

A NATUREZA DA ORDEM MILITAR

— Como saber dar ordens —

“Não há dúvida de que o obedecer às ordens é um grande fator no problema da vida militar; porquanto, na subordinação à autoridade legítima, está o vínculo que liga as partes componentes de todos os exércitos, tornando-os poderosos instrumentos do bem. Mas é mister alguma coisa mais: convém haver quem ordene idoneamente; e é sobretudo para isso que se requer a instrução.”¹

WILLIAM SHERMAN

General americano, herói da Guerra de Secessão

RUY BARCELLOS CAPETTI

Vice-Almirante (RRm)

SUMÁRIO

A ordem e o militar

A ordem

A ordem militar

Características da ordem militar

Conclusão

A ORDEM E O MILITAR

A cultura naval se forma, ao longo dos anos de serviço, pela incessante prática nos diversos assuntos de interesse do serviço, alicerçada nas mais variadas fontes de conhecimentos teóricos e na prática do cotidiano, fundamentais para o desenvolvimento e aperfeiçoamento da profissão do oficial de Marinha. Esta, portan-

to, ainda que de natureza predominantemente administrativa, não prescinde do conhecimento dos limites e da natureza (mesmo que superficialmente) de diversos assuntos, os quais, malcuidados, acarretam que, no exercício das muitas atribuições do oficial, transbordem conseqüências para a competência judiciária.

Um desses assuntos é o estudo da natureza e das particularidades da ordem militar.

¹ N.A.: Citação do General Sherman, inserida em comentários de Rui Barbosa, à Constituição Federal brasileira, coligidos e ordenados por Homero Pires – Saraiva & Cia., São Paulo, 1932.

São considerações de tal importância, que André Gavet², em sua obra *A Arte de comandar*, discorre, à saciedade, sobre as características dos atores no relacionamento COMANDAR e OBEDECER.

Os primeiros, os oficiais por vocação, ainda que não atores exclusivos, relacionam-se com os subordinados num ambiente em que a obediência hierárquica e a disciplina são as chaves para o entrosamento e funcionamento perfeito do organismo militar a que pertencem.

A obra de Gavet é rica em argumentação que convence, sem traumas, de como se estabelece o relacionamento natural no ambiente da instituição militar (no seu caso particular o Exército), considerando, principalmente, a caracterização dos atributos essenciais a cada um desses atores. Mas, muito embora Gavet busque definir todos os elementos que julga essenciais na arte de comandar, e desta se possa inferir como deve ser a comunicação entre os atores, imperativas sim, mas sem ferir a dignidade de quem as recebe e tenha que cumpri-las, ele não aborda, com maior profundidade, a natureza essencial da ferramenta que é o elo vital desse relacionamento, qual seja a ORDEM, em seus aspectos que didaticamente vamos procurar delinear para caracterizá-la como de NATUREZA MILITAR.

Vindo em auxílio a este propósito, um acontecimento especial chamou nossa atenção, há alguns anos, quando o filme da Columbia Pictures, gênero policial, de

título em português "Questão de Honra"³ ventilou assunto do maior relevo para a vida naval. Muito embora explorando um caso ocorrido nos Estados Unidos, as lições e ensinamentos derivados do filme são, no nosso entender, de caráter universal e, por isso, de incontestável valor para a cultura militar.

Para recordar um pouco àqueles que o assistiram, o filme, dirigido por Rob Reiner, com roteiro de Aaron Sorkin, em peça de sua autoria e produção de David Brown, teve como estrelas principais Tom Cruise,

Jack Nicholson, Demi Moore, Kevin Bacon, Kiefer Sutherland, entre muitos outros. Quem iria esquecê-lo, no mínimo por tão famosos artistas?

Resumindo a história como descrita nas capas de fitas de vídeo:

"Um homem está morto. Dois são acusados de assassinato. E toda a Marinha está em julgamento."

"O filme detona o mais explosivo episódio da história militar nos Estados Unidos..."

"Aclamado universalmente, indicado para quatro Oscar, inclusive melhor película, *Questão de Honra* reúne os maiores astros de Hollywood numa forte história sobre corrupção e busca determinada pela Justiça."

Em breves linhas, dois fuzileiros navais, seguindo ordem superior e motivados por um informal Código Vermelho, aplicam tratamento corretivo em um companheiro, que, em seqüência, vem a morrer.

