

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO III**

FELIPE AUGUSTO FORTE DE NEGREIROS DEODATO

ROGÉRIO GESTA LEAL

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito penal, processo penal e constituição III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato, Rogério Gesta Leal – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-323-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Penal. 3. Processo Penal.
4. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA
DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO III

Apresentação

A história dos delitos e das penas no Ocidente é terrível em termos humanitários, matéria já explorada à saciedade por filósofos, cientistas políticos e juristas, fazendo que buscassem, de forma intermitente, mudanças no sistema sancionatório ocidental. Como lembra Foucault, o tramonto dei supplizi é sentido como exigência social improcrastinável a partir da segunda metade do século XVIII, em especial na França Revolucionária, quando surge a necessidade de se punir de outra maneira da tradicional da época, abolindo o confronto físico entre soberano com o condenado e dissolvendo um pouco as tensões entre o Príncipe e a cólera do povo em face de seu intermediário (o executor) e o executado.

A interrupção súbita daquela relação sanguinária de punição, até então indissolúvel em face das relações de poder que se estabeleciam e autorizavam a violência tirânica do Rei (e seu prazer de ver o povo sofrer), paradoxalmente ocorre através do mais suave dos sentimentos, a doçura, ora entendida, na reconstrução foucaultiana, como a natural necessidade de castigo sem suplício, formulada a partir da ideia de grito do coração ou da natureza indignada, pois mesmo ao pior assassino uma coisa ao menos deve ser respeitada quando é punido: a sua humanidade.

É o homem, em suma, desprovido de seu aspecto criminal, que deve ser tomado como fundamento contrário ao despotismo da sanção-suplício, símbolo material do poder monárquico.

Hoje os juristas do século XXI são chamados à reflexão sobre estes temas enquanto parábolas da humanidade, haja vista que, por um lado, alguns modelos de pena criminal podem operar com a lógica do passado (o sistema carcerário brasileiro é uma realidade viva disto); por outro, mesmo os avanços humanistas das penas e suas execuções ainda deixam a descoberto novas tipologias de condutas criminosas preocupantes, geradas por outra Sociedade, hipercomplexa em termos de relações e seus resultados (catastróficos).

Desde o final da década de 1980 alguns sociólogos e filósofos tem discutido sobre o tema das novas configurações de forças políticas e relações sociais marcadas por níveis de complexidades altamente diferidos - como é o caso de Ulrich Beck , Anthony Guiddens , Niklas Luhmann e Zygmunt Bauman , dentre outros.

Esta Sociedade se caracteriza em face de múltiplos fatores transnacionais, econômicos e culturais, com interconexões e protagonismos igualmente plurais, fazendo florescer com velocidade impar interesses e bens muito mais difusos e coletivos do que individuais, todos carentes de proteção jurídica e política.

Estes cenários, por sua vez, favorecem a aparição de novos perigos supraindividuais no cotidiano dos cidadãos. Tais perigos se diferenciam daqueles provocados pela ainda desconhecida natureza (maremotos, furacões, vulcões, terremotos, etc.); não que tenham se extinguido, por conta da inexistência de conhecimentos e informações técnicas e científicas para dar conta deles, mas provêm de tensas relações sociais e institucionais pouco controláveis por deficitários sistemas normativos de segurança (cível, administrativo e penal) existentes, provocando riscos e danos em massa, alguns inclusive comprometendo as futuras gerações (como é o caso dos danos ambientais).

Diante de tais elementos é que surge, dentre outras inquietações teóricas e práticas, o problema da imputação de responsabilidade (social, política e jurídica) pelas causas e consequências indesejadas decorrentes daquelas situações, e mesmo diante da sensação de insegurança que perpassa a cidadania quando se depara com modalidades inusitadas de ilícitos violadores de Direitos e Garantias Fundamentais – direta ou indiretamente.

Ao lado disto, encontram-se os Direitos e Garantias Fundamentais da Pessoa Humana e os paradigmas do Direito Penal Liberal, como reconhecendo a este a ultima ratio dos sistemas normativos, os princípios da legalidade estrita e taxatividade em termos de tipologias penais e sancionatórias, a subsidiariedade das ciências penais para o enfrentamento dos conflitos humanos, os déficits democráticos dos modelos inquisitórios e acusatórios do Direito Penal e Processual Penal, entre outros mais.

Todas estas questões podem ser visualizadas nos trabalhos apresentados neste GT e Revista, com alta profundidade acadêmica e reflexiva, amplamente debatidos por seus autores e interlocutores nos grupos de trabalho que ocorreram nos dias 08 e 09 de dezembro de 2016, em Curitiba, o que pretendemos agora socializar com o público leitor brasileiro e internacional.

