

A OBEDIÊNCIA DESCULPANTE NO DIREITO PENAL MILITAR PORTUGUÊS E COMPARADO

NUNO BRANDÃO

Assistente da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra, Portugal

1. Em inúmeras dimensões da vida social, nas relações entre as pessoas, entre as pessoas e as organizações e entre as organizações, é possível identificar formas de supremacia que conferem um poder de impor a outrem a prática de um determinado comportamento. Muitas dessas relações de subordinação são reconhecidas juridicamente e encontram no ordenamento jurídico uma definição dos termos em que podem ser constituídas e materializadas nesse poder de comando.

A organização militar estrutura-se, por definição, num modelo hierárquico, que se enche de conteúdo justamente através do dever de obediência do subordinado às ordens do superior hierárquico.

No direito penal militar português, o dever de obediência encontra expressa consagração legal em variados preceitos legais:

“O militar (...) tem por deveres especiais (...): cumprir completa e prontamente as ordens relativas ao serviço” (art. 4.º, n.º 2, do Regulamento de Disciplina Militar¹).

“O dever de obediência decorre do disposto nas leis e regulamentos militares e traduz-se no integral e pronto cumprimento das suas normas, bem como das determinações, ordens e instruções dimanadas de superior hierárquico proferidas em matéria de serviço desde que o

¹ Decreto-Lei n.º 142/77, de 9 de Abril.

respectivo cumprimento não implique a prática de crime” (art. 12.º do Estatuto dos Militares das Forças Armadas²).

No sistema jurídico português, de acordo com o art. 271.º, n.º 3, da Constituição da República, de 1976³, e com o mencionado art. 12.º do Estatuto dos Militares das Forças Armadas, é absolutamente pacífica, em matéria penal, a não obrigatoriedade de uma ordem que conduza à prática de um crime, qualquer que ele seja. O alcance das referidas normas é muito claro: a obediência não é devida quando o cumprimento da ordem implique a prática de um facto penalmente relevante⁴.

Em princípio, a exclusão da ilicitude de um facto típico praticado por um militar em cumprimento de uma ordem superior só pode ocorrer quando essa ordem seja legítima. Uma ordem não pode por si mesma, independentemente da sua conformidade com o ordenamento jurídico, eliminar a *ilicitude penal* do facto típico cometido em sua execução.

Sendo a conduta do subordinado penalmente ilícita, por se traduzir na prática de um facto típico em obediência a uma ordem ilegítima, a imputação da responsabilidade penal respectiva depende ainda naturalmente da existência de *culpa*. Tal como em sede de ilicitude, importa saber se o facto de o militar actuar sob ordens se repercute de um modo especial no domínio da culpa. Mais concretamente, se a culpa pode ser excluída por efeito *directo* da obediência a uma ordem superior ilegítima e em caso afirmativo com que fundamento e sob que pressupostos.

A exclusão da culpa por obediência, da mesma forma que a exclusão da ilicitude por obediência, é frequentemente associada à problemática das ordens ilegítimas obrigatórias⁵. Com efeito, exclusão da ilicitude e exclusão da culpa são como que duas faces da mesma moeda. No contexto das ordens ilegítimas obrigatórias, a exclusão da culpa aparece normalmente como o escape encontrado para contrabalançar a negação da exclusão da ilicitude e a oposição à solução da justificação. Nessa medida, mais

² Decreto-Lei n.º 236/99, de 25 de Junho.

³ Estabelece o art. 271.º, n.º 3, da Constituição que “cessa o dever de obediência sempre que o cumprimento das ordens ou instruções implique a prática de qualquer crime”.

⁴ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral, Tomo I: Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, 18.º Cap. § 7 e ss., e BRANDÃO, Nuno, *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal*, Coimbra Editora, 2006, p. 251 e ss.

⁵ Desenvolvidamente, BRANDÃO, Nuno, *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal*, § 9.

importante do que fundamentar a desculpa é contraditar a exclusão da ilicitude. Daí que não raras vezes se dê a exclusão da culpa como um dado adquirido, sem necessidade de concretizar o respectivo fundamento ou de explicitar os seus pressupostos⁶.

São duas as principais vias de fundamentação da exclusão da culpa por obediência a ordens ilegítimas, a inexigibilidade e o erro. É evidente que uma exclusão da culpa do militar que actua ilicitamente em cumprimento de uma ordem pode ser alcançada através da mobilização das várias circunstâncias de carácter geral que determinam a exclusão da culpa, umas que participam da ideia de inexigibilidade e outras que têm antes a ver com o erro. Só que o que neste contexto importa compreender é a exclusão da culpa directamente relacionada com a obediência a ordens superiores. Nessa medida, dada a existência no direito positivo português de uma causa de exclusão da culpa dirigida especificamente a esta matéria, a obediência indevida desculpante do art. 37.º do Código Penal português, será sobre ela que concentraremos a nossa atenção: “age sem culpa o funcionário que cumpre uma ordem sem conhecer que ela conduz à prática de um crime, não sendo isso evidente no quadro das circunstâncias por ele representadas”.

Na nossa análise procuraremos dilucidar a natureza e o âmbito de aplicação desta eximente do direito penal português e divisar pontos de contacto da mesma com circunstâncias semelhantes existentes em direitos penais nacionais estrangeiros.

2. Em uma primeira apreciação, cumpre delimitar o âmbito geral em que deve enquadrar-se a obediência indevida desculpante. À partida deve ser afastada a *inexigibilidade* como princípio fundamentador da mesma. Nesse sentido depõe desde logo o texto legal do art. 37.º Código Penal, que aponta directamente para o domínio do erro na parte em que circunscreve o raio de acção da obediência indevida desculpante

⁶ Cf., v. g., SANTOS, Beleza dos, *Lições de Direito Penal (Causas de Justificação do Facto)* (Apontamentos segundo as prelecções ao curso do V ano jurídico de 1941-42 coligidos por Maria de Nazareth Lobato Guimarães), Coimbra: Coimbra Editora, 1946, p. 111 e s., MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, 2.ª ed., Madrid, 1955, § 30, II, 2, AMELUNG, Knut, «Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten», *Juristische Schulung*, 1986, p. 337, KÜPER, Wilfried, «Grundsatzfragen der „Differenzierung“ zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung. Notstand, Pflichtenkollision, Handeln auf dienstliche Weisung», *JuS*, 1987, p. 92, DREHER, Eduard / TRÖNDLE, Herbert, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 47. Auf., München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1995, antes do § 32, n.º m. 16, LACKNER, Karl / KÜHL, Kristian, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 22. Auf., München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997, antes do § 13, n.º m. 27, e TOLEDO, Francisco de Assis, *Ilicitude Penal e Causas de sua Exclusão*, Ed. Forense, 1984, pp. 120 e s. e 138 e s.

aos casos de cumprimento de uma ordem *no desconhecimento* de que a mesma conduz à prática de um crime: “cumpre uma ordem *sem conhecer* que ela conduz à prática de um crime”.

A desculpa por inexigibilidade tem sido sustentada na doutrina a partir de duas perspectivas distintas. A verdade, porém, é que não só esses dois pontos de vista não encontram base legal na letra do art. 37.º do CP, como ainda se revelam improcedentes.