O filme desenvolve interessantes temas de natureza militar, em especial o da legali-

Para que a atividade militar possa ser cumprida é fundamental que haja uma acentuada confiança entre quem ordena e quem obedece

2 N.A.: *A Arte de Comandar*, tradução para a Marinha do Brasil de Zilmar Campos de Araripe Macedo, 2ª ed., 1947.

3 N.A.: "A Few Good Men", no original americano.

dade da ordem dada; aborda também o tratamento diferenciado dado à mulher, como oficial das Forças Armadas, sem que isso, no entanto, integre o fio principal do enredo; trata, igualmente, da corrupção associada às oportunidades de promoção, como no caso do subcomandante da base; mostra a estrutura da Justiça Militar nos Estados Unidos, com suas cortes marciais, entre outros temas de importância.

Aspecto interessante é o desenrolar, em clima romântico, do caráter indisciplinado do advogado, que contrasta com aqueles dos oficiais cuja origem é a Academia Naval de Annapolis.

Assim, uma única película concentra temas de mais alta relevância para o conhecimento dos oficiais de Marinha do mundo inteiro, por serem de amplitude praticamente universal.

Muito embora a riqueza da trama, no presente artigo abordaremos, em particular, o fio central, aquele da natureza da ordem dada, com a finalidade de fornecer elementos para responder as questões cruciais: teria sido manifestamente ilegal a ordem dada aos dois fuzileiros? Deveria ter sido cumprida? Se cumpriam ordem militar, tinham ou não responsabilidade sobre suas conseqüências?

O filme levanta importantes questões doutrinárias, em especial referentes à obediência hierárquica militar, ao conceito de ordem de natureza militar e a ato manifestamente criminoso.

A **obediência hierárquica militar** na legislação penal brasileira é tema que tem merecido especial atenção dos juristas.

Contudo, ele não deve se constituir em exclusividade destes especialistas, mas preocupar, também, as pessoas que, diuturnamente, dele têm que se valer como elemento fundamental da profissão.

Mesmo que tal assunto seja mais fartamente discutido e analisado no campo do

Direito Penal comum, ou mesmo no do Direito Administrativo, é no campo do Direito Penal Militar que o aspecto doutrinário obediência hierárquica militar se apresenta mais eloqüente, devido às peculiaridades da organização hierárquica das Forças Armadas.

Outro aspecto doutrinário ligado ao presente tema, de especial significado, é a compreensão do que seja **ato manifestamente criminoso**, uma vez que, pela redação do Art. 38 § 2º do Código Penal Militar (CPM), pode-se concluir que o fato de agir em cumprimento de ordem só favorecerá o subordinado se tal ordem não se destinar à prática de ato manifestamente criminoso, pois, ao contrário, "é punível também o inferior".

Ao mencionar tão sucintamente esses dois aspectos doutrinários, temos a intenção de valorizar, no presente artigo, a análise do sentido da ordem que qualificamos, para efeitos de clareza, como de natureza militar, pois onde ela surge desaparece a plena capacidade volitiva do subordinado, pelo grau de constrangimento jurídico que tal tipo de ordem nele imprime.

Segundo esclarece João Batista Fagundes:

"O dilema inerente à submissão à autoridade é tão antigo quanto a história de Abraão, a quem Deus ordenou sacrificar seu filho Isaac como prova de fé. A questão de saber se alguém deve ou não obedecer às ordens quando elas conflitam com a consciência foi discutida por Platão, dramatizada na "Antífona", de Sófocles, e submetida à análise filosófica em quase todas as épocas históricas. Os filósofos conservadores argumentam que a própria estrutura da sociedade é ameaçada pela desobediência, ao passo que os humanistas acentuam a primazia da consciência individual.

Militarmente, a essência da disciplina e da obediência hierárquica, reduzida a seus termos mais simples, pode ser encontrada

naquilo que o centurião disse a Cristo, tal como está registrado no Evangelho segundo São Lucas:

‘Pois também eu sou homem sujeito à autoridade, e tenho soldados às minhas ordens, e digo a este: vai, e ele vai. E a outro: vem, e ele vem...’

Evidenciava-se lá, nas palavras do centurião, uma virtude fundamental ao soldado ainda hoje, e que fez das legiões romanas a força militar mais eficiente da antiguidade.

