Sobre as repercussões da Revolução Francesa no campo da Obediência Hierárquica, assim se manifestou Koerner Junior (2003, p. 40):

Claro que as novas idéias repercutiriam no âmbito da obediência hierárquica devida, principalmente pela necessidade de revisão de tudo aquilo que vinha do passado, ou seja, de se estabelecer a natureza do dever de obediência em confronto com a faculdade do destinatário de recusar o cumprimento de comando ordenatório ilegal. Aliás, executada a ordem a conduzi-lo a um crime, sem que previamente exercitasse a faculdade de recusar o seu cumprimento quando ilegal, o sujeito seria punido.

Desta forma, a teoria científica moderna, permitia o surgimento de uma tese intermediária entre a obediência absoluta e ilimitada e o poder de exame do destinatário da ordem, “garantindo ao inferior hierárquico a capacidade relativa de apreciação e juízo sobre a ordem, mas adstrita à legitimidade da ordem e nunca à sua conveniência ou justiça”, conforme afirma (KOERNER JUNIOR, 2003, p. 42).

## 4 A OBEDIÊNCIA HIERARQUICA NO DIREITO ADMINISTRATIVO MILITAR

O Direito Administrativo, conforme nos ensina Antonio Pereira Duarte (1995, p. 3) “é o ramo do Direito Público que estuda os aspectos atinentes à Administração Pública, seus órgãos e seus agentes, ontologicamente ligados a noção de Estado.”

Conforme se observa, é um conceito amplo que atinge as várias faces da atividade administrativa; quer seja do executivo, judiciário e legislativo.

Por sua vez, o Direito Administrativo Militar é um ramo especialíssimo do Direito Administrativo, que regula os temas referentes à relação do servidor militar federal (integrante das Forças Armadas) e o servidor militar estadual (integrante da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros de cada Estado, do Distrito Federal e dos Territórios) com a respectiva Instituição Militar.

Este capítulo visa abordar o dever de obediência do subordinado na esfera administrativa das Corporações Militares, as quais, conforme será explanado, são estruturas com base na hierarquia e disciplina, e, para que estas vigas mestras sejam mantidas, a legislação militar, regulamentos e normas internas contemplam o acatamento a ordem superior como uma premissa a ser seguida, estabelecendo sanções administrativas em caso de descumprimento da ordem pelo subordinado, que vai de uma simples advertência até a exclusão dependendo da gravidade da situação.

Primeiramente, para iniciar o estudo deste capítulo será focado sobre quais instituições são consideradas militares e suas funções conforme o ordenamento jurídico brasileiro.

### 4.1 AS INSTITUIÇÕES MILITARES

As Instituições Militares são compostas pelas Forças Armadas, as quais fazem parte o Exército, a Marinha e a Aeronáutica e pelas Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios, conforme estabelece a Constituição Federal no art. 42 e 142, *in verbis*:

Art. 42. Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

(...)

Art. 142. As Forças Armadas são constituídas pela Marinha, pelo Exército e

pela Aeronáutica. São instituições nacionais, permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e, destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

Portanto, da leitura dos dispositivos constitucionais, percebe-se que as instituições militares possuem peculiaridades que as diferenciam dos demais órgãos da Administração Pública, visto que são as únicas instituições que têm como fundamento constitucional a previsão da preservação hierarquia e disciplina em suas estruturas, sendo de fundamental importância preservar estes dois preceitos, sob pena de desconfigurá-las.

#### 4.1.1 As Forças Armadas

As Forças Armadas são constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, e destinam-se a defender a Pátria e a garantir os poderes constituídos, a lei e a ordem. São instituições nacionais, permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República e dentro dos limites da lei.

As Forças Armadas brasileiras, em sua destinação constitucionalmente definida, inserem-se no contexto de um Estado Social e Democrático de Direito. Como instrumentos de força deste mesmo Estado, exercem papel fundamental na continuidade da estabilidade das instituições, no equilíbrio do pacto federativo, bem como, subsidiariamente, em atividades de segurança públicas e humanitárias. Nas relações internacionais do Estado brasileiro, contribuem para a busca incessante da paz, como instrumentos de afirmação dos ideais pacifistas do presente momento.

As Forças Armadas têm seu papel definido no art. 142 da Constituição Federal, ou seja:

Art. 142. As Forças Armadas são constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica. São instituições nacionais, permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e, destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

Assim, conforme Antonio Pereira Duarte (1995, p. 28) “As forças Armadas

de hoje, devem buscar uma atuação coerente e consciente no contexto mundial, dando sua contribuição na preservação do equilíbrio entre as nações, caracterizando-se como órgão necessário à garantia da defesa e segurança externa do Estado”.

Já com relação à segurança interna Antonio Pereira Duarte (1995, p. 29), afirma que: “Outrossim, administram a segurança e a ordem internas, aliadas com as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares”.

Desta forma, verifica-se que além da defesa e segurança externa do país, as Forças Armadas podem ser empregadas de maneira integrada com os órgãos de segurança pública, nos casos estabelecidos em lei, como já ocorreu no Rio de Janeiro, em que as Forças Armadas atuaram em determinadas regiões devido à crise de segurança instalada em decorrência do tráfico de drogas em determinadas comunidades.

Exige-se por meio das Forças Armadas - Exército, Marinha e Aeronáutica - e, também das Polícias Militares e Cíveis - (estadual e federal), que o Estado demonstre presença e preparo para enfrentar os desafios postos, numa atuação conjunta, ou seja, integradas, buscando uma coordenação de forças.

Isto posto, a arquitetura constitucional de segurança aponta para o emprego e atuação das Forças Armadas em quatro destinações, que são:

- a) na defesa da pátria;
- b) na garantia dos poderes constitucionais;
- c) na garantia da lei e da ordem; e
- d) em operações humanitárias e de cooperação internacional.

#### 4.1.2 As Polícias Militares

As Polícias Militares são consideradas forças auxiliares e reserva do Exército, instituídas para a manutenção da ordem pública e segurança interna nos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal.

As Polícias Militares estão previstas no capítulo destinado à Segurança Pública, no art. 144 §§ 5º, 6º e 7º da Constituição Federal, ou seja:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

(...)

IV- polícias militares e corpos de bombeiros militares.

(...)

§5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

§6º As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

As Polícias Militares são organizadas e estruturas por meio do Decreto-lei nº 667, de 02 de julho de 1969, o qual estabelece basicamente que as Polícias Militares são instituídas para a manutenção da ordem pública e segurança interna nos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal, conforme estabelece o art. 3º do referido decreto:

Art. 3º. Instituídas para a manutenção da ordem pública e segurança interna nos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal, compete as Polícias Militares, no âmbito de suas respectivas jurisdições:

- a) executar com exclusividade, ressalvas as missões peculiares das Forças Armadas, o policiamento ostensivo, fardado, planejado pela autoridade competente, a fim de assegurar o cumprimento da lei, a manutenção da ordem pública e o exercício dos poderes constituídos;
- b) atuar de maneira preventiva, como força de dissuasão, em locais ou áreas específicas, onde se presume ser possível à perturbação da ordem;
- c) atuar de maneira repressiva, em caso de perturbação da ordem, precedendo o eventual emprego das Forças Armadas;

Em relação ao Decreto-lei nº 667/69, é importante esclarecer que com o advento da Constituição Federal de 1988, o policiamento ostensivo não é destinado mais exclusivamente às polícias militares, pois outras corporações como, por exemplo, a Polícia Rodoviária Federal, tem um segmento uniformizado que realiza o policiamento ostensivo das rodovias federais.

Importante se ressaltar que os militares estaduais das Polícias Militares poderão ser convocados pelo Governo Federal em caso de guerra externa ou para prevenir grave perturbação ou ameaça em suas atribuições, subordinando-se obviamente as Forças Armadas, conforme estabelece o Decreto Lei 667/69, art. 3º, letra “d” e “e” :

- d) atender à convocação, inclusive mobilização, do Governo Federal em caso de guerra externa ou para prevenir ou reprimir grave perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção, subordinando-se à Força Terrestre para emprego em suas atribuições específicas de polícia militar e como participante da Defesa Interna e da Defesa Territorial;

e) além dos casos previstos na letra anterior, a Polícia Militar poderá ser convocada, em seu conjunto, a fim de assegurar à Corporação o nível necessário de adestramento e disciplina ou ainda para garantir o cumprimento das disposições deste Decreto-lei, na forma que dispuser o regulamento específico.

§ 1º A convocação, de conformidade com a letra e deste artigo, será efetuada sem prejuízo da competência normal da Polícia Militar de manutenção da ordem pública e de apoio às autoridades federais nas missões de Defesa Interna, na forma que dispuser regulamento específico.

§ 2º - No caso de convocação de acordo com o disposto na letra e deste artigo, a Polícia Militar ficará sob a supervisão direta do Estado-Maior do Exército, por intermédio da Inspetoria-Geral das Polícias Militares, e seu Comandante será nomeado pelo Governo Federal.

§ 3º - Durante a convocação a que se refere à letra e deste artigo, que não poderá exceder o prazo máximo de 01 (um) ano, a remuneração dos integrantes da Polícia Militar e as despesas com a sua administração continuarão a cargo do respectivo Estado-Membro.

As Polícias Militares, assim como as Forças Armadas, são organizadas com base na Hierarquia e Disciplina, conforme previsto no art. 42 da Constituição Federal: “Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, são instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina...”.

A hierarquia nas Polícias Militares é definida pelo Decreto Lei 667/69, conforme estabelece o art. 8:

Art. 8º. A hierarquia nas Polícias Militares é a seguinte:

a) Oficiais de Polícia Militar

Coronel

Tenente-Coronel

Major

Capitão

1º Tenente

2º Tenente

b) Praças Especiais

Aspirante-a-Oficial

Alunos da Escola de Formação de Oficiais da Polícia.

c) Praças de Polícia:

Graduados:

Subtenente

1º Sargento

2º Sargento

3º Sargento

Cabo

Soldado

#### 4.1.3 Corpos de Bombeiros Militares

Os Corpos de Bombeiros Militares possuem a mesma escala hierárquica utilizada pelas Polícias Militares, bem como na maioria dos Estados os Corpos de Bombeiros estão incorporadas às Polícias Militares de seus respectivos Estados da

Federação onde atuam, entretanto, em determinadas Unidades da Federação, como por exemplo, no Distrito Federal os Corpos de Bombeiros Militares são autônomos.

Assim, como as Polícias Militares, os Corpos de Bombeiros Militares tem sua previsão Constitucional no Capítulo III, o qual é destinado à Segurança Pública no Art. 144, inciso IV, §§ 4º e 5º:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

(...)