Foi pela *inexigibilidade* como fundamento da exclusão da culpa por cumprimento de ordens ilegítimas que enveredou parte significativa dos partidários das teorias desculpacionistas no contexto do debate acerca das ordens ilegítimas obrigatórias. A este fundamento recorrem aqueles que simultaneamente aceitam a existência de ordens ilegítimas obrigatórias, mas recusam atribuir-lhes efeitos justificantes: sendo imposto ao agente um dever de obedecer, é evidente que o mesmo não pode ser censurado pela comissão do facto ordenado, dado não lhe ser exigível outro comportamento. Razão que levou alguns daqueles que admitiam a existência de ordens ilegítimas obrigatórias, mas que se opunham a que as mesmas pudessem justificar a respectiva execução, a considerar que a culpa do subordinado deveria ser excluída no quadro do estado de necessidade subjectivo⁷.

O pressuposto básico desta posição é a existência de ordens ilegítimas obrigatórias em matéria penal. Pressuposto que não só é inaceitável no plano dos princípios⁸, como é inadmissível face ao direito positivo português, que estabelece expressamente a cessação do dever de obediência quando a ordem conduza à prática de qualquer crime. Nessa medida, caem por terra todas as consequências que a tese descrita faz derivar da afirmação dessas ordens ilegítimas obrigatórias, mais concretamente a exclusão da culpa por inexigibilidade.

⁷ Cf. LISZT, Franz v. / SCHMIDT, Eberhard, *Lehrbuch*²⁶, § 42, V, p. 288, SAUER, Wilhelm, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 3. Auf., Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1955, § 18, B, II, 2, KOHLRAUSCH, Eduard / LANGE, Richard, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen*, 39. und 40. Auflage, Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1950, antes do § 51, II, MEZGER, Edmund, *in: Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, I, 8. Auf., Walter de Gruyter & Co., 1957, antes do § 51, 12, a), e WELZEL, *Derecho Penal, Parte General*, 11.ª ed., Editorial Jurídica de Chile, § 15, II, 2. Numa direcção próxima, DÍAZ PALOS, Fernando, «Obediência Devida», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, XVII, Barcelona: ed. Francisco Seix, 1982, p. 751 e s., e na actual doutrina italiana, FIANDACA, Giovanni / MUSCO, Enzo, *Diritto Penale. Parte Generale*, 3.ª ed., 1999, p. 366, que apontam as ordens criminosas insidicáveis previstas no art. 51-4 do CP italiano como um caso de inexigibilidade.

⁸ BRANDÃO, Nuno, *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal*, p. 241 e ss.

Além da invocação da não exigibilidade como fundamento da exclusão da culpa em caso de obediência a ordens ilegítimas como decorrência directa da posição assumida no contexto da discussão relativa às ordens ilegítimas obrigatórias, surge uma outra perspectiva, na *doutrina espanhola*, que defende uma exclusão da culpa do funcionário ou do militar que obedece indevidamente a uma ordem superior, assente em um princípio de não exigibilidade identificado com o receio de eventuais desvantagens pessoais que possam derivar do não acatamento da ordem. Antón Oneca admitia uma exclusão da culpa do subordinado que cumpre uma ordem que sabe ou suspeita ilegítima a partir da ideia de que “o temor de sanções disciplinares, o hábito da disciplina que mecaniza a conduta e inclusive a sugestão exercida pela autoridade e prestígio do chefe pode criar em casos concretos situações que sob o ponto de vista subjectivo não são livres e desde o ponto de vista objectivo não são reprováveis, porque em condições análogas a generalidade das pessoas teria feito o mesmo”⁹.

Não se pense, todavia, que esta posição de princípio só pode ser encontrada na doutrina tradicional. A verdade é que mesmo na doutrina espanhola actual se continua a defender a exclusão da culpa do subordinado “em virtude da pressão que sobre este possa ser exercida pela relação hierárquica”¹⁰, “quando o subordinado sabe que a ordem é criminosa e, portanto, não obrigatória (...) e, apesar da sua não obrigatoriedade, em face de certas condições, como podem ser o temor de sanções disciplinares, de perder o emprego, *etc.* (...), a executa, sem que o ordenamento jurídico lhe exija uma actuação diferente, porque a maioria dos cidadãos teria feito o mesmo em situações semelhantes”¹¹.

É inegável que a obediência pode ser imposta num contexto tal que não possa senão concluir-se por uma exclusão da culpa fundada na inexigibilidade de uma conduta conforme ao direito. Todavia, isso está longe de significar que a relação de subordinação possa constituir por si mesma um factor de pressão sobre o funcionário ou o militar que permita desculpá-los sempre que eles não sejam capazes de negar a

⁹ ANTÓN ONECA, José, *Derecho Penal. Parte General*, I, Madrid, 1949, p. 274. Cf., em sentido próximo, SAÍNZ CANTERO, José Antonio, *La Exigibilidad de Conducta Adecuada a la Norma en Derecho Penal*, Granada: Universidad de Granada, 1965, p. 144.

¹⁰ VIVES ANTÓN, Tomas Salvador, «Consideraciones Político-criminales en Torno a la Obediencia Debida», *Estudios Penales y Criminológicos*, V, 1982, p. 141.

¹¹ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *La Obediencia Debida. Aspectos Legales y Político-criminales*, Madrid: Civitas, 1984, p. 153.

obediência a uma ordem dirigida à prática de um crime. Para que de uma autêntica inexigibilidade se possa falar não basta que o subordinado se sinta impotente para desobedecer à ordem criminosa que lhe é transmitida. Necessário é, pelo contrário, que a ordem seja acompanhada da ameaça de represálias sérias para o militar em caso de desobediência, que não possam ser evitadas senão obedecendo.

Ora, é forçoso concluir que a generalidade das situações apontadas pela doutrina espanhola como situações de inexigibilidade não o são na realidade, dado que a inibição para cumprir a determinação imposta pela norma incriminadora provém essencialmente de uma incapacidade estritamente pessoal do funcionário ou do militar para se conformar com o dever-ser jurídico-penal e não da situação ambiente¹² de subordinação implícita na transmissão da ordem.

Uma eventual exclusão da culpa por inexigibilidade em caso de obediência a uma ordem que implique a prática de um crime não constitui assim um efeito directo dessa ordem e só pode ser aceite quando os termos em que a ordem é transmitida e é cumprida configurem uma situação de estado de necessidade desculpante definida pelo art. 35.º do CP¹³. Para tanto é necessário que o subordinado seja coagido a executar a ordem sob a ameaça de morte ou de lesão da integridade física, da honra ou da liberdade e que estejam verificados os demais pressupostos do art. 35.º do CP, conjugado com o art. 13.º do Código de Justiça Militar¹⁴. Fora destes casos não poderá ser afirmada uma exclusão da culpa fundada na inexigibilidade em caso de obediência a uma ordem criminosa.

3. A exclusão da culpa por obediência indevida desculpante, prevista no art. 37.º do CP português, não deriva da inexigibilidade, mas sim do erro em que o militar incorre e

¹² CORREIA, Eduardo, *Unidade e Pluralidade de Infracções*, in: *A Teoria do Concurso em Direito Criminal*, p. 215.