De fato, para que a atividade militar possa ser cumprida, é fundamental que haja uma acentuada confiança entre quem ordena e quem obedece. Por parte daquele, a certeza de que sua ordem será cumprida; por parte deste, a certeza de que o superior tinha ponderáveis razões para expedir a ordem.” (1:285-288)

Creemos que afloram logo em nossas mentes aqueles momentos ao longo da carreira, em que vivemos dramas de consciência para o cumprimento de ordens que nos pareceram fora de propósito, inviáveis mesmo, mas que o dever nos impelia ao acatamento. Muitos pensaram, talvez, que teriam suas responsabilidades resguardadas caso exigissem para o cumprimento da ordem que essa fosse dada por escrito. Não teria feito muita diferença, à luz da natureza das atividades militares!

“Em todos os tempos, as ordens de natureza militar foram sempre precisas e concisas, à semelhança da ordem do centurião romano, já que a rapidez de execução é pressuposto fundamental ao êxito da missão. Daí porque não há qualquer diferença, para efeito de aplicação da sanção disciplinar

militar, entre uma ordem verbal e uma ordem escrita, sendo mesmo admissível uma ordem através de gestos, sinais luminosos, ou apitos, sem que isso lhe desbote o respeito que evoca ou lhe diminua o teor de acatamento.” (1:285-288)

Mas há aspectos a observar na natureza da ordem para que tenhamos a certeza e, daí, a confiança inquestionável no superior para atendê-la sem um piscar de olhos. Contudo, o tempo para cumpri-la é freqüentemente exíguo, e raramente sobrá algum, ao que receber uma ordem, para

analisá-la. Mister, pois, para justificar a confiança, que se revista, sem exceção, das características de legalidade adequadas.

Os juristas que se detiveram no assunto constantemente se apegam ao aspecto formal da ordem, abordando a maneira como ela é formulada e a relação entre superior e subordinado.

As condições formais do dever de obediência são, notadamente, quanto à competência do superior, quanto à forma da ordem. Nesse sentido Mancini adverte sobre o direito-dever que tem o subordinado de examinar a legalidade exterior da ordem, como tal se entendendo a forma, a relação com o serviço e o vínculo de subordinação entre quem ordena e quem executa. E arremata o grande penalista italiano dizendo que o exemplo mais típico de relações dessa natureza verifica-se com as pessoas sujeitas à disciplina militar.

Essa servidão pública é, por necessidade da própria instituição, tão rígida e a obrigação do serviço tão intensa que bem pouco resta de autônomo, mesmo na vida privada do subordinado.

**Muitos pensaram, talvez,
que teriam suas
responsabilidades
resguardadas caso
exigissem para o
cumprimento da ordem que
essa fosse dada por escrito**

Advertência análoga faz-nos André Gavet quando afirma que o Exército não é outra coisa que o dever nacional organizado para a luta. As obrigações que impõe a seus membros não se incluem em nenhuma outra profissão. Traduzem-se por atos de submissão repetidos; pela obediência que, em toda a parte, é o quinhão dos subordinados pelo aniquilamento das paixões pessoais... E nós seríamos uma pobre multidão servil, uma tropa de gladiadores, se ignorássemos quem é o nosso verdadeiro senhor. Mas sabemos que somos os servidores voluntários e inteligentes do dever nacional. O estado da alma especial que desenvolve esta função será de difícil entendimento fora dos nossos quadros, pois compõe-se de sentimentos de que carece a maioria das almas.

A doutrina penal atesta eloqüentemente que a "maioria das almas" de que nos fala

Gavet realmente não entende a obediência hierárquica militar, e tanto assim é que notáveis tratadistas consideram-se absorvidos por outras causas de isenção penal, e Carrara já o havia taxado de coação hierárquica ou imprópria.

O ideal seria que todas as ordens emanadas dos diversos escalões da administração pública se acomodassem perfeitamente aos preceitos legais.

Mas se assim fosse, não teria cabimento na legislação penal a exigência da obediência hierárquica que surge, exatamente, no cumprimento de ordens ilegais.

E se na administração pública, em geral, já é difícil estabelecer-se um condicionamento para disciplinar as ordens a serem dadas pelos diversos escalões administra-

tivos, militarmente é impossível determinar-se um escantilhão, onde se possa enquadrar um tipo-padrão de ordem militar, pois isso é ditado pelas circunstâncias do momento, isto é, pela conduta a ser adotada em face da situação surgida. Um artifício pirotécnico que se acende na escuridão, um tiro acionado inopinadamente, um braço que se agite dentro de uma corporação militar podem corporificar uma decisão do comandante, em vista de uma determinada situação. E qualquer que seja o meio empregado militarmente, a ordem terá sempre o mesmo valor, não sendo lícito ao subordinado

duvidar do seu oportunismo, da sua legalidade e, sobretudo, da necessidade do seu desencadeamento.