Prof. Dr. Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato - UFPB

Prof. Dr. Rogério Gesta Leal - UNOESC

OS LIMITES DA OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA COMO CAUSA DE EXCULPAÇÃO

THE LIMITS OF OBEDIENCE HIERARCHICAL AS CAUSE OF EXCULPATION

Vanessa Chiari Gonçalves ¹

Resumo

O instituto da obediência hierárquica de ordem não manifestamente ilegal apresenta uma série de divergências doutrinárias ainda não superadas. O artigo pretende analisar os limites e as possibilidades de aplicação do instituto da obediência hierárquica como causa excludente da culpabilidade do agente subordinado no âmbito da Administração Pública. Para isso, define a obediência hierárquica, procurando dimensionar como a subordinação funcional é pensada no direito do trabalho, no direito administrativo e no direito penal militar. Analisa a noção de responsabilidade, desenvolvida por Hannah Arendt.

Palavras-chave: Obediência hierárquica, Subordinação, Culpabilidade

Abstract/Resumen/Résumé

The Institute of hierarchical obedience order not manifestly unlawful presents a series of doctrinal disagreements not overcome yet. The article aims to analyze the limits and possibilities of application of the institute of hierarchical obedience to cause excluding the culpability of the subordinate agent in Public Administration. To do this, define the hierarchical obedience, trying to characterize as the functional subordination is thought in labor law, the administrative law and military criminal law. Analyzes the notion of responsibility, developed by Hannah Arendt.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Hierarchical obedience, Subordination, Culpability

¹ Doutora em Direito pela UFPR e Professora Adjunta de Direito Penal e Criminologia da UFRGS.

1. Introdução:

Na doutrina penal brasileira, a obediência hierárquica, assim como a coação moral irresistível, costumam ser consideradas como formas de inexigibilidade de conduta diversa, levando à exclusão da culpabilidade do agente subordinado. No entanto, muitas questões controvertidas permeiam a interpretação desses dois institutos, especialmente o da obediência hierárquica, gerando confusão sobre a amplitude de sua aplicação. Ainda que se reconheça que apenas a obediência à ordem não manifestamente ilegal afasta a culpabilidade, a dúvida persiste sobre os limites da aplicação do referido instituto, a fim de que a coerência e a responsabilidade sejam alcançadas. Além disso, o referido instituto precisa ser repensado de acordo com a realidade social e com a realidade das instituições no Brasil.

O artigo pretende, assim, responder ao seguinte problema de pesquisa: quais são os limites e as possibilidades de aplicação do instituto da obediência hierárquica como causa excludente da culpabilidade do agente subordinado no âmbito da Administração Pública? Para isso, num primeiro momento, realiza uma revisão bibliográfica, na doutrina penal brasileira, sobre a definição de obediência hierárquica e sobre o seu alcance no mundo dos fatos. Posteriormente, procura dimensionar como a subordinação funcional é pensada no direito do trabalho, no direito administrativo e no direito penal militar, destacando suas peculiaridades. Por fim, analisa a noção de responsabilidade, desenvolvida por Hannah Arendt, para defender a proposta de tratamento do instituto da obediência hierárquica de uma forma mais adequada. O método de abordagem será o dedutivo e a técnica de pesquisa a revisão bibliográfica.

2. Definindo o instituto da obediência hierárquica.

A obediência hierárquica aparece prevista no artigo 22 do Código Penal Brasileiro, cuja redação é de 1984. Assim dispõe o referido artigo: “Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”.

No âmbito da doutrina nacional, costuma-se considerar a obediência hierárquica como uma das causas de exclusão da culpabilidade. Francisco de Assis Toledo, que foi um dos elaboradores da nova parte geral do Código Penal vigente, reforça essa opção do direito penal brasileiro afirmando que "a questão de saber o modo de julgar o subordinado, que cumpre a

ordem vinculante, não se apóia em um juízo sobre o fato, mas sim sobre o autor, pelo que sai da esfera da ilicitude para situar-se na da culpabilidade". (1994, p. 343)

Na mesma linha de raciocínio, posicionam-se vários outros penalistas brasileiros. Cláudio Brandão refere que nas relações de Direito Público, regidas pelo binômio hierarquia/subordinação, há o poder disciplinar da Administração Pública, sancionando os agentes que violarem o dever de subordinação. Desse modo, a obediência hierárquica é "uma causa de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de outra conduta porque, nas relações de Direito Público, o dever de obediência é uma imposição do próprio Estado". Esse dever limitaria a liberdade de opção do agente, desde que a ordem não seja manifestamente ilegal e estejam presentes os seguintes requisitos: competência do superior para emanar a ordem e do subordinado para cumpri-la e que a ordem seja emanada na forma prescrita em lei. (2010, p. 260-261)

Para Juarez Cirino dos Santos, o fundamento dessa situação de exculpação também está na relação de subordinação de direito público. Excepcionalmente, no mundo dos fatos, as ordens de superior hierárquico podem ser ilegais, criando "uma situação de conflito no subordinado, que se vê pressionado entre dois deveres: o dever de obedecer ordens superiores e o dever de omitir ações típicas não justificadas". Nesse caso, deve-se observar se a ilegalidade da ordem é de natureza aparente ou oculta. A ilegalidade aparente da ordem, tal como o espancamento de suspeito para obtenção da confissão, não obriga o subordinado a cumpri-la. Já a ilegalidade oculta da ordem obriga o subordinado ao seu cumprimento, assim como seria o disparo sobre sequestradores para libertar reféns. Nesse último caso, o autor entende que o subordinado pode ser exculpado por "se encontrar em situação de inexigibilidade de conduta diversa, determinada pelo conflito entre sofrer um mal, representado por sanções administrativas e penais, e causar um mal, representado pelo fato punível objeto da ordem". (2007, p. 330-332)