¹³ Neste sentido, DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 24.º Cap., § 4 e s., WEBER, Hellmuth von, «Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf Befehl», *MDR*, 1948, p. 39 e s., STRATENWERTH, Günter, *Verantwortung und Gehorsam. Zur strafrechtlichen Wertung hoheitlich gebotenen Handelns*, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1958, p. 182, MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz, *Derecho Penal. Parte General*, I, Astrea, 1994, § 34, n.º m. 25, JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Auf., Berlin: Duncker & Humblot, 1996, § 35, II, 5, LENCKNER, Theodor, in: SCHÖNKE / SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Aufl., München: C. H. Beck, 2001, antes do § 32, n.º m. 121, e AMBOS, Kai, «Zur strafbefreienden Wirkung des “Handeln auf Befehl” aus deutscher und völkerstrafrechtlicher Sicht», *JR*, 1998, p. 222.

¹⁴ Lei n.º 100/03, de 15 de Novembro.

que determina o cumprimento da ordem que conduz à prática de um crime. Cumpre, porém, esclarecer qual o tipo de erro que está aqui em causa e qual o conteúdo do critério de não censurabilidade. Para esse efeito, além da compreensão da reflexão que na doutrina portuguesa tem sido dedicada à obediência indevida desculpante, afigura-se pertinente perceber os termos em que na doutrina alemã têm sido interpretadas várias disposições legais, como o § 5, I da Wehrstrafgesetz (WStG) e o § 11, II da Soldatengesetz (SoldG), cuja redacção é praticamente igual à do art. 37.º do CP português.

3.1 O debate actual na doutrina alemã relativo à exclusão da culpa em caso de obediência a ordens ilegítimas decorre em torno de algumas das disposições legais em que se centra o debate relativo às ordens ilegítimas obrigatórias, nomeadamente do § 5, I da WStG e do § 11, II da SoldG, que se aplicam aos militares, e do § 7, II da UZwG, dirigido aos funcionários de execução. De acordo com estes preceitos, só actua com culpa o militar ou o funcionário que comete um facto ilícito que preenche o tipo de uma lei penal quando saiba que a ordem implica a prática de um facto ilícito ou quando tal seja evidente segundo as circunstâncias por ele conhecidas.

A generalidade da doutrina associa aquelas disposições legais à matéria do erro. Só que enquanto uns reconduzem directamente essas disposições ao domínio do erro, considerando que as mesmas formam uma regulamentação especial, outros entendem que esses preceitos dão corpo a causas de exclusão da culpa de natureza autónoma que actuam em situações de erro. A falta de consenso verifica-se, além disso, em relação aos casos de erro abrangidos pelas disposições em causa. Embora a tendência dominante seja para identificar o § 5, I da WStG, o § 11, II da SoldG e o § 7, II da UZwG com o erro sobre a proibição (*Verbotsirrtum*), o certo é que é frequente encontrar posições que estendem o regime destas normas legais também a situações de erro sobre o tipo, quer de uma forma expressa¹⁵, quer de maneira implícita, considerando casos que na realidade configuram um erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação como casos de erro sobre a proibição¹⁶.

¹⁵ Cf. SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 121, e BAUMANN, Jürgen / WEBER, Ulrich / MITSCH, Wolfgang, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 10. Auf., Bielefeld: Ernst und Gieseking, 1995, § 23, n.º m. 52.

¹⁶ MAURACH / ZIPF, *DP-PG*⁷, I, § 38, n.º m. 25.

Parte da doutrina reconduz, todavia, as disposições legais mencionadas somente ao erro sobre a proibição. Segundo Stratenwerth, o conhecimento ou a evidência a que essas disposições se referem diz respeito apenas à valoração jurídica da conduta ordenada¹⁷. No mesmo sentido, Jakobs considera que aqueles preceitos intervêm quando o subordinado ignora a ilicitude do facto objecto da ordem, suavizando o regime geral do erro sobre a proibição do § 17 do StGB¹⁸. De acordo com Jakobs, a exclusão da culpa nos casos em que a ilicitude penal não é manifesta tendo em conta as circunstâncias conhecidas pelo subordinado deve-se à necessidade de assegurar a rapidez na execução das decisões do aparelho estadual, pois se aos militares e aos funcionários de execução fosse imposto o risco do erro decorrente das regras gerais, a execução dos actos estaduais seria afectada pelos eventuais esclarecimentos acerca da qualificação jurídica do facto ordenado que os funcionários estariam legitimados a realizar.

Ao subordinado é, assim, concedida uma maior margem de erro. A lei, entendem Roxin e Schroeder, baseia-se na teoria da culpa e actua sobre o critério de censurabilidade do erro, diminuindo as exigências de evitabilidade¹⁹.

Desse modo, a punição é reservada para os casos em que o erro sobre a ilicitude é facilmente evitável. Por isso, Roxin considera que a lei consagra uma solução que pode ser assimilada na sua categoria da responsabilidade, que compreende a culpa e as necessidades de prevenção²⁰. No seu ponto de vista, à luz do § 17 do StGB, deverá ter-se por inevitável não apenas o erro em que se incorre pela absoluta impossibilidade de aceder ao conhecimento da ilicitude, como também o erro em relação ao qual se pode ainda afirmar que o agente cumpriu as exigências pressupostas pela normal fidelidade ao direito. Assim, quando a consciência da ilicitude da conduta só possa ser adquirida através de esforços extremos, apesar da existência de uma culpa diminuta, o facto de

¹⁷ STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, p. 205.

¹⁸ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.^a ed., Madrid: Marcial Pons, 1997, 19/53. Nesta direcção, cf. ainda ROXIN, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1 : Grundlagen; Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3. Aufl., München: C. H. Beck, 1997, § 21, n.º m. 73, e SCHROEDER, Friedrich-Christian, in: Jähne / Laufhütte / Odersky (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Großkommentar*, 11. n. Auf., 14. Lieferung: §§ 15-18, Berlin: Walter de Gruyter, 1994, § 17, n.º m. 52 e ss.

¹⁹ ROXIN, AT³, § 21, n.º m. 73, e SCHROEDER, LK¹¹, § 17, n.º m. 54. Ambos se opõem, assim, à posição de MAURACH / ZIPF, DP-PG⁷, I, § 38, n.º m. 29, que vêem no § 5 I da WStG uma expressão da teoria do dolo limitada.

²⁰ Cf. ROXIN, AT³, § 19.

esses esforços não serem exigíveis determina a exclusão da responsabilidade penal do agente²¹. Donde, ainda que exista uma culpa diminuída, um erro sobre a proibição pode excluir a responsabilidade e ser tido como inevitável em sentido jurídico quando a renúncia à punição seja compatível com as funções preventivas do direito penal²². Nessa medida, Roxin entende que embora existam casos em que o subordinado age com culpa em virtude da possibilidade de evitar o erro sobre a ilicitude do facto ordenado, quando a ilicitude não seja evidente no quadro das circunstâncias por ele conhecidas a lei renuncia à sua punição uma vez a manutenção da responsabilidade do superior permite satisfazer as exigências de prevenção que se façam sentir²³. O § 5, I da WStG, o § 11, II da SoldG e o § 7, II da UZwG representam assim uma solução de afirmação da culpa e de negação da responsabilidade, que determina a não punição do subordinado.