Por isso mesmo, a lei que tutela a superioridade hierárquica, quando investe o militar do *status* de comandante, também lhe empresta uma larga faixa de poder discricionário, cri-

ando-lhe presunção legal de competência para que ele possa resolver, mediante uma decisão, todos os casos que a lei não poderia prever.

Daf porque não se estabelece, concreta e discriminadamente, em lei alguma, quais os atos que o superior hierárquico militar pode ordenar, nem quais aos que o seu subordinado deve obedecer. Se a lei pudesse prever todas as situações que o comandante decide no dia-a-dia da vida militar, não haveria razão para o complexo escalonamento hierárquico da Força Armada, já que haveria uma receita prévia para todas as soluções, numa fantasia onde as ordens seriam todas perfeitamente dispensáveis.

O dever de obediência do subordinado aparece claro quando todas as ordens ema-

O Exército não é outra coisa que o dever nacional organizado para a luta. As obrigações que impõe a seus membros não se incluem em nenhuma outra profissão

nadas do escalão superior são dadas de acordo com o texto expresso da lei. Mas o problema surge quando se trata de conciliar a licitude da conduta do subordinado que obedece com a licitude do conteúdo das ordens emanadas do superior hierárquico militar:

– em que casos a lei prefere tolerar a obediência à ordem ilegal para não compactuar com a desobediência?

– é responsável o subordinado pelo cumprimento das ordens ilegais de seu superior hierárquico?

– quais os casos em que é legítima a desobediência do subordinado militar?

A ORDEM

Segundo Ciardi, ordem é a manifestação precisa da vontade do superior ou da autoridade, concretizada em um mandato ou proibição particular e dirigida a determinados inferiores ou subordinados.

Para Bettiol, é a manifestação da vontade que um sujeito impõe a um outro em virtude de um poder de supremacia reconhecido pelo ordenamento jurídico, a fim de que ele pratique ou se abstenha de praticar uma ação.

Assim também se expressa Battaglini, para quem a “ordem é a manifestação da vontade, dirigida pelo sujeito que possui de fato um poder de supremacia ao subordinado, para dele obter um determinado comportamento”.

De maneira mais precisa, como sói acontecer em toda a legislação militar, o glossário de *Expressões para uso nas Forças Ar-*

mas – FA-E-01/71 – traduz o conceito de ordem como sendo “uma comunicação escrita ou oral, que transmite determinações de um superior a subordinados”.

ORDEM MILITAR

No Brasil ainda não temos definido um conceito preciso de ordens de natureza militar, e tal conceito seria sumamente importante para a fixação da responsabilidade penal do subordinado hierárquico, quando este age em cumprimento a tal tipo de ordem.

Mas, sem embargo das definições anteriormente apresentadas e à falta de expressões melhores, podemos conceituar a **ordem de natureza militar** como a imposição de uma determinada conduta que o superior hierárquico faz ao subordinado em vista de uma situação de natureza militar, por escrito, por gestos ou verbalmente, exigindo-lhe pronta obediência.

Como se vê, na definição proposta não se estabelece condição expressa quanto à lega-

lidade manifesta da ordem, pois acreditamos firmemente que a força da ordem de natureza militar não resida, essencialmente, na sua legalidade, mas nas circunstâncias fáticas nas quais ela se estriba.

Essa é a mensagem que promana da expressão sabiamente gravada no pináculo da Academia Militar das Agulhas Negras, onde se proclama a obediência militar como primeiro passo ao futuro exercício do comando.

Outro, aliás, não foi o pensamento do legislador penal militar de 1969 ao considerar a obediência hierárquica como causa

E qualquer que seja o meio empregado militarmente, a ordem terá sempre o mesmo valor, não sendo lícito ao subordinado duvidar do seu oportunismo, da sua legalidade e, sobretudo, da necessidade do seu desencadeamento

autônoma de exclusão de culpabilidade, independente da licitude da ordem que originou a obediência. Com efeito, diz o Artigo 38, letra *b*, do vigente Código Penal Militar (CPM):

“Não é culpado quem comete o crime:

b) em estrita obediência à ordem direta de superior hierárquico em matéria de serviço;

§ 1º – Responde pelo crime o autor da coação ou da ordem.

