



UNIVERSIDADE DA FORÇA AÉREA  
PRÓ-REITORIA DE ENSINO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS AEROESPACIAIS

CRISTIANO RICARDO ANTUNES

**A obediência hierárquica como tipo penal justificante no âmbito das operações  
militares brasileiras de grande complexidade – Uma proposta normativa**

Rio de Janeiro  
2019

UNIVERSIDADE DA FORÇA AÉREA  
PRÓ-REITORIA DE ENSINO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS AEROESPACIAIS

CRISTIANO RICARDO ANTUNES

**A obediência hierárquica como tipo penal justificante no âmbito das operações militares brasileiras de grande complexidade – Uma proposta normativa**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Aeroespaciais da Universidade da Força Aérea, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciências Aeroespaciais. Linha de Pesquisa: Poder Aeroespacial Brasileiro, Segurança e Defesa. Orientador: Prof. Dr. Humberto J. Lourenção.

Rio de Janeiro  
2019

## **AGRADECIMENTOS**

Pela oportunidade da realização desse estudo, agradeço a Deus nas diversas manifestações que assume em minha vida: na minha vasta família, com núcleo em meu pai, minha mãe, meus irmãos e irmã e, depois de uma parte da jornada percorrida, em minha esposa e filha; nos meus muitos amigos, os quais, com sua parceria, permitiram que se desenvolvessem e fossem praticados os valores que cultivo no cotidiano; nos alunos, cadetes da AFA, que estiveram e estão comigo nestes 23 anos de magistério e que muito me ensinaram sobre a complexidade da Ciência do Direito; e nos colegas docentes do Magistério da Aeronáutica, com especial deferência ao amigo e orientador Humberto J. Lourenção. Por fim, agradeço a disponibilidade dos professores membros da Banca, Dr. Vágner Camilo e Dr. Ivan Muniz de Mesquita, os quais, com suas críticas perspicazes e construtivas, contribuíram para o aperfeiçoamento dessa pesquisa. Todos constituíram apoio fundamental à iniciativa e ao desenvolvimento desta etapa acadêmica e a eles dedico este trabalho.

## RESUMO

A presente dissertação dedica-se ao estudo do fenômeno da culpabilidade, no âmbito da responsabilidade criminal humana. Dando atenção preliminar ao detalhamento deste instituto – o qual, ante ao evoluir das situações do cotidiano, traz, recorrentemente, inéditas reflexões paradigmáticas e renovadas indagações científicas aos eruditos dedicados à temática, não poucas vezes conduzindo-os à perplexidade inercial, capaz de inibi-los de propor tratamento legal às hipóteses que lhe são abertas à previsão – o trabalho progride para focalizar o problema da culpabilidade no contexto moderno das operações militares modernas de grande complexidade – GLO e Interagências. Na seara desse esforço contemporâneo, em que as FFAA assumem o seu compromisso constitucional de atender ao chamamento das autoridades competentes para enfrentar ou inibir as ações de agentes agressores da lei e da ordem, que tomam o viés de atuação interna contra os interesses nacionais, as reflexões desenvolvem-se para formar a consideração de a legislação penal vigente, de respaldo aos agentes militares que se embatem contra estas ameaças, não é bastante para subsidiá-los com nível de segurança jurídica que os faça sobranceiros no cumprimento das suas missões. A carência da necessária retaguarda jurídica na conjuntura apontada, em que as ordens superiores são despachadas segundo hierarquia construída horizontalmente – fugindo-se do modelo clássico da verticalidade – colocam os subordinados em situação de dificuldade no reconhecimento de ordens de manifesta ilegalidade. Essa situação tem o condão de torná-los, injustamente, pacientes em processos judiciais intrincados, nos quais fica imperiosa a subjetividade do julgador com competência para sentenciá-los, em detrimento de reclamado tratamento objetivo e previsível em suas consequências. Isto, de maneira maiúscula, tende a desaguar em responsabilizações de intensidade desmedida para mais, considerando-se a censura que seria compatível com o comportamento manifestado por tais agentes que atuam no front final, em contato direto com o inimigo. Ao final do trabalho, o leitor encontrará proposta legislativa de modificação do atual Código Penal Militar, acompanhada da pertinente exposição de motivos adequada para o desiderato, consistente na sugestão de adição de parágrafo 2º ao artigo 42 do aludido diploma legal. A inovação textual cumpre o propósito de oferecer previsão de tipo penal permissivo, nas hipóteses de atuação do subordinado em circunstâncias que lhe dificultem ou mesmo impossibilitem o reconhecimento de ordens que deveriam ser cumpridas para garantir o sucesso das operações em que estão engajados, afastando ou mitigando o aparecimento de vulnerabilidades suscetíveis de serem apropriadas por antagonistas, os quais, a partir delas, dotariam-se da oportunidade de desenvolver o eficaz recurso da paralisia estratégica.

**Palavras-chave:** Culpabilidade – Obediência Hierárquica – Operações Militares de Grande Complexidade – Tipo Penal Justificante – Segurança Jurídica ao Militar Subordinado.

## **ABSTRACT**

The present dissertation is dedicated to the study of the phenomenon of guilt, in the scope of human criminal responsibility. By giving preliminary attention to the detail of this institute, which, before evolving from everyday situations, repeatedly brings new paradigmatic reflections and renewed scientific inquiries to scholars dedicated to the subject, often leading to inertial perplexity, the work progresses to focus the problem of culpability in the modern context of modern military operations of great complexity - GLO and Interagencies. In the context of this contemporary effort, in which the armed forces assume their constitutional commitment to respond to the call of the competent authorities to confront or inhibit the actions of law-enforcement agents, who take the internal bias against national interests, reflections are developed to form the consideration of the current penal legislation, in support of military agents who are against these threats, it is not enough to subsidize them with a level of legal security that makes them overrun in the fulfillment of their missions. The lack of the necessary juridical rearguard in the mentioned conjuncture, in which the superior orders are despatched according to hierarchy constructed horizontally - escaping from the classic model of the verticality - put the subordinates in situation of difficulty in the recognition of orders of manifest illegality. This situation has the effect of making them unjustly patients in intricate legal proceedings, in which the subjectivity of the judge with authority to sentence them is imperative, to the detriment of claimed objective and foreseeable treatment in its consequences. This, in a very important way, tends to flow into responsibilities of excessive intensity for more, considering the censorship that would be compatible with the behavior manifested by such agents who act in the final front, in direct contact with the enemy. At the end of the work, the reader will find a legislative proposal to amend the current Military Criminal Code, accompanied by the appropriate explanatory statement for the purpose, consisting of the suggestion of adding a second paragraph to article 42 of the aforementioned legal statute. The textual innovation fulfills the purpose of offering a permissive criminal type of prediction, in the hypotheses of the subordinate's performance in circumstances that make it difficult or even impossible to recognize orders that should be fulfilled to ensure the success of the operations in which they are engaged, moving away or mitigating the emergence of vulnerabilities that are apt to be appropriated by antagonists, who, from them, would be given the opportunity to develop the effective resource of strategic paralysis.