Também Maurach e Zipf remetem a questão da obediência a ordens ilegítimas fundamentalmente para o âmbito do erro sobre a proibição²⁴. A sua posição de princípio é a de que o facto praticado em execução de uma ordem ilegítima é sempre ilícito, podendo a ordem ter efeitos somente no domínio da responsabilização pelo facto (*Tatverantwortung*) ou da culpa do agente. Neste sentido, estabelecem uma distinção de base entre dois tipos de situações²⁵: a ilegitimidade da ordem é conhecida pelo agente; e o subordinado desconhece a natureza ilegítima da ordem que lhe foi dirigida para o cometimento de um facto típico. Só no segundo caso, entendem, pode haver uma exclusão da responsabilidade penal, ao nível da culpa, por efeito directo da ordem da autoridade.

A exclusão da responsabilidade penal por obediência dá-se, segundo Maurach e Zipf, somente quando o subordinado desconheça a ilegitimidade da ordem, fundando-se por isso em um erro sobre a proibição que opera ao nível da culpa²⁶. O fundamento da exclusão da culpa não pode ser a inexigibilidade, dado que esta pressupõe uma situação de pressão anímica que, por definição, não se verifica quando o subordinado não sabe

²¹ ROXIN, *AT*³, § 21, n.º m. 37.

²² ROXIN, *AT*³, § 21, n.º m. 43.

²³ ROXIN, *AT*³, § 21, n.º m. 73. Aproximando-se de Roxin, DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 24.º Cap., § 12.

²⁴ MAURACH / ZIPF, *DP-PG*⁷, I, § 38, n.º m. 24 e ss. Assim, já MAURACH, Reinhart, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Karlsruhe: C. F. Müller, 1954, § 36, III, B, apesar de analisar a questão no contexto da exclusão da responsabilidade pelo facto.

²⁵ MAURACH, *AT*, § 36, III, B, e MAURACH / ZIPF, *DP-PG*⁷, I, § 34, n.º m. 20.

²⁶ Cf. MAURACH, *AT*, § 36, III, B, 3, e MAURACH / ZIPF, *DP-PG*⁷, I, § 38, n.º m. 24 e ss.

que a ordem é ilegítima²⁷. O que aqui se verifica é uma falta de consciência da ilicitude que no entendimento de Maurach e Zipf deve ser resolvida no plano do erro sobre a proibição.

Definido o conteúdo do erro sobre a proibição, Maurach e Zipf debruçam-se sobre o respectivo regime neste concreto domínio das ordens da autoridade. Consideram que deve distinguir-se entre os funcionários civis e os militares, pois a situação destes é disciplinada por disposições especiais.

Em relação aos funcionários civis vale o regime geral do erro sobre a proibição previsto no § 17 do StGB, pelo que esse erro não afecta o carácter doloso da conduta do subordinado, podendo excluir a culpa se for inevitável. A subordinação militar é regida pelo referido § 5, I da WStG, que determina a responsabilização do subordinado nos casos em que o mesmo tem consciência da ilegitimidade criminal da ordem ou essa ilegitimidade fosse evidente através das circunstâncias por ele representadas. A segunda condição constitui, segundo Zipf, uma regra especial do erro sobre a proibição, que constitui uma expressão da teoria do dolo limitada²⁸. De acordo com esta teoria, o erro sobre a proibição determina a exclusão do dolo, mas caso o agente revele cegueira para o direito será merecedor de uma censura, em função da qual lhe deve ser aplicada a pena correspondente ao crime doloso respectivo²⁹. É precisamente nesse sentido que Zipf interpreta o § 5, I da WStG

Zipf aplica o § 5, I da WStG às situações de erro sobre a proibição em que o subordinado incorra ao cumprir uma ordem ilegítima. Todavia, na medida em que alarga o conteúdo do erro sobre a proibição, o § 5, I da WStG acaba por funcionar também em casos de erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação. Se a aplicabilidade desta disposição a casos de erro sobre o tipo é assim admitida de um modo implícito por Zipf, em Lenckner encontramos uma clara e expressa defesa dessa aplicação.

Em matéria de ordens ilegítimas obrigatórias, Lenckner posiciona-se no sector justificacionista, defendendo em relação ao cumprimento de ordens penalmente ilegítimas um conjunto de soluções que determinam uma larga amplitude na exclusão

²⁷ MAURACH, *AT*, § 36, III, B, 3, e MAURACH / ZIPF, *DP-PG*⁷, I, § 38, n.º m. 27.

²⁸ MAURACH / ZIPF, *DP-PG*⁷, I, § 38, n.º m. 29.

²⁹ Cf., desenvolvidamente, CORREIA, Eduardo, I, p. 408 e ss.

da ilicitude da respectiva conduta de execução³⁰. As situações que não beneficiam da exclusão da ilicitude são objecto de um tratamento dogmático que se evidencia pela inequívoca distinção entre as várias hipóteses em que o subordinado pode beneficiar de uma exclusão da responsabilidade penal no plano da culpa³¹. Tal como a generalidade da doutrina alemã, para Lenckner todo o problema diz respeito ao erro. Lenckner separa claramente os casos de erro sobre a factualidade típica e de erro sobre os pressupostos materiais de um tipo justificador dos casos de falta de consciência da ilicitude da conduta ordenada. Dentro de cada um desses grupos, distingue ainda os funcionários em geral dos funcionários de execução e militares, pelo facto de a estes serem aplicáveis o § 7, II da UZwG, o § 11, II, 2 da SoldG e o § 5, I da WStG.

Estes últimos preceitos ditam uma disciplina especial de desculpa para os funcionários de execução e para os militares, que se reflecte *tanto no erro sobre a factualidade típica e sobre os pressupostos objectivos de um tipo justificador, como no erro sobre a ilicitude*³².

Também Jescheck e Weigend se afastam da doutrina maioritária e consideram que a actuação ilícita em cumprimento de ordens de serviço forma uma causa de desculpa de natureza autónoma, embora represente simultaneamente uma regra especial do erro sobre a proibição³³. O fundamento legal da desculpa por obediência a ordens superiores para os funcionários de execução e para os militares reside, segundo Jescheck e Weigend, no § 7, II da UZwG, no § 11, II, 2 da SoldG e no § 5, I da WStG. À semelhança das demais causas desculpantes, a razão pela qual pode ser desculpada a realização de uma conduta ameaçada com uma pena em caso de cumprimento de uma ordem assenta em uma diminuição substancial do ilícito de acção e da culpa do facto. A desculpa pode verificar-se quer nos casos em que, agindo com intenção de dar cumprimento ao dever de obediência que sobre ele impende, o subordinado confia que actua em conformidade ao direito, errando porém sobre a obrigatoriedade da ordem³⁴, quer quando o subordinado desconheça a relevância penal do facto ordenado. A ordem

³⁰ SCH/SCH/LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 10 e ss. e 86 e ss.