§ 2º – Se a ordem do superior hierárquico tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso, ou há excessos nos atos ou na forma de execução, é punível também o inferior.” (1:285-288)

Se bem compreendidas a estrutura e a natureza da ordem militar, dificilmente o superior descambará para a emissão de ordens de natureza ilegal, evitando assim o aparente dilema – a estrutura jurídica militar não permite qualquer indagação sobre a legitimidade da ordem recebida. Percebemos, então, a absoluta, plena e total responsabilidade do superior, ao emanar suas ordens, de pautá-las sempre pela legalidade.

Fica claro a imputabilidade do superior quando a ordem tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso, mas há também os casos de ordens diretas do superior hierárquico em matéria de serviço que não são legais. A elas, segundo já advertira Nelson Hungria desde o anterior CPM de 1940, parece-nos referir o atual CPM, em seu artigo

38, pois se é certo que o CPM exculpa o subordinado que comete um crime em estrita obediência a ordem direta do superior hierárquico em matéria de serviço (artigo 38 letra *b*)), e se o § 2º do mesmo artigo torna punível o subordinado “se a ordem superior tem por objetivo a prática de ato manifestamente criminoso...”, torna-se evidente que a

exculpação acima mencionada (artigo 38 letra *b*) somente beneficiará o subordinado se a ordem do superior hierárquico não tiver por objeto a prática de ato manifestamente criminoso.

Colocando de uma forma mais radical, ou a ordem é uma ordem de natureza militar ou não é. Sendo, ela tem que estar impregnada, entre outras características, do caráter da legalidade, sem o qual poderá cambar para o lado do ato manifestamente criminoso. Mesmo sendo aparentemente de natureza militar (matéria de serviço), ainda assim ela pode ser ilegal, mas não cabe ao subordinado a

indagação da sua legalidade ou do seu acerto, cabendo-lhe apenas cumpri-la.

Justifica-se aí a ênfase na responsabilidade do superior ao ORDENAR, PARA FAZÊ-LO CORRETAMENTE.

Este é o fulcro deste escrito: É tanta a responsabilidade de quem ordena (o que na vida castrense ocorre frequentemente), são tantas as circunstâncias que podem contribuir para desvirtuar a natureza da ordem dada, que quem ordena tem por dever

A estrutura jurídica militar não permite qualquer indagação sobre a legitimidade da ordem recebida

*

**Mesmo sendo
aparentemente de natureza
militar (matéria de serviço),
ainda assim ela pode ser
ilegal, mas não cabe ao
subordinado a indagação
da sua legalidade ou do seu
acerto, cabendo-lhe apenas
cumpri-la**

ser e estar preparado, através da instrução, do discernimento, do conhecimento da profissão e do conhecimento geral, para fazê-lo corretamente!

Os aspectos doutrinários envolvidos são tantos e tão importantes, que esperamos que se torne freqüente a disseminação de estudos, análises e considerações sobre eles (por exemplo, no caso levantado no presente artigo, a obediência hierárquica), na forma de conhecimentos que, sem sombra de dúvida, são de incontestável importância no desenrolar da profissão castrense.

Nós, por nosso turno, sem termos conhecimento especializado para abordar os aspectos tão variados que caracterizam a natureza da ordem militar, podemos apenas, timidamente, levantar questões que seguramente

nos afligiram, nos afligem e afligirão ainda no dia-a-dia do serviço militar, como, por exemplo, o tão freqüente questionamento:

– mesmo sem dever contestar ordens recebidas, o subalterno que as cumprir terá também sua parcela de responsabilidade por suas conseqüências?

Muito embora o militar deva cumprir as ordens dos superiores hierárquicos sem pestanejar, é preciso atentar que essas ordens devem atender a certas características para que se enquadrem na legalidade. Em princípio, e no mínimo, emanarem do superior pertinente (cadeia de comando) e

serem matéria de serviço. Esses dois requisitos fundamentais foram, em tempos passados, as principais considerações a que os juristas se referiam como a *ratione personae* e *ratione materiae*, a caracterizarem a ordem militar.⁴

Em consideração à pergunta linha acima, há que se atentar para o fato de que, no crime praticado em obediência hierárquica, “se a ordem do superior tem por objeto a

prática de ato MANIFESTAMENTE CRIMINOSO (ênfase nossa), ou há excesso nos atos ou na forma de execução, é punível também o inferior” (artigo 38 – § 2º CPM).