IV - polícias militares e **corpos de bombeiros militares**.

(...)

§5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos **corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil**.

§6º As polícias militares e **corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército**, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. (grifo nosso)

Desta forma, constata-se que os Corpos de Bombeiros Militares têm uma atuação específica e especializada, atuando, sobretudo na execução de atividades de defesa civil, calamidades públicas, combatendo a incêndios, etc.

## 4.2 CONCEITO DE MILITARES

Para efeito da aplicação da legislação militar, quer seja no âmbito administrativo ou penal, é de fundamental importância a compreensão daqueles que podem ser considerados militares pelo ordenamento jurídico brasileiro, “pois sendo o militar o destinatário primeiro da lei penal militar, é indispensável que se conheça quem assim pode ser considerado, para efeito da aplicação da lei castrense”, conforme assevera (CÉLIO LOBÃO, 1999, p. 82).

O conceito de militar não é encontrado no direito administrativo, visto que o conceito de militar vem expresso no art. 22 do Código Penal Militar:

Art. 22. É considerada militar, para efeito da aplicação deste Código, qualquer pessoa que, em tempo de paz ou de guerra, seja incorporada às forças armadas para nelas servir em posto, graduação, ou sujeição à disciplina militar.

Desta forma, verifica-se que este artigo não faz nenhuma referência ao policial militar e o bombeiro militar, sendo uma falha do legislador, visto que estes

também estão sujeitos à lei repressiva castrense, conforme entendimento de Célio Lobão (1999, p.82).

Embora o policial militar e o bombeiro militar figurem igualmente como destinatários da lei repressiva castrense, e apesar da exclusividade da União em legislar em matéria penal, o art. 22 não faz qualquer referência aos integrantes da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militares.

Inclusive, alguns autores consideram que o referido artigo não foi recepcionado pela Constituição Federal, como por exemplo, Jorge César de Assis (1998, p. 57):

Igualmente, revogado este dispositivo. O conceito de Militar, hoje é constitucional, estando previsto no art. 42 da Carta Magna. Servidor Público Militar é o gênero, que apresenta duas espécies”:

- a) Servidores Militares Federais, que são os integrantes das Forças Armadas e:
- b) Servidores Militares dos Estados, Territórios e Distrito Federal, que são os integrantes de suas polícias militares e de seus corpos de bombeiros militares.

Sobre o referido artigo do Código Penal Militar, Célio Lobão (1999, p. 83) também tece crítica, sugerindo a inclusão de outro dispositivo para definir a situação do militar estadual:

Quando da elaboração de outro Código Penal Militar mais moderno e voltado à realidade brasileira, torna-se imperiosa a inclusão de dispositivo, definindo o militar estadual, para efeito da aplicação da lei penal castrense pela Justiça Militar estadual, sugerindo-se redação idêntica à do art. 22:

É considerado militar, para efeito da aplicação deste Código pela Justiça Militar do Estado, do Distrito Federal e dos Territórios, qualquer pessoa incorporada à Polícia Militar ou ao Corpo de Bombeiros Militares, para neles servir em posto, graduação, ou sujeição à disciplina militar.

Di Pietro (2006, p.481), para definir quais pessoas são consideradas militares, assim se manifestou:

Os militares abrangem as pessoas físicas que prestam serviços às forças Armadas - Marinha, Exército e Aeronáutica (art. 142, caput, e § 3º, da Constituição) – e às Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, Distrito Federal e dos Territórios (art. 42), com vínculo estatutário sujeito a regime jurídico próprio, mediante remuneração paga pelos cofres públicos.

O conceito do art. 42 da Constituição Federal, antes da emenda constitucional nº 18, considerava servidor público federal os integrantes das Forças

Armadas, e servidor público militar das Unidades Federativas, os integrantes das respectivas Polícias Militares e Corpos de Bombeiros.

A emenda constitucional nº 18 destinou no art. 42 uma seção destinada exclusivamente para os servidores públicos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e outro destinado para as Forças Armadas no art. 144.

Desta forma, a emenda Constitucional nº 18, de 05 de fevereiro de 1998, alterou integralmente a redação da Seção III, do Capítulo VIII, da Constituição Federal, “passando a denominá-la dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; além de alterar a redação de seu único artigo”, conforme assevera (ALEXANDRE DE MORAIS, 2007, p. 374).

Antes da emenda Constitucional nº 18, o art. 42 da Constituição Federal prescrevia o seguinte:

Art. 42. São servidores militares federais os integrantes das Forças armadas e servidores militares dos Estados, Territórios e Distrito Federal os integrantes de suas polícias militares e de seus corpos de bombeiros militares.

Com a nova redação proveniente da emenda Constitucional nº 18, o art. 42 passou a ter a seguinte redação: “Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”.

Assim, verifica-se que os integrantes das polícias militares e Corpos de Bombeiros Militares passaram a ser tratados em capítulos diversos na Constituição Federal, ou seja, enquanto os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios estão previstos no art. 42 da Constituição Federal, aos militares das Forças Armadas foi reservado o art. 142 da Constituição Federal, ressaltando-se que os integrantes das Forças Armadas são denominados servidores militares de acordo com o art. 142, § 3º: “Os membros das Forças Armadas são denominados militares...”.

Portanto como militar, entende-se quem se encontra incorporado às Forças Armadas, à Polícia Militar e ao Corpo de Bombeiros Militares, mesmo afastados temporariamente do serviço ativo, por licença para tratamento de saúde, licença especial, férias, licença para tratar de interesse particular, etc.

Entretanto, cabe ressaltar que os integrantes das Forças Armadas são considerados militares para efeitos da aplicação do ordenamento jurídico militar pela

Justiça Militar Federal, enquanto os integrantes das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares são considerados militares para efeitos da aplicação do ordenamento jurídico militar pela Justiça Militar Estadual, conforme assevera conforme esclarece Célio Lobão (1999, p. 84):

Conseqüentemente são militares os integrantes das Forças Armadas, da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militares, ressaltando-se que os primeiros são assim considerados para efeito da lei penal castrense, pela Justiça Militar Federal, e os outros dois, para efeito da aplicação da lei penal castrense, pela Justiça Militar estadual.

Célio Lobão, (1999, p. 84) para não deixar nenhuma dúvida sobre que é ou não considerado militar para efeito da lei castrense, esclarece que:

I – militar federal, integrante das Forças Armadas: militar, para efeito da aplicação da lei penal militar pela Justiça Militar federal. Para esse fim, somente ele, exclusivamente ele é considerado militar;  
 II – militar federal na inatividade (na reserva ou reformado): equiparado a civil para efeito da aplicação da lei penal militar pela justiça militar;  
 III – militar estadual, integrante da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militares: equiparado a civil para efeito da aplicação da lei penal militar pela Justiça Militar Federal;  
 IV – policial militar ou bombeiro militar na inatividade (na reserva ou reformado): equiparado a civil para efeito da aplicação da lei penal militar pela Justiça Militar Federal;  
 V - militar estadual, integrante da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militares: militar, para efeito da aplicação da lei penal militar pela Justiça Militar estadual, cuja competência restringe-se, somente, a conhecer dos crimes militares cometidos pelo militar estadual em atividade;  
 VI – militar estadual na inatividade (na reserva ou reformado): equiparado a civil para efeito da aplicação da lei penal militar pela Justiça Militar estadual, ressalvados os crimes cometidos antes de passar para a inatividade.

#### 4.3 A HIERARQUIA E A DISCIPLINA

A hierarquia e a disciplina são atributos intrínsecos e base institucional nas forças de defesa estatal de formação militar. Bem por esta razão, desde a Carta Maior, estes dois valores são erigidos e, a partir deles, há que se nortear a interpretação das normas infraconstitucionais sob este escopo.

Art. 42 - Os membros das **Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina**, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

(...)

Art. 142 - **As Forças Armadas**, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares,

**organizadas com base na hierarquia e na disciplina**, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. (grifo nosso)

Nesta mesma linha, as leis infraconstitucionais aplicadas aos militares consideram a hierarquia e a disciplina como base das Instituições militares, conforme se verifica na Lei n.º 6.880/80, a qual regulamenta o Estatuto dos Militares:

Art. 14. A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.

§ 1º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antigüidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à seqüência de autoridade.

§ 2º 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.

§ 3º A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados.

Assim, observa-se que em virtude do grande contingente de militares que integram as Forças Armadas e Forças Auxiliares, elas adotam como princípio de sua organização a hierarquia e a disciplina, para que suas missões sejam desempenhadas para cumprir seu papel constitucional de forma organizada e com eficiência, conforme entendimento de Antônio Pereira Duarte (1995, p. 45).

As três Forças Singulares são organizadas em vários níveis de Comando e Direção, de modo que a ordenação da convivência entre os diferentes níveis hierárquicos exige o rigor da disciplina e a obediência irrestrita às ordens superiores.

Desde o Círculo de Graduados até o Círculo de Oficiais-Generais, prevalece o signo da hierarquia e da disciplina. O respeito a tais princípios é à base de sustentação das instituições militares.

Valla (2000, p. 41) também defende que a disciplina e a hierarquia são valores éticos centrais da investidura militar, que possui particularidades que diferem da vida civil.

Considerando a disciplina e a hierarquia como valores éticos centrais da investidura militar, ou seja, a pedra angular de toda a edificação castrense, é fundamental que se conheçam alguns aspectos específicos que revestem a relação do militar com estes dois princípios basilares, **através dos**

**deveres da obediência e da subordinação, cujas particularidades não encontram similitudes na vida civil.** (grifos no original)

Inclusive, a hierarquia nas Instituições é tão rígida, que sempre um militar será superior ao outro, mesmo que ocupe a mesma escala hierárquica, conforme estabelece a Lei n.º 6.880/80 (Estatuto dos Militares):

Art. 17 A precedência entre militares da ativa do mesmo grau hierárquico, ou correspondente, é assegurada pela antigüidade no posto ou graduação, salvo nos casos de precedência funcional estabelecida em lei.

§ 1º A antigüidade em cada posto ou graduação é contada a partir da data da assinatura do ato da respectiva promoção, nomeação, declaração ou incorporação, salvo quando estiver taxativamente fixada outra data.

§ 2º No caso do parágrafo anterior, havendo empate, a antigüidade será estabelecida:

a) entre militares do mesmo Corpo, Quadro, Arma ou Serviço, pela posição nas respectivas escalas numéricas ou registros existentes em cada Força;

b) nos demais casos, pela antigüidade no posto ou graduação anterior; se, ainda assim, subsistir a igualdade, recorrer-se-á, sucessivamente, aos graus hierárquicos anteriores, à data de praça e à data de nascimento para definir a procedência, e, neste último caso, o de mais idade será considerado o mais antigo;

c) na existência de mais de uma data de praça, inclusive de outra Força Singular, prevalece a antigüidade do militar que tiver maior tempo de efetivo serviço na praça anterior ou nas praças anteriores; e

d) entre os alunos de um mesmo órgão de formação de militares, de acordo com o regulamento do respectivo órgão, se não estiverem especificamente enquadrados nas letras *a*, *b* e *c*.