³¹ SCH/SCH/LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 121.

³² SCH/SCH/LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 121. Neste sentido, cf. ainda BAUMANN/WEBER, AT¹⁰, § 23, n.º m. 52, que consideram que tais disposições representam uma modificação em benefício do agente do regime geral do erro dos §§ 16 e 17 do StGB.

³³ JESCHECK/WEIGEND, AT⁵, § 46, I, 4.

³⁴ JESCHECK/WEIGEND, AT⁵, § 46, I, 3⁴.

jurídica admite a desculpa atendendo aos limites à faculdade de controlar a legalidade da ordem impostos ao subordinado e à estrutura hierárquica do aparelho estadual, que incute no subordinado um espírito de confiança na autoridade do superior e o hábito de obedecer e que transfere para o superior a responsabilidade pela validade material das ordens emitidas. Em todo o caso, Jescheck e Weigend ressaltam que uma ordem não obrigatória pode constituir uma causa de desculpa somente quando seja considerada pelo subordinado como obrigatória e o pudesse ser³⁵. Critério que corresponde *grosso modo* aos pressupostos de que depende a exclusão da culpa de acordo com as disposições legais referidas.

3.2 Ao contrário do que acontece na doutrina alemã a propósito do § 5, I da WStG e preceitos similares, é escassíssima na doutrina portuguesa a reflexão que tem sido dedicada à obediência indevida desculpante, que não consta de uma qualquer legislação extravagante, mas sim da parte geral do Código Penal, desde a sua entrada em vigor, há mais de vinte anos. A pouca atenção que a obediência indevida desculpante tem merecido não impediu, porém, o surgimento de distintas tomadas de posição doutrinárias quanto ao seu fundamento e campo de aplicação.

Cumprido desde já assinalar que a generalidade da doutrina considera, e bem, que a obediência indevida desculpante não tem a ver com a inexigibilidade e diz antes respeito ao problema do erro, ainda que nem sempre se consiga perceber que tipo de erro está aqui em causa.

Em todo o caso, a doutrina actual maioritária formada a propósito da obediência indevida desculpante, separa claramente as águas entre o erro sobre a factualidade típica e o erro sobre a proibição, entendendo uns que se está perante um caso especial do erro sobre as circunstâncias do facto do art. 16.º do CP e outros que se trata de um regime específico do erro sobre a ilicitude do art. 17.º do CP.

Pela identificação da obediência indevida desculpante com o erro sobre as circunstâncias do facto ou, pelo menos, de uma das suas modalidades, pronunciam-se Cavaleiro de Ferreira³⁶ e Germano Marques da Silva.

³⁵ JESCHECK / WEIGEND, *AT*⁵, § 46, II.

³⁶ FERREIRA, Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, Verbo, 1992, p. 358.

Com efeito, no sentido de que a obediência indevida desculpante configura um caso de erro sobre as circunstância do facto, mais concretamente de erro sobre os pressupostos de um tipo justificador, Germano Marques da Silva afirma que “em razão do erro sobre a obrigatoriedade da ordem, o dolo seria excluído, nos termos do art. 16.º, n.º 2 do CP, mas se o erro for indesculpável mantinha-se a responsabilidade por negligência, sendo caso disso”³⁷. Nessa medida, “o erro exclui agora a própria culpa e não apenas o dolo”³⁸.

Divergindo da aproximação da obediência indevida desculpante ao erro sobre as circunstâncias do facto do art. 16.º do CP, Figueiredo Dias situa-a no domínio do erro sobre a ilicitude do art. 17.º do CP. Na sua perspectiva, o art. 37.º do CP visa compensar o rigor da solução legal ao nível da ilicitude, pois se em homenagem aos direitos e liberdades do cidadão é negada a justificação ao funcionário que cumpre uma ordem desconhecendo a ilegitimidade da mesma, o certo é que “é dever do Estado cuidar também da eficácia dos serviços que lhe incumbe prestar; e esta ficará severamente posta em causa se o subordinado hierárquico que recebe a ordem estiver sempre, ao cumpri-la, com um «um pé na prisão»”³⁹.

Figueiredo Dias afasta a hipótese de a obediência indevida desculpante constituir um caso de inexigibilidade, considerando que o art. 37.º do CP tem antes a ver “com o erro sobre a ilicitude em que, por força da ordem oficial ou de serviço, o agente possa ter incorrido. É aqui que o legislador entendeu introduzir um regime especial relativamente ao que resultaria do disposto no art. 17.º. Do que se trata pois é, em último termo, de uma regulamentação especial do problema da falta de consciência do ilícito do subordinado que recebeu e cumpriu a ordem”⁴⁰. A especificidade do art. 37.º do CP face ao regime geral do erro sobre a ilicitude reside no critério da censurabilidade do erro. Por comparação com o art. 17.º do CP, o âmbito da censura definido pelo art.

³⁷ SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português. Parte Geral*, II, Lisboa: Verbo, 1998, p. 218.

³⁸ SILVA, Marques da, *DP-PG*, II, p. 218.

³⁹ DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 24.º Cap., § 2.

⁴⁰ DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 24.º Cap., § 5. No mesmo sentido, PALMA, Maria Fernanda, *A Justificação por Legítima Defesa como Problema de Delimitação de Direitos*, AAFDL, 1990, p. 233 e s., para quem o art. 37.º do CP “parece referir-se, apenas, ao erro sobre a segunda espécie enunciada [erro sobre a legitimidade da ordem] (*erro indirecto sobre a ilicitude*), constituindo uma norma especial em relação ao artigo 17.º do Código Penal ou, simplesmente, uma sua concretização”, e CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal – Parte Geral, Volume II: Teoria Geral do Crime*, Universidade Católica, 2004, § 922 e ss.

37.º do CP é menos apertado, daí resultando uma maior amplitude da exclusão da culpa. Em todo o caso, o critério de censurabilidade do art. 37.º do CP participa igualmente da ideia de “manutenção no agente de uma *recta* – se bem que errónea – consciência ético-jurídica, fundada em uma atitude de fidelidade ou correspondência a exigências ou pontos de vista eticamente relevantes”⁴¹ e não se identifica com uma menor evitabilidade do erro, como entende por exemplo Roxin em relação ao § 5 da WStG.

Embora Figueiredo Dias tente evitar abrir aqui o flanco à evitabilidade como critério de censurabilidade do erro sobre a ilicitude, que sempre recusou no contexto geral da problemática sobre a falta de consciência da ilicitude, a verdade é que o art. 37.º do CP faz depender a exclusão da culpa da *evidência* da ilegitimidade da ordem. Por isso, como o próprio reconhece, torna-se difícil articular o pensamento da consciência *recta* com uma ideia da *evidência*. Essa articulação é proposta nos seguintes termos: sempre que no quadro das circunstâncias representadas pelo subordinado “a questão da ilicitude do facto se revelar *discutível, controvertida, obscura* ou mesmo só *pouco clara* está sem mais perfeita uma causa de exclusão da culpa”⁴².

4. Em uma visão de conjunto da doutrina portuguesa e da doutrina alemã verifica-se que, perante disposições legais com um teor literal semelhante, determinantes da exclusão da culpa em caso de obediência a ordens ilegítimas, se formam três tendências na definição da respectiva natureza jurídica. Num extremo, há quem pense que se trata de um regime especial do erro sobre a ilicitude ou erro sobre a proibição. No outro extremo, aponta-se para o erro sobre as circunstâncias do facto. Uma tese maximalista, de um modo directo ou de forma indirecta através de um alargamento do âmbito do erro sobre a proibição, engloba nestas disposições tanto situações de erro sobre a proibição, como de erro sobre o tipo. Aquela visão de conjunto não pode, todavia, ignorar as diferenças marcantes entre o sistema português e o sistema alemão tanto no contexto das ordens da autoridade, como no âmbito da teoria do erro.

No domínio das ordens da autoridade a doutrina germânica revela uma maior propensão para admitir a exclusão da ilicitude do facto típico cometido em execução de

⁴¹ DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 24.º Cap., § 10.

⁴² DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 24.º Cap., § 11.

uma ordem ilegítima⁴³, através de conceitos de licitude especiais, da aplicação da teoria do erro sobre os pressupostos materiais de uma causa de justificação ou das ordens ilegítimas obrigatórias. Daí resulta que em uma parte significativa das situações a responsabilidade penal seja excluída logo em sede de ilicitude. É essencialmente aí que, por isso, se promove a salvaguarda da posição do subordinado. Regra geral, não se espera pelo juízo sobre a culpa para, usando a imagem de Figueiredo Dias, dar ao funcionário o sinal de que pode actuar sem o temor de poder ir parar à prisão em virtude do cumprimento da ordem.

Um eventual distanciamento da doutrina alemã é ainda sugerido pela funda divergência dogmática que separa o pensamento português e alemão em matéria de erro e que se manifesta na interpretação dos arts. 16.º e 17.º do CP português e dos §§ 16 e 17 do StGB⁴⁴. Enquanto o regime alemão assenta na dicotomia erro sobre o tipo e erro sobre a proibição, o regime português parte da distinção entre erro intelectual ou de conhecimento e erro moral ou de valoração, que expressa o essencial do modelo proposto por Figueiredo Dias no seu *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*⁴⁵. Em virtude desta diferença básica, o erro sobre a proibição do § 17 do StGB tem uma amplitude maior que o erro sobre a ilicitude do art. 17.º do CP português. Com efeito, as situações que caem no âmbito do erro sobre a proibição alemão desdobram-se no regime português entre o puro erro sobre a ilicitude do art. 17.º e o erro sobre as proibições do art. 16.º-1, 2ª parte do CP português.

As diferenças assinaladas impõem cautela em eventuais transposições do pensamento alemão para a exegese da obediência indevida desculpante positivada no direito português, onde converge precisamente toda a problemática da obediência a ordens superiores ilegítimas e o essencial da questão do erro. Cautela que deve ser redobrada em face da ambiguidade da redacção do art. 37.º do CP⁴⁶, que, tal como os

⁴³ Cf. BRANDÃO, Nuno, *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal*, p. 179 e s.

⁴⁴ Assim, afirma DIAS, Jorge de Figueiredo, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra Editora, 2001, p. 288, que “há, entre os referidos §§ 16 e 17 do CP alemão e os arts. 16.º e 17.º do CP português vigente, diferenças notórias de redacção, que traduzem divergências doutrinárias de relevo”.

⁴⁵ Assim o afirma não só DIAS, Figueiredo, *Temas Básicos*, p. 291, como também SILVA, Marques da, *DP-PG*, II, p. 204, e BELEZA, Teresa Pizarro / PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *O Regime Legal do Erro e as Normas Penais em Branco (Ubi lex distinguit...)*, Almedina, 1999, p. 22 e s.

⁴⁶ Já PALMA, Maria Fernanda, *A Justificação por Legítima Defesa*, p. 233, apontou para a ambiguidade da redacção do art. 37.º, e DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 24.º Cap., § 4, considerou que “o regime contido no art. 37.º está muito longe de ser claro e isento de dúvidas fundadas”.

preceitos alemães homólogos (§ 7, II da UZwG, § 11, II, 2 da SoldG e § 5, I da WStG), pode dar azo às mais diversas interpretações.

O texto legal da obediência indevida desculpante não permite associá-la de modo imediato ao erro sobre a ilicitude. O que é decisivo para a consideração de que se está perante um erro sobre a ilicitude é a consequência do erro pressuposto pela obediência indevida desculpante, a exclusão da culpa. Se a lei estabelece um regime geral em que distingue o erro que exclui o dolo, que denomina erro sobre as circunstâncias do facto, e o erro que exclui a culpa, que designa como erro sobre a ilicitude, então poderá pensar-se que, sendo a exclusão da culpa o efeito do erro presente na obediência indevida desculpante, esta constitui uma espécie do género do erro sobre a ilicitude⁴⁷.

Não cremos, porém, que a obediência indevida desculpante constitua uma regulamentação específica do erro sobre a ilicitude do art. 17.º do CP português.

A aceitação de que o erro implícito na obediência indevida desculpante tem a natureza de erro sobre a ilicitude compromete irremediavelmente a coerência interna de uma teoria do erro fundada na diferença entre erro da consciência psicológica e erro da consciência ética, defendida precisamente por Figueiredo Dias e que pensamos ser a que melhor se coaduna com os arts. 16.º e 17.º do CP. Visto como um caso de erro sobre a ilicitude, o art. 37.º do CP transforma-se num corpo estranho dentro dessa teoria, que só a muito custo o consegue explicar.

A incompatibilidade da obediência indevida desculpante com o erro sobre a ilicitude e a sua ameaça à coerência interna de um modelo do erro baseado na dicotomia erro intelectual / erro moral deriva em primeiro lugar de o art. 37.º do CP permitir que a culpa possa ser excluída em situações em que as circunstâncias representadas pelo agente não correspondam àquelas que se verificam efectivamente. A referência do art. 37.º do CP à evidência no quadro das circunstâncias representadas pelo funcionário obriga a concluir que o preceito se dirige a situações em que o agente não representa a factualidade que forma a ilicitude e não está, por isso, sequer em condições para poder avaliar a ilicitude do facto que comete.

⁴⁷ Cf. DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 24.º Cap., § 8.

A não evidência da ilicitude do facto como critério de não censurabilidade dá origem a uma outra dificuldade na compreensão de uma obediência indevida desculpante conotada com um erro sobre a ilicitude fundado na dicotomia erro intelectual / erro moral. O que nesta dicotomia é determinante para que se possa falar numa verdadeira falta de consciência de ilicitude é a desconformidade da consciência ética do agente em relação à valoração reconhecida pela ordem jurídica⁴⁸. Por isso que, estando em causa não uma falta de ciência, mas uma autêntica falta de consciência, o critério de não censurabilidade do erro sobre a ilicitude não se encontra na inevitabilidade do erro⁴⁹, como geralmente defendem as teses que partem da dicotomia erro sobre o tipo / erro sobre a proibição. Sendo aquele o conteúdo do erro sobre a ilicitude, a não censurabilidade só poderá ser afirmada quando “o engano ou o erro da consciência-ética, que se exprime no facto, não se fundamente em uma qualidade desvaliosa e juridicamente censurável da personalidade do agente, pela qual este tenha de responder”⁵⁰.