No caso do filme, entendemos, como espectadores leigos, que os soldados foram punidos porque cumpriram ordem ilegal (muito embora uma ordem em matéria de serviço, emana-

nada do superior hierárquico), podendo mesmo terem sido levados em consideração excessos na execução (caso este que é uma hipótese de difícil constatação, pois trata-se de uma figura do direito pátrio, e não pesquisamos para saber se há correspondência de princípios no direito saxônico).

Mas até que ponto caberia aos fuzileiros navais analisarem a ordem do comandante para concluir pela sua característica ou não de manifestamente ilegal? Pode parecer que os militares agiram por erro de direito, na presunção da legalidade da ordem e vínculo com “matéria de serviço”.

**Quem ordena tem por
dever ser e estar
preparado, através da
instrução, do
discernimento, do
conhecimento da profissão
e do conhecimento geral,
para fazer o que ordenou
corretamente!**

4 N.R.: O item II do artigo 9º do Código Penal Militar enumera diversos casos em que o delito torna-se militar em razão do pessoal (*ratione personae*), em razão do tempo (*ratione temporis*), em razão do lugar (*ratione loci*) e em razão da matéria (*ratione materiae*). Essas não são, contudo, razões excludentes, uma vez que os tribunais têm fixados critérios que, aparentemente, conflitam com a interpretação literal do Código (1:26).

Neste ponto parece oportuno lembrar o que fixa a doutrina pátria castrense a respeito do cumprimento de ordens.

Conforme ensina Renato Astrosa Herrera, como citado em Loureiro,⁵ existem várias teorias que pretendem resolver os múltiplos complexos problemas que suscitam esse dever, porém as mais importantes são:

– **Teoria da obediência absoluta** – de origem francesa, segundo a qual o subordinado deve cumprir cegamente a ordem do superior hierárquico, tornando-se, portanto, um instrumento da vontade do superior.

– **Teoria da obediência relativa** – caso em que o subordinado pode e deve negar-se a obedecer quando a ordem de serviço for ilegal. O inferior é, pois, considerado um ser com inteligência e vontade que lhe permite apreciar a legalidade da ordem e decidir sua consequência.

– **Teoria da obediência reflexiva** – de origem germânica, funda-

menta-se na reiteração da ordem recebida: segundo ela, o inferior que recebe uma ordem em matéria de serviço deve examiná-la e, se a considerar ilegal, não estará obrigado a cumpri-la; ao contrário, tem o dever de suspender o seu cumprimento e representar a seu superior a ilegalidade da or-

dem. Se o superior insistir na ordem dada, o inferior deverá cumpri-la, porém somente o superior terá responsabilidade penal pelo delito cometido.” (2:67)

Muito embora sejam esses alguns diversos pontos de reflexão dos juristas, o nosso Código Penal Militar não aceita resistência do subordinado à ordem emanada do seu superior hierárquico, pois tal medida redundaria na consagração de uma doutrina subversiva. Adota, portanto, a teoria da obediência absoluta.

Entre nós, aliás, o direito de resistência não é reconhecido nem na legislação constitucional nem na ordinária, muito embora a antiga Lei de Segurança Nacional (Lei 1.802), em seu Artigo 35, letra *b*, admitia-o de maneira implícita ao consagrar uma atenuante quando o crime decorresse de “haver o agente procedido em resistência ou protesto ao ato do Poder Público, de manifesta violação das garantias constitu-

cionais”. Nos códigos militares, ele foi consagrado apenas no artigo 29 do antigo Código Penal da Armada.

Em resumo, na atualidade, a resistência à ordem superior, ainda que moralmente legítima, seria sempre judicialmente ilegal, já que o subordinado não pode resistir, em

O nosso Código Penal Militar não aceita resistência do subordinado à ordem emanada do seu superior hierárquico, pois tal medida redundaria na consagração de uma doutrina subversiva.

*

A resistência à ordem superior, ainda que moralmente legítima, seria sempre judicialmente ilegal, já que o subordinado não pode resistir, em virtude de um ordenamento jurídico que lhe impõe o dever da obediência

5 N.R.: LOUREIRO. Direito Penal Militar, p. 67, Ed. Atlas.

virtude de um ordenamento jurídico que lhe impõe o dever da obediência.

O CPM em vigor regula os efeitos da obediência hierárquica militar em seu Artigo 38, letra *b* e Artigo 41.