Key words: Guilt - Hierarchical Obedience - Military Operations of Great Complexity – Justificated Criminal Type - Legal Security to the Subordinate Military

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>1 A INFLUÊNCIA DA ORDEM NO COMPORTAMENTO HUMANO – PANORAMA HISTÓRICO DAS AGRESSÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS COMETIDAS SOB A ALEGAÇÃO DA OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA .....</b>	<b>19</b>
1.1 Anotações sobre experimentos relacionados à obediência hierárquica.....	19
<b>2. A EVOLUÇÃO DA TEORIA DA CULPABILIDADE NA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL MUNDIAL E A SUA ALOCAÇÃO ESTRUTURAL NA DOUTRINA PENAL BRASILEIRA.....</b>	<b>38</b>
2.1 O tratamento doutrinário dado historicamente ao Instituto da Culpabilidade.....	39
2.2 Estrutura do Fato Típico, do Fato Antijurídico e do Fato Culpável em conformidade com a Teoria Finalista Welzeliana da Ação.....	53
2.2.1 Fato Típico.....	53
2.2.2 Fato Antijurídico.....	57
2.2.3 Fato Culpável.....	60
2.3 A Exigibilidade de Conduta Diversa na estrutura do Fato Culpável.....	69
2.3.1 A exigibilidade de conduta diversa como elemento do Fato Culpável.....	71
2.3.2 A exigibilidade de conduta diversa como causa excludente da culpabilidade.....	74
2.4 A função social da pena.....	79
<b>3 COTEJAMENTO DA SISTEMATIZAÇÃO LEGAL DA OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA NO DIREITO PENAL E NO DIREITO PENAL MILITAR BRASILEIROS.....</b>	<b>83</b>
3.1 Tratamento dado pelo Código Penal comum ao tema da obediência hierárquica.....	83
3.2 Estrutura das causas excludentes de antijuridicidade no Código Penal Comum.....	85
3.3 Coletânea exemplificativa de tipos penais justificantes constantes da legislação penal brasileira.....	86
3.4 Tratamento dado pelo Código de Processo Penal comum ao tema da obediência hierárquica.....	89

<b>3.5 Tratamento dado pelo Código Penal Militar ao tema da obediência hierárquica.....</b>	<b>95</b>
<b>3.6 Teoria das baionetas cegas versus Teoria das baionetas inteligentes.....</b>	<b>96</b>
<b>3.7 Estrutura das causas excludentes de antijuridicidade no Código Penal Militar.....</b>	<b>104</b>
<b>3.8 Considerações finais acerca da culpabilização do agente militar cumpridor de ordens de difícil percepção quanto à ilegalidade.....</b>	<b>105</b>
<b>4 PROSPECÇÃO SOBRE AS CAUSAS, AS ATUALIDADES E AS POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS DA PECULIARIDADE DE TRATAMENTO DA OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA NO MEIO MILITAR .....</b>	<b>110</b>
<b>4.1 Origem das peculiaridades da Obediência Hierárquica no ambiente militar – perspectiva do processo de formação dos cadetes da Aeronáutica.....</b>	<b>111</b>
4.1.1 Disciplinas e Conteúdos, sobre a Hierarquia e a Disciplina, ministrados na AFA sob a rubrica do Corpo de Cadetes da Aeronáutica.....	114
<b>4.2 A insegurança jurídica nas operações militares Interagências e de Garantia da Lei e da Ordem.....</b>	<b>118</b>
<b>4.3 Suscetibilidade de exploração, por organizações antagonistas, das vulnerabilidades surgidas no Comando e Controle das operações militares de grande complexidade, em função do tratamento legal atual dedicado ao tema da Obediência Hierárquica.....</b>	<b>125</b>
4.3.1 A paralisia estratégica.....	126
4.3.2. A teoria OODA de John Boyd.....	129
4.3.3 A teoria dos Cinco Anéis de John Warden.....	130
<b>5 PROPOSTA DE NOVO MODELO NORMATIVO VOCACIONADO AO RESPALDO LEGAL DO CUMPRIMENTO DE ORDENS EM OPERAÇÕES MILITARES DE GRANDE COMPLEXIDADE.....</b>	<b>133</b>
<b>5.1 Exposição de motivos .....</b>	<b>135</b>
<b>5.2 Proposta Normativa de inovação legislativa com sede no CPM.....</b>	<b>138</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>139</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>145</b>

## INTRODUÇÃO

A obediência hierárquica, historicamente, ao longo da sucessão de doutrinas que procuraram explicar o alcance e a dimensão de seu impacto sobre fatos jurídicos criminais, constitui-se fonte de inesgotável desafio, entremeada de perplexidade, aos pesquisadores que se lançam a submeter-lhe ao crivo do rigor científico. O seu âmago institucional - o cumprimento de ordens emanadas de autoridade superior -, sempre representou potencial fator de complexidade na análise e na consideração de atitudes investigadas como criminosas, praticadas por indivíduos sujeitos ao acatamento de comandos ordenativos.

Como resultado do esforço doutrinário, realizado pelas mentes dedicadas ao estudo do Direito Penal, o instituto da obediência hierárquica cultiva o seu assento científico dentro do contexto da Culpabilidade, a qual, conjuntamente com o Fato Típico e o Fato Antijurídico, representam os pilares sustentadores da Teoria do Crime, em seu atual estado de arte. Deste modo, figurando como integrante do juízo da culpabilidade, que, dos três pilares acima citados, é o que rende a maior especulação subjetiva, dependente da valoração da pessoa ou pessoas que são postas a julgar a ocorrência colocada em destaque, a obediência hierárquica, mormente no ambiente das operações militares de grande complexidade, assume condição de protagonista na dificuldade de se chegar a veredicto justo para os envolvidos em episódios colocados sob jurisdição penal.

A presente dissertação discorre sobre a evolução da doutrina desenvolvida a respeito da obediência hierárquica, primeiramente apresentando as contribuições dos pensadores que dedicaram suas obras ao propósito de aperfeiçoá-la axiologicamente, no cenário da conduta criminosa, para então dedicar estudo detido sobre como se comporta o instituto na conjuntura em que ocorrem as operações de grande complexidade no Brasil – sejam citadas, aquelas que envolvem o esforço interagências e as que se dedicam à promoção da garantia da lei e da ordem (GLO). Nestes casos, ver-se-ão, assomadas, como nítidas, circunstâncias que dificultam, sobremaneira, o dimensionamento apropriado de justificativa legal para o agente que está sendo acusado de prática criminosa.



O teatro de operações de alta complexidade, característico dos casos citados no parágrafo anterior, multiplica os eventuais pontos de dissonância embutidos no binômio ordem dada/ordem cumprida, gerando, para o julgador da situação concreta, um teor de discricionariedade, de magnitude tal, a ponto de culminar em considerável sensação de insegurança para o profissional militar que atua no cumprimento de ordens em contextos como os elencados.

Com vistas a mitigar a descrita insegurança jurídica, experimentada por aqueles que se põem em posição de subordinação a comandos contínuos em episódios de grande dramaticidade social, o trabalho, que aqui se oferece à leitura, lança, ao final, associada da indispensável exposição de motivos, uma proposta de modificação legislativa, na seara do Código Penal Militar, consistente na inclusão de prescrição legal capaz de tornar mais objetiva a avaliação judicial do comportamento do indivíduo cumpridor de ordens superiores. Esta proposta vai ao encontro daquilo que é, recorrentemente, objeto de destaque, por parte das autoridades mais balizadas de momento, como sendo um dos pontos mais vulneráveis no planejamento e na execução das operações militares de grande complexidade no Brasil.

Nesse sentido, em entrevista concedida ao portal UOL, aduz o General Villas Boas, autoridade que ocupou o posto de Comandante do Exército de 05/02/15 até 11/01/2019, "(...) a maior necessidade de segurança jurídica aos militares que atuam nas Operações de GLO vem sendo apresentada de maneira democrática e institucional ao Congresso Brasileiro, como parte de uma discussão necessária, urgente e mais ampla sobre Segurança Pública". (KAWAGUTI, 02 Out 2017).

Continuando a dar voz à citada autoridade, tome-se a apropriação do que o general afirma mais a frente, no bojo da mesma entrevista, após ter sido questionado sobre haver dito, em declarações anteriores à mídia, que não gostaria de devolver rapaz, que esteve prestando serviço militar, para a família que o confiou às FFAA, respondendo a eventual processo instaurado em decorrência de sua atuação em operação de GLO, assim como sobre a sua opinião acerca de a legislação e todo o "*background* jurídico", construído com lacunas sobre o tema, virem significar, em última análise, um fator inibidor da ação efetiva na zona de enfrentamento, fazendo com que soldados, eventualmente, evitem confrontos com membros do crime organizado:

Considero que essa seja uma possibilidade real. Imaginemos o cumprimento de uma missão em um contexto de GLO. Uma das características desse tipo de operação em ambiente urbano é o planejamento centralizado e a execução descentralizada. As regras de engajamento [normas de conduta do militar na operação] são as linhas mestras a apoiar a decisão a ser tomada, entretanto, muitas vezes ela tem que ser tomada apenas com o conhecimento da intenção do comandante da operação. (KAWAGUTI, 02 Out 2017).