Deve-se advertir, entretanto, que erroneamente procura-se relacionar a inexigibilidade de conduta diversa com a falta de liberdade. Ocorre que, tanto na coação moral irresistível como na obediência hierárquica, "o agente atua com liberdade de optar entre sofrer um mal ou agir injustamente", existindo um mínimo de liberdade necessária à existência da vontade. Desse modo, conclui-se que a exigibilidade de conduta adequada ao direito é "a faculdade, que se reconhece no homem normal, de resistir aos seus próprios impulsos, conformando a sua conduta às exigências do direito". (MACHADO, 2008, p. 130-132)

Observa-se que, a classificação da obediência hierárquica de ordem não manifestamente ilegal como hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, por parte do

subordinado, não é pacífica na doutrina. Discute-se sobre os limites de aplicação dessa excludente em casos concretos. Isso porque, ninguém pode ser obrigado à praticar condutas ilícitas. Desse modo, se o subordinado não possui consciência da ilicitude do ato ordenado por seu superior hierárquico, haveria hipótese de erro de proibição. Já se o subordinado se viu coagido a cumprir a ordem com aparência de ilegalidade, por medo de represálias, haveria hipótese de coação moral. Em ambos os casos seria afastada a culpabilidade da conduta.

Luiz Regis Prado ao explicar o teor do artigo 22, 2ª parte, do Código Penal afirma que a obediência hierárquica pode dar margem à exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, quando as ordens emanadas de autoridade superior referirem-se ao seu círculo de atribuições. Para o mesmo autor, "o subordinado que executa um mandado vinculante atua de acordo com o Direito, ainda que o conteúdo da ordem viole o ordenamento jurídico, posto que está obrigado a obedecer". Entende, no entanto, que se o subordinado percebe que a ordem constitui um ato ilícito ou quando, embora não perceba a ilegalidade da ordem, estiver em condições de suspeitar da ilicitude do mandado, não será abarcado por essa causa de inculpabilidade. (2014, p. 362-363) Haveria, neste último caso, pelo que se pode presumir, uma responsabilidade do agente por defeito de culpa e não de dolo.

Em sentido diverso, posiciona-se Cezar Roberto Bitencourt ao esclarece que

"Quando a ordem for ilegal, mas não manifestamente, o subordinado que a cumpre não agirá com culpabilidade, por ter avaliado incorretamente a ordem recebida, incorrendo numa espécie de erro de proibição. Agora, quando cumprir ordem manifestamente ilegal, ou seja, claramente, escancaradamente ilegal, tanto o superior hierárquico quanto o subordinado são puníveis, respondendo pelo crime em concurso. O subordinado não tem a obrigação de cumprir ordens ilegais. Ele tem a obrigação de cumprir ordens inconvenientes, inoportunas, mas não ilegais. Não tem o direito, como subordinado, de discutir a oportunidade ou conveniência de uma ordem, mas a ilegalidade, mais que o direito, tem o dever de apontá-la, e negar-se a cumprir ordem manifestamente ilegal". (2012, p. 479-480)

Michel Reale Júnior admite que, havendo o cumprimento de ordem não manifestamente ilegal por subordinado, em obediência à ordem de seu superior hierárquico, haveria erro de proibição, em virtude de um juízo equivocado sobre a ilicitude do ato. Refere, ainda, que se o agente, mesmo sabendo ou desconfiando da ilegalidade da ordem, não tiver condições de desrespeitar esse comando ilegal, haveria situação de coação moral. No entanto, não admite a responsabilidade do subordinado por culpa, uma vez que haveria "uma presunção de legitimidade da ordem" no dever de obediência, de forma que "mesmo que o

inferior hierárquico tenha dúvida e possa questionar a legalidade, prevalece o dever de obediência, em razão do que é a ação praticada destituída de ilicitude". Não seria possível impor-se o dever de obediência à ordem não manifestamente ilegal ao subordinado e, ao mesmo tempo, reputar como crime a obediência à ordem. Isso porque, o inferior hierárquico "ao realizar a ação ordenada não o faz por imaginar que não seja proibida, mas sim para obedecer a ordem do superior, sendo, portanto, uma causa de justificação ou excludente de ilicitude" (2009, p. 196-197)

O problema é que a excludente da antijuridicidade (ilicitude) relativa ao estrito cumprimento do dever legal, exige que a ordem atente para a estrita legalidade. Já a causa de justificação do estado de necessidade exige uma situação concreta de emergência, ou seja, o agente pratica o fato para salvar direito próprio ou alheio de perigo atual. Essa condição de urgência não estará presente em todos os casos de cumprimento de ordem de superior hierárquico.

Embora exista um posicionamento amplamente majoritário no sentido de que a obediência hierárquica, enquanto excludente da culpabilidade, aplica-se somente às relações hierárquicas de direito público, Cezar Roberto Bitencourt incorpora um novo elemento a esse debate. Entende que não se pode restringir a sua aplicação às relações de subordinação do direito público, defendendo a sua ampliação para as relações hierárquicas da iniciativa privada. Isso se dá porque, em ambas as situações de subordinação, poderá ocorrer, faticamente, a hipótese de inexigibilidade de conduta diversa. (2012, p. 478)

O Estado Democrático de Direito "não admite qualquer resquício de responsabilidade penal objetiva, e sempre que, por qualquer razão, a vontade do agente for viciada (deixando de ser absolutamente livre), sua conduta não pode ser penalmente censurável". Argumenta que a desobediência a ordem superior, no plano da iniciativa privada, está sujeita às consequências mais gravosas e imediatas, como despedida sem justa causa, do que o seu descumprimento no âmbito da Administração Pública, que daria ensejo à sindicância ou a procedimento administrativo para aplicação de sanções legalmente previstas e com direito ao contraditório e à ampla defesa. (BITENCOURT, 2012, p. 478)

Com a finalidade de problematizar os limites da obediência hierárquica, no âmbito do direito penal, faz-se necessário compreender os conceitos de subordinação nas relações de hierarquia da iniciativa privada e do poder público, incluindo a subordinação no direito penal militar.

3. As situações de subordinação hierárquica.

Para que se possa repensar a definição dos limites e das potencialidades do instituto da obediência hierárquica, é imperioso revisitar outras áreas do Direito, afim de estabelecer pontos de divergência e ponto de convergência. Na perspectiva do direito do trabalho, por exemplo, a subordinação pode ser entendida como o fato de o empregado estar sob as ordens e a disciplina do empregador, que possuiria poderes diretivos e disciplinares, portanto. Ocorre que a subordinação, como todo conceito jurídico, é um conceito dinâmico, que precisa adaptar-se a realidade social. Nesse sentido, Paulo Emílio de Vilhena, recorda que

a imagem da inserção do trabalhador na empresa gozou de extraordinária vivência no sistema germânico do nacional-socialismo, consagrada pelos autores alemães da década de trinta, que, ao expenderem um conceito próprio de relação de emprego e de institucionalização da relação de trabalho, reduziram a pessoa do trabalhador à qualidade de peça de uma engrenagem (a empresa), simetricamente disposta e sujeita a uma dinâmica perfeita em suas conexões estruturais, de cima para baixo. Na ponta superior estava o "chefe", que fazia descer o poder incondicionado da ordem, a que obedeciam os escalões inferiores, até às categorias elementares da mão-de-obra braçal (2005, p. 513)

A chamada "dependência jurídica" nada mais é do que a subordinação jurídica, compreendida não somente como a atuação da vontade do empregador na esfera jurídica do empregado, mas também como a possibilidade jurídica dessa atuação. O empregador possui o poder jurídico de intervir na atividade do empregado, dentro dos limites objetivos do contrato de trabalho, imprimindo "uma certa direção na atividade alheia". O mundo do trabalho subordinado é o da atividade vinculada ou expectada, sendo a subordinação uma exigência técnica e funcional e não pessoal. Importante salientar, entretanto, que a subordinação jurídica não se confunde com sujeição ou subordinação pessoal que são "resquícios históricos, etapas vencidas nas lutas políticas seculares, desde a consideração do prestador de trabalho como *res*". O empregado não pode ser coisificado, por isso deve-se entender a subordinação como "participação integrativa da atividade do trabalhador na atividade do credor de trabalho". (VILHENA, 2005, p. 517-526)

No mesmo sentido, posiciona-se Mauricio Delgado ao afirmar a natureza jurídica do fenômeno da subordinação como o entendimento hegemônico entre os estudiosos do Direito do Trabalho. Esse caráter jurídico da subordinação prevalece ainda que "tenha por suporte e fundamento originário a assimetria social característica da moderna sociedade capitalista". A subordinação jurídica constitui-se no "pólo reflexo e combinado do poder de direção

empresarial, também de matriz jurídica" e ambos derivam na natureza da relação de emprego e a distinguem das demais formas de utilização do trabalho humano. (2011, p. 292).

Percebe-se que, no âmbito do direito do trabalho, a subordinação é compreendida, exclusivamente, como uma direção de natureza técnica e funcional na atividade do empregado. Não mais se sustenta a ideia de um poder incondicionado da ordem do superior e, nem mesmo, a noção de que o empregado subordinado deva ser alguém submisso. Desse modo, pode-se afirmar que o cumprimento de ordem ilegal por desconhecimento justificado da norma penal, só poderia dar ensejo ao afastamento da culpabilidade do empregado subordinado por erro de proibição. Enquanto que, o cumprimento de ordem não manifestamente ilegal, por medo da perda do emprego, só poderia dar ensejo ao afastamento da culpabilidade do agente por coação moral irresistível, desde que essa encontre guarida faticamente, o que sempre dependerá de um estudo dos limites de decisão do agente no caso concreto.

Já, no tocante ao direito administrativo, a hierarquia pode ser definida como o "vínculo de autoridade que une órgãos e agentes, através de escalões sucessivos, numa relação de autoridade, de superior a inferior, de hierarca a subalterno". Nesse contexto, o superior hierárquico possui uma contínua e permanente autoridade sobre toda a atividade administrativa dos subordinados. Esses poderes podem ser classificados como: a) poder de comando (instruções sobre o modo de executar os serviços); b) poder de fiscalização (inspecionar as atividades); c) poder de revisão (revogar ou anular atos inoportunos ou viciados juridicamente, praticados por subalternos); d) poder de punir (aplicar as sanções legais); e) poder de dirimir controvérsias de competência, e f) poder de delegar ou de avocar competências. (MELLO, 2008, p. 150-151).

Os servidores públicos estatutários possuem um conjunto de deveres estabelecidos no artigo 116 da Lei 8.112, de 1990. O artigo 117 da mesma Lei, define um rol de proibições, cujas condutas, se cometidas, dão margem à um procedimento administrativo disciplinar. Dentre as dezoito proibições previstas, constam as seguintes ações, que merecem destaque na discussão sobre os limites da obediência hierárquica: opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço (falta passível de advertência); valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública (falta passível de demissão); proceder de forma desidiosa (falta passível de demissão) e cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias (falta passível de advertência). A insubordinação grave em serviço também pode dar margem à demissão do servidor público.

Verifica-se que o direito administrativo possui mecanismos suficientes para proteger o funcionário subordinado de uma eventual coação para o cumprimento de ordens ilegais, estranhas ou irregulares, determinadas pelo superior hierárquico. Há, inclusive, previsão de sanções administrativas para a prática de atos irregulares ou ilegais. Desse modo, o funcionário público subordinado possui maior proteção legal do que o funcionário da iniciativa privada, como já havia, com razão, concluído Cezar Roberto Bitencourt. Assim, só se justificaria o afastamento da culpabilidade nas hipóteses de erro de proibição ou por coação moral irresistível, desde que os fatos justifiquem tais hipóteses. O que se pretende afirmar é que o simples cumprimento de uma ordem não manifestamente ilegal, adequada somente do ponto de vista formal, por parte do subordinado, não pode simplesmente justificar o afastamento da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, se não houve situação concreta de coação moral ou de erro de proibição.

Quando o espaço é o do direito penal militar, no entanto, algumas peculiaridades precisam ser consideradas. Cezar Roberto Bitencourt entende que o tratamento da obediência hierárquica entre o funcionário civil e o funcionário militar deve ser muito distinto. Isso porque o funcionário civil não discute a conveniência ou a oportunidade da ordem superior, mas pode discutir a sua legalidade e responde pelo cumprimento de ordem manifestamente ilegal. Já o funcionário militar não teria a prerrogativa de discutir a legalidade da ordem superior, tendo um dever legal de obediência, porque qualquer desobediência pode constituir crime de insubordinação¹, nos termos do artigo 163 do Código Penal Militar. Assim, o subalterno militar não será culpado, independentemente de sua convicção sobre a ilegalidade da ordem. O militar subordinado só não deve obedecer à ordem manifestamente ilegal, pois, caso contrário, haveria uma completa inversão de valores, dando margem à justificativa para a obediência à ordens criminosas. Entende, ainda, que o militar subalterno pode ter a sua culpabilidade afastada por coação moral irresistível, caso seja coagido a obedecer ordem ilegal. (2012, p. 480-481)

No entanto, existem divergências quanto a essas diferenças. Haveria não apenas uma faculdade, mas um dever de revisão da legalidade da ordem por parte do funcionário militar subordinado, pois o dever jurídico de obediência cessa diante de uma ordem manifestamente ilegal. Assim, se a ordem for formalmente legítima, mas manifestamente antijurídica, e se o "inferior hierárquico tem o dever de revisá-la, e não a cumpre, há um real caso de estado de

¹ O artigo 163 do Código Penal Militar define o crime de insubordinação como a conduta de "recusar obedecer a ordem do superior sobre assunto ou matéria de serviço, ou relativamente a dever imposto em lei, regulamento ou instrução". Estabelece a pena de detenção de um a dois anos, se o fato não constitui crime mais grave.

necessidade exculpante. Se o subordinado não revisou a legalidade da ordem por não ter compreendido a sua antijuridicidade, incorrerá em erro de proibição". O dever de obediência mesmo nas relações hierárquicas militares seria relativo e reflexivo e não absoluto, uma vez que o subalterno deve ser considerado um indivíduo com inteligência e vontade (ROSSETO, 2015, p. 211-212).

Nesse sentido, o artigo 38 do Código Penal Militar dispõe:

Não é culpado quem comete o crime: a) sob coação irresistível ou que lhe suprima a faculdade de agir segundo a própria vontade; b) em estrita obediência a ordem direta de superior hierárquico, em matéria de serviços. § 1º Responde pelo crime o autor da coação ou da ordem. § 2º Se a ordem do superior tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso, ou há excesso nos atos ou na forma da execução, é punível também o inferior".

Reconhece-se que é mais difícil para o funcionário militar descumprir uma ordem superior do que para o funcionário civil, embora exista proteção legal para a sua negativa, justificada pela ilegalidade da ordem. De qualquer forma, prevalece a tese de que somente as hipóteses de erro de proibição sobre ilegalidade da ordem ou de coação moral irresistível em virtude de fundado receio das sanções penais e administrativas, decorrentes da insubordinação, justificariam o afastamento da culpabilidade do subordinado.

É interessante observar que o Código Criminal do Império, de 1830, já previa, em seu artigo 14, V, que o crime seria justificável e por isso não punível quando fosse praticado em resistência à execução de ordens ilegais, desde o agente não excedesse os meios necessários para impedi-la. O Código Penal Republicano, de 1890, em seu artigo 28, diz expressamente que "a ordem de cometer crime não isentará de pena aquele que o praticar, salvo se for cumprida em virtude de obediência legalmente devida a superior legítimo e não houver excesso nos atos ou na forma da execução". Neste último caso, a responsabilidade pelo crime recairia no superior hierárquico que ordenou a conduta, nos termos do artigo 18, parágrafo 2º do mesmo diploma legal. Por sua vez, o Código Penal, de 1940, na sua redação original, referia no artigo 18 que "se o crime é cometido sob coação irresistível ou estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem".

Eugênio Raúl Zaffaroni, inclusive, aponta que o instituto da obediência hierárquica "não possui autonomia científica, ou teórica, constituindo a sua inclusão nos códigos

continentais uma tradição originária do direito inglês". Discute-se sobre a conveniência da sua autonomia legal, porque essa autonomia, muitas vezes, tem gerado interpretações equivocadas. Afirma que a ordem não deve ser manifestamente ilegal, ou seja, a ordem não deve lhe parecer ilegal considerando-se as atribuições de revisão e as possibilidades de "conhecimento do subordinado acerca da sua legalidade (e que, em cada caso, dependerão da natureza da atividade, da função que cumpre o subordinado, e sua preparação técnica e do acesso à informação necessária que a função possibilite)". Haveria, nesse contexto, hipótese de erro de proibição invencível. O mesmo autor, refere que o tratamento dado pela lei brasileira ao instituto leva a crer que o "subordinado é um instrumento que atua conforme o direito e dele se vale o superior para cometer o delito". Exemplifica tão situação da seguinte forma:

Se um juiz decide furtar um objeto do vizinho, e, para tanto, expede um mandado de apreensão, com todas as formalidades legais, o oficial de justiça que vai cumprir o mandado, e retirar a coisa do poder do proprietário, atua em conformidade com o direito, pois não conhece e nem tem por que conhecer o conteúdo ilícito do mandado, e, por conseguinte, se mantém o dever legal que lhe incumbe de, pessoalmente, cumpri-lo. (2006, p. 563-564)

Considerando-se o exemplo acima, entende-se que o juiz responderia pelo delito como autor mediato e o subordinado não poderia responder pelo injusto porque não agiu nem dolosa nem culposamente, estando amparado por erro de tipo ou falsa representação da realidade. Interessa, ainda, refletir sobre as possíveis contribuições do conceito de responsabilidade no tratamento do instituto da obediência hierárquica.

4. A contribuição do conceito de responsabilidade de Hannah Arendt

Hannah Arendt, ao refletir a respeito das diferenças entre o conhecer e o pensar, a partir da postura de Eichmann, um dos grandes nomes do regime nazista, durante o seu julgamento, já advertia sobre a "banalidade do mal". Essa expressão representa a percepção de que atos profundamente malignos podem ser praticados por uma "totalmente autêntica incapacidade de pensar". Demonstração de uma personalidade impressionantemente superficial, capaz de aceitar e cumprir um conjunto diametralmente oposto de regras, sem qualquer questionamento moral. O que intrigava a autora, era uma aparente ausência de

atitudes e de discursos perversos ou antissociais, mas a pura e simples incapacidade de refletir sobre os seus atos. Durante o julgamento, não ocorreu a Eichmann o

simples fato de considerar quais deveriam ser as suas últimas palavras no caso de uma sentença de morte, que ele tinha esperado o tempo todo, assim como as incoerências e as contradições flagrantes nos exames e interrogatórios durante o julgamento não o tinham incomodado. Os clichês, os lugares-comuns, a adesão a códigos convencionais e padronizados de expressão e conduta têm a função socialmente reconhecida de nos proteger contra a realidade, isto é, contra a solicitação da atenção do nosso pensamento, que todos os acontecimentos e fatos despertam em virtude da sua existência. Se fossemos receptivos a essa exigência o tempo todo, logo estaríamos exaustos, a diferença em Eichmann era apenas que ele claramente nada sabia de tal solicitação. (ARENDDT, 2004, p. 226-227)

No decorrer do julgamento a que foi submetido em Jerusalém, após ser encontrado escondido na Argentina, Eichmann foi questionado quanto à sua consciência a respeito do extermínio dos judeus. Eichmann afirmou que só sentia a sua consciência pesada quando "não fazia aquilo que lhe ordenavam - embarcar milhões de homens, mulheres e crianças para a morte, com grande aplicação e o mais metucioso cuidado". (ARENDDT, 1999, p. 37)

Eichmann cumpria ordens de superior hierárquico no âmbito de um estado de exceção, ocasião em que a estrita legalidade é relativizada e os direitos fundamentais são suspensos para atender aos objetivos políticos ilegítimos. Ainda que esses objetivos políticos, operacionalizados pela máquina pública, configurem as maiores atrocidades contra certos grupos de indivíduos. Eichmann participou ativamente, como um burocrata, de um dos maiores genocídios de que se tem notícia. Vale lembrar, que o regime nazista alemão não começou por meio de uma ruptura revolucionária ou de um golpe de Estado. Houve, primeiramente, por influência do então chanceler Adolf Hitler, a publicação de um decreto presidencial suspendendo direitos fundamentais e promovendo prisões, com a finalidade de neutralizar os adversários políticos. Depois, com a morte do presidente eleito, realizou-se um plebiscito que permitiu que Adolf Hitler, se tornasse presidente da Alemanha.

Diante desse quadro, poder-se-ia indagar: tomando o instituto da obediência hierárquica como referência, que parâmetros podem ser estabelecidos entre a legalidade e a moralidade das ações humanas no âmbito de um Estado Democrático de Direito?

O instituto da obediência hierárquica só afasta a culpabilidade quando a ordem recebida pelo subordinado não for manifestamente ilegal. Trata-se de uma ordem ilegal, mas aparentemente legal, portanto. Por essa perspectiva, se a ordem é ilegal, mas possui aparência de ordem legal, a ponto de ser cumprida sem prévio questionamento do subordinado, só se

pode concluir, e aceitar, que o agente tenha agido em evidente erro de proibição ou com desconhecimento justificado pelas circunstâncias fáticas, da ilegalidade da ordem e da conduta decorrente do cumprimento da ordem emanada do superior hierárquico.

Nesse caso, ainda que o efeito em termos práticos seja o mesmo: a exclusão da culpabilidade da conduta do subordinado, a questão vincula-se ao afastamento da consciência potencial da ilicitude e não à situação de inexigibilidade de conduta diversa ou impossibilidade concreta de agir conforme a norma conhecida.

A hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, como defendem diversos doutrinadores, só se justificaria pela eventual situação de coação moral irresistível e não como mera decorrência de uma categorização autônoma da obediência hierárquica à ordem não manifestamente ilegal. Isso porque, o instituto da obediência hierárquica não pode funcionar como justificativa para a prática de atos sem a devida reflexão do subordinado sobre a sua legalidade, restringindo a sua possibilidade de atuação concreta à peça de uma engrenagem maior de poder. Alguém coisificado, sem qualquer capacidade de reflexão e, conseqüentemente, sem possibilidade de questionamento. Tal concepção não contribui para o aprofundamento do processo democrático do País .

Aníbal Bruno já afirmava que a não exigibilidade de conduta diversa supõe que a ocorrência "excede a natural capacidade humana de resistência à pressão dos fatos, pois se o Direito não impõe heroísmos, reclama uma vontade anticriminosa firme, até o limite em que razoavelmente pode ser exigida de um homem normal". (2005, p. 66)

A afirmação dessa noção de responsabilidade parece ainda mais importante no contexto geopolítico contemporâneo, em que um estado de exceção permanente pode ser instaurado, sem maiores rupturas, num Estado Democrático de Direito. George Agamben entende essa nova forma de estado de exceção como algo que “não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem mas se indeterminam”. Assim, a suspensão da norma não corresponde a sua abolição, nem parece estar em dissonância com a ordem jurídica. Não há a implantação de uma ditadura ou regime autoritário. (2004, p. 39).

Na contemporaneidade o estado de exceção atinge o seu desdobramento planetário máximo. Dessa forma, o aspecto normativo do direito pode ser impunemente eliminado e “contestado por uma violência governamental que, ao ignorar no âmbito externo o direito internacional e produzir no âmbito interno um estado de exceção permanente, pretende, no entanto, ainda aplicar o direito”. (AGAMBEN, 2004, p. 131)

A suspensão de direitos e de garantias fundamentais pode-se dar por meio da atuação das várias esferas de poder, em especial dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Com uma intervenção direta ou por meio da complacência do Poder Judiciário, direitos e garantias fundamentais podem ser suspensos no caso concreto, sem que haja a publicação de um único decreto e com aparência de legalidade. Há, nesse contexto, um imenso risco para a democracia. Esse risco de intensifica se os funcionários da imensa burocracia estatal, forem tratado como autômatos e não como seres humanos com autonomia e com capacidade de pensar.

A suspensão formal ou, a não observância concreta de direitos fundamentais, em relação a certos cidadãos, seja por divergência ideológica ou política, seja por simples omissão, fragiliza o ordenamento jurídico-constitucional, abrindo espaço para arbitrariedades, abuso de direito ou excesso de poder, dentro da hierarquia estatal.

Nelson Hungria advertia que um ato praticado em execução de ordem de superior hierárquico quando “correspondente a um tipo legal de crime, não perde, objetivamente, o seu caráter ilícito ou antijurídico”. Ocorre que a “política criminal aconselha e o direito positivo prescreve” que, em respeito ao princípio da autoridade, apenas o superior hierárquico responda pelo delito. Exclui-se a culpabilidade do ato do subordinado porque, por erro de direito, ele supôs a legalidade da ordem. Refere, ainda, que na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, o ministro Francisco Campos alertava:

A ordem de superior hierárquico (isto é, emanada de autoridade pública, pressupondo uma relação de direito administrativo) só isenta de pena o executor, se não é manifestamente ilegal. Outorga-se assim ao inferior hierárquico, tal como no direito vigente, uma relativa faculdade de indagação da legalidade da ordem. Como observa De Marsico, se o princípio fundamental do Estado moderno é a autoridade, não é menos certo que o Estado é uma organização jurídica, e não pode autorizar a obediência cega do inferior hierárquico. De um lado, um excesso de poder na indagação da legalidade da ordem quebraria o princípio de autoridade, mas, de outro, um excesso do dever de obediência quebraria o princípio do direito. (1978, p. 260-261)

Verifica-se, assim, que o instituto da obediência hierárquica precisa ser repensado. Não parece conveniente a vinculação do instituto, necessariamente, com a hipótese de inexigibilidade de conduta diversa. O conceito de subordinação precisa estar adequado aos imperativos de um Estado Democrático de Direito e à estrita legalidade dos atos praticados em todos os escalões dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como também, do Ministério Público.

Como pontua, sabiamente, Hannah Arendt a distinção entre conhecer e pensar é crucial. “Se a capacidade de distinguir o certo do errado tiver alguma coisa a ver com a capacidade de pensar, então devemos ser capazes de ‘exigir’ o seu exercício de toda a pessoa sã, por mais erudita ou ignorante, inteligente ou estúpida que se mostre”. (2004, p. 231). Não havendo um distanciamento seguro das aberturas institucionais para as arbitrariedades, a democracia se fragiliza, dando margem a adoção do estado de exceção permanente, tão bem teorizado por George Agamben.

5. Considerações Finais:

O instituto da obediência hierárquica pode afastar a culpabilidade do subordinado que pratica fato típico e antijurídico em cumprimento de uma ordem do seu superior hierárquico, desde que esta ordem não seja manifestamente ilegal. Grande parte dos doutrinadores brasileiros entende que essa situação se encaixa na hipótese de inexigibilidade de conduta diversa da permitida, por parte do subordinado.

No entanto, entende-se que o raciocínio deve ser diferente. O mundo sofreu inúmeras transformações sociais desde que a teorização do instituto da obediência hierárquica. O funcionário subordinado em um Estado Democrático de Direito não está obrigado a cumprir as ordens que recebe quando existe a possibilidade ou a desconfiança de ela possa ser ilegal, ainda que sua ilegalidade não seja manifesta.

Desse modo, pode-se dizer que existem três situações merecedoras da devida distinção. Na primeira hipótese, o subordinado sabe que a ordem recebida é ilegal e, por isso, está proibido legalmente de cumpri-la, sob pena de responder pelo delito praticado em coautoria com seu superior hierárquico, autor da ordem.

Na segunda hipótese, o subordinado não sabe e não tem motivos para desconfiar da ilegalidade da ordem, incorrendo, nesse caso, em erro de proibição (desconhecimento justificável da norma) que afasta a culpabilidade do seu ato. Na terceira hipótese, embora conheça a ilegalidade da ordem e tenha cumprido o seu dever legal de alertar o seu superior, percebe que não possui condições de resistir ao seu cumprimento por fundado receio de sofrer um mal injusto e grave. Nesse último caso, haverá coação moral irresistível, a ser avaliada no caso concreto, considerando as suas peculiaridades. É evidente que, no espaço do direito penal militar, os motivos da coação são mais evidentes e, por isso, não podem ser desconsiderados. A coação tem, então, o potencial de afastar a culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

A noção de que a obediência a uma ordem não manifestamente ilegal, justifica a exclusão da culpabilidade do subordinado, por inexigibilidade de conduta diversa deduzida, parece não se justificar no âmbito de um Estado Democrático de Direito. Além disso, poderá estimular as ações e as medidas de exceção nos vários escalões de agentes públicos e políticos no âmbito da Administração Pública nas suas várias diferentes esferas de atuação.

Referências Bibliográficas

- AGAMBEN, George. Estado de Exceção. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ARENDT, Hannah. Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- ARENDT, Hannah. Responsabilidade e julgamento. Tradução de Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. V. 1. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRANDÃO, Cláudio. Curso de Direito Penal: parte geral. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BRUNO, Aníbal. Direito Penal: parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.
- HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. 1, Tomo II, arts. 11 e 27. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- MACHADO, Luiz Alberto. Direito Criminal: parte geral. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. Curso de Direito Penal Brasileiro. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de Direito Penal: parte geral. 3. ed. Rio Janeiro: Forense, 2009.
- ROSSETO, Enio Luiz. Código Penal Militar. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Relação de Emprego: estrutura legal e supostos. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. V. I. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.