

ORDEM ILEGAL E OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA NO ÂMBITO DA POLÍCIA MILITAR

Alexsimara Santos de Oliveira¹

Resumo:

Quais as consequências jurídicas que implicam na atitude de um militar que descumpre uma ordem ilegal? Ele pode ser responsabilizado ou age no exercício regular do direito? Responder a esses questionamentos são o ponto central do presente estudo. É certo que o ordenamento jurídico brasileiro contempla uma série de princípios nos quais a administração pública deve se pautar. Nesse contexto, os militares como integrantes da administração pública devem se socorrer a tais princípios em sua atuação funcional. Ressalta-se, contudo, que a Polícia Militar está balizada pelos princípios da hierarquia e disciplina que são a base da instituição. Neste toar, o respeito e a obediência à hierarquia são intrínsecos ao militarismo, de modo que é dever do subordinado obedecer a ordem do superior. Entretanto, deve-se abrir uma ressalva acerca da necessidade de análise da legalidade antes de seu efetivo cumprimento. Não há dúvida de que uma ordem manifestamente criminosa não deve ser cumprida. A divergência reside no caso de descumprimento de ordem ilegal ou não manifestamente criminosa e é nesse ponto que residem as divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Esse estudo procura abordar o teor dessas divergências de entendimentos, com base em fundamentações legais, doutrinárias e jurisprudenciais, abordando as implicações de cada uma delas na conduta policial.

Palavras-chave: Ordem ilegal. Obediência hierárquica. Princípio da Legalidade.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por escopo basilar fazer uma análise acerca da responsabilização ou não do militar que descumpre ordem ilegal. É certo que o Policial Militar tem a obrigação de cumprir e fazer cumprir leis, regulamentos, instruções e ordens das autoridades competentes. Esse é um dever que permeia a própria função que exerce. No âmbito do Estado de Sergipe, essa obrigação está consignada no Estatuto da PMSE, notadamente no inciso IV do art. 27, como um preceito da Ética Policial Militar. Está disposto, outrossim, no inciso V do art. 30 do mesmo Estatuto, como um dever do Militar.

¹ Cadete do 2º Ano do Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar do Estado de Sergipe, e-mail: alexsa-oliveira@bol.com.br. Possui graduação em Direito pela Universidade Tiradentes e MBD em Direito Público pela Universidade Estácio/Sergipe.

Embora exista esse dever legal de cumprimento de ordem, percebe-se que há uma grande discussão jurídica no que tange a licitude ou ilicitude da recusa à obediência de ordem manifestamente ilegal emanada de superior hierárquico. Estaria um militar obrigado a cumprir ordem ilegal do superior hierárquico, com respaldo na obediência hierárquica? De outro ângulo, considerando que os agentes que exercem função pública devem atuar, tendo como base a legalidade, ou seja, agir de acordo com o pautado em lei, seria razoável considerar criminoso ou passível de responsabilidade administrativa, o descumprimento de uma ordem manifestamente ilegal? Essas são as problemáticas que se busca responder no presente trabalho.

Sabe-se que a instituição militar está pautada em princípios específicos que são necessários para seu funcionamento e eficácia, no entanto, é razoável considerar que a conduta de qualquer servidor público, principalmente no exercício da função, deve se coadunar no respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, especialmente ao princípio da legalidade, expressão maior do Estado Democrático de Direito.

Foram realizadas pesquisas bibliográficas em livros, artigos científicos, legislações nacionais, bem como em leis específicas do Estado de Sergipe para fundamentação deste trabalho. Outrossim, nota-se que a pesquisa contém amplo enfoque documental, utilizando-se de fontes primárias (legislações) e secundárias (manuais e artigos científicos). Nesse sentido, essas fontes se prestam a subsidiar o trabalho, a saber, por meio de artigos científicos diversos sobre a temática em análise.

Após essas pesquisas, constatou-se que existem duas teorias que buscam inspirar a atuação do militar, no tocante ao cumprimento ou não de ordem manifestamente ilegal, quais sejam: Teoria das Baionetas Cegas e Teoria das Baionetas Inteligentes. A primeira defende que não cabe ao militar subordinado a análise da legalidade da ordem. Assim, ordem emanada por superior hierárquico deve ser cumprida. Já a Teoria das Baionetas Inteligentes afirma que o Policial deve proceder a análise de legalidade da ordem emanada. Desse modo, estará dispensado do cumprimento de ordem manifestamente ilegal.

No mais, não se objetiva, no presente artigo, esgotar o tema proposto, mas se suscita a pesquisa para fins de atualização e estudo da temática. Quanto à fundamentação teórica do artigo, esta consiste em abordar temas centrais: hierarquia e disciplina militar, fazendo um breve apanhado histórico, ressaltando-as como pilares fundamentais e necessários da instituição; princípio da legalidade, como fundamento da atuação no âmbito do serviço público; ordem ilegal e obediência hierárquica, com um subtópico específico que aborda a Teoria das Baionetas Cegas e Teoria das Baionetas Inteligentes, mostrando os entendimentos de cada

teoria e, ao final, há a análise e discussão dos resultados, em que debate-se qual a teoria seria mais condizente com as atuais diretrizes do ordenamento jurídico brasileiro.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 Hierarquia militar e Disciplina

2.1.1 – Aspectos gerais e Histórico

É certo que a Constituição Federal – CF incluiu os policiais militares em uma categoria especial de servidores públicos, estabelecendo para eles um regime jurídico próprio e único. Desse modo, a CF cuidou de dar dignidade constitucional a dois valores reconhecidos na ética militar, que são: hierarquia e disciplina militares, alçando-os à categoria de fundamento das instituições militares, conforme artigos 42 e 142, que dispõem serem as Polícias Militares, os Corpos de Bombeiros Militares e as Forças Armadas as “instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina”. Assim, a hierarquia compõe a cadeia de comando que é seguida nas instituições militares e constitui uma das bases institucionais da Polícia Militar. Dito isto, juntamente com a disciplina, estes são pilares sobre os quais as instituições militares são sustentadas.