Pede-se vênica para, em complemento ao asseverado pela autoridade personificada no Gen. Villas Boas, dar-se conhecimento, ao leitor, do pensamento do Gen. Augusto Heleno, autoridade ocupante, em março de 2019, do posto de Chefe de Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, o qual, em reportagem do mesmo jornalista do portal UOL, sobre as garantias oferecidas pela legislação vigente no Brasil mostrarem-se suficientes para a realização, a bom termo, das Operações de Garantia da Lei e da Ordem, corrobora a análise feita pelo colega de farda: "(...) É difícil exigir de um soldado de 18 anos um controle emocional perfeito em uma situação de combate. Ele pode levar 10 anos para ser julgado [na Justiça Comum] por ter matado um criminoso que o atacou em uma operação. Isso pode acabar com a vida dele." (KAWAGUTI, 02 Out 2017).

Novamente, com a licença do leitor, quer-se ponderar sobre a possibilidade da exacerbação de tal frase, dita pelo Gen. Augusto Heleno, para uma reflexão literal, de livre realização: quanto à hipótese de jovem, envolvido em operações dessa envergadura, sentir-se tão pressionado pela carência de previsão legal concernente a sua atuação sob ordens superiores, a ponto de hesitar na reação apropriada à ameaça cometida contra a sua vida, quedando-se morto em consequência de não haver atuado tempestivamente para afastar o perigo iminente!

Motivado por essas reflexões, o estudo, ora apresentado, enveredou-se na análise do fenômeno da obediência hierárquica, desde os seus primórdios conceituais, até os tempos modernos em que a atuação dos militares, nas grandes operações contra o crime ou naquelas que são desenvolvidas no contexto de multiagências, reclama a consubstanciação de tratamento mais objetivo ao tema. Isto, segundo o aqui esposado, viria representado pela criação de um tipo penal permissivo, vocacionado a incidir sobre o caso concreto, quando da atuação de subordinado em cumprimento estrito de ordens superiores em cenários que tais.

Com efeito, a partir da detecção deste problema, deveras relevante – consubstanciado na lacuna de previsão, no bojo da lei penal militar, da possibilidade de a ação, que vem a ser realizada sob obediência hierárquica, e, portanto, no estrito cumprimento de ordens superiores, vir a se caracterizar, em casos extremos de complexidade exacerbada, como circunstância de absolvição do militar subordinado, pelo motivo de enquadrar, a ação de dito indivíduo, como condizente com o desencargo de seu dever legal – e, pressupondo-se a hipótese de que, nos casos em que ficam majoradas as dificuldades da análise tempestiva sobre a regularidade e a legalidade das ordens superiores emanadas para cumprimento, como ocorre nos cenários de operações de GLO e multiagências, tomaria vulto a exigência de resposta legal, menos subjetiva, para os casos suscetíveis de se concretizarem, e que, por complemento, isto seria alcançado pela criação de um tipo legal permissivo a ser incorporado ao Código Penal Militar, foram lançados os objetivos concernentes a esta pesquisa: estudar a propensão humana ao cumprimento de ordens; se esta disposição ao acatamento de comandos possui características peculiares no âmbito militar; se fica dificultada, ao agente subordinado, a avaliação precisa sobre os requisitos de validade da ordem dada no contexto das operações destacadas; se este fator de complicação põe-se compreendido como causa de insegurança jurídica que atrapalha a efetividade da missão e gera risco de morte ao soldado cumpridor de seus deveres; se a previsão de um tipo legal permissivo, abarcando a hipótese conflagrada, teria o condão de afastar ou de diminuir tal sensação de carência de respaldo legislativo; e, por último, se tal previsão seria admissível dentro da sistemática atual do Direito posto.

Agora, deveras informado sobre o desiderato da presente pesquisa, o leitor será conduzido por roteiro apto a lhe garantir trilha apropriada para, ao final, compreender a proposta de modificação legislativa que seria alcançada com a inclusão de um parágrafo 2º ao Art. 42 do Código Penal Militar.

No capítulo 1, o leitor é exortado a refletir sobre a que dimensão pode, em extremos, chegar o poder persuasivo do indivíduo que é reconhecido como autoridade detentora de voz de comando sobre o comportamento de um subordinado que, de alguma maneira, fica colocado sob as suas ordens. A empreitada é conduzida a partir da descrição e análise de uma plêiade de experimentos sociais, investigativos do poder da obediência hierárquica, desenvolvidos por renomados cientistas ao longo da história. Subsumidas a esta

rubrica, aparecem as experiências de Zimbardo (2012), ocorridas em 1973 na Universidade de Stanford, a qual procurou deitar luz sobre a mudança de comportamento que passa a ser observada em indivíduos paulatinamente encarados no papel específico de prisioneiros ou de carcereiros (Zimbardo, 2012); a de Tajfel (1981), que enfocou a gênese da formação de grupos, sondando quantas características seriam necessárias para que determinado ajuntamento de indivíduos começasse a se identificar como sendo um segmento vocacionado a praticar discriminações em relação a outro, apresentado como possuidor de características diferentes; a de Lerner & Simmons (1966) os quais estudaram a reação de indivíduos expostos ao sofrimento insinuado - porém verdadeiro aos olhos do avaliado -, em relação aos quais eles, na situação original, nada poderiam fazer, em contraponto com a situação inversa, em que a eles era dado o condão de interferir para que o dito sofrimento fosse interrompido; e, mais particularmente, o experimento levado à realização por Milgram (1963) e o drama relatado por Browning (1992), no livro intitulado *"Ordinary Men"*. Quanto a estes, cumpre dar-se noção mais elaborada:

a) Em 1963, Stanley Milgram (1983), inclinado a realizar estudo investigativo sobre a suposta majoração da subserviência alemã ao comando de ordens, uma vez comparada com a que seria obtida com a análise do comportamento de conterrâneos norte-americanos submetidos ao recebimento de comandos controlados em laboratório, obteve resultados que surpreenderam fortemente a comunidade científica da época. Convida-se o leitor a conhecer tais constatações com a leitura do Capítulo 1, ora em apresentação.

b) Em 1992, Christian Browning (1992) relata a experiência vivida por 500 policiais reservistas da região alemã de Hamburgo, os quais, inopinadamente, tomaram parte do Holocausto e, mais tarde, puderam ser entrevistados por autoridades nomeadas, vindo a revelar a circunstância pontual que os motivou, com predominância, a engajarem-se no massacre da população judia a eles submetida. A razão, como há de ser reconhecida, é estarrecedora, ficando também, o leitor, convidado para a sua apropriação, com a realização da leitura do mesmo capítulo inicial deste trabalho acadêmico.

Com respeito a este último caso, o dos policiais alemães incorporados ao *front* nazista, cuja idade girava em torno dos 39 anos, e que eram desprovidos de

treinamento ou doutrinação sob as balizas da política de Hitler, cumpre lançar o cotejamento com o que é apresentado pelo Tenente-Coronel Dave Grossman, da Infantaria do Exército americano, em seu livro intitulado "Matar – um estudo sobre o ato de matar" (Grossman, 2007), devido à similitude dos fenômenos descritos.

Nesta sua obra, o militar tece profundas reflexões com respeito aos mecanismos que são postos em funcionamento para que um indivíduo rompa a barreira natural que o propende a não retirar a vida de semelhante com a realização de um ato de violência. Servido da bagagem que auferiu com a sua formação na área de História e Psicologia, o autor comenta sobre os diversos fatores que influenciam os protagonistas dos embates violentos a quebrarem tal resistência natural, tirando-os da inércia que poderia levar-lhes a própria morte:

a) a distância física. Aqui, ele pondera que quanto mais distante o agente, menos difícil é para si realizar a atitude mortífera;

b) a absolvição do grupo. Sob esta rubrica, é analisada a pressão para a prática do ato de violência fatal, que é exercida pelo grupo no qual o indivíduo está inserido;

c) a distância emocional. Em que é conduzida a análise de como a compreensão da vítima como sendo um ser dessemelhante irá contribuir para a efetivação do comportamento agressivo;

d) a natureza da vítima. Em que se discorre sobre os riscos trazidos pela vítima à segurança do agente, bem como aos de seu entorno.