Num primeiro caso, a obediência hierárquica militar agirá como excludente da culpabilidade do subordinado se o crime por este praticado for em "estrita obediência à ordem direta do superior hierárquico, em matéria de serviços" (Artigo 38, letra *b*, CPM) e agirá como atenuante da pena, a critério do juiz, "se a ordem não era manifestamente ilegal". (Artigo 41 CPM)

No entanto, Nelson Hungria já advertira que a isenção penal concedida à obediência hierárquica, pelo artigo 18 do Código Penal de 1940, referia-se à ordem ilegal, pois, "se assim não fosse, não haveria razão para destacar-se a hipótese em apreço do conceito de cumprimento do dever". Cremos que o ensinamento do insigne mestre se projeta ao artigo acima mencionado do código vigente, e o inciso *b* do Artigo 38 refere-se à ordem, ainda que de natureza militar, que tem a característica de ilegal.

Visto isso, podemos concluir, pela análise da estrutura e natureza da ordem emanada pelo superior militar, que ela pode se enquadrar nos seguintes tipos:

1. ordem legal emanada do superior hierárquico;
2. ordem ilegal do superior hierárquico em matéria de serviço;
3. ordem ilegal que não se refere ao serviço.

Se a ordem emanada do superior hierárquico se enquadra em todos os requisitos de legalidade, ela não tem o caráter de

antijuricidade, e portanto não é cogitada, segundo este enfoque, no CPM vigente.

Portanto, a ordem com característica de antijuricidade a que se refere a letra *b* do CPM vigente só pode ser a caracterizada no item 2 acima.

E, finalmente, a ordem de natureza manifestamente criminosa, citada no item *b* parágrafo 2º do Artigo 38 do CPM, é a caracterizada no item 3 acima.

Será que este dispositivo, ao colocar o subordinado que comete um delito por ordem de seu superior na incômoda posição de co-autor, admite, *contrario sensu*, uma

análise do mérito da ordem, por parte do subordinado que irá cumpri-la?

Taxativamente, não, uma vez que, no direito penal militar pátrio, não é dado o direito de resistência ao subordinado.

Contudo, o código vigente deixa ao juiz de mérito da questão de-

cidir sobre o *manifestamente criminoso* e prevê atenuação da pena ao subordinado que a cumpriu.

Podemos perceber de fato, para que a atividade militar possa ser cumprida, ser fundamental que haja pronunciada confiança entre quem ordena e quem obedece. A natureza das relações militares implica que a ordem dada não deva sofrer contestação.

Muitas vezes, a velocidade de execução, ou do seu cumprimento, é vital para o sucesso da ação. De tal modo isso é relevante que podemos afirmar não haver qualquer diferença, para efeito de aplicação da sanção militar, entre a ordem escrita e a oral. Isso implica obedecer e cumprir sem relutar. Mas, para isso, é preciso, como já acenhamos, que determinadas características sejam atendidas. Se ao subalterno não é

**Para que a atividade
militar possa ser cumprida,
é fundamental que haja
pronunciada confiança
entre quem ordena e quem
obedece**

válido contestar a ordem, é porque esta deve ser de natureza fundamentalmente legal e em matéria de serviço, entre várias outras características.

Características da ordem militar

A obediência hierárquica, fundamento não exclusivo da profissão castrense, mas nela constituindo-se um dos pilares vitais, tem como uma (entre muitas outras) das mais evidentes conseqüências evitar o ilícito, seja na esfera administrativa, seja na penal. A outra face da mesma moeda é a ordem, que, no caso castrense, vemos referência como a ordem de natureza militar, à qual estão vinculadas particularidades que, faltando sequer apenas uma, pode descaracterizar sua natureza militar e, se emanada, torná-la ilegal. E quais são essas características? Vejamos: (2)

a) A ordem deve emanar de um superior

O conceito de superior é aquele fixado no Artigo 24 do Código Penal Militar, *in verbis*: "O militar que, em virtude da função, exerce autoridade sobre outro de igual posto ou graduação considera-se superior para efeito de aplicação da lei penal militar".