O Estatuto dos Militares (Lei Federal nº 6.880, de 09.12.1980), no art. 14 § 1º, define hierarquia como sendo “ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. [...] O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à sequência de autoridade”. Do mesmo modo, o diploma legal em comento, no texto do artigo 14, § 2º, dispõe que disciplina constitui rigorosa observância, bem como acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar. Além disso, “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”.

No âmbito da Polícia Militar do Estado de Sergipe – PMSE, o Estatuto da PMSE, Lei nº 2066/1976, no art. 12 § 1º, aborda a temática de modo semelhante ao do Estatuto dos Militares, ao dispor que hierarquia é a ordenação da autoridade em níveis diferentes dentro da estrutura militar. Informa, ainda, que esta ordenação se faz por meio de postos ou graduações, sendo que dentro de um mesmo posto ou de uma mesma graduação tal ordenação se faz pela antiguidade. Ademais, o respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à sequência de autoridade. Outrossim, o Código de Ética e Disciplina da PMSE, no art. no art. 6º, § 1º, aborda a temática de modo semelhante.

Para Alves-Marreiro (2020, p. 25), mais que bases institucionais das Forças Armadas e das forças militares estaduais, hierarquia e disciplina são garantias individuais e para a sociedade, de forma geral. Por esse motivo, justificariam algumas restrições legais aos direitos dos militares e especificidades do Direito Penal Militar existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Informa, ademais, que assim como vários outros conceitos ligados ao militarismo, estes prevalecem em qualquer situação, ainda que não se esteja em local sob administração militar, em serviço e mesmo que não haja propriamente uma motivação militar para o ato.

Para Melo (2020, p. 20), a essência da hierarquia se dá no respeito ao superior hierárquico e servidão à pessoa por trás do posto ou graduação. Aduz, ainda, que com o advento do Estado Democrático de Direito, a questão atinente a hierarquia militar sofreu uma profunda transformação (*op.cit.*, p.23). No âmbito do exército romano, a disciplina era algo visto como até mesmo divino.

Nesse sentido, os soldados prestavam, já no início do serviço militar, o juramento ao general, bem como ao imperador. Tal promessa era chamada *sacramentum*, a qual possuía essência religiosa e era uma espécie de fundamento jurídico, no qual aqueles comprometiam-se a seguir as ordens do chefe e não infringir a lei. O juramento era tão importante que, se mudasse o chefe durante a campanha (guerra), era necessário prestar outro juramento ao novo comandante. Importante notar que esse juramento não era feito à pátria/nação, mas sim a uma pessoa (GRIMAI, 2009: 128 *apud* MELO, 2020: 24).

Nota-se, além disso, que nesta civilização havia um efetivo rigor nas atitudes em relação a condutas militares, inclusive com penas bastante rígidas e, muitas vezes, corporais. Percebe-se que pelo contexto do local e tempo, as penas aplicadas aos militares eram ora rigorosas, ora vexatórias.

Frontino (2005, s.d.) *apud* Gonçalves; Tavares (2012, s.d.) *apud* Melo (2020, p. 26) ensina que Roma pregava coação como principal ferramenta mantedora da disciplina militar. Um certo general, por exemplo, General Clearco, dizia que as tropas deveriam ter mais medo do seu comandante do que do inimigo, pois o medo de morrer em batalha consubstanciava ainda certa dúvida, mas a morte por deserção seria certa.

Ao se observar esse fragmento, percebe-se que a disciplina tinha por base o terror. Observa-se que Roma trouxe uma contribuição importante ao dar a ideia de que, para a manutenção de um aparato policial, não se faz apenas pelo terror, é preciso também reconhecer quando o servidor atua de modo positivo. Depreende-se, desta maneira, que um exército não pode ser cultuado apenas na coação.

Na Idade Média, os exércitos, influenciados pelo sistema feudal, não tinham muita estrutura tática, em razão da descentralização do poder em feudos. (MELO, 2019, p. 27). Gusmão (2015, p. 18 e 19) *apud* Melo (2019, p. 27) dizia que o regime feudal veio a acabar com a sistemática organizacional militar antiga. A disciplina das forças armadas sucedeu a mais completa desorganização, afirmando que o sistema feudal ruiu a organização militar antiga, ressaltando que a disciplina das forças militares romanas regrediu a uma extrema desorganização. Desse modo, o conceito de disciplina foi deixado de lado nesse período histórico, o que provocou consequência direta no papel do militar, independente de patente. Diante disso, os militares que se sobressaíssem passariam a ser presenteados por suas ações, adquirindo bens e terras para serem administrados, conforme ditames do sistema feudal.