Conhecidas do leitor tais variáveis, realça-se, como marcante, a que é identificada na letra "b", por sua estreita vinculação com o tema central dessa dissertação e, momentaneamente, com a epopeia relatada por Browning, em que o autor dá notícia dos seus personagens reais, por ele denominados "homens comuns", no que vem constituir paráfrase da conclusão filosófica de Hanna Arendt, no aspecto em que ela discorre sobre a banalidade do mal e sobre a prática de o mesmo acontecer, inúmeras vezes, protagonizado por pessoas vistas como normais. (ARENDR, 1999).

Do mesmo modo que a reflexão conduzida e tornada pública por Browning, a partir de seu livro sobre as entrevistas com este público de homens medianos, o

Ten. Cel. Grossman disserta sobre os atos de simulação de tiros e/ou atos de disparos, dados propositalmente fora do alvo humano, por aqueles que são colocados defronte aos inimigos sem ainda terem vencido a evidenciada resistência de fazer o mal ao adversário beligerante.

Ao término do capítulo, o leitor poderá comprovar o potencial de cometimento de barbáries, do qual o ser humano jamais pode ser dissociado por bastar, a ele, o afastamento, por algum motivo, do constante policiamento preventivo de suas atitudes e comportamentos. Para tanto, são apresentados os números e as noções essenciais sobre tragédias genocidas noticiadas na história, com destaque para o episódio do massacre dos tutsis promovido pelos hutus, ocorrido em Ruanda.

No capítulo 2, o leitor se apropriará da evolução experimentada pelo constructo da Culpabilidade, travando contato com os sucessivos pensadores que dedicaram tempo de estudo a alicerçar o estado da arte sobre a temática, conforme o encontramos nos dias de hoje. A par destes destacados mestres, pioneiros nas ideias de rompimento paradigmático do assunto, o segmento dedica-se a apresentar os discípulos de cada um destes aclamados pensadores, que, dando seguimento a obra originária de seus professores, vieram produzir as diversas escolas temporais versantes sobre a Culpabilidade.

Como dito alhures, este fenômeno – o de perquirir e de atribuir culpa individual ou coletiva a humanos identificados - movimenta dificuldades históricas, como a da análise das relações de causa e efeito e a da sondagem da existência ou inexistência do livre arbítrio.

Seguindo a esteira disposta no capítulo, o leitor apreenderá as noções essenciais sobre a pioneira abordagem sobre a Culpabilidade, a que se convencionou denominar Teoria Psicológica da Culpabilidade – nutrida, precipuamente, pela ideia da conflagração de um elo psíquico entre o fato concreto e o indivíduo que lhe deu causa. Ao cabo desta tarefa, será conduzido ao contato com as teorias que vieram sucedê-la. Pela ordem, a Teoria Normativo-Psicológica, que trouxe, para a concepção criticada, indagações que não puderam ser respondidas na sua plenitude. E, em sequência, com a Teoria Normativa da Culpabilidade, esta sim, patrocinadora de duras críticas, as quais acabaram por fazer ruir as bases da teoria que realçava o aspecto psicológico do indivíduo praticante do crime.

Esta última teoria, esposada proeminentemente pelo erudito Hans Welzel (2015) em que pese o fato de não haver sido expressamente adotada pelo Código Penal brasileiro, configura, estreme de dúvidas, a que condiz com a maioria das prescrições nele encontradas, bem como a que corrobora, com coerência, outras de suas opções doutrinárias. Em sua dicção derradeira, o capítulo 2, revelando a sustentação do C.P. brasileiro nas bases proclamadas pela Teoria Normativa da Culpabilidade, prenuncia o capítulo seguinte, apresentando o juízo da culpabilidade, segundo a doutrina pátria, estruturado sobre os elementos: a) imputabilidade; b) potencial consciência da ilicitude; c) exigibilidade de conduta diversa.

Vencida mais esta interlocução, o leitor, no Capítulo 3, deparar-se-á com o esforço de detalhamento da localização do fenômeno da culpabilidade dentro da teoria do crime. Nesta, dito fenômeno recebe a designação de Fato Culpável. Com tal nomenclatura, o juízo sobre a Culpabilidade emerge para, juntamente com o Fato Típico e o Fato Antijurídico, vir formar a notória tríade axiológica do Fato Criminoso. Cumprida essa realização, a próxima orientação, ao leitor, será a de compreender o elemento exigibilidade de conduta diversa como sendo a sede natural do constructo obediência hierárquica, a par de outro constructo bastante importante, que é o da coação moral irresistível. Dito de modo inverso, será, o consulente deste trabalho, instruído sobre o fato de a obediência hierárquica constituir-se uma das espécies do gênero Exigibilidade de Conduta Diversa. Por seu turno, tomará conhecimento, por último, de que tal instituto, por sua vez, remanesce contido dentro do Fato Culpável, que se põe como um dos formadores da tríade que governa todos os acontecimentos revestidos de repercussão jurídico-criminal.

No bojo deste capítulo, serão dissecados o Fato Típico, em seus quatro elementos: a) Conduta; b) Resultado; c) Nexos de Causalidade; d) Tipicidade.

O Fato Antijurídico, em suas quatro situações justificantes da conduta pretensamente criminosa: a) Estado de Necessidade; b) Legítima Defesa; c) Exercício Regular de Direito; d) Estrito Cumprimento de Dever Legal;

E, derradeiramente, o Fato Culpável, com seus três elementos constituintes, conjugados com as respectivas causas de justificação de comportamento:

a) Imputabilidade e a respectiva Inimputabilidade; b) Potencial Consciência da Ilcitude e a respectiva Falta da Potencial Consciência da Ilcitude; c) Exigibilidade de Conduta Diversa e a respectiva Inexigibilidade de Conduta Diversa.

Esta última – a causa excludente de culpabilidade da Inexigibilidade de Conduta Diversa – que encampa a hipótese da coação moral irresistível e constitui a sede do instituto que é apresentado como o âmago dos estudos tecidos nesta dissertação: a Obediência Hierárquica enquanto causa justificadora de conduta investigada como sendo criminosa.

Após localizar o leitor quanto à posição da Obediência Hierárquica dentro da estrutura do fato criminoso, a missão do capítulo passa a ser a de oferecer o cotejamento da previsão legal do referido instituto na sistemática do Código Penal comum a par do Código Penal Militar, para cumprir o propósito de promover o esclarecimento acerca da diferença de tratamento da questão do acatamento da ordem, quando vem o fenômeno manifestado sob a égide ordenativa dos princípios e valores atuantes no militarismo. A pretensão deste segmento do trabalho é tornar notório, a quem dele se apropria, o tratamento, mais cuidadoso e valorizado, da justificativa apresentada sob a expressão "estar cumprindo ordens", quando ela tem ocorrência no ambiente militar. Tudo isto, para dar evidência sobre a considerada deficiência, por inércia legiferante, da lei penal militar vigente em conceder segurança jurídica aos que compõem o pelotão de frente no embate com a criminalidade e para, ao final, preparar as atenções para a apresentação da proposta de modificação normativa, acompanhada da necessária exposição de motivos, que consta do último capítulo da dissertação e que possui o objetivo de submeter, ao crivo da comunidade interessada, proposta de preenchimento desta perniciosa lacuna de tratamento legal.

O Capítulo 4, procedendo à metáfora com a concepção temporal de passado, presente e futuro, dedica-se, vestibularmente, sobre a alegoria do pretérito, para discorrer sobre as possíveis razões do estabelecimento desta diferenciação de tratamento legal, partindo da consideração dos atos e dos sistemas de doutrinação que acontecem na seara do processo de formação dos oficiais da Força Aérea brasileira, no âmbito da Academia da Força Aérea. Em seguida a esta empreitada de atenção à causa da distinção da conformação legislativa, subsumida ao apego aos pilares da hierarquia e da disciplina, as quais guarnecem o modo de



ser das questões militares, o segmento prossegue para a tratativa de como, no momento contemporâneo de intensa incidência das operações militares de grande complexidade – GLO e Interagências – nas quais impera o compartilhamento da liderança e a assunção de formato horizontal da hierarquia, em detrimento de sua clássica verticalidade, há o natural agravamento da dificuldade no reconhecimento de ordens de complicada percepção quanto a sua natureza de ilegalidade ou de irregularidade. Por fim, chamado ao quadrante de contemplação do futuro, o capítulo debruça-se em demonstrar como que eventuais ruídos constatados no processo de comando e controle das missões modernas – caracterizadas pela já aludida complexidade – e oriundos de sondadas perplexidades quanto ao reconhecimento perfeito da abrangência, do conteúdo, de quem sejam os emissários e os destinatários das ordens, podem se tornar campo de exploração, de vulnerabilidades, por agentes e entidades que venham a se colocar como antagonistas dos interesses brasileiros.