§ 3º Em igualdade de posto ou de graduação, os militares da ativa têm precedência sobre os da inatividade.

§ 4º Em igualdade de posto ou de graduação, a precedência entre os militares de carreira na ativa e os da reserva remunerada ou não, que estejam convocados, é definida pelo tempo de efetivo serviço no posto ou graduação.

Na mesma esteira do ordenamento constitucional, vem, no Estado de São Paulo, a Lei Complementar nº 893, de 09 de março de 2001, que instituiu o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar, definir, no âmbito administrativo, os conceitos de hierarquia e disciplina:

Artigo 3º - Hierarquia policial-militar é a ordenação progressiva da autoridade, em graus diferentes, da qual decorre a obediência, dentro da estrutura da Polícia Militar, culminando no Governador do Estado, Chefe Supremo da Polícia Militar.

§ 1º - A ordenação da autoridade se faz por postos e graduações, de acordo com o escalonamento hierárquico, a antigüidade e a precedência funcional.

§ 2º - Posto é o grau hierárquico dos oficiais, conferido por ato do Governador do Estado e confirmado em Carta Patente ou Folha de Apostila.

§ 3º - Graduação é o grau hierárquico das praças, conferida pelo Comandante Geral da Polícia Militar.

Artigo 9º - A disciplina policial-militar é o exato cumprimento dos deveres, traduzindo-se na rigorosa observância e acatamento integral das leis,

regulamentos, normas e ordens, por parte de todos e de cada integrante da Polícia Militar.

§ 1º - São manifestações essenciais da disciplina:

- 1 - a observância rigorosa das prescrições legais e regulamentares;
- 2 - a obediência às ordens legais dos superiores;
- 3 - o emprego de todas as energias em benefício do serviço;
- 4 - a correção de atitudes;
- 5 - as manifestações espontâneas de acatamento dos valores e deveres éticos;
- 6 - a colaboração espontânea na disciplina coletiva e na eficiência da Instituição.

§ 2º - A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos, permanentemente, pelos militares do Estado, tanto no serviço ativo, quanto na inatividade.

A hierarquia e a disciplina assim tomam relevo importantíssimo dentro das instituições militares, sejam federais ou estaduais, pois é por meio delas que toda a sua estrutura é baseada, sendo a observância da precedência hierárquica e o acatamento das ordens pelo subordinado essencial para o funcionamento do sistema militar.

Sobre o assunto assim se manifestou Antônio Pereira Duarte (1995, p.45-46):

Por isso, quando a ordem emanada do superior hierárquico é desrespeitada, o inferior estará incidindo nas transgressões disciplinares previstas nos regulamentos de cada Força Singular ou poderá até mesmo estar a cometer verdadeiro crime militar tipificado no Código Penal Militar, como nos casos dos arts. 149 a 182 do referido diploma legal, onde estão delineados os crimes contra a Autoridade ou Disciplina Militar.

Assim, fica evidenciado que os militares que são uma categoria profissional *sui generis*, em que o imediato acatamento de ordens é elementar, sob pena de o militar ser responsabilizado administrativamente de acordo com os regulamentos disciplinares, ou até mesmo criminalmente, com base no Código Penal Militar.

#### 4.4 OS REGULAMENTOS DISCIPLINARES

A obediência hierárquica, sob o prisma do Direito Administrativo Militar, é gerada em razão do dever de obediência do militar federal ou estadual, para com seus superiores hierárquicos, em que se impõe ao subordinado o acatamento imediato às ordens legais de seus superiores e sua fiel execução, sob pena de sofrer as sanções disciplinares previstas na legislação militar, especialmente nos regulamentos disciplinares.

Os regulamentos disciplinares são o principal instrumento utilizado pelas instituições militares para a manutenção da ordem na caserna, visando resguardar a hierarquia e a disciplina, pois por meio deles são estabelecidas as penas disciplinares que poderão ser enquadrados os militares que cometerem transgressões disciplinares, bem como os recursos cabíveis contra as punições impostas.

Antonio Pereira Duarte (1995, p. 51) estabelece que “os Regulamentos Disciplinares ordenam e classificam as transgressões ou contravenções disciplinares, dispondo sobre as penas disciplinares e os recursos cabíveis contra as punições impostas”.

Cada Corporação Militar tem seu respectivo regulamento disciplinar, “onde se delineiam as diferentes sanções disciplinares e modos de aplicação”, conforme afirma Antonio Pereira Duarte (1995, p. 52). Entretanto, apesar das peculiaridades de cada Corporação, o Estatuto dos Militares, impõe o prazo máximo de 30 (trinta) dias de prisão ou detenção ao militar transgressor, a fim de evitar que abusos e excessos venham a ser praticado.

A ação disciplinar, isto é, a faculdade que o superior militar possui para punir o seu subordinado, longe de ter como origem o arbítrio, fundamenta-se na própria lei que outorga a ele a faculdade de reprimir as faltas, inclusive com penas de detenção ou prisão para os casos de transgressões disciplinares, independente da ordem de autoridade judiciária competente, conforme está expresso no inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal.

Na Marinha, o Regulamento Disciplinar foi introduzido por meio do Decreto nº 88.545, de 26 de junho de 1983, com as alterações do Decreto nº 1.001, de 22 de dezembro de 1.993.

Na Aeronáutica, o Regulamento Disciplinar foi instituído pelo Decreto nº 76.322, de 22 de setembro de 1.975.

Em relação aos militares da reserva remunerada e reformados é aplicado o Decreto nº 83.349/79.

O Exército utiliza o RDE (Regulamento Disciplinar do Exército) o qual é regulamentado por meio do Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002. Este regulamento além de ser utilizado pelo militares federais da ativa do Exército, também é utilizado pelas Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares que não possuem regulamento disciplinar próprio, conforme estabelece o artigo 18 da Lei

667/69: “As Polícias Militares serão regidas por Regulamento Disciplinar redigido à semelhança do Regulamento Disciplinar do Exército e adaptado às condições especiais de cada Corporação”.

A Polícia Militar do Paraná como não tem regulamento disciplinar próprio, adota o Regulamento Disciplinar do Exército.

Algumas Polícias Militares, entretanto possuem regulamento disciplinar próprio, como por exemplo, a Polícia Militar do Estado de São Paulo, por meio da Lei Complementar nº 893, de 09 de março de 2001, que instituiu o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar.

Um fator importante a ser ressaltado é que apesar de cada Força Singular ter seu regulamento disciplinar próprio, todos eles prescrevem a hierarquia e a disciplina como princípio básico a ser seguido e o acatamento às ordens legais dos superiores hierárquicos, visando punir o transgressor que porventura venha a atentar contra estes princípios, como por exemplo, o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de Paulo:

**Artigo 3º - Hierarquia policial-militar é a ordenação progressiva da autoridade, em graus diferentes, da qual decorre a obediência, dentro da estrutura da Polícia Militar, culminando no Governador do Estado, Chefe Supremo da Polícia Militar.**

§ 1º - A ordenação da autoridade se faz por postos e graduações, de acordo com o escalonamento hierárquico, a antigüidade e a precedência funcional.

§ 2º - Posto é o grau hierárquico dos oficiais, conferido por ato do Governador do Estado e confirmado em Carta Patente ou Folha de Apostila.

§ 3º - Graduação é o grau hierárquico das praças, conferida pelo Comandante Geral da Polícia Militar.

(...)

**Artigo 9º - A disciplina policial-militar é o exato cumprimento dos deveres, traduzindo-se na rigorosa observância e acatamento integral das leis, regulamentos, normas e ordens, por parte de todos e de cada integrante da Polícia Militar.**

§ 1º - São manifestações essenciais da disciplina:

1 - a observância rigorosa das prescrições legais e regulamentares;

2 - **a obediência às ordens legais dos superiores;**

3 - o emprego de todas as energias em benefício do serviço;

4 - a correção de atitudes;

5 - as manifestações espontâneas de acatamento dos valores e deveres éticos;

6 - a colaboração espontânea na disciplina coletiva e na eficiência da Instituição.

**§ 2º - A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos, permanentemente, pelos militares do Estado, tanto no serviço ativo, quanto na inatividade.**

(...)

Art. 13. As transgressões disciplinares são classificadas de acordo com sua gravidade em graves (G), médias (M) e leves (L).

Parágrafo único. **As transgressões disciplinares são:**

(...)

29. não cumprir, sem justo motivo, a execução de qualquer ordem legal recebida. (grifo nosso)

É notório da leitura deste regulamento disciplinar a importância jurídica dada ao “dever de obediência” aos militares estaduais, visando-se preservar a própria instituição policial-militar.

Cabe esclarecer que os regulamentos disciplinares são complementares às normas penais, visando assegurar a hierarquia e a disciplina, punindo de forma administrativa aquele que comete infração considerada de menor gravidade, visto que atingem somente o âmbito administrativo relacionado ao serviço do agente, não alcançando os crimes porventura praticados pelos militares, mesmo que esteja no desempenho de suas atividades funcionais.

Fundamentando tal entendimento, pode-se citar a definição de transgressão Disciplinar do Regulamento Disciplinar do Exército o qual é utilizado pela Polícia Militar do Paraná e pelo Exército Brasileiro:

Art. 14. Transgressão disciplinar é toda ação praticada pelo militar contrária aos preceitos estatuidos no ordenamento jurídico pátrio ofensiva à ética, aos deveres e às obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar e simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe.

§ 1º Quando a conduta praticada estiver tipificada em lei como crime ou contravenção penal, não se caracterizará transgressão disciplinar.

Os regulamentos disciplinares caracterizam-se por não trazerem em cada tipificação de infração uma sanção específica, como encontramos nos ordenamentos penais, nos dizeres de Loureiro Neto (2001, p. 25): “O crime militar contém no preceito sancionador uma pena determinada do legislador, ao passo que a infração disciplinar contém uma sanção sujeita a uma faculdade discricionária da autoridade militar.” Assim, decorre também que a infração disciplinar não precisa estar tipificada no regulamento disciplinar, diferindo-se das leis penais, nas quais vige o princípio do *nullum crimen, sine lege*.

A punição disciplinar, decorrente do poder disciplinar, limita-se ao âmbito administrativo, sendo aplicada pelo superior hierárquico do agente, enquanto o fato penal é analisado pelo órgão judiciário. “A diferença entre o crime militar e transgressão disciplinar consiste na espécie de pena aplicável às infrações de um e de outro, e a interferência da garantia jurisdicional que é estranha ao segundo” (LOUREIRO NETO, 2001, p. 26).

Destaca-se que o fato causador de infração disciplinar independe de dolo de seu agente, diferindo-se assim dos delitos penais, os quais somente admitem a forma culposa quando expressamente previstos na tipificação da conduta, pois no crime militar o elemento subjetivo é de regra o dolo, e somente em caso excepcional a culpa, enquanto na infração disciplinar não se distingue entre dolo e culpa, e seu elemento subjetivo consiste na voluntariedade da conduta.

Ressalta-se ainda que as condutas mais graves serão apuradas mediante procedimentos administrativos (Conselho de Disciplina e Conselho de Justificação) que poderão ensejar a exclusão das fileiras da Corporação do militar infrator.

## 5 A OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA NO CÓDIGO PENAL MILITAR

O Instituto da Obediência Hierárquica no Código Penal Militar é uma excludente de culpabilidade que isenta de pena o subordinado que age em cumprimento a uma ordem superior em decorrência de ato de serviço.

Todavia, para que o subordinado possa utilizar-se deste instituto é necessário que alguns requisitos estejam presentes, sob pena do mesmo desconfigurar-se, como por exemplo, que a ordem não seja considerada manifestamente criminosa, já que, caso este requisito não esteja presente, o subordinado não terá o respaldo previsto no art. 38, letra b, do Código Penal Militar, respondendo juntamente com o superior pelo crime praticado.

Desta forma, neste capítulo será explanado sobre a natureza jurídica da obediência hierárquica; limitações ao dever de obediência; requisitos que devem estar presentes para que o subordinado possa utilizar-se da excludente de culpabilidade prevista no art. 38, letra b, do Código Penal Militar Brasileiro, bem como sobre o crime de insubordinação, o qual prevê como crime militar o subordinado recusar-se a obedecer à ordem superior em matéria de serviço.

### 5.1 LIMITAÇÕES AO DEVER DE OBEDIÊNCIA

Primeiramente, cabe ressaltar que existem em tema de obediência do servidor três sistemas, o inglês, o francês e o germânico; a linha adotada no Brasil, é o denominado sistema inglês, em que o funcionário só é obrigado a cumprir normas legais, conforme assevera segundo Hely Lopes Meirelles (2001, p. 437).

Em tema de obediência do servidor há três sistemas clássicos: o inglês, o francês e o germânico. Pelo sistema inglês – que é o seguido no Brasil –, o servidor só é obrigado a cumprir as ordens legais. Pelo sistema francês, o servidor deve cumprir toda ordem superior sem indagar da sua legalidade. E pelo sistema germânico, também denominado “da reiteração” (Remonstrationsstheorie), o servidor deverá, quando suspeitar da legalidade da ordem, provocar novo pronunciamento da autoridade que a expediu; se for confirmada, cumprirá sem qualquer responsabilidade. Entendemos que o sistema inglês por nós acolhido, é o que melhor se coaduna com os princípios da liberdade e responsabilidade adotados pelos Estados de Direito. O sistema francês converte o subalterno num autônomo cumpridor de ordens superiores e o sistema germânico institui um procedimento inútil de consulta, visto que a confirmação da ordem ilegal não converte em legal.

O mesmo posicionamento é adotado por Koerner Junior (2003, p. 65) “Aliás, o Brasil adotou o sistema inglês em tema de obediência funcional...”.

O sistema inglês adotado para o funcionário público em geral é também aplicado para efeitos do dever de obediência no ordenamento jurídico militar, pois o militar de posto ou graduação inferior, não é um mero instrumento de seus superiores, sendo possível apreciar o caráter da ordem, a fim de verificar se a mesma não é manifestamente criminosa mesmo com a rigidez do regime militar, que preceitua o acatamento à ordem superior como um de seus pressupostos, conforme ensina Mirabete (1998, p. 206): “É possível ao subordinado a apreciação do caráter da ordem, inclusive quando de crime militar.”

O citado autor não é o único com este entendimento, pois Célio Lobão (1999, p. 193) sobre este assunto assim se manifestou:

O Direito Brasileiro não consagra o princípio da obediência cega, podendo o subordinado deixar de cumprir a ordem destinada à prática de ato manifestamente criminoso; caso contrário, responde juntamente com o autor da ordem.

A mesma opinião é também corroborada por Koerner Junior (2003, p. 128): “Finalmente, se, de um lado, milita a presunção da legitimidade do comando, de outro, mesmo na esfera militar, jamais se poderá considerar que, sob as armas, os inferiores sejam cegos instrumentos de seus superiores”.

O entendimento jurisprudencial também converge que a obediência a ordens hierárquicas superiores não pode ser entendida como isenção irrestrita de responsabilidade do subordinado, conforme se verifica na decisão judicial do Tribunal de Alçada de São Paulo, citado por (SILVA FRANCO *et al.*, 1997, p. 330):

A obediência a ordens hierárquicas superiores não pode ser entendida como isenção irrestrita de responsabilidade do subordinado. Sempre que a determinação envolver prática de ilegalidade manifesta, sua aceitação pelo subordinado implica co-participação voluntária no cometimento dessa ilicitude, sujeitando-o, portanto, ao sancionamento penal (TACRIM-SP – AC – Rel. Roberto Grassi – RT 612/346).

Por outro lado, Damásio (1994, p. 436) defende que a obediência no sistema militar deve ser absoluta e não relativa como para o funcionário público civil, por entender que não cabe ao subordinado no sistema militar discutir a legalidade da ordem, devendo cumpri-la, pois o subordinado encontrar-se-ia no estrito

cumprimento do dever legal e, portanto, isento de pena, sendo o superior o único responsável pelos atos decorrentes da ordem:

De observar-se 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 sua legalidade, encontra-se no estrito cumprimento de dever legal (dever de obedecer a ordem). Então o subordinado não responde pelo crime, aplicando-lhe uma causa de exclusão da antijuridicidade (art. 23, III), respondendo por ele o superior.

Assim, em que pese esse posicionamento divergente de um renomado jurista brasileiro, o pensamento majoritário é no sentido que hoje em dia não é mais possível que o subordinado obedeça cegamente uma a ordem superior, devendo ficar bem claro que isto não quer dizer que o subordinado possa ficar questionando qualquer ordem, mas somente aqueles que por sua gravidade haja manifesta possibilidade de ser criminosa, pois, do contrário deverá cumprir a ordem, sob pena de incorrer no crime militar de insubordinação ou em transgressão disciplinar.

Portanto, apesar de alguns posicionamentos divergentes, conclui-se que o subordinado não é um mero instrumento de seus superiores, e deve apesar da rigidez da caserna, ter o discernimento para avaliar se a ordem superior conduz à prática de um crime.

Nesta linha de raciocínio, constata-se que quando a ordem é manifestamente criminosa, tendo firme convicção da criminalidade do ato, o subordinado não deve recear das conseqüências da recusa, a fim de que não corra o risco de ficar sem o respaldo do art. 38 letra b, do Código Penal Militar, e, responder junto com o superior pelo crime cometido.

O entendimento jurisprudencial é cristalino neste sentido, conforme observa-se na decisão judicial do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, citado por (SILVA FRANCO *et al.*, 1997, p. 331):

Se a ordem do superior hierárquico é manifestamente ilegal, cabe ao subordinado não cumpri-la e, se a cumpre e daí resulta um fato punível, tem de responder por ele, em co-autoria com o superior de quem emanou a ordem (TJES – AC – Rel. José Morcef Filho – RT 386/319).

Para firmar ainda mais este entendimento, Koerner Junior (2003, p. 127), cita o seguinte exemplo:

A disciplina, no seio das forças armadas, é rigorosa. Exigir que o subordinado se insurja contra as determinações que lhe são estipuladas seria colocá-lo em tremendo e perigoso dilema. Dilema sim, mas nunca desculpa esfarrapada teria o militar subalterno, se o seu superior lhe ordenasse o ingresso em casa alheia e, no seu interior, estuprasse a mulher que lá se encontrava e, ainda, a raptasse depois... O subalterno deveria ou não deveria cumprir o comando de seu superior? Claro que não, porque essas situações todas são criminosas e importam em violação do dever militar.

Neste caso apresentado, está evidente que a ordem do superior é manifestamente criminosa, não sendo possível o subordinado eximir-se da responsabilidade de seus atos, mesmo que tenha agido motivado por ordem superior, e, conseqüentemente responderia pelo crime juntamente com o superior, conforme estabelece o art. 38, letra b, § 2º primeira parte.

Por outro lado, quando a ordem não é manifestamente criminosa, deverá cumpri-la, pois o subordinado agirá coberto pelo Instituto da Obediência e, não incorrerá no crime de insubordinação ou as sanções disciplinares decorrentes da recusa do cumprimento da ordem.

Para consolidar este posicionamento, (SILVA FRANCO *et al.*, 1997, p. 331) cita a seguinte decisão judicial do Tribunal de Alçada de São Paulo:

Não deve responder a processo de responsabilidade o servidor que, comprovadamente, apenas cumpriu ordem com visos de legalidade que lhe foi dada por superior hierárquico, no âmbito de sua competência (TACRIM-SP – HC – Rel. Azevedo Franceschini – RT 388/316)

Cita ainda, (SILVA FRANCO *et al.*, 1997, p. 331) o seguinte posicionamento do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, referente ao cumprimento de ordem manifestamente ilegal pelo subordinado:

Ordenar pessoa não habilitada a pilotagem de perigoso automotor, que é a motocicleta, caracteriza-se ordem manifestamente ilegal, pelo que respondem pela infração o superior e o subordinado, sendo impossível o reconhecimento da excludente de ilicitude ao motorista inabilitado, pois esta apenas se aplica a ordem não manifestamente ilegal (TACRIM-SP – Ap. – Rel. Edgard Coelho – RJD 21/152).

Todavia, nem sempre as situações enfrentadas pelo subordinado deixam evidente o caráter criminoso da ordem, sendo, não raras vezes, difícil para o subordinado indagar a natureza da ordem e deixar de cumpri-la, devido principalmente à rigidez do sistema militar, conforme já explanado no capítulo anterior.

Finalmente, cabe ressaltar a atenuação da pena prevista no art. 41 do Código Penal Militar, a qual faz referência o art. 38, letra b, do mesmo código:

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.

Conforme esclarece Romeiro (1994, p. 127), este artigo está em contradição com o § 2º do art 38:

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”.