A Idade Média, portanto, foi um período de fortalecimento do conceito de *virtus*, porém não trouxe mudança significativa na disciplina militar, uma vez que o exército como instituição permanente não existia, em razão da descentralização do poder nos feudos. A descentralização, com isso, teve como uma de suas consequências a redução dos exércitos. Percebe-se, logo, que a Idade Média não constitui um bom parâmetro para a observância da disciplina, pois houve uma considerável redução desta.

Na Idade Moderna, por outro lado, influenciado pelas inspirações absolutistas, houve uma mudança na estrutura da disciplina militar. É certo que, no regime absolutista, os poderes do rei eram bastante amplos. De forma paralela a essa amplitude e fortalecimento do poder, é transferida para os militares e para a lei. Um marco bem relevante nesse período foi o fato de os comandantes passarem a ser escolhidos pela habilidade de implementar leis, regras e procedimentos estabelecidos de modo racional (PIMENTA, 2011: 32 *apud* MELO, 2019: 30).

Nesse período histórico, percebe-se que a hierarquia estava subordinada à lei. Conforme salienta Melo (2019, p. 31), outro marco é que há a inclusão da disciplina que passa a ser vista como algo “burocrático-legal”, despertando valores sociais e o patriotismo.

Atualmente, há que se constatar que os princípios da hierarquia e disciplinas não têm seus respeitos garantidos nas punições disciplinares, como era exercido em outras épocas, não sendo, portanto, a punição o principal meio apto a defender tais princípios. O braço armado do Estado foi, ao longo da história, aperfeiçoando-se e resolvendo as suas demandas por meio de aplicação de conhecimento. Em termos hierárquicos, nos dias atuais, percebe-se que o superior hierárquico deve orientar os subordinados, até mesmo como um dever ético profissional.

Alves-Marreiro (2020, p. 21) afirma que é inviável uma tropa estar sob controle sem respeito à hierarquia e à disciplina. Constata-se, no entanto, que houve uma modificação de condutas que impunham a hierarquia. Em tempos remotos, o respeito à hierarquia era imposto

por meio do terror, medo, punições corporais. Com o passar do tempo, houve uma evolução da imposição da hierarquia no sentido de não somente observar comportamentos negativos dos militares, mas estimulá-los quando esses praticassem algo positivo. Posteriormente, percebeu-se a subordinação da hierarquia a parâmetros legais, bem como a aplicação do conhecimento.

2.2 Princípio da legalidade

Corolário ao Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade está previsto na Constituição Federal Brasileira de forma expressa, especificamente no art. 5º, II e preceitua que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Trata-se de um comando geral que afirma caber somente à lei a criação de direitos, deveres e vedações, devendo os indivíduos a ele se sujeitar. Ademais, o inciso XXXIX do mesmo dispositivo constitucional estabelece que “não há crime sem lei anterior que o defina e nem pena sem prévia cominação legal”.

Desse modo, é perceptível que tal princípio é um dos pilares do ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, constitui garantia do cidadão contra o arbítrio estatal e de particulares. Sob esse prisma, analisa-se que os indivíduos têm liberdade de atuação, desde que essa atuação não seja vedada por lei.

Luiz Augusto Fillizzola D’Urso (2019, p.2) preleciona que neste princípio encontra-se a função de proteção do cidadão em face dos poderes constituídos, defendendo os direitos individuais e a autonomia de vontade das pessoas que integram o Estado. Ao explicar sobre legalidade, Matheus Carvalho (2020) afirma que “decorre da existência do Estado de Direito como uma pessoa jurídica responsável por criar o direito, no entanto submissa ao ordenamento jurídico por ela mesmo criado e aplicável a todos os cidadãos” (p.68).

A legalidade está voltada à proteção dos direitos fundamentais ligados a diversos valores, especialmente: liberdade, propriedade e segurança jurídica. Com efeito, objetiva limitar o poder do Estado de modo a impedir ações e medidas arbitrárias. (NOVELINO, 2018: p. 430)

Importante destacar que o prisma do princípio em análise é modificado de acordo com o titular. Assim, a administração pública só pode fazer o que está previsto em lei. Nesse caso, verifica-se que há um limite legal para atuação estatal. As atitudes estatais devem ser determinadas por lei e não por vontade de pessoas que exercem o poder estatal, mesmo que de modo legítimo, inclusive o art. 37 da Constituição Federal prevê que a administração deve obedecer, dentre outros, o princípio da legalidade.

Com efeito, o administrador público somente deve atuar de acordo com a previsão legal (considerando lei em sentido amplo, de modo a abarcar todas as espécies legislativas). Não pode o agente praticar condutas que, por seu livre arbítrio, considere devida sem que haja um embasamento legal específico. Aplica-se, na seara da atuação administrativa, o princípio da subordinação à lei. Neste toar, não havendo previsão em lei está vedada a atuação do agente público e qualquer conduta praticada ao “arrepio” do texto legal será considerada ilegítima.

Percebe-se, assim, que o princípio em análise é a base da própria democracia, servindo como proteção individual e/ou coletiva frente ao Estado. Ademais, isto deve ser observado pelos agentes públicos.

2.3 Obediência Hierárquica no Direito Penal Comum

Obediência hierárquica consiste no fiel cumprimento da ordem de superior hierárquico, no sentido de que o subordinado proceda a realização de uma determinada conduta. Obviamente, caso a ordem seja legal, não estará caracterizado nenhuma espécie delitiva, entretanto, se a ordem for ilegal, poderá ou não haver a responsabilização.

Dito isto, cumpre esclarecer que o Código Penal Brasileiro prevê tal instituto no art. 22, informando que “se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”

O destaque do tema reside na análise da conduta do autor do fato, para se perquirir sobre a caracterização ou não de um determinado crime. Após a verificação da tipicidade e ilicitude do fato, a avaliação prossegue pelo terreno da culpabilidade, em que se analisa a presença ou não de requisitos aptos a ensejarem a emissão de um juízo de censura do indivíduo agente, com a conseqüente cominação de pena.

É certo que, para configuração da culpabilidade do autor do crime, é preciso que haja presença de três elementos, a saber: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. Na ausência de qualquer um desses elementos, não é possível responsabilizar penalmente o agente.

Neste toar, a prática de um ato em estrita obediência à ordem legal de superior, constitui causa de exclusão de culpabilidade, fundada na inexigibilidade de conduta diversa. Em síntese, ocorre na hipótese em que um funcionário subalterno pratica uma infração penal em decorrência do cumprimento de ordem, não manifestamente ilegal, emitida pelo superior hierárquico. Masson (2019, p. 412) esclarece que o estrito cumprimento de ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico exclui a culpabilidade do executor subalterno. No entanto, o fato não

permanece impune, pois por ele responde o autor da ordem. Ressalta-se que não há divergências de entendimentos no campo do Direito Penal.

Gomes e Cunha (2010, p. 449) *apud* Roth e Silva (2020, p.3), diferenciam as espécies de ordem quanto à sua legalidade e discriminam, com precisão, os efeitos que a sua obediência acarreta. Além disso, informam que a ordem do superior pode ser legal ou ilegal, de forma que o cumprimento de ordem legal estaria dentro da normalidade jurídica, não sendo seu cumprimento reprovável sob qualquer aspecto. Todavia, no que concerne à ordem ilegal, é necessário que haja uma diferenciação: (a) ordem manifestamente ilegal e (b) ordem não manifestamente ilegal. Quando manifestamente ilegal a ordem, fica eliminada qualquer hipótese de absolvição, seja do superior, seja do inferior hierárquico (salvo eventual erro de proibição). Já em relação aos requisitos ensejadores de ordem manifestamente ilegal, Jacinto Sousa Neto (2021, p.2) explica que:

Para que se constitua uma ordem manifestamente ilegal, requisitos básicos devem ser preenchidos, senão vejamos:

- 1 – quando a ordem é determinada por uma autoridade incompetente;
- 2 – quando a execução da ordem não se enquadra nas atribuições de quem a recebe;
- 3 – quando constituiu uma infração penal.

Dessa maneira, no caso em que a ordem é manifestamente ilegal, no campo do Direito Penal comum, estes respondem pelo crime o superior e o subordinado. Nessa situação, é facultado ao recebedor da ordem questionar acerca de sua legitimidade, de modo que, percebendo que a ordem é contrária à lei, não está obrigado a cumpri-la. É importante, portanto, que o subordinado avalie a legalidade da ordem que foi emitida para evitar possíveis responsabilidades. De outro ângulo, deverão ser observadas outras circunstâncias concretas do fato, bem como do cumpridor da ordem, tais como grau de instrução, questões culturais, dentre outros.

2.4 Obediência Hierárquica no Direito Penal Militar

No Código Penal Militar, do mesmo modo que na legislação penal comum, tal instituto constitui causa excludente de culpabilidade e está prevista no art. 38, nos seguintes termos:

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

(...)

Obediência hierárquica

b) em estrita obediência a ordem direta de superior hierárquico, em matéria de serviços.

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

§ 2º Se a ordem do superior tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso, ou há excesso nos atos ou na forma da execução, é punível também o inferior.

Ao se analisar esse dispositivo, percebe-se que há uma nítida distinção com o disposto no Código Penal, posto que de acordo com a redação do art. 22 do CP refere-se a uma “ordem não manifestadamente ilegal”, enquanto que o dispositivo do CPM refere-se a uma “ordem direta” do superior hierárquico. Além do mais, no que se refere à possibilidade de sanção ao superior e ao subordinado, manifestou-se de forma expressa ao dispor que a responsabilização criminal somente será possível “se a ordem do superior tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso” (art. 38, “b”, § 2º CPM), ou se o subordinado se exceder no cumprimento da determinação.

Ao abordar o tema, Neto (2019, p.6) dispõe que de acordo com a doutrina, as expressões “manifestamente criminosas” e “ordem manifestadamente ilegal” possuem significados semelhantes. Porém, existe doutrina que faz a diferenciação entre ordem manifestadamente ilegal e ordem manifestadamente criminosa. Entende-se por ordem manifestadamente ilegal aquela que viola a lei, de forma ampla, já a ordem manifestadamente criminosa, contraria de forma nítida uma norma penal incriminadora.

Em relação a tipos de ordem e os seus efeitos, Roth e Silva (2020, p.7) informam:

Há três tipos de ordens: a) legal; b) ilegal; c) duvidosa legalidade. Se o agente cumpre ordem legal, há estrito cumprimento do dever legal. Se cumpre ordem ilegal, responde pelo crime (art. 38, § 2º, CPM). Se cumpre ordem de duvidosa legalidade, encaixa-se no perfil da obediência hierárquica, sendo absolvido. Portanto, a previsão feita neste art. 41 é estranha, na medida em que prevê como atenuante o cumprimento de ordem não manifestadamente ilegal. Ora, assim ocorrendo, é exatamente a hipótese de obediência hierárquica. Logo, não deveria constar como atenuante. Creemos ter havido nítido equívoco neste dispositivo. A atenuante somente pode ser utilizada quando o agente cumprir ordem ilegal.

Assim, pode-se observar as hipóteses a seguir:

- a) cumprimento de ordem legal por parte de subordinado: exclusão de ilicitude, em razão de incidência do estrito cumprimento do dever legal;
- b) cumprimento de ordem aparentemente legal: isenção de pena, com fulcro no art. 38, alínea “b” do CPM. O superior que determinou a ordem responderá pelo crime praticado;
- c) cumprimento de ordem manifestadamente ilegal: o subordinado e o superior responderão pelo crime.

Diante disso, importante explanar o que seria ordem. Borges (2018, p.3) informa que Coimbra Neves (2012, p. 1035) explica que, para configuração de ordem, ela deve satisfazer alguns requisitos, quais sejam: imperatividade, pessoalidade e concretude. Por ordem imperativa, entende-se aquela que deve importar em uma exigência para o inferior. Ordem pessoal é aquela que deve ser dirigida a um ou mais inferiores determinados. As ordens de caráter geral não são ordens desta natureza e seu não cumprimento constitui transgressão disciplinar. Já o caráter concreto da ordem, refere-se ao fato de ela ser pura e simples, uma vez que seu cumprimento não deve estar sujeito à apreciação do subordinado. Além disso, como ato administrativo, para configurar a legalidade da ordem, ela deve respeitar os elementos do ato: competência, forma, finalidade, motivo e objeto.

Uma das distinções no Direito Penal comum e Direito Penal Militar, no tocante ao cumprimento de ordem manifestamente ilegal, é que no primeiro não deve ser cumprida, acarretando em responsabilização a quem nela incidir, enquanto que no segundo existem interpretações divergentes.

Roth e Silva (2020, p.10) citam que Bitencourt (2012, p. 439) assinala que, quanto ao militar, este não discute a legalidade, porque tem o dever legal de obediência, e qualquer desobediência pode constituir crime de insubordinação (art. 163 do CPM). Tal fato é diferente do que acontece em relação ao funcionário civil que, se cumprir ordem manifestamente ilegal, responde pelo crime em conjunto com o seu superior, isto porque “uma ordem pode ser ilegal porque não obedece a uma forma estabelecida em lei. Em suma, basta isso e já será ilegal. O funcionário civil, subalterno, não é obrigado a cumprir ordem ilegal. Ademais, se representar qualquer prejuízo a terceiro, será tão responsável quanto seu superior”.

A questão da obrigatoriedade de uma ordem ilegal fica mais enfatizada diante do crime de recusa de obediência contido no art. 163 do CPM. Trata-se, nesse sentido, de crime propriamente militar, que tutela a autoridade e disciplina militar. Tal delito dispõe ser infração penal a recusa à ordem do superior “sobre assunto ou matéria de serviço, ou relativamente a dever imposto em lei, regulamento ou instrução”. Observa-se que essa conduta disciplina a obediência ao superior hierárquico em face do dever militar imposto legalmente, ou seja, dever imposto com base em ditames legais.

Para Leone Pinheiro Borges (2018, p.2), a recusa pode ser manifestada por meio de ação ou omissão, de forma a agir de maneira contrária a ordem recebida. Ressalta, ainda, que a ordem deve chegar ao conhecimento do subordinado. O aludido doutrinador, *op. cit.*, citando Coimbra Neves (2012, 1030), assevera que o descumprimento pode até ser silencioso, mas não pode passar despercebido, a ponto de verificar somente posteriormente que a ordem não foi

cumprida. Aduz, outrossim, que se houver a recusa de uma solicitação, este não estará caracterizando crime e, sim, transgressão penal, resolvendo-se a questão na seara disciplinar.

No âmbito estadual, o Código de Ética e Disciplina da PMSE, dispõe, no art. 15, inciso I, que constitui infração disciplinar de natureza média “deixar de cumprir ordem legal ou atribuir a outrem, fora dos casos legalmente previstos, o desempenho de atividade que lhe competir”. Não é forçoso concluir, portanto, que no âmbito do Estado de Sergipe a recusa à solicitação de superior hierárquico não constitui transgressão disciplinar.

É certo que o Policial Militar tem a obrigação de cumprir e fazer cumprir leis, regulamentos, instruções e ordens das autoridades competentes. Esse é um dever que permeia a própria função do Policial Militar. No âmbito do estado de Sergipe, essa obrigação está consignada no Estatuto da PMSE, notadamente no inciso IV do art. 27, como um preceito da Ética Policial Militar. Está consignado, outrossim, no inciso V do art. 30 do mesmo Estatuto, como um dever do Policial Militar. Porém, a grande problemática em relação à ordem ilegal no militarismo, no qual prevalecem a hierarquia e a disciplina, é saber se o não cumprimento da ordem acarretará consequências ou não. Para Neto (2021, p.8), nesta seara, em que prevalece a hierarquia e a disciplina, como sustentáculo da instituição militar, a ordem ilegal não é considerada obstáculo para o fiel acatamento por parte do subordinado, desde que tal ordem não seja manifestamente criminoso.

2.4.1 – Teorias: Teoria das Baionetas Cegas e Teoria das Baionetas Inteligentes

Damásio de Jesus (1994, p. 73) *apud* Borges (2018, p.5) afirma que a Teoria das Baionetas Cegas é também denominada o princípio da obediência cega e transmite a ideia de obediência absoluta, não comportando margem para que o subordinado a análise da legalidade da ordem emanada. Assim, de acordo com a aludida teoria, o subordinado não pode e nem sequer deve discutir acerca da legalidade da ordem, sob pena de incidir no crime de recusa de obediência, previsto no art. 163 do CPM.

Bitencourt (2012, p. 245) defende essa teoria ao alegar que não cabe, ao funcionário militar, discutir a legalidade porque tem o dever legal de obediência, e qualquer desobediência pode constituir crime de insubordinação (art.163 do CPM). Desse modo, o subalterno militar não é culpado, qualquer que seja a sua convicção sobre a legalidade ou não da ordem, respondendo pelo crime eventualmente praticado apenas o autor da ordem. Ademais, ressalta que o CPM, diferentemente do Código Penal, estabelece, implicitamente, apenas que o militar não deve obedecer a ordem manifestamente criminoso (art. 38, § 2º).

A Teoria das Baionetas Inteligentes, por sua vez, veio para contrapor a ideia contida na a obediência cega de ordem ilegal. Segundo ela, o subordinado não tem obrigação legal de cumprir ordem ilegal de superior hierárquico. Ao discorrer sobre a temática, Coimbra Neves (2012, p.1030) entende que o Código Penal Militar adotou a Teoria das Baionetas Inteligentes, ao afirmar que:

No que concerne à compreensão de *ordem*, cumpre consignar a não adoção pelo Código Penal Militar do *princípio da obediência cega*. É dizer que não há obrigação, portanto, descaracterizando o delito, de o subordinado cumprir uma ordem ilegal emitida pelo superior. A essa compreensão se chega pela análise do que dispõe o § 2º do art. 38 do CPM, *in verbis*: “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 (NEVES, 2012, p.1030).

Nessa perspectiva, uma vez cumpridas essas ordens ilegais, sem a identificação de ilegalidade por parte do subordinado, acarreta a responsabilidade apenas de quem a emitiu, estando o subordinado livre da responsabilização. Entretanto, em caso de ordem manifestamente ilegal, o subordinado que a executar será responsabilizado, nos termos do § 2º do art. 38 do CPM.

Neves (2012) cita como exemplo de ordem manifestamente ilegal “a ordem de um superior para que leve o preso sob sua guarda para o interior de uma sala, determinando, em seguida, seu espancamento” (p.1032). Nessa hipótese, ambos responderão pelo delito que porventura praticar.

Borges (2018, p.13) afirma que existem estudiosos, contudo, que afirmam que o direito penal militar adotou um sistema intermediário ou sincrético entre as duas teorias. Todavia, esse suposto “sistema intermediário” seria a teoria da obediência cega mascarada, pois possui a mesma premissa: “o militar só pode e deve desobedecer a ordem direta do superior hierárquico em matéria de serviço, sem incorrer no crime de insubordinação, se ela tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso. As ordens ilegais devem ser cumpridas” (BORGES, 2018, p.13).

Ademais, a jurisprudência dominante tende para adoção da Teoria das Baionetas Cegas, conforme se observa a seguir:

EMENTA: APELAÇÃO. DEFESA. ART. 163 DO CPM. RECUSA DE OBEDIÊNCIA. APELO IMPROVIDO. 1. Militar que se recusa a obedecer ordem de transportar paciente para realização de exames proferida por superior hierárquico comete o crime de recusa de obediência, sendo que a posterior alegação de falta de capacitação profissional, quando o verdadeiro motivo consistia em não estar na escala de sobreaviso, não ilide a tipicidade da conduta. 2. **Ainda que a recusa à ordem do superior fosse por julgá-la ilegal, o dever de obediência hierárquica atinente aos militares não**

lhe eximiria do cumprimento de tal determinação, já que era do conhecimento de outros militares ali presentes a ordem recebida e, portanto, ao superior caberia eventual responsabilização pelo referido transporte. 3. **A obediência hierárquica no âmbito militar possui peculiaridades, como se verifica na lição de Jorge Alberto Romeiro "o militar só pode e deve desobedecer a ordem direta do superior hierárquico, em matéria de serviço, sem incorrer no crime de insubordinação, se ela tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso."** (Curso de direito penal militar: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 124). O transporte de um paciente para efetuar um exame não pode ser considerado um ato manifestamente criminoso. 4. Apelo improvido. Decisão uniforme. (Superior Tribunal Militar. APELAÇÃO nº 0000011-42.2007.7.05.0005. Relator(a): Ministro(a) JOSÉ COELHO FERREIRA. Data de Julgamento: 24/06/2009, Data de Publicação: 03/09/2009) (sem grifos no original)

No mesmo sentido:

APELAÇÕES. MPM. DEFESA. ART. 163 DO CPM. RECUSA DE OBEDIÊNCIA. ALEGAÇÃO DE ORDEM ILEGAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ARTIGO 301 DO CPM OPERADA PELO JUÍZO "A QUO". APELOS NÃO PROVIDOS. 1. Militar que desobedece, livre e conscientemente, a ordem legal de autoridade militar incide na conduta típica do art. 301 do CPM. **O dever de obediência hierárquica é peculiar no âmbito castrense e não exime o militar do cumprimento de uma determinação, salvo se manifestamente criminoso.** Apelo da Defesa não provido. 2. A conduta de não entregar o celular ao superior não é matéria de serviço e, por isso, não configura recusa de obediência ínsita no artigo 163 do CPM. Pleito ministerial não procedente. Apelo defensivo não provido. Decisão unânime. Apelo do MPM não provido. Decisão majoritária. (Superior Tribunal Militar. APELAÇÃO nº 0000073-77.2013.7.01.0201. Relator(a) para o Acórdão: Ministro(a) JOSÉ COELHO FERREIRA. Data de Julgamento: 30/04/2015, Data de Publicação: 28/05/2015) (sem grifos no original)

Percebe-se, dessa forma, que no Direito Castrense preza-se muito pela obediência aos pilares do militarismo: hierarquia e disciplina, de modo que as considera fundamental para a própria regularidade das instituições militares.

3 ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

Cumprir fazer uma distinção entre ordem manifestamente criminosa e ordem manifestamente ilegal. Ordem manifestamente criminosa é aquela que contraria de forma latente a norma penal. Já ordem manifestamente ilegal viola a lei de forma ampla (Portaria, Regulamento, Nota de Instrução, dentre outros). Em outras palavras, parte-se da premissa de que todo ato criminoso é ilegal, no entanto o contrário não é verdade.

Há contradição dentro do próprio CPM. Na redação do Código Penal Militar, o que se percebe é que o § 2º do art. 38 do CPM traz a expressão “manifestamente criminoso”, enquanto que o art. 41 do mesmo diploma legal, ao fazer referência a atenuação da pena, traz a expressão “manifestamente ilegal”. Com efeito, o art. 41 do CPM dispõe:

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. (sem grifos no original)

Para o supracitado doutrinador, não se trata de equívoco. Evidencia-se, dentre outras premissas, que não há adesão à interpretação literal do termo manifestamente criminoso da alínea b do art. 38 do CPM e, de fato, se levar em consideração sua literalidade, encontrará problemas de contradição com o art. 41 do mesmo código.

Além disso, outro ponto questionado consiste em “como o juiz poderá atenuar a pena de uma conduta de militar em obediência hierárquica de ordem manifestamente ilegal, tendo como base um artigo que faz referência a ordem manifestamente criminoso?”. Não faz sentido o fato de que, para o militar praticar o crime do art. 163, a ordem tem que ser manifestamente criminoso, mas para atenuar a pena, a mesma ordem precisa ser meramente ilegal. Conclui-se, portanto, que ordem ilegal não deve ser cumprida, já que o texto aduz: se a ordem não era manifestamente ilegal (ordem meramente ilegal, ou ilegal de difícil percepção). Dessa maneira, o art. 41, que faz referência ao art. 38, não permite o cumprimento de ordem ilegal.

Não é forçoso concluir que, nos dispositivos citados, o CPM não confere ao militar o cumprimento de ordem ilegal. Dito isto, o que o aludido diploma aduz é que uma vez que ocorra o cumprimento de ordem criminoso, o inferior será responsabilizado criminalmente. Seria muito perigoso conferir ao militar que se encontra em uma situação de superioridade hierárquica emitir ordens que, a seu critério, não tenha respaldo legal e nem visem a finalidade pública, objetivo fundamental na atuação administrativa.

No mais, a análise sobre a possibilidade de cumprimento de ordem ilegal no âmbito militar teria enfoque no crime de recusa de obediência, previsto no art. 163 do CPM. Entretanto, esse dispositivo legal limita o alcance da norma que deve ser cumprida, quais sejam “assunto ou matéria de serviço, dever imposto em lei, regulamento ou instrução”.

De outro ponto, pode-se analisar essa questão sob o prisma da legalidade. Tal princípio, possui envergadura constitucional e é o norte básico que deve seguir a atuação dos agentes da administração pública, de maneira que, estando os militares sob a égide do Direito Administrativo, suas ações devem ser pautadas na legalidade devendo, portanto, atuar e pautar suas condutas no âmbito da legalidade.

Como já explanado, não há entendimento uníssono acerca da adoção de uma teoria específica. A jurisprudência tem optado por aplicar o Princípio das Baionetas Cegas, consignado no entendimento segundo o qual o dever de obediência hierárquica é peculiar no

âmbito castrense e não exime o militar do cumprimento de uma determinação, salvo se for manifestamente criminosa. Inadmite-se a afronta a hierarquia e disciplina corolários constitucionais da atividade castrense.

4 CONCLUSÃO

Por tudo que está contido no presente artigo, nota-se que o Direito Castrense possui suas especificidades em razão dos princípios inerentes às instituições militares. Importante ressaltar, também, que a principal diferença entre o Direito Penal Comum e o Direito Penal Militar é que, no primeiro, o funcionário civil responde pelo crime eventualmente praticado no cumprimento de ordem (em conjunto com o emissor da ordem), manifestamente ilegal por vício em qualquer um de seus requisitos. No âmbito do CPM, o militar só responde por eventual crime se cumprir ordem manifestamente criminosa.

Demonstrou-se que não há dúvida de que a ordem manifestamente criminosa não deve ser cumprida. Porém, toda a discussão doutrinária e jurisprudencial reside no descumprimento de ordem manifestamente ilegal. A par disso, duas teorias buscam justificar o descumprimento ou não desse tipo de ordem, quais sejam: Teoria das Baionetas Cegas e Teoria das Baionetas Inteligentes. Para a primeira teoria deve haver o cumprimento da ordem, sob pena de responsabilização do militar que se omitiu. A segunda, entretanto, confere ao militar a possibilidade de analisar a legalidade da ordem e descumprir, caso seja manifestamente ilegal.

Nesse sentido, partindo-se da premissa de que a análise deve partir do fundamento constitucional da legalidade, ordem manifestamente ilegal não deve ser cumprida, sob pena de afronta ao citado princípio, arcabouço presente no Estado Democrático de Direito. O policial militar tem, por obrigação prevista em lei, o dever de cumprir e fazer cumprir a lei. Desse modo, não é razoável admitir a teoria da obediência cega, pois, na atuação funcional deve o militar, como todos os demais agentes públicos, atuar com base na legalidade.

Ficou evidenciado, contudo, que o entendimento que prevalece é que deverá haver o cumprimento de ordem superior, mesmo que seja manifestamente ilegal, em obediência aos princípios basilares do militarismo, a saber: hierarquia e disciplina. O dever de obediência hierárquica é característico no âmbito castrense e não dispensa o militar do cumprimento de uma determinação, salvo na hipótese de determinação manifestamente criminosa.

Enfim, o ideal é que a hierarquia e a disciplina castrense “caminhem lado a lado com a legalidade”. Com isso, os pilares do militarismo, bem como do Estado democrático de Direito, estariam preservados.

REFERÊNCIAS

ALVES-MARREIROS, Adriano. **Hierarquia e Disciplina são garantias constitucionais: fundamentos para diferenciação do Direito Militar**. 1.ed. Londrina: Editora E.D.A – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Planalto, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 de agosto de 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1001, de 21 de outubro de 1969. **Código Penal Militar**. Planalto, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em: 10 de agosto de 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Planalto, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 22 de agosto de 2022.

BRASIL. Lei nº 6880, de 09 de dezembro de 1980. **Estatuto dos Militares**. Planalto, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm. Acesso em: 29 de agosto de 2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BORGES, Leone Pinheiro. **Ordem ilegal militar deve ser cumprida?: Teoria das Baionetas Cegas x Teoria das Baionetas Inteligentes**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23 , n. 5492, 15 jul. 2018 . Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66675>. Acesso em: 15 de agosto de 2022.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 7.ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

COUTO, Daniel Ribeiro. **Legislação Institucional: leis afetas à Polícia Militar do Estado de Sergipe**. 3.ed. Aracaju: J. Andrade, 2019.

D'URSO, Luiz Augusto Fillizzola. **Princípio da legalidade, o escudo do cidadão**. Migalhas, 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/302660/principio-da-legalidade--o-escudo-do-cidadao>. Acesso em: 03 de agosto de 2022.

GONÇALVES, Fernanda. **Afinal, ordem ilegal deve ser cumprida ou não?** JusBrasil, 2019. Disponível em: <https://drafegon.jusbrasil.com.br/artigos/694260068/afinal-ordem-ilegal-dever-ser-cumprida-ou-nao>. Acesso em: 05 de agosto de 2022.

NETO, Jacinto Sousa. **Ordem Ilegal não se cumpre**. Jus, 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/89557/ordem-ilegal-nao-se-cumpre>. Acesso em 13 de agosto de 2022.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

MELO, Matheus Santos. **O assédio moral nas relações militares**: uma análise à luz dos princípios da hierarquia e disciplina. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. **Manual de Direito Penal Militar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 13.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

PEREIRA, Luciana Freitas. **O princípio da legalidade na Constituição Federal**: análise comparada dos princípios da reserva legal, legalidade ampla e legalidade estrita. DireitoNet, 2012. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7125/O-principio-da-legalidade-na-Constituicao-Federal-analise-comparada-dos-principios-da-reserva-legal-legalidade-ampla-e-legalidade-estrita>. Acesso em: 01 de agosto de 2022.

ROTH, Ronaldo João; SILVA, Iremar Aparecido da. **Ordem ilegal deve ser cumprida?**: a obediência hierárquica do militar. Observatório da justiça Militar, 5 de julho de 2020. Disponível em: [https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2020/07/05/ordem-ilegal-deve-ser-cumprida-a-obedi%C3%Aancia-hier%C3%A1rquica-do-militar#:~:text=Registre%2Dse%2C%20contudo%2C%20que,%2C%20Cunha%20\(2016%2C%20p](https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2020/07/05/ordem-ilegal-deve-ser-cumprida-a-obedi%C3%Aancia-hier%C3%A1rquica-do-militar#:~:text=Registre%2Dse%2C%20contudo%2C%20que,%2C%20Cunha%20(2016%2C%20p). Acesso em: 15 de agosto de 2022.