Já o conceito de ordem pode ser aquele dado por Renato Astroso Herrera, como sendo "a expressão da vontade do superior dirigida a um ou mais subordinados para que cumpram com uma prestação ou abstenção no interesse do serviço".

b) A ordem deve ser relativa ao serviço

Entende-se por aquela relacionada com as funções do subordinado, dentro de suas atribuições funcionais que atendam aos in-

teresses da organização a que pertence, não das que beneficiem interesses particulares.

c) A ordem deve ser da competência funcional do superior

Os regulamentos militares e normas gerais de ação dispõem a respeito das atribuições funcionais do posto e graduação de todo militar. Conseqüentemente, a ordem emanada do superior deve relacionar-se com sua função, com seu dever de ofício.

d) A ordem deve obedecer a requisitos formais

A ordem pode ser de natureza escrita, verbal e por sinais convencionais. Em princípio,

todo ato administrativo é formal, pois só assim poderá ser aferido pela administração e também pelo Judiciário em caso de haver necessidade 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 caso de urgência ou de instrução militar.

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

e) A ordem deve ser cumprida dentro da "estrita obediência" à ordem do superior

Significa que o subordinado, ao cumprir a ordem do superior, não pode ir além do que foi determinado. Caso contrário, responde pelo excesso, não havendo, portanto, excludente de responsabilidade.

f) A ordem não pode ser manifestamente ilegal, isto é, criminosa

Considera-se manifestamente ilegal uma ordem quando é evidente sua ilicitude ou sua

Somente pela instrução e constante aperfeiçoamento, no diuturno exercício da arte de comandar, é que poderá ser alcançado o tirocínio necessário para saber ordenar

ilegitimidade, sem que haja possibilidade de dúvida. Antolisei cita o exemplo de um superior visivelmente embriagado que ordenara abrir fogo contra pacíficos cidadãos.

CONCLUSÃO

Cabe a quem tem o direito e o dever de ordenar saber como fazê-lo dentro dos limites do ordenamento jurídico. Dado que no direito pátrio não é tolerável a resistência do subordinado, para que se estabeleça uma relação de inteira confiança torna-se necessário assegurar, permanentemente, a legalidade da ordem, pelos atributos característicos que a definem como de natureza militar.

Desta responsabilidade os que ordenam não podem se livrar, sob pena de cometerem ilícito penal e arrastarem outros, que neles confiaram, para a barra dos tribunais, seja por cumplicidade ou por terem cometido excessos, ambos conscientes.

Fora deste tipo de participação, ainda fica difícil, se não impossível, ao subordinado definir a característica da ordem que recebeu para cumprir, e só escapará ao peso da justiça se, segundo na lição de Frederico Marques (2), no caso da ordem não ser manifestamente ilegal e o inferior não se exceder no seu cumprimento, inexistir a ilicitude *a parte subjecti* por ausência de vontade antijurídica. Diante de uma ordem dessa natureza, a vontade do subordinado não pode determinar-

se normalmente. Se o superior dá ordem, nos limites de sua respectiva competência, revestindo-se ela, aparentemente, das formalidades legais necessárias, o subalterno ou presume a licitude da ordem (erro de direito) ou se sente impossibilitado de desobedecer ao agente de onde a ordem emanou (inexigibilidade de outra conduta); de uma forma ou de outra, é incensurável o proceder do inferior hierárquico, e, por essa razão, ele não é punível em face do ato praticado.

De todo o exposto, podemos concluir pela importância de SABER ORDENAR, em face da grande responsabilidade daquele que ordena para com a instituição castrense e para com seus subalternos. Concluimos ainda que somente pela instrução e pelo constante aperfeiçoamento, no diuturno exercício da arte de comandar, é que poderá ser alcançado o tirocínio necessário.

O filme "Questão de Honra", mencionado no início deste artigo, deveria fazer parte do acervo cultural das escolas militares de formação e, nos momentos apropriados da carreira, ser reapresentado e comentado, pois constitui-se em insubstituível acessório de ensino. Recomendamos, pois, àqueles que se interessarem pelo assunto, principalmente oficiais mais modernos, e aos que chegaram ao comando que o vejam ou revejam, à luz dos comentários sucintos ventilados no presente artigo, na esperança de que sirva de lição para os tempos modernos, nos relacionamentos normais da vida da caserna.

CLASSIFICAÇÃO PARA ÍNDICE REMISSIVO:

<VALORES> /; Chefia /; Obediência /; Princípios Militares /; Disciplina;

BIBLIOGRAFIA

1. FAGUNDES, João Batista. *A Justiça do Comandante*. Senado Federal. Centro Gráfico. Brasília, 1988.
2. LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito Penal Militar*. Atlas, 4ª ed. 2002.