Acrescenta Romeiro:

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 (por forma afirmativa). Daí a contradição apontada.

Ainda, segundo Romeiro:

Dogmaticamente deveria 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 *interpretatio abrogans*... Atendendo, porém, a que, no magistério de Coveillo só se deve considerar letra morta um dos dispositivos legais em flagrante contradição ou antinomia quando vãs todas as tentativas para removê-la, 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.

Face ao exposto, visto que esta interpretação não trará nenhum prejuízo ao réu, preservando inclusive a intenção do legislador da época, o art. 41 do Código Penal Militar constitui-se numa atenuante, que poderá ser utilizada pelo juiz para diminuir a pena do subordinado quando a ordem for manifestamente criminosa.

## 5.2 NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO DA OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA

A natureza jurídica do Instituto da Obediência Hierárquica ainda é controvertida entre os doutrinadores, pois parcela deles defendem que o instituto é uma causa de exclusão de culpabilidade (por erro de proibição inevitável ou por inexibibilidade de comportamento diverso), e, outra parcela, principalmente para os italianos, é causa de excludente de ilicitude, ou seja, é causa de justificação, que torna lícita a conduta do subordinado, a título de cumprimento de um dever.

Loureiro Neto (2001, p. 64) defende que é uma causa de justificação "trata-se, como se vê, de uma causa de exclusão de culpabilidade".

O mesmo posicionamento é corroborado por Damásio (1994, p. 436):

No caso de a ordem não ser manifestamente ilegal, embora a conduta do subordinado constitua fato típico e antijurídico, não é culpável, em face de incidir um relevante erro de proibição. Diante disso, o subordinado não responde pelo crime, em face da ausência de culpabilidade. A obediência hierárquica constituiu, assim, causa de exclusão da culpabilidade.

Mirabete (1998 p. 206) também entende que a obediência hierárquica é uma causa de excludente de culpabilidade:

A segunda causa de excludente de culpabilidade do art. 22 refere-se à prática do crime "em estrita obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico". Trata-se, segundo a doutrina, de um caso especial de erro de proibição. Supondo obedecer a uma ordem legítima do superior, o agente pratica o fato incriminado.

Koerner Junior (2003, p. 167) no mesmo sentido entende que o instituto é uma causa de exclusão de culpabilidade "Sendo hierárquica a obediência para os fins penais, excluir-se-á a culpabilidade (não a ação, nem a tipicidade e tampouco a antijuricidade), por (a) erro de proibição inevitável ou por (b) inexibibilidade de comportamento diverso".

Outros autores, apesar de serem minorias defendem o instituto como exclusão da ilicitude para o militar, como por exemplo Damásio (1994, p. 436) :

De observar-se 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 sua legalidade, encontra-se no estrito cumprimento de dever legal (dever de obedecer a ordem). Então o subordinado não responde pelo

crime, aplicando-lhe uma causa de **exclusão da antijuridicidade** (art. 23, III), respondendo por ele o superior. (grifo nosso)

O entendimento jurisprudencial também converge no sentido de considerar a obediência hierárquica como causa de exclusão de culpabilidade, conforme podemos observar na seguinte decisão judicial do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, citado por (SILVA FRANCO *et al.*, 1997, p. 332):

Não há que se falar em coação irresistível, sendo ininvocável, **a excludente da culpabilidade da obediência à ordem hierárquica**, que não se confunde com o respeito em consequência de relações de ordem profissional (TACRIM-SP – AC – Rel Rocha Lima – JUTACRIM 66/435) (grifo nosso)

Desta forma, constata-se que apesar de alguns posicionamentos divergentes, a posição majoritária tanto doutrina e jurisprudência é que o Instituto da Obediência Hierárquica deve ser considerado uma causa de exclusão da culpabilidade, por erro de proibição ou por inexigibilidade de conduta diversa.

No erro de proibição, o agente supõe agir legalmente, mas se engana sobre a ilicitude da ordem, por não ter ou não ser possível esse conhecimento. A sua ação é voluntária, e, portanto, dolosa, “porque seu erro não incide sobre elementos do tipo; mas não há culpabilidade, já que pratica o fato por erro quanto à ilicitude de sua conduta”, conforme assevera (MIRABETE, 1998, p. 198).

Para firmar este entendimento é importante realçar a decisão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, sobre erro de proibição, citado por (SILVA FRANCO *et al.*, 1997, p. 331):

Se o subordinado pratica o fato típico na crença firme de tratar de ordem legal, não comete nenhum delito, mesmo que, ao depois, se verifique a ilegalidade da ordem. Cuide-se, então, de obediência hierárquica putativa, excludente de dolo e culpabilidade. (TACRIM-SP – AC – Rel. Silva Pinto – JUTACRIM 84/400).

Cabe também ressaltar o caso concreto de absolvição do réu Celso Binda, com base no Instituto da Obediência Hierárquica na Vara da Auditoria da Justiça Militar do Paraná, referente ao crime militar de peculato culposo em que o Conselho Especial de Justiça proferiu a seguinte decisão:

DECIDE, outrossim, por unanimidade, em absolver o réu CELSO BINDA, também qualificado, das imputações que lhe foram irrogadas, com base no

artigo 439, alínea “d” do Código de Processo Penal Militar, na esteira de que agiu sob o cumprimento de ordens superiores. (VAJME-PR – Conselho Especial de Justiça – Processo Crime nº 030/00).

O Tribunal de Alçada de Minas Gerais manifestou-se no mesmo sentido, conforme citado por (SILVA FRANCO *et al.*, 1997, p. 331):

O agente que supondo achar-se no cumprimento do dever legal, executa ordem – que tem a aparência de legítima – promanada de superior hierárquico, não pode sofrer censura por sua conduta, uma vez que agiu sem ter a consciência de sua ilicitude (TAMG – AC – Rel. Guido de Andrade – RJTAMG 29/276).

Cita, (SILVA FRANCO *et al.*, 1997, p. 324) o seguinte posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do erro de proibição:

Desarrazoada a alegação de que a acusada agiu à falta de conhecimento potencial quanto à ilicitude dos atos praticados por haver, ela própria, revelado conhecimento da ilicitude de sua conduta, com o que afastou a ocorrência do erro de proibição que se caracteriza pela absoluta inconsciência do injusto (STF – Ap. 307-3 – Rel. Ilmar Galvão – DJU 13.10.1995, p. 34.247)

Nas decisões judiciais verifica-se que quando o subordinado tem plena convicção que sua conduta é legal, mesmo que esteja cometendo um crime, ele será isento de pena, pois a doutrina denomina esta conduta de obediência hierárquica putativa, conforme nos ensina Damásio (1994, p. 436):

Se, por erro de proibição o subordinado crê, seguramente que a ordem é legal, quando é ilegal, aplica-se o que a doutrina denomina erro de proibição, incidindo o estrito cumprimento de dever legal putativo.

Damásio (1994, p. 428) esclarece que o conhecimento da ilicitude é um dos elementos da culpabilidade (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa) e, caso, alguns deles não estejam presentes, embora o crime subsista, o sujeito, deve ser absolvido.

Além do sujeito ser imputável, é preciso que no momento da prática do fato tenha possibilidade de verificação de que o comportamento contraria o ordenamento jurídico.

Se o sujeito não tem a possibilidade de saber que o fato é proibido, sendo inevitável o desconhecimento da proibição, a culpabilidade fica afastada. Surge o erro de proibição: erro que incide sobre a ilicitude do fato. O sujeito, diante do erro, supõe lícito o fato por ele cometido. Ele supõe inexistir a regra de proibição.

Quanto à inexigibilidade de conduta diversa, apesar de não estar prevista na legislação penal como uma das causas de exclusão da culpabilidade, é considerada pela doutrina como uma das causas supralegais de exclusão da culpabilidade, a qual isenta o sujeito de sanções penais, embora o crime subsista.

A inexigibilidade de conduta diversa é aquela em que não se pode exigir do agente conduta diversa da adotada no caso concreto, conforme nos ensina Damásio (1994, p. 423):

Adotada a culpabilidade normativa, não há culpabilidade todas as vezes que, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, não se possa exigir do sujeito uma conduta diversa daquela por ele cometida. Assim, a exigibilidade de comportamento diverso constitui um dos elementos da culpabilidade, enquanto a não-exigibilidade constitui a razão de algumas causas de exclusão da culpabilidade.

A inexigibilidade de conduta diversa é utilizada mais freqüente como excludente de culpabilidade no regime militar, pois não é fácil para o subordinado deixar de acatar a ordem superior, já que não raras vezes, depara-se com situações que não lhe resta alternativa senão cumprir a ordem superior, a fim de não incidir em outros crimes militares, como a insubordinação e recusa de obediência, e, além disso, para preservar a hierarquia e a disciplina a legislação e regulamentos disciplinares militares estabelecem sanções administrativas rígidas para o militar que não cumpre uma ordem superior.

### 5.3 REQUISITOS DA OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA MILITAR

Para que o subordinado esteja respaldado pela excludente de culpabilidade da Obediência Hierárquica prevista no art. 38, letra b, do Código Penal Militar, alguns requisitos devem estar presentes, sob pena de desconfigurá-lo e o subordinado responder juntamente com o superior pelo crime militar praticado, conforme veremos a seguir.

#### 5.3.1 A Regra do art. 38, letra b, do Código Penal Militar

O instituto da obediência hierárquica no Direito Penal Militar tem requisitos dedutíveis da regra do artigo art. 38, letra b, §§ 1º e 2º do Código Penal Militar, do diploma punitivo, *in verbis*:

Art. 38 – Não é culpado quem comete o crime:

(...)

b) em estrita obediência à 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 de execução, é punível também o inferior.

Observando este artigo, a primeira constatação é que para sua configuração a ordem deve conduzir a um delito, pois caso contrário não há que se falar em obediência hierárquica para fins penais, conforme assevera Junior (2003, p. 140): “se a ordem não conduz ao delito, não haverá por que falar em obediência hierárquica para os fins penais”.

Desta forma, constatando-se que a ordem conduziu a um delito, deverá ser verificado se os demais requisitos implícitos neste artigo estão presentes, conforme será analisado nos próximos tópicos.

### 5.3.2 O termo ordem e sua delituosidade

O termo ordem está consignado no art. 38, letra b, §§ 1º e 2º do Código Penal Militar, constituindo-se um dos elementos componentes do instituto em apreço. Entretanto, nem toda ordem interessa ao direito punitivo, somente aquela que se revista de ilicitude e que, quando cumprida, conduza a um crime, conforme afirma Koerner Junior (2003, p. 92):

Contudo, qualquer ordem interessa ao direito punitivo? Não, só a que se revista de ilicitude e que, emanada e cumprida, conduza a um crime, sem prejuízo, é claro, de outras implicações, por exemplo, no Direito Administrativo ou no Direito Civil, a refulgirem do âmbito estrito do direito criminal. O marco limítrofe do envolvimento do Direito Administrativo do Direito Penal com a ordem é a delituosidade ou ilicitude do comportamento comissivo ou omissivo conseqüente de seu cumprimento.

Assim, para que o instituto não seja descaracterizado em sua natureza e efeitos, não basta apenas que a ordem conduza a um crime previsto no Código Penal Militar, ela deve revestir-se de especial qualificação, como por exemplo, que a ordem não seja manifestamente criminosa, conforme assevera Koerner Junior (2003, p. 92):

Não basta, afirmar, simplesmente, a exigência de ordem a conduzir a um crime, porque, segundo o dispositivo citado, ela deve revestir-se de especial qualificação, sob pena de o instituto desfigurar-se em sua natureza e efeitos.

Desta forma, segundo entendimento do autor acima elencado, se a ordem for manifestamente criminosa, o instituto estará descaracterizado e o subordinado será responsabilizado pelo crime juntamente com o autor da ordem, sendo co-autor do delito, como no exemplo citado por Koerner Junior (2009, p. 127): "se o superior lhe ordenasse o ingresso em casa alheia e, no seu interior, estuprasses a mulher que lá se encontra, e ainda, a raptasse depois...". Neste caso, não resta a menor dúvida sobre o caráter criminoso do ato, o qual é manifesto para todo mundo.

Na mesma linha de pensamento no julgamento realizado no Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, referente à alegação da obediência hierárquica do subordinado que alegou ter cometido o crime de abuso de autoridade em cumprimento a ordem superior, o Tribunal assim se manifestou, conforme cita (SILVA FRANCO *et al.*, 1997, p. 331): "Quando a ordem de superior hierárquico for manifestamente ilegal, a alegação de desobediência, não caracteriza a prática de abuso de autoridade (TACRIM-SP – Ap. Rel. Damião Cogan – RJD 23/63).

Portanto, está evidente que não é aceita a tese de cumprimento de ordem superior quando a ordem é manifestamente criminosa, e, o subordinado responderá com o superior pelo crime cometido.

### 5.3.3 Conceito de ordem

O Código Penal Militar não conceitua o que vem a ser ordem, somente faz alusão no art. 38, cabendo desta forma ao "intérprete a obrigação de louvar-se em exegese extrapenal para compreender o significado e o tamanho de sua extensão", conforme afirma (KOERNER JUNIOR, 2003, p. 92).

A definição de ordem, segundo Damásio (1994, p. 435), é assim definida: "Ordem de superior hierárquico é a manifestação de vontade do titular de uma função pública a um funcionário que lhe é subordinado, no sentido de que realize uma conduta (positiva ou negativa)".

Nesta definição, está embutido implicitamente o poder hierárquico, o qual é fundamental para a compreensão da ordem como um comando, determinação ou

proibição, conforme assevera Koerner Junior (2003, p. 93):

Implicitamente, nessa definição, está embutido o poder hierárquico, essencial à compreensão da ordem como um comando, determinação ou proibição. Explicitamente, o conceito inter-relaciona o superior com o inferior hierárquico, e sugere haver um poder de comandar e um dever de obedecer.

Loureiro Neto (2001, p. 64) esclarece que a ordem pode ser de natureza escrita, verbal e por sinais convencionais:

Em princípio todo o ato administrativo é formal, pois só assim poderá ser aferido pela Administração e também pelo Judiciário em caso de constatação de sua validade. É expresso em ordens de serviço, memorandos, despachos normativos etc.

Excepcionalmente a ordem pode ser verbal, em caso de transitoriedade da manifestação da vontade do superior, como em casos de urgência, instrução militar etc.

Por sinais convencionais entende-se determinações decorrentes de gestos, apitos, sinais, também em casos de urgência ou durante a instrução militar.

#### 5.3.4 Contra-ordem. Conflito de ordens

A doutrina denomina conflito de ordens, a contra-ordem, a qual é nada menos que a oposição ao comando, determinação, a qual tem o objetivo impedir o cumprimento de uma ordem, conforme esclarece Junior (1993, p. 94-95):

Se na esfera administrativa a ordem existe, nela há também a contra-ordem, entidade de oposição ao comando, determinação ou proibição antecedentemente expedido, visando impedir o cumprimento da ordem, a sobrestá-la procedimento durante a sua execução, ou a adaptá-la a situação nova advinda do superior para o inferior hierárquico, dentre outros inúmeros concretos fatores conseqüentes do poder de hierarquia. A matéria inclui-se naquilo que a doutrina denomina conflito de ordens, a esclarecer-se através de processos diferenciados em razão da natureza da pessoa que ordena e da que contra-ordena, suspende, altera ou revoga.

Assim como a ordem, a contra-ordem deve ser cumprida pelo inferior hierárquico, desde que emanada da mesma autoridade que havia emitido a ordem ou autoridade superior a esta; caso contrário, a ordem originária deve prevalecer, conforme assevera Koerner Junior (2003, p. 95).

Tal qual na ordem, a contra-ordem obriga o inferior hierárquico, quer decorra da mesma autoridade de quem aquela emanou, quer advenha de outra, hierarquicamente superior à originária, com atribuições para impô-la e para exigir cumprimento alheio.

No sistema militar, como a escala hierárquica é definida por meio de leis, as quais são seguidas rigidamente na caserna, não há grandes dificuldades para o subordinado identificar quando a contra-ordem é emanada de uma outra autoridade hierarquicamente superior à originária, visto que até mesmo entre militares de mesmo posto ou graduação, existe uma hierarquia, como por exemplo, se a ordem for proferida por um capitão e posteriormente ocorrer uma contra-ordem de outro capitão. Neste caso, o subordinado tem condições de identificar qual deles é superior, pois será hierarquicamente superior o militar mais antigo, ou seja, aquele que tenha sido promovido primeiro ao posto de capitão, e, além disso, mesmo que haja empate neste quesito, são estabelecidos outros critérios para definir qual é o militar hierarquicamente superior, conforme estabelece o estatuto do militares através da lei 6.880/80, *in verbis*:

Art. 17 A precedência entre militares da ativa do mesmo grau hierárquico, ou correspondente, é assegurada pela antigüidade no posto ou graduação, salvo nos casos de precedência funcional estabelecida em lei.

§ 1º A antigüidade em cada posto ou graduação é contada a partir da data da assinatura do ato da respectiva promoção, nomeação, declaração ou incorporação, salvo quando estiver taxativamente fixada outra data.

§ 2º No caso do parágrafo anterior, havendo empate, a antigüidade será estabelecida:

- a) entre militares do mesmo Corpo, Quadro, Arma ou Serviço, pela posição nas respectivas escalas numéricas ou registros existentes em cada Força;
- b) nos demais casos, pela antigüidade no posto ou graduação anterior; se, ainda assim, subsistir a igualdade, recorrer-se-á, sucessivamente, aos graus hierárquicos anteriores, à data de praça e à data de nascimento para definir a procedência, e, neste último caso, o de mais idade será considerado o mais antigo;
- c) na existência de mais de uma data de praça, inclusive de outra Força Singular, prevalece à antigüidade do militar que tiver maior tempo de efetivo serviço na praça anterior ou nas praças anteriores; e
- d) entre os alunos de um mesmo órgão de formação de militares, de acordo com o regulamento do respectivo órgão, se não estiverem especificamente enquadrados nas letras a, b e c.

§ 3º Em igualdade de posto ou de graduação, os militares da ativa têm precedência sobre os da inatividade.

§ 4º Em igualdade de posto ou de graduação, a precedência entre os militares de carreira na ativa e os da reserva remunerada ou não, que estejam convocados, é definida pelo tempo de efetivo serviço no posto ou graduação.

### 5.3.5. Competência

Para que a ordem ou contra-ordem tenha validade é necessário que esta seja emanada de pessoa que detenha competência para expedi-la, sob pena de ela ser considerada inválida, conforme esclarece Koerner Junior (2003, p. 95 – 96):

Competência é uma das condições para a validade do comando ou do contra-comando. É entendida como o poder atribuído ao agente da administração para o desempenho específico de suas funções. Mas a competência deve ser vista sob perspectivas diferenciadas: (a) abrange o sujeito ativo (que ordena ou que contra-ordena) e (b) sujeito passivo também (que cumpre a ordem ou a contra-ordenação).

Assim, para a ordem ser válida é necessário que tanto o superior, como o subordinado careçam de atribuição para mandar e ser mandado, pois ao contrário “o ato deixa de se ser obrigatório, porque, acima de tudo, há a lei a delimitá-lo, sob pena de o inferior agir por si e não ficar exonerado das conseqüências decorrentes de seu ato”, consoante assevera Junior (2003, p. 96).

Em relação à competência do superior e inferior hierárquico, esclarece Junior (2003, p. 96):

Sobre o superior hierárquico: I – deve ser competente para expedir a ordem; II – a ordem deve estar de acordo com a natureza da atividade que exercite.  
Sobre o inferior hierárquico: I – deve ser competente para cumprir a ordem; II – a ordem deve estar de acordo com a natureza da atividade que exercite o seu destinatário ou que esteja habilitado a cumpri-la.

O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo posicionou-se da seguinte forma sobre a validade da competência da ordem: “A ordem deve ser emanada de superior hierárquico (autoridade pública) do agente e só isenta o agente se não for manifestamente ilegal (TARS, RT 579/393; RT 490/331).

### 5.3.6 Ordem e a natureza de seu conteúdo: ato manifestamente criminoso

O artigo 38, letra b, § 2º, estabelece que se o ato praticado for manifestamente criminoso, o subordinado também é punível. Desta forma, para entender o alcance desse dispositivo, é necessário interpretar o que vem a ser a expressão manifestamente, e para dirimir esta dúvida Romeiro (1994, p. 124) esclarece que:

A expressão manifestamente, usada no art. 38, há de ser entendida, de acordo com as circunstâncias, por forma objetiva, como conhecimento instantâneo da criminalidade do ato, sem necessidade de outras reflexões... O juiz não deve levar em conta a capacidade de conhecimento do subordinado, mas a de qualquer soldado.

Desta maneira, o caráter criminoso do ato deve ser manifesto para todos, pois caso não tenha esta conotação, o subalterno que cumprir a ordem ilícita está respaldado no artigo, salvo, se houver excesso no ato ou na forma de execução, quando será co-autor do crime do superior, como assevera Romeiro (1994, p. 125):

Se o caráter criminoso do ato não é manifesto, o subalterno que cumpre a ordem ilícita está coberto pelo artigo, salvo se excede, quer quanto aos limites do ato, quer quanto à sua execução. Neste caso, torna-se co-autor do crime do superior.

### 5.3.7. O estrito cumprimento da ordem

O Código Penal Militar estabelece que para que o subordinado não seja culpado no crime, a ordem tem que ter sido obedecida em estrita obediência à ordem direta de superior hierárquico, consoante estabelece o art. 38, letra b:

Art. 38 – Não é culpado quem comete o crime:  
b) em estrita obediência à ordem direta de superior hierárquico, em matéria de serviços.

O subordinado deve obedecer à ordem do superior estritamente naquilo que lhe for determinada, jamais de forma ampliada, estendida ou modificada, devendo cumprir a ordem do superior nos limites que nela se contêm, conforme esclarece Júnior (2003, p. 101):

O cumprimento da ordem de superior deve ser estrito, jamais ampliado, estendido ou modificado o seu conteúdo pelo inferior hierárquico, porque responderá, dolosa ou culposamente, se e quando a lei prever o crime culposos, havendo excesso de sua parte, contudo nunca ampliativa e só restritivamente, ser-lhe-á imputada a responsabilidade. Ademais, quem deixa de prever resultados lesivos ou previsíveis, ainda que obedecendo à ordem hierárquica superior, responde pelas conseqüências danosas, decidiu o Tribunal de Alçada de São Paulo.

O mesmo entendimento é corroborado por Hely Lopes Meirelles (2001, p.113):

Pela hierarquia se impõem ao subalterno à estrita obediência das ordens e instruções legais superiores e se define a responsabilidade de cada um. As determinações superiores devem ser cumpridas fielmente, sem ampliações ou restrição, a menos que sejam manifestamente ilegais.

O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em relação à estrita observância pelo subordinado da ordem superior, decidiu da seguinte forma, conforme citado por (SILVA FRANCO *et al.*, 1997, p. 331): “Responde pelas conseqüências danosas quem, ainda que obedecendo à ordem hierárquica superior, deixa de prever resultados lesivos previsíveis (TACRIM-SP – AC – Rel. Lauro Malheiros – JUTACRIM 32/349

Portanto, depreende-se que a execução da ordem pelo subordinado deve restringir-se exatamente naquilo que lhe foi determinado, sob pena de responder pelos excessos cometidos.

### 5.3.8 O significado da expressão em matéria de serviço

A compreensão do alcance desta expressão é muito importante, visto que para o subordinado estar respaldado no art. 38, letra b, a ordem deve ser referente à matéria de serviço, pois caso contrário, se a ordem for de natureza particular, o subordinado não estará coberto, conforme estabelece o art. 38, letra b do Código Penal Militar.

Uma grande dificuldade encontrada neste artigo é definir o que venha a ser matéria de serviço, pois o Código Penal Militar não deixa claro o alcance desta expressão.

Desta forma, é necessário recorrer à doutrina para entender o alcance desta expressão. Célio Lobão (1999, p. 190) estabeleceu o seguinte entendimento:

Serviços são os atribuídos ao militar, no exercício de função de seu cargo, compreendendo não só os de natureza militar, como também os que, embora sem essa característica, são indispensáveis ao funcionamento da instituição militar, como o preparo de refeição, limpeza das dependências do aquartelamento ou do local onde se encontra estacionada a unidade militar, manutenção de aparelhos, dos meios de transporte, do fardamento, calçado, além de outros. Abrange os que se encontram previstos em lei, regulamento, instrução e determinação do superior hierárquico.

Conforme se vislumbra deste posicionamento, percebe-se que é considerado ordem relativa a serviço na caserna, além daqueles que são de natureza essencialmente militares, como por exemplo uma ordem dada ao sentinela referente à guarda da quartel, todas as demais atribuições que são necessárias para o desempenho das atividades afetas à Instituição Militar.

O mesmo entendimento é defendido por Célio Lobão (1999, p. 190) “entende-se por ordem relativa a serviço aquela que diz respeito ao exercício de uma função decorrente da própria profissão, de suas necessidades permanentes ou ocasionais”.

Devido às peculiaridades do sistema militar, também deve ser observado o grau hierárquico do militar, pois dependendo de seu posto ou graduação, determinada função não é inerente àquele militar, e conseqüentemente não é considerada matéria de serviço, como destaca Célio Lobão (1999, p. 191):

Casos há em que a espécie de serviço não diz respeito ao militar de determinado grau hierárquico; por exemplo: o serviço de limpeza das dependências do quartel não pode ser estendido a oficial, ao graduado, ao guarda-marinha, aspirante a oficial, ao cadete, ao aluno da Escola e do Colégio Naval, ao aluno de centro de formação de sargento, ressalvada situação de emergência, de calamidade, de sinistro, etc.

Ainda, pode-se citar o Decreto Estadual nº 5.869, de 13 de dezembro de 2005, para a compreensão das situações consideradas matéria de serviço policial militar pela Polícia Militar do Paraná:

Art. 1º. Considera-se acidente em serviço, para os efeitos previstos na legislação em vigor relativa à Polícia Militar do Paraná, aquele que ocorra com Militar Estadual da ativa, quando:

- a) no exercício de dever preconizado no art. 102 da Lei nº 1.943, de 23 de junho de 1954;
- b) no desempenho de atribuição funcional durante o expediente regular, ou, quando determinado por autoridade competente, em sua prorrogação ou antecipação;
- c) no cumprimento de ordem emanada de autoridade competente;
- d) no decurso de viagem, em objeto de serviço, prevista em regulamento ou autorizada por autoridade competente;
- e) no decorrer de viagem imposta por motivo de movimentação efetuada no interesse do serviço ou a pedido;
- f) na extensão de exercício de adestramento, de instrução ou de manobra, regulado em nota, plano, ou ordem;
- g) no deslocamento entre a residência e a Unidade em que serve ou local de trabalho ou entre a residência e o local onde a missão deva ter início ou prosseguimento, e vice-versa;
- h) no atendimento à solicitação de qualquer pessoa, embora estando em horário de folga ou para tal não haja sido escalado, ao desenvolver ação de polícia ostensiva, de preservação da ordem pública, de prevenção e combate a incêndios, de busca, de salvamento ou de defesa civil.

### 5.3.9. O significado da expressão excesso nos atos ou na forma de execução

O art. 38, letra b, § 2º, segunda parte estabelece que havendo “excesso nos atos ou na forma de execução, é punível também o inferior”, pois se o subordinado se exceder no cumprimento da ordem, responderá juntamente com o superior.

Para melhor compreensão, Jorge Alberto Romeiro (1994, p. 125), cita o seguinte exemplo:

Um oficial, por antipatia pessoal a um grupo de recrutas, manda sujeitá-los a exercícios físicos muito fatigantes, escolhendo um sargento, conhecido por sua truculência, para executar a ordem. Se o sargento se excede na execução, pondo em perigo a vida ou saúde dos recrutas, responde com o oficial pelo crime de maus-tratos, conforme estabelece o art. 213 do Código Penal Militar.

Todavia, se a ordem é lícita, o superior não tem nenhuma responsabilidade sobre os excessos cometidos pelo subordinado, não tendo aplicabilidade este artigo, pois o superior não cometeu nenhum ilícito, não podendo desta forma ser responsabilizado penalmente, conforme assevera Jorge Alberto Romeiro, (1994, p. 125):

Quando, entretanto, a ordem é rigorosamente lícita e há excesso de execução por parte do subordinado no seu cumprimento, excesso esse que só ele importe em crime, não tem aplicação o artigo, pois o superior não pratica qualquer ilícito penal e reza a clausula final do § 2º do art. 38: “é punível também o inferior”. Seria o caso do cumprimento de uma ordem de viagem, em veículo sob administração militar, na qual o inferior praticasse os crimes de embriagues ao volante (art. 279), ou de perigo resultante de violação de regra de trânsito (art. 280).

Inclusive, a respeito deste assunto, o Superior Tribunal Militar, tem entendido que quando a ordem é legal, somente o subordinado deve responder pelo crime, estando afastado o instituto da obediência hierárquica, conforme acórdão nº 1985.01.044090-2:

EMBARGOS INFRINGENTES. HOMICIDIO CULPOSO. EXPLORAÇÃO DA PROVA SOB OUTRO ENFOQUE, DIVERSO DAS RAZÕES ANTERIORES, VENTILADAS E APRECIADAS NO RECURSO DE APELAÇÃO. Acórdão embargado mantido, por persistirem os motivos de fato e de direito, inabalados pelas novas alegações do embargante. Inexistência de prova da exculpação, insinuada a sombra do art 38, letra 'b', do CPM. inadmissibilidade de compensação de culpa, alias incorrente. Culpa exclusiva do embargante, na movimentação de viatura militar, causando o atropelamento, de que resultou a morte de seu colega. recurso desprovido.

decisão majoritária. Cabo, exercito, absolvição, homicídio culposo, primeira instância. Ministério público militar, apelação, decisão, condenação, suspensão condicional da pena. Defesa, embargos infringentes, ocorrência, obediência hierárquica, culpa, vítima, restabelecimento, sentença, primeiro grau. (stm), maioria, desprovemento, embargos.inexistência, obediência hierárquica, exclusividade, culpa, réu. (STM EI nº 1985.01.044090-2, STM em 16/12/1985)

#### 5.4. O CRIME DE INSUBORDINAÇÃO

O crime de insubordinação está previsto no art. 163 do Código Penal Militar, sendo a compreensão deste artigo fundamental para o presente estudo, pois tem relação direta com o art. 38, letra b, do referido Código, visto que prevê como crime à recusa do militar em obedecer à ordem do superior sobre assunto ou matéria de serviço, regulamento ou instrução.

Art. 163. Recusar obedecer à ordem do superior sobre assunto ou matéria de serviço, ou relativamente a dever imposto em lei, regulamento ou instrução:

Pena: detenção, de um a dois anos, se o fato não constitui crime mais grave.

A insubordinação é um crime propriamente militar, e, somente pode ser cometido por militar, conforme entendimento de Lobão (1999, p. 189), o qual afirma que:

O crime de insubordinação classifica-se como crime propriamente militar por tratar-se de infração penal específica e funcional do ocupante de cargo militar. Crime não previsto na lei penal comum"... Sujeito ativo só o militar, condição essa implícita na condição fática, ao referir-se à ordem do superior, o que exclui o civil, mesmo na qualidade de co-autor. Sujeito passivo, as instituições militares.

A objetividade jurídica deste artigo é resguardar a autoridade e a disciplina, de forma que o subordinado cumpra as ordens emanadas de seus superiores quando forem sobre objeto de serviço, conforme assevera Lobão (1999, p. 189):

O objeto da tutela do Código Penal Militar é o interesse relativo à autoridade e à disciplina sob o aspecto da obediência às ordens emanadas do superior hierárquico, em face do dever militar imposto em lei, regulamento ou instrução.

Assim, para que o militar não viesse a ser injustamente punido que o Código Penal Militar dispôs no art. 38, letra b, que o subordinado não é culpado do crime quando comete em estrita obediência à ordem direta de superior hierárquico, conforme assevera Romeiro (1994, p. 123):

Sendo a obediência e a hierarquia o fundamento básico da disciplina, esteio das Forças Armadas, como bem explícita no art. 163 do CPM, erigindo em crime a insubordinação definida como recusar obedecer à ordem de superior hierárquico sobre assunto ou matéria de serviço, não poderia logicamente deixar de dispor, por outro lado, o código, como fez no art. 38, b, não ser culpado quem comete o crime em estrita obediência a ordem direta do superior hierárquico, em matéria de serviços.

Entretanto, torna-se muito mais difícil para o subordinado opor-se a uma ordem do superior hierárquico, pois desde que a ordem não seja manifestamente criminosa o subordinado deverá cumpri-la, pois caso contrário estará sujeito ao crime de insubordinação, conforme assevera Romeiro (1994, p.124).

O militar só pode e deve obedecer a ordem de superior hierárquico, em matéria de serviço, sem incorrer no crime de insubordinação, se ela tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso. A expressão manifestamente, usada no art. 38, há de ser entendida, de acordo com as circunstâncias, por forma objetiva, como conhecimento instantâneo da criminalidade do ato, sem necessidade de outras reflexões.

Da análise deste dispositivo, percebe-se claramente a dificuldade do subordinado em opor-se a uma ordem superior no regime militar, pois desde que a ordem não seja manifestamente criminosa e seja afeto ao serviço deve cumprir, sob pena de incidir no crime de insubordinação; entretanto, se a ordem for manifestamente criminosa, poderá ser punido juntamente com o superior se os requisitos necessários para a caracterização do Instituto da Obediência não estiverem caracterizado, e, visto que geralmente as ordens devem ser cumpridas prontamente, sendo difícil para o subordinado fazer esta análise.

Desta forma, percebe-se a necessidade de o militar conhecer profundamente o instituto em apreço, a fim de evitar que venha incidir em crime militar ou em transgressões disciplinares, decorrente de uma ordem superior.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa científica se desenvolveu visando buscar subsídios doutrinários sobre os requisitos necessários para que o subordinado possa utilizar-se do Instituto da Obediência Hierárquica como excludente de culpabilidade, sem ferir os demais preceitos e normas regulamentares da caserna.

Do estudo realizado neste trabalho, verificou-se a escassez de estudos doutrinários sobre o Instituto da Obediência Hierárquica no sistema militar, pois as pouquíssimas obras que se referem ao tema atém-se mais com o instituto para o funcionário civil, trazendo alguns comentários superficiais sobre a obediência hierárquica militar.

Quanto à natureza jurídica da obediência hierárquica, conclui-se que apesar de alguns posicionamentos divergentes, a posição majoritária tanto doutrina e jurisprudência é que o Instituto da Obediência Hierárquica deve ser considerado uma causa de exclusão da culpabilidade, por erro de proibição ou por inexigibilidade de conduta diversa.

No erro de proibição, o subordinado supõe agir legalmente, mas se engana sobre a ilicitude da ordem, por não ter ou não ser possível esse conhecimento. A sua ação é voluntária, e, portanto, dolosa, “porque seu erro não incide sobre elementos do tipo; mas não há culpabilidade, já que pratica o fato por erro quanto à ilicitude de sua conduta” (MIRABETE, 1998, p. 198).

Na inexigibilidade de conduta diversa, apesar de não estar prevista na legislação penal como uma das causas de exclusão da culpabilidade, é considerada pela doutrina como uma das causas supraleais de exclusão da culpabilidade, a qual isenta o sujeito de sanções penais, embora o crime subsista, pois, não se poderia exigir do subordinado conduta diversa da adotada no caso concreto.

Em relação ao Direito Penal Militar é importante ressaltar o seu caráter Especial, visto que a maioria de suas normas, diversamente das de direito penal comum, são aplicadas a uma classe de funcionários específica, ou seja, os militares, que são uma classe diferenciada do serviço público.

Neste contexto, percebe-se que o ordenamento jurídico militar tem por objetivo preservar a ordem jurídica militar, sendo fundamentada, sobretudo na preservação da hierarquia e a disciplina da caserna, visando à proteção dos bens, da vida, do patrimônio e o dever militar, os quais são protegidos por meio de

sanções rígidas que asseguram sua existência.

A par destas considerações, verifica-se que a rigidez do regime militar é notória, pois o acatamento à ordem superior é uma premissa que deve ser preservada, a fim de manter as estruturas das Instituições Militares, que tem como fundamento constitucional a hierarquia e a disciplina.

Por sua vez, isto não quer dizer que o militar deve cumprir toda e qualquer ordem, pois é adotado no ordenamento jurídico brasileiro o sistema inglês, em que o subordinado não é um mero instrumento de seus superiores, e deve apesar da rigidez da caserna, ter o discernimento para avaliar se a ordem superior não conduz à prática de um crime, pois será responsabilizado junto com o superior pelo crime praticado, caso a ordem seja manifestamente criminosa.

Ordem manifestamente criminosa é aquela em que o caráter criminoso do ato deve ser manifesto para todos.

Deste conceito, extrai-se que caso a ordem não tenha esta conotação, o subalterno que cumprir rigorosamente a ordem ilícita está respaldado pelo Instituto da Obediência Hierárquica, sendo isento de pena.

Por outro lado, se a ordem for manifestamente criminosa, o instituto estará descaracterizado e o subordinado responderá juntamente com o superior pelo crime praticado.

A primeira providência a ser adotada para se constatar que o Instituto em tela está caracterizado é verificar se a ordem conduz a um delito, pois caso contrário não há que se falar em obediência hierárquica para fins penais.

Constatando-se que a ordem conduziu a um delito, deverá ser verificado se os demais requisitos implícitos no art. 38, letra b, do Código Penal Militar estão presente, ou seja, se a ordem é manifestamente criminosa, se o superior e o subordinado são competentes e se a ordem foi cumprida estritamente na forma ordenada pelo superior.

Entretanto, não basta apenas que estes requisitos estejam presentes, pois o art. 38 letra b, § 2º, segunda parte estabelece que havendo “excesso nos atos ou na forma de execução, é punível também o inferior”, pois se o subordinado se exceder no cumprimento da ordem, responderá juntamente com o superior.

Todavia, se a ordem é lícita, o superior não tem nenhuma responsabilidade sobre os excessos cometidos pelo subordinado, não tendo aplicabilidade este artigo, pois o superior não cometeu nenhum ilícito, não podendo desta forma ser

responsabilizado penalmente.

Ainda, quanto a responsabilidades que está sujeito o militar pelo descumprimento da ordem, verificou-se que a recusa do militar em obedecer à ordem do superior sobre assunto ou matéria de serviço, regulamento ou instrução, é considerada crime no art. 163 do Código Penal Militar.

Além disso, nas Corporações Militares, os regulamentos disciplinares estabelecem sanções administrativas severas aos militares que não acatam ordens superiores, uma vez que estes regulamentos seguindo o regramento Constitucional também são estruturados com base na hierarquia e disciplina, e, dependendo da gravidade da falta funcional praticada, poderá ensejar a instauração de um procedimento administrativo para verificar as condições de permanência do militar na Instituição Militar.

Neste contexto, percebe-se a complexidade do tema, sendo o conhecimento dele fundamental, especialmente para o militares, para que entendam o alcance do Instituto da Obediência Hierárquica na esfera militar, a fim de identificar quando, apesar da rigidez da caserna, devem deixar de cumprir a ordem, sob pena de vir a ser responsabilizado juntamente com o superior pelos abusos cometidos quando a ordem conduza a um crime, ou incidam nos crimes militares e sanções administrativas previstas ao subordinado que não cumpra a ordem não manifestamente criminosa do superior hierárquico.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar**. Parte geral. Curitiba: Juruá, 1999.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código Penal Militar**. Parte Especial. Curitiba: Juruá, 1999.

BEVILÁQUA, Clovis. **Comentários ao Código Penal Militar**. Parte geral. Curitiba: Juruá, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 35.ed.atualiz. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 667, de 02 de julho de 1969. **Reorganiza as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares dos Estados**. Disponível em: < <http://www.presidencia.gov.br/Legislacao/>> Acesso em: 12/7/2009.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 1001, de 21 de outubro de 1969. **Código Penal Militar**. Disponível em: < <http://www.gov.br/http://www.presidencia.gov.br/Legislacao/>> Acesso em: 12/7/2009.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980. **Dispõe sobre o Estatuto dos Militares**. Disponível em: < <http://www.presidencia.gov.br/Legislacao/>> Acesso em: 12/7/2009.

BRASILIA, Supremo Tribunal Federal. Embargos Infringentes n. 1985.01.044090-2 Relator: Rui de Lima Pessoa. Brasília, 16 dez. 1985. **Diário da Justiça**, Brasília, Volume 01285-01.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DUARTE, Antônio Pereira. **Direito Administrativo Militar**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FRANCO, A. S. *et al.* **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. 6.ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 1997.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1994.

KOERNER JUNIOR, Rolf. **Obediência Hierárquica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LAZZARINI, Álvaro. **Código Penal Militar**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LOBÃO, Célio. **Direito Penal Militar**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999;

LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito Penal Militar**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal - Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 1998, v.1.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PARANÁ. Decreto Estadual nº 5.869, de 13 de dezembro de 2005. **Acidente de Serviço**. Disponível em: < <http://www.pr.gov.br/casacivil/legislacao.shtml> > Acesso em: 10/7/2009.

\_\_\_\_\_, Vara da Auditoria da Justiça Militar do Paraná. Processo Crime n. 030/2000. Conselho Especial de Justiça. Curitiba, 14 mai. 2002.

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

SÃO PAULO. Lei Complementar nº 893, de 09 de março de 2001. **Dispõe sobre o Estatuto dos Militares**. Disponível em: < [http://www.ilsed.org/index.php?option=com\\_docman&task=doc](http://www.ilsed.org/index.php?option=com_docman&task=doc) > Acesso em: 12/7/2009.

VALLA, Wilson Odirley. **Deontologia Policial-Militar II: Ética Profissional**. Publicações Técnicas da Associação da Vila Militar, 2000.