Não vemos como possa o critério de não censurabilidade previsto no art. 37.º do CP ser reconduzido àquele critério de não censurabilidade proposto por Figueiredo Dias, sintetizado na ideia de consciência recta, caracterizada pela persistência no agente de uma atitude geral de fidelidade às exigências da ordem jurídica. Na realidade, como quer que se conceba o critério de não censurabilidade do art. 37.º do CP, dele não se consegue extrair qualquer conclusão quanto à atitude que o agente documenta no facto. Circunstância que, naturalmente, inviabiliza o funcionamento do art. 37.º do CP, pois o critério definido na norma para que a mesma possa desencadear um efeito jurídico não é adequado a responder ao problema suscitado pelos casos que, de acordo com a respectiva hipótese, nela devem ser subsumidos.

Tudo aponta, portanto, no sentido de que a obediência indevida desculpante não representa uma modalidade do erro sobre a ilicitude. Parece-nos que só um puro conceitualismo, agarrado à ideia de que qualquer erro que exclua a culpa tem de

⁴⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1995, § 15, II, 3.

⁴⁹ Cf. DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude*, § 12, III e § 17, e *DP-PG*, I, 2004, 23.º Cap., § 4 e ss.

⁵⁰ DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude*, § 17, II, 2.

constituir um erro sobre a ilicitude, pode justificar a qualificação da obediência indevida desculpante como um caso de erro sobre a ilicitude.

Desta forma, para nós, não têm a ver com o art. 37.º do CP, mas antes com o art. 17.º do CP, por representarem casos de erro sobre a ilicitude, as situações em que o militar supõe que a ordem é transmitida ao abrigo de uma autorização legal que na realidade não existe ou supõe erradamente que a ordem é emitida ainda dentro dos limites de uma autorização legal (erro sobre a existência ou os limites de uma causa de justificação). E estamos também ainda no domínio do art. 17.º e não do art. 37.º quando o militar, representando embora toda a factualidade pertinente para a formação de um correcto juízo sobre a ilicitude do facto ordenado, actua sem consciência da ilicitude desse mesmo facto ou apesar de ter essa consciência julga todavia que a obediência é devida por considerar que toda e qualquer ordem deve ser cumprida, independentemente da sua conformidade com a lei penal⁵¹.

5. A compatibilidade do art. 37.º do CP com uma teoria geral do erro firmada na contraposição entre erro de conhecimento e erro de valoração é condição necessária para a definição do regime da obediência indevida desculpante e para a determinação da sua natureza jurídica. Todavia, os quadros da doutrina do erro são insuficientes para uma completa e cabal compreensão da obediência indevida desculpante.

A obediência indevida desculpante é incindível do problema da existência ou não das chamadas ordens ilegítimas obrigatórias em matéria penal. Com efeito, juntamente com o art. 31.º-2, c), do CP, e com o art. 36.º-2 do CP, o art. 37.º do CP dá corpo a um quadro normativo que forma um todo coerente e cujas partes só podem ser adequadamente compreendidas à luz de um princípio fundamental que nelas se reflecte: o de que uma ordem só pode justificar o facto típico praticado em sua execução se for conforme ao direito.

Este princípio tem, porém, como consequência a possibilidade de o subordinado que dá cumprimento a essa ordem ser penalmente responsabilizado pela sua execução. Consequência que, aliás, é uma exigência própria do Estado de direito, que não se

⁵¹ A generalidade da doutrina alemã considera acertadamente que este último caso configura um erro sobre a proibição em princípio indesculpável – cf., por todos, STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, p. 183 e s., e JESCHECK / WEIGEND, *AT*⁵, § 46, I, 4⁶.

compadece com uma qualquer reserva de irresponsabilidade pela simples circunstância de o agente actuar sob ordens superiores (art. 271.º da CRP). Em todo o caso, é comum o entendimento de que não é justo que o Estado exija dos seus militares uma obediência tão pronta e completa quanto possível às ordens que lhes são transmitidas e depois os abandone à sua sorte, expondo-os às agruras da justiça penal, se se concluir que afinal a ordem não era de obediência devida por contrariar a lei penal. Na conclusão de Eduardo Correia, sem um preceito como o art. 37.º do CP “os funcionários ficariam numa situação muito difícil perante o direito penal”⁵².

Entre o problema da (não) justificação por cumprimento de ordens ilegítimas e a obediência indevida desculpante existe uma relação inextricável, que a nosso ver implica que o campo de aplicação da obediência indevida desculpante seja constituído pelas *situações em que a ilicitude penal é afirmada no contexto da questão das ordens ilegítimas obrigatórias por força do princípio da cessação do dever de obediência em matéria penal*: situações em que há a prática de um ilícito-típico em cumprimento de uma ordem ilegítima por desconhecimento da sua ilegitimidade.

A hipótese do art. 37.º do CP – “cumpre uma ordem sem conhecer que ela conduz à prática de um crime” – diz então respeito aos casos de ilicitude derivada da prática de um facto típico em obediência a uma ordem ilegítima em que o subordinado desconhece que não estão verificados os pressupostos da autorização legal que legitimaria essa ordem.

A obediência indevida desculpante representa, deste modo, um regime especial face ao regime geral do erro sobre os pressupostos de um causa de justificação previsto no art. 16.º-2⁵³ do CP. A justificação do facto típico praticado pelo militar que actua em cumprimento de uma ordem depende da legitimidade dessa ordem. Por isso, quando a ordem é ilegítima o facto típico é também ilícito. Conclusão que é válida mesmo nos casos em que o subordinado actua pensando que estão reunidos os pressupostos materiais de que depende a legitimidade da ordem. É que o direito positivo estabelece expressamente que em tais circunstâncias não subsiste qualquer dever de obediência que possa ser invocado no sentido de justificar o facto praticado. Sendo a legitimidade da

⁵² *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral, I, 1965, p. 255.* Na mesma direcção, DIAS, Figueiredo, *DP-PG, I, 2004, 24.º Cap., § 2 e s.*

⁵³ Nesta direcção, como foi referido supra, em texto, SILVA, Marques da, *DP-PG, II, p. 217 e s.*

ordem um pressuposto da justificação do facto típico cometido em execução da mesma, o cumprimento de uma ordem ilegítima determinado por uma errónea confiança na sua legitimidade beneficiaria sempre de uma exclusão do tipo de culpa doloso por aplicação do art. 16.º-2 do CP. É, porém, aqui que intervém o art. 37.º do CP, fechando a porta a uma eventual censura negligente.

O erro que na obediência indevida desculpante está em causa é portanto um erro de conhecimento e não um erro de valoração. Nessa medida se compreende que o critério de não censurabilidade que nela encontramos esteja relacionado com a evitabilidade do erro. De acordo com o art. 37.º do CP, o erro é não censurável quando a ilegitimidade da ordem não é evidente no quadro das circunstâncias representadas pelo funcionário. Critério que abranda as exigências que poderiam ser impostas para a exclusão do tipo de culpa negligente se a questão devesse ser resolvida no quadro definido pelo art. 16.º-3 do CP: violação pelo agente do “dever de se informar, com o cuidado imposto, sobre a realidade circunstancial da situação em que actua”⁵⁴.

A lei parte do princípio de que nos casos em que a ilegitimidade da ordem não é manifesta a partir do ponto de vista do subordinado, este não sentirá um impulso para se certificar se está verificada a situação de facto que legitimaria a emissão da ordem e por regra confiará na sua legalidade. A suposição do contrário teria pouca aderência à realidade, pois normalmente o militar cuidadoso e ponderado dá cumprimento à ordem que lhe é transmitida sem mais delongas e indagações sempre que não tenha razões para duvidar da sua ilegitimidade em face das circunstâncias que lhe são dadas a conhecer. Por isso que é considerado não censurável o erro sobre a legitimidade da ordem quando os factos representados pelo agente não o alertem para a ilicitude penal do facto ordenado e não o demovam de a executar.

Isto significa, porém, que nem todo o erro do subordinado pode escapar a um juízo de censura. O militar a quem é dada uma ordem que, de acordo com a perspectiva que ele tem dos factos, se revela notoriamente incompatível com a legalidade penal tem o dever de tomar as providências necessárias e possíveis a confirmar essa desconformidade. Se, não obstante a advertência para a ilegitimidade da ordem que deriva do quadro das circunstâncias por ele representadas, o militar não se abstém de a

⁵⁴ DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude*, § 21, I, 3.

cumprir é em princípio merecedor de censura pela violação do dever de esclarecimento que nessas circunstâncias lhe é imposto. Essa censura não se funda em uma atitude de contrariedade ou hostilidade perante o dever-ser jurídico-penal, uma vez que o agente não chega a representar toda a realidade circunstancial da qual resulta a ilegitimidade da ordem. O que determina a censurabilidade é antes a atitude de descuido manifestada no cumprimento da ordem, dado que, perante a evidência da ilegitimidade, o militar médio colocado na sua posição teria certamente chegado ao conhecimento dessa realidade, empregando o cuidado devido.

O critério de não censurabilidade definido no art. 37.º do CP traduz assim a ideia de que quando a ilegitimidade da ordem não seja evidente no quadro das circunstâncias representadas pelo funcionário ou pelo militar, o ilícito-típico por ele cometido não representa a expressão de uma atitude de descuido ou levandade perante o dever-ser jurídico-penal que caracteriza o tipo de culpa negligente. É essa a razão para que a lei determine a exclusão da culpa do agente. Todavia, do que aqui se trata *não é propriamente de uma negação da culpa, mas antes de uma negação do substrato sobre o qual pode assentar um juízo de culpa*. O erro sobre a ilegitimidade da ordem implica necessariamente o afastamento do tipo de culpa doloso. A culpa pode, porém, ser ainda alicerçada sobre um tipo de culpa negligente, cuja materialidade “reside na atitude *descuidada* ou *leviana* revelada pelo agente e que fundamenta o seu facto e, por aí, nas qualidades desvaliosas da pessoa que no facto se exprimem”⁵⁵. Desta forma, se o erro do militar for não censurável, além do tipo de culpa doloso, também o tipo de culpa negligente deverá considerar-se excluído, não subsistindo qualquer conteúdo material de culpa. É nisso que, em nosso entender, se traduz a exclusão da culpa assinalada no art. 37.º do CP.

Uma obediência indevida desculpante assim concebida é perfeitamente compatível com uma teoria do erro fundada na dicotomia erro de conhecimento / erro de valoração e evita as aporias de uma obediência indevida desculpante identificada com o erro sobre a ilicitude.

Trata-se, além disso, de uma construção que encontra paralelo na interpretação dada a disposições legais análogas de outros ordenamentos. Vimos que, na doutrina

⁵⁵ DIAS, Figueiredo, *Temas Básicos*, p. 376 e s.

alemã, Lencker e Baumann / Weber atribuindo embora ao § 5, I da WStG uma amplitude muito mais lata do que a assinalámos ao art. 37.º do CP, o apontam também como um caso especial de erro sobre os pressupostos de um tipo justificador que se repercute na definição da censura negligente⁵⁶. Também na doutrina italiana é corrente o entendimento de que o art. 51-3 do CP – de acordo com o qual, além do superior, “risponde del reato altresì chi ha eseguito l’ordine, salvo che, per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire a un ordine legittimo” – regula uma situação de erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação⁵⁷, que, segundo alguns, dá corpo a um regime especial desse erro em matéria de obediência, que determina a exclusão da culpa, por contraposição ao regime geral do art. 59-4 do CP italiano, do qual resulta somente uma exclusão do dolo⁵⁸.

Por último, esta concepção é aquela que melhor se adequa à decisão legal de, através da eliminação da figura das ordens ilegítimas obrigatórias em matéria criminal, negar a justificação aos factos típicos praticados no desconhecimento da ilegitimidade da ordem, filiando-se na longa tradição de reconhecer somente natureza desculpante ao erro que determina a obediência a ordens ilegítimas.

⁵⁶ Cf. SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 121, e BAUMANN / WEBER, *AT*¹⁰, § 23, n.º m. 52. Numa direcção próxima, cf. MAURACH / ZIPF, *DP-PG*⁷, I, § 38, n.º m. 25, e JESCHECK / WEIGEND, *AT*⁵, § 46, I, 3.

⁵⁷ Assim, SANTORO, *L’Ordine del Superiore*, p. 254 e s., PADOVANI, «Ordine Criminoso...», p. 478, VIGANÒ, *Codice Penale Commentato*, art. 51, n.º m. 92 e ss., FIORE, *DP-PG*, p. 416, MARINUCCI / DOLCINI, *DP-PG*, p. 188 e s., MANTOVANI, *DP-PG*⁴, p. 188 e s., e BAROLO, «Il Caso Priebke...», p. 1064 e ss.

⁵⁸ Cf. SANTORO, Arturo, *L’Ordine del Superiore nel Diritto Penale*, UTET, 1957, p. 255 e s., PADOVANI, Tullio, «Ordine Criminoso e Obbedienza Gerarchica nel Diritto Penale Italiano», *Dei Delitti e Delle Pene*, 1987, n.º 3, p. 479, VIGANÒ, Francesco, *Codice Penale Commentato. Parte Generale* (coord. Emilio Dolcini / Giorgio Marinucci), Milano: IPSOA, 1999, art. 51, n.º m. 94, e BAROLO, Pasquale, «Il Caso Priebke e la Sentenza della Corte Militare di Appello di Roma», *L’Indice Penale*, 1999, p. 1066. Contra, defendendo que o art. 51-3 é uma mera enunciação dos princípios gerais do erro de facto, subsistindo a possibilidade de uma responsabilização a título de negligência, MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale. Parte Generale*, 4.ª ed., CEDAM, 2001, p. 254 e s., MARINUCCI, Giorgio / DOLCINI, Emilio, *Diritto Penale. Parte Generale*, Milano: Giuffrè Editore, 2002, p. 189, e FIORE, Carlo, *Diritto Penale. Parte Generale*, I, UTET, 1993, p. 416.