Deste modo, conhecendo sobre o passado – o motivo da diferenciação de tratamento legislativo ao tema da obediência hierárquica, ante a consideração da lei penal comum e da lei penal especial, com alicerce no próprio âmago da formação militar –; sobre o presente – como as atuais formas de emprego do poder militar, em operações de grande complexidade, assumem o indissociável condão de tornar mais difícil, ao subordinado, o reconhecimento de ordem a que não deveria cumprir, dada a condição desta de estranheza ao Direito vigente, o que, conforme o destacado, pode vir a ensejar a subsunção do comportamento do militar à hipótese incriminadora, tornando-lhe réu em intrincado processo de responsabilização penal – ; e por fim, tomando a dimensão sobre o futuro –, ou seja, como planificações inimigas podem ser estabelecidas para explorar as lacunas de interlocução, as quais são, forçosamente, vislumbradas em maior número, dentro do contexto de operações em que são variadas e especializadas as competências alocadas ou naquelas em que o poder militar atua fora de sua missão constitucional preponderante, que é a defesa da soberania contra agentes agressores externos, para fazer frente a contingências em que as forças convencionais de segurança pública se mostrem incapazes de dar a resposta estatal adequada aos ataques internos à ordem e ao bem-estar públicos -, acredita-se estar, o leitor, possuidor das condições ideais para conhecer a proposta de modificação legislativa que dá corpo ao capítulo final da dissertação.

Conforme o explicitado, o Capítulo 5 auspica apresentar proposta normativa que estabeleça a guarida legal, nos termos em que a mesma é reclamada, pelas vozes das mais destacadas autoridades militares atuais, como condizente com a importância e a complexidade da missão complementar das FFAA, nas situações em que elas se põem a atender ao chamamento constitucional de atuar no restabelecimento ou na manutenção da lei e da ordem públicas. Tal realização faz-se acompanhar da pertinente exposição de motivos que deve sempre guarnecer qualquer ideia de inovação legislativa.

## **1 A INFLUÊNCIA DA ORDEM NO COMPORTAMENTO HUMANO – PANORAMA HISTÓRICO DAS AGRESSÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS COMETIDAS SOB A ALEGAÇÃO DA OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA.**

Traz perplexidade a recorrência com que, ao longo dos tempos, a causa excludente de culpa, denominada obediência hierárquica, é invocada para justificar a conduta daqueles que praticam barbaridades contra pessoas e povos. Os registros históricos são fartos e se pulverizam geográfica e temporalmente. Disto, dá mostra o épico livro da autora judia-americana Hannah Arendt, intitulado "Eichmann em Jerusalém – Um relato sobre a banalidade do mal", de 1963. Neste seu aclamado livro, que inspirou uma portentosa realização cinematográfica, trazendo para a tela o relato da prisão e do julgamento do chefe da seção de despacho dos judeus, vítimas do nazismo, para alguns dos campos de concentração mais tenebrosos do III Reich, a filósofa, magistralmente, traz à tona reflexão sobre a face do mal remanescer, não em desprezível número de vezes, toldada pela máscara da mediocridade inofensiva de seu perpetrador. (ARENDR, 1999).

Para travarmos o primeiro contato com o objeto de estudo desta dissertação, coloquemo-nos a par de alguns dos grandes experimentos realizados sobre o tema.

### **1.1 Anotações sobre experimentos investigativos da obediência hierárquica**

No ano de 1963, o psicólogo social norte-americano Stanley Milgram, inclinado a investigar a subserviência alemã ao comando de ordens, decidiu compará-la com um grupo de controle que idealizou formar a partir de conterrâneos que viessem atender ao apelo de seu experimento. A sua hipótese de pesquisa baseava-se na suposição acerca da existência de um elementar aspecto típico constitutivo da personalidade alemã. Segundo a sua intuição, isto poderia revelar a configuração, nos indivíduos pertencentes a este grupo nacional, do estereótipo de ferrenhos cumpridores de comandos dirigidos a comportamentos – o qual, uma vez identificado, poderia significar a construção de uma ponte para a compreensão mais aperfeiçoada dos horrores perpetrados, principalmente contra judeus, durante o nazismo. A partir desta disposição inicial, organizou então uma pesquisa que acabou for fugir da dimensão originalmente concebida, vindo tomar a reputação de se constituir no mais famoso experimento de psicologia social já desenvolvido em todo

o mundo. Antes de seguirmos o passo a passo desenvolvido por Milgram, tomemos um comentário da lavra do próprio pesquisador sobre a ancestralidade do tema da obediência.

O dilema inerente à submissão à autoridade é tão antigo quanto a história de Abraão a quem Deus ordenou sacrificar seu filho como prova de fé. A questão de saber se deve alguém obedecer ou não às ordens quando elas conflitam com a consciência foi discutida por Platão, dramatizada na Antígona de Sófocles e submetida à análise filosófica, em quase todas as épocas históricas. Os filósofos conservadores argumentam que a própria estrutura de sociedade é ameaçada pela desobediência, ao passo que os humanistas acentuam a primazia da consciência individual. (MILGRAM, p. 372, 1996).

Seguindo o desenho do experimento, Milgram iniciava a sessão acomodando duplas de participantes no local preparado. Na realidade, somente um dos convocados acabava efetivamente por ser avaliado. O outro pretendo candidato somente se comprometia a encenar o comportamento a ele encomendado, tratando-se, portanto, de um assistente oculto do autor do projeto, com performance meticulosamente definida pelo pesquisador. À entrada dos dois indivíduos no local delimitado, seguia a realização de um falso sorteio, que invariavelmente determinava ao real avaliado a assunção do personagem de "professor" – uma das duas comunicadas a ele como passíveis de lhe recair. Definido como tal, pela viciada aleatoriedade do sorteio, dele mantida a todo o tempo em segredo, ele passaria a ter a sua conduta avaliada anteposta à do outro, o qual faria as vezes do "aluno".

Para tanto, o "professor" era conduzido para uma sala em separado, sendo-lhe permitido, contudo, aperceber-se que, simultaneamente ao seu deslocamento, o companheiro de teste era amarrado em uma cadeira supostamente apta a lhe produzir choques elétricos. Assim tomada a configuração do experimento, o professor recebia a orientação de dirigir ao aluno as perguntas constantes de uma bateria, para serem respondidas de acordo com um gabarito dado ao seu conhecimento exclusivo. Para cada resposta errada oferecida pelo aluno, o professor deveria dirigir-lhe, por meio do aperto de um botão, a reprimenda consistente na aplicação de choques em voltagens crescentes, sempre em etapas majoradas de 15 volts. Este meio indireto de acionar o reforço negativo devia-se à precaução do pesquisador em não propiciar o estabelecimento de contato pessoal do autor do choque com a sua vítima. Ademais, a comunicação travada entre ambos limitava-se a um microfone ou, numa variação do experimento, a uma tela. As perguntas, desse modo, eram transmitidas por um ou outro destes meios.

A fim de instruir o comportamento de todo o público que o pesquisador lograsse vir examinar na condição de "professores", dava-se ao conhecimento destes selecionados uma escala modelo que quantificava a voltagem de cada etapa dos choques, acompanhada de uma sucinta qualificação a respeito da potência de cada um deles – de leve, passando por moderado, e chegando até 420 volts = PERIGO, CHOQUE GRAVE, e, enfim, 450 volts: XXX.

Como já salientado, a cada equívoco do "aluno" quanto à resposta correta que deveria dar à pergunta feita, o choque teria a sua intensidade aumentada em 15 volts, devendo a reação do assistente seguir uma cartilha predefinida pelo pesquisador. Na hipótese cogitada em que o "professor" alcançasse a etapa de aplicação que acreditava ser de 300 volts, o "aluno" deveria performatizar protesto consistente em bater com a cabeça na parede que separava as salas. Após este primeiro sinal mais dramático, combinado entre pesquisador e assistente, numa eventual continuidade da ação do professor, que então aplicaria ao "aluno" o suposto choque seguinte de 315 volts, o paciente deveria mais uma vez bater a cabeça na parede e, depois disso, permanecer em silêncio.

Ponto bastante relevante para a compreensão do teste é que tal silêncio implicava na continuidade da sessão, uma vez que ficara estabelecido, em comum acordo, que toda ausência de resposta significava a manifestação da ignorância do "aluno" a respeito do objeto da interrogação. Esta situação deveria ser interpretada como novo erro e, assim como todos os outros, requeria o castigo de costume.

Nesta altura do experimento, em que, deveras, a média dos avaliados, segundo os relatos coligidos depois de repetidas aplicações, já deixava de lado o semblante originalmente tranquilo do início da sessão, deixando entrever comportamento de angustiada tensão, o pesquisador lançava mão de um rol, meticulosamente estabelecido e do qual ele não poderia se apartar para assegurar a cientificidade da condução do teste, de expressões de instigação ao "professor".

Ante a primeira inércia demonstrada pelo indivíduo em experiência, o líder casuístico da sessão deveria dirigir-lhe a seguinte admoestação: "Por favor, continue." E, a cada novo titubeio, deveria complementar o discurso incitante com as demais "frases prontas" vinculadas ao seu método: "O experimento requer que você continue." "É absolutamente essencial que você continue." "Você não tem escolha; deve continuar." Esta última frase seria a derradeira do processo e encerraria o

experimento, caso houvesse a persistência na negativa de ação por parte do "professor".

Ocorre, no entanto, que uma maioria de dois terços dos avaliados "professores" chegou ao final da experiência tendo aplicado o último choque da escala, o qual eles julgavam ser de 450 volts e que ostentava o emblemático descritivo: XXX – potência letal.

Verificou-se, com notoriedade, que os avaliados desaguavam neste extremo à beira de um colapso nervoso. Por outro lado, também é certo que a todo o tempo foi-lhes sustentada a informação de estarem livres para sair da sala e com isto serem dispensados do experimento. Contudo, a particularidade que avulta de importância para o oriente que se quer dar neste primeiro capítulo da dissertação, consiste no reconhecimento de que os avaliados remanesceram cientes, do começo ao fim da sessão, de que o abandono do posto não acarretaria nenhuma repercussão, fosse ela positiva ou negativa. De fato, aos testados não ficava prometida recompensa caso chegassem ao final da empreitada e, outrossim, não seguia feita qualquer ameaça de admoestação na hipótese de desfecho contrário.

Tal constatação de Milgram, como já salientado no começo do capítulo, surpreendeu a ele próprio, vindo a alterar a natureza da pesquisa e, de acordo com o que é costumeiro acontecer no bojo das grandes descobertas científicas, as quais recorrentemente surgem imprevisíveis de projetos voltados a investigações iniciais diferentes ou menos abrangentes – o que, aliás, funciona como um prêmio à manutenção da neutralidade/imparcialidade recomendada como régua no comportamento do bom cientista – elevou-a ao patamar do seleto grupo das mais significativas em sua área temática.

Com efeito, ao ímpeto inicial de investigar a existência de uma intuída personalidade típica alemã, mais afeita ao cumprimento de ordens pelo simples estímulo de reconhecer na pessoa em comando a figura de uma autoridade – diga-se, que não possui meios de premiar e nem de punir o destinatário da ordem – agregou-se a realização que ganhou a fama de ter revelado à comunidade científica da época um comportamento padrão, o qual passou então a ser procurado, e verificado, em outros tempos e latitudes.

Sobre a abrangência do fenômeno da obediência, cumpre observar o que o próprio Milgram ressaltou ao fazer a explicação de sua motivação para o desenvolvimento do seu célebre desenvolvimento:

A obediência é um elemento tão básico, na estrutura da vida social como qualquer outro. Parte do sistema de autoridade é uma necessidade de toda vida comunitária e somente a pessoa que habita em isolamento não é forçada a responder, com desafio ou submissão, às ordens de outros. Para muitos, a obediência é uma tendência comportamental profundamente arraigada, chegando mesmo a ser um forte impulso que sobrepuja o treinamento em ética, solidariedade e conduta moral. (MILGRAM, p. 373, 1996).

E continua, pormenorizando o objetivo que o levou a desenvolver a experiência na Universidade de Yale:

Os aspectos legais e filosóficos da obediência têm enormes consequências, mas esclarecem muito pouco sobre a maneira pela qual a maioria das pessoas se comportam em situações concretas. Realizei uma experiência simples na Universidade de Yale para testar até que ponto um cidadão comum poderia infligir dor a outra pessoa simplesmente porque essa ordem lhe foi dada por uma cientista experimental. A autoridade rígida foi oposta aos imperativos morais mais fortes dos testados contrárias a ferir os outros. Com os ouvidos retinindo com os gritos das vítimas, a autoridade venceu na maioria das vezes. A extrema disposição de adultos obedecerem totalmente ao comando de uma autoridade constitui o principal achado desse estudo: fato este que necessita, com maior urgência, de uma explicação". (MILGRAM, p. 374, 1996).

A experiência, tendo se desvencilhado acidentalmente de seu foco/recorte inicial, emergiu verdadeiramente como um retrato universal de como as pessoas médias se dispõem a obedecer uma personagem a quem não é dado o condão de punir e nem de premiar o subordinado destinatário do comando. Por outra dicção, a empreitada levado a cabo por Milgram, tendo-o conduzido a abandonar a concepção original de cruzar os primeiros resultados obtidos no grupo inicial que ele pretendia ser de controle com um seguinte selecionado alemão – etapa do estudo que ele, portanto, nem chegou a cumprir – contribuiu para dimensionar o poder intrínseco de um fenômeno próprio, **a ordem**, que ele ajudou a ser visto como bastante em si mesmo e isolada da valoração dos aspectos que dificilmente dela se consegue tomar dissociados - o prêmio e o castigo. Isto foi absorvido como uma marcante realização que Milgram teve o mérito de patrocinar.

Ao final dos apontamentos feitos com relação à importante contribuição trazida por Milgram para a melhor compreensão do tema da obediência, compete tomar conhecimento da interpretação e da valoração feita a respeito de sua

pesquisa pelo público que se apropriou do conteúdo produzido. Dahia (2014), dá a dimensão do estudo desenvolvido por Milgram:

O experimento de Stanley Milgram realizado originalmente em 1961, na Universidade de Yale, consistiu em levar sujeitos experimentais a aplicar (falsos) choques elétricos gradativos até o limite de 450 volts em supostos aprendizes inocentes, sob a falsa alegação de se verificar o efeito da punição sobre a aprendizagem. Cerca de vinte experimentos foram realizados envolvendo centenas de indivíduos, pessoas comuns, presumivelmente afeitas aos valores ocidentais e sensíveis à causa científica. Tais indivíduos, de forma consistente, demonstraram um alto índice de submissão à autoridade do pesquisador ao obedecerem à ordem de provocar choques elétricos, com a voltagem máxima, em indivíduos inocentes. Sobre tudo em razão de suas consequências, o experimento tornou-se um dos mais impactantes e controversos das ciências humanas e sociais. (DAHIA, 2014).

Deste modo, conhecida a trilha percorrida por Milgram em direção ao saneamento das suas indagações científicas, fica de notório relevo a importância das suas considerações para o tema desta dissertação que, como já foi dito, desdobra-se em perquirir sobre o impacto que o cumprimento de uma ordem superior pode representar para a isenção de responsabilidade criminal do comandado.

Integrando um enredo de outras fontes suscetíveis de propiciar singulares perspectivas de análise do trabalho desempenhado por Stanley Milgram são aqui dignas de nota o filme "O Experimento de Milgram" (2015); "O documentário "The Human Behavior Experiments" (2006).

Corroborando o experimento relatado, muitas outras experiências foram produzidas e testemunhos foram obtidos acerca da índole humana de cumprir ordens, digamos, pela motivação tomada por si própria de dar as mesmas o seu devido cumprimento! Tal fato, inclusive, é assente de convalidação também na seara do Direito Objetivo, tomando-o enquanto sistema estabelecido para ser respeitado por determinado público alvo; com efeito, a outra das razões para fazer-se cumprir uma lei, regularmente posta em vigor e proveniente de fonte legítima, além da natural expectativa de que a sua aplicação corresponde ao que é tido por justo na sociedade, é a de defender a credibilidade do próprio ordenamento legal concebido. Não é por outro motivo, por exemplo, que leis construídas à toque de caixa e regulamentadoras de assuntos desvinculadas dos reais objetivos reclamados pelo grupo social, representam um grave ataque ao castelo das leis, posto que a banalização do desrespeito de uma delas, mais do que representar uma afronta ao



seu isolado comando, ou ainda ao bem por ela tutelado, significa de modo mais abrangente uma agressão a todo o sistema ao qual ela se filia.

Sobre isto, Andrade (1978) assevera sobre a necessidade, experimentada pelos indivíduos em geral, em se apoiar, em razoável previsibilidade nos julgamentos, para poder equacionar os atos que virá praticar:

A certeza do direito, sem a qual não pode haver uma regular previsibilidade das decisões dos tribunais, é na verdade condição evidente e indispensável para que cada um possa ajuizar das consequências de seus actos, saber quais os bens que a ordem jurídica lhe garante, traçar e executar os seus planos de futuro. (ANDRADE, 1978, p. 54)

Complementando o entendimento esposado, é pertinente a reflexão proposta por Kelsen (2009):

A norma, ao determinar a forma como o indivíduo se *deve* conduzir, permite que a sociedade tenha uma noção, até certo ponto previsível e calculável do agir dos indivíduos, ou, pelo menos confere organização à sociedade permitindo que se saiba previamente o que o indivíduo deve fazer ou de que forma responderá caso descumpra uma norma. "A conduta humana é regulada positivamente por um ordenamento positivo, [...], quando a um indivíduo é prescrita a realização ou a omissão de um determinado ato". (KELSEN, 2009, p. 16).

O próximo relato ilustra esta enfocada propensão humana de corresponder, com a atitude, a uma expectativa por alguém influente transformada em ordem, versa sobre uma passagem que teve ensejo durante a Segunda Grande Guerra.

Em meio ao esforço de guerra nazista, foram despachados, compondo um batalhão, aproximadamente 500 policiais reservistas da região alemã de Hamburgo. O autor norte-americano Christian Browning (1992) faz o relato do que sucedeu com estes indivíduos e com as suas vítimas apoiado na análise dos interrogatórios que mais tarde os primeiros vieram a ser submetidos. Esta sua obra integra um mosaico de outras similares que durante a década de 90 deram conta do assunto: a participação de soldados rasos no Holocausto contra os judeus na II Guerra Mundial. Tal tema veio compor verdadeiramente uma onda/tendência de abordagem literária, científica e acadêmica que se desenrolou na época. Destas, cita-se aqui o exemplo da mostra do museu da própria cidade de Hamburgo – constituída de uma coletânea de documentos reveladores da execução de prisioneiros de guerra pelo exército

alemão - e também o do livro "Os Carrascos Voluntários de Hitler", de Daniel J. Goldhagen, lançado em 1996.

Concentrando-se na obra de Browning e de volta à ocorrência do envio dos soldados, oficialmente convocados para no local de destino assumirem serviços de guarda, passa-se a exposição das nuances do episódio.

De acordo com o depoimento dos próprios soldados sobreviventes, tomado depois da rendição de sua nação aos Aliados, aproximadamente após três semanas decorridas de sua incorporação, o batalhão todo foi embarcado para a cidade rural de Josefow, onde somente então foram cientificados da sua missão: matar todos os 1.800 habitantes judeus do lugarejo. Segundo os estudos dedicados ao caso, a idade média deste contingente de militares girava em torno de 39 anos, fato que revela não possuírem tais indivíduos a sua educação básica conduzida sob o jugo do nazismo. Ao contrário, é lícito crer que compunham uma classe de trabalhadores de valores ligados ao comunismo ou à social democracia, movimentos políticos que digladiavam pela atenção e pela adesão do povo alemão antes da ascensão hitleriana.

Pois bem, segue na reconstituição dos fatos, balizada na oitiva dos próprios sujeitos ativos dos eventos, que o major incumbido de lhes esclarecer sobre o que o Comando de Berlim os ordenara, ato contínuo à apresentação da missão dada, os comunicou de que todos os que solicitassem transferência seriam acomodados em outros serviços. Um número não superior a 13 o fizeram. Do universo contemplado de 500 homens, todos os demais se engajaram na carnificina de judeus, obedecendo as ordens do médico que os assessorava, o qual lhes recomendava a adoção do procedimento considerado mais eficaz: apor a ponta da baioneta na base do crânio da vítima e apertar o gatilho da arma. Tais indivíduos nunca haviam tomado parte no assassinio de pessoas rendidas e indefesas e não assumiram este comportamento livres de traumas e de apelos de consciência. Seguiu-se, portanto, que depois do batismo de sangue alguns homens acabaram por pedir a transferência, após vomitarem e desmaiarem respingados pela matéria encefálica dos executados. Uma parcela dos ouvidos noticiou a prática comum de adotar subterfúgios de boicote à tarefa determinada, como demorar tempo implausivelmente longo para a revista de casas que sabiam estar vazias, errar

propositalmente o tiro nos prisioneiros fugitivos, ou simplesmente se esconder esperando o dia passar.

Na medida em que as trevas do holocausto se adensavam, os soldados, de perplexos com a mudança abrupta de suas funções cotidianas, inicialmente consistentes em triviais tarefas gerais, foram com elas se acostumando – por mais que a expressão "acostumar-se" possa causar atônita incredulidade em todos os que conheceram, em uma visão mais além deste acontecimento específico, a abrangência do que transcorreu no Holocausto. Fato é que tais homens foram se servindo da crescente eficiência da máquina mortífera nazista para se tornar paulatinamente imunes à repulsa quanto aos atos que infligiam a suas vítimas.

Para a composição deste distanciamento pessoal, dos agentes em relação aos pacientes deste nefasto episódio da história, houve a tônica contribuição dos mecanismos pragmáticos inventados pelas sórdidas e criativas mentalidades germânicas da época, dos quais são exemplos a câmara de gás e o expediente concebido de atirar nos judeus a partir de seu agrupamento em pé, em fila contígua às valas cadavéricas – afinal, para que atirar em pessoas de braços? Além dos respingos da matéria cinzenta encefálica, o que já foi evocado, os carrascos tinham, seguindo este modelo superado de execução, que carregar os mortos até o local do depósito final. Depois de tudo o quanto foi retratado, o saldo final de exterminados por este contingente de 500 homens iniciais ficou estimado no número de 83.000 judeus.

Do numerário referido, muitos indivíduos, de acordo com o que foi constatado e publicado por Browning (1992), durante a experiência trágica passaram a adotar comportamento que mais tarde veio a ser replicado num famoso experimento conhecido como o Experimento da Prisão de Stanford, ao qual, dada a inoportunidade de análise detida no presente trabalho, remete-se o leitor mais ávido para se informar sobre este instigante estudo incidental. Nele, os pesquisadores chegaram a uma coincidência bastante significativa com os números que emergiram do estudo feito por Browning sobre os seus batizados "homens comuns". Isto se revela no seguinte quadro aproximado, composto a partir dos dados empíricos obtidos no experimento da Prisão de Stanford:

- Entre 10% e 20% dos exterminadores tentam obter transferências para outros serviços.

- Entre 50% e 80% fazem o que lhes ordenam.
- Entre 10 % e 30% transformam-se em assassinos ávidos e se excedem, contagiados pela tortura, pelos estupros e pelos assassinatos.

Todavia, aquilo que se julga imperioso ressaltar a respeito da retratada tragédia assenta sobre a razão apresentada pelos soldados rasos como sendo a que lhes impulsionou em direção ao cumprimento de seus encargos. Pois bem, juntando-se ao clássico argumento invocado pela liderança nazista julgada no Tribunal de Nuremberg – de que obedecia às ordens superiores, o qual evoluiu para um pouco mais a frente vir nominado como razão de Estado, sendo, não obstante, repelido com veemência por tal Corte excepcional instalada no pós-guerra-, os homens comuns de Browning, majoritariamente, responderam que a causa motriz de seus atos, que os teria impelido a cumprir a missão dada, foi a responsabilidade para com os colegas. Tal ideia encontra eco naquilo que os militares recorrentemente vêm denominar como espírito de solidariedade – de corpo – fenômeno que é concebido como sendo de manifestação espontânea entre as pessoas que vem a compor grupo sujeito a receber ordens superiores.

Portanto, a perspectiva até então era mantida pela comunidade científica tem o seu escopo aumentado para passar a encampar não só a própria questão do: - "Estou obedecendo ordens" -, para vir também acomodar um dos efeitos desta sensação de dever: a premência de tomar nos próprios ombros a julgada parcela de carga cabível a si, perante a que é entendida como sendo a de responsabilidade dos amigos. Mesmo que se tratasse, como o observado neste caso, de carga tão peculiarmente criticável. De fato, todos se sentiam ocupantes do mesmo barco, tendo a maioria declarado não poder fraquejar em detrimento dos outros. Isto segundo a sua compreensão redundaria num desequilíbrio representado pela sobrecarga dos companheiros.

O tema obediência hierárquica aparece como objeto de estudo em diversos outros experimentos realizados ao longo das décadas seguintes. Em turno complementar, a ele se relacionam uma miríade de atrocidades genocidas que permeiam a história das nações desde a ancestralidade, inclusive em episódios constantes de passagens bíblicas em que é dada notícia de populações inteiras "varridas da face da terra", permanecendo até a contemporaneidade. Sobre isto, adverte-se não ser nunca demais manter nossa guarda alta e nossas atitudes

policiaadas em vista do reconhecimento da plausibilidade da repetição deste acontecer também nos dias de amanhã. Parafraseando Arendt (1999): o mal é banal e se mantém em eterna espreita da falibilidade inerente ao ser humano.

Com respeito aos anunciados experimentos que vieram ser realizados com pertinência ao discutido e proposto no recorte desta dissertação, podemos dar o registro:

a) Do experimento realizado por Festinger e Carsmith (1959):

Tais autores elaboraram uma maneira criativa de investigar sobre o fenômeno da dissonância cognitiva: Logo que chegavam ao local combinado para o desenvolvimento da experiência, os participantes convocados pelos pesquisadores eram instruídos a cumprir tarefas propositalmente tediosas. Em uma destas, era-lhes solicitado que deslocassem, por horas a fio, estacas fincadas ao chão, que assim assumiam diferentes conformações. É lógico que os testados não concebiam a razão dos atos que praticavam, mesmo porque eles não tinham de fato qualquer sentido. Terminada a sessão, o grupo recebia a comunicação de que ocorrera um imprevisto na organização da próxima turma. O líder que fazia a orientação tivera que se ausentar e, portanto, havia vaga a ser preenchida por interessados. Desta maneira, estava pronto o mote para a análise concebida pelos cientistas. Enquanto um grupo de controle não recebia estímulo extra algum para atuar junto aos novos participantes instruindo-os acerca do que deveriam fazer, um outro grupo – que geraria os dados a serem cotejados com os do primeiro, que funcionaria como grupo de controle - era dividido em duas partes. Para os integrantes destas eram distribuídos dólares como estímulo a mentir acerca da fascinante vivência que os candidatos estavam prestes a passar. Um segmento recebia um dólar e o outro 20 dólares.

E foi então, com base nas entrevistas com os integrantes dos três grupos, que os pesquisadores puderam tirar as conclusões que haviam intuído. O grupo de controle não manifestou qualquer disposição em ensinar, aos novatos, o trabalho a ser realizado, limitando-se pachorrentamente a orientá-los sobre a geometria variante que o conjunto de estacas deveria assumir. Contudo, o que é de interesse marcante para o estudo objeto desta dissertação, pelo fato de deitar luzes sobre a destacada temática da dissonância cognitiva, foi obtido a partir do contraponto entre os dois segmentos que foram estimulados monetariamente. Os integrantes do grupo

que recebeu 1 dólar cada, ao serem perguntados sobre a impressão que tiveram da tarefa repassada aos calouros, manifestaram uma opinião muito mais positiva acerca de sua apazibilidade em comparação com os integrantes que receberam 20 dólares cada um.

A conclusão oferecida ao público acadêmico por Festinger e Carlsmith (1959) fundamentou-se na constatação, considerada provada, de que os indivíduos remunerados com um dólar tiveram a necessidade de alterar a sua percepção quanto a pobreza atrativa da atividade para que se sentissem confortáveis em mentir aos novos admitidos, já que o ganho de um dólar era insignificante como recompensa por si própria. De outra forma, os aquinhoados com 20 dólares consideraram o reforço positivo mais do que suficiente para assumirem liderança mais animada e contagiante. Ao cabo das suas interpretações, apontaram ter ocorrido com o grupo do um dólar um caso emblemático do fenômeno colocado sob análise – como já se disse, a dissonância cognitiva - no qual, ao invés da pessoa adaptar seu comportamento aos valores em que acredita, quando se vê açodada por fatos e conjunturas inescapáveis da vida ela procede justamente ao contrário, modificando os seus valores, as suas percepções, as suas lembranças e até seu código de honra para que a sua consciência possa acomodar aquilo que julgou conveniente ou necessário fazer.

O cotidiano das relações humanas oferece inúmeros exemplos da dissonância cognitiva acontecendo o tempo todo, seja na pessoa que muda de religião e passa a criticar ferozmente os dogmas até então seguidos, que espelhavam a sua jornada do dia a dia, para a si mesmo justificar a ida em companhia da noiva aos cultos da incipiente fé cultivada; ou na pessoa que, tendo sempre se apresentado como um radical socialista, depois de ganhar um considerável capital na loteria assume a condição de empresário crítico à promoção do equilíbrio de renda na sociedade, apelando ao mantra da existência de oportunidades igualitárias a todos. Isto mesmo, o indivíduo a quem chegou, por sorte, o dinheiro que inaugurou o ciclo virtuoso em seu favor, passa a julgar que é digno de mérito porque foi contemplado pelo acaso?!

Porém, abandonando esta observação fértil que podemos tomar do exame desses atos do cotidiano, volta-se ao enfoque do nazismo para tratar de uma atitude específica notadamente relacionada com a questão da dissonância cognitiva: a

saudação e os outros sinais de apoio ao regime. Os alemães da época, provavelmente, perguntavam a si mesmos quanto mal poderia vir ser causado pela mera aceitação de prestar o "Heil Hitler", levantando o braço direito. O que lhes passava despercebido, é que tais atitudes pequenas, e em sua essência insignificantes, tinham o potencial de acarretar drásticas mudanças psicológicas que, ao contribuir para a sedimentação do processo de dissonância cognitiva, dariam ensejo ao indivíduo de projetar em seu entorno atividades bem menos inofensivas. Atualmente, tanto a coibição da apologia ao crime quanto a relacionada à instigação delituosa através das redes sociais apoiam-se nesta constatação para providenciar a tipificação penal de condutas com potencial de estimular o comportamento de pessoas, mesmo as menos influenciáveis.

b) Experimento da Prisão de Stanford (HANEY, BANKS & ZIMBARDO, 1973):

Esta outra experiência, a que já se fez referência nesta dissertação e a respeito da qual se fica obrigado a fazer uma abordagem bem sucinta, dada a incompatibilidade que adviria de um tratamento mais detido voltado pelas razões de extensão deste trabalho acadêmico, gerou, ao pesquisador Zimbardo e a sua companhia científica, o produto expresso na seguinte paráfrase: os papéis determinam as pessoas ou, em outra dicção, os atos de maldade não só refletem o self, eles configuram o self. Vamos ao seu conhecimento.

A equipe deste psicólogo social dividiu um em dois blocos distintos um grupo de 21 pessoas, a quem prometeram remuneração, a partir de entrevistas que procuraram identificar em cada um razoável condição de amadurecimento e de responsabilidade. Um deles foi composto por pessoas a quem recaiu o papel de carcereiros, com jornada de trabalho determinada de acordo com a realidade da profissão, e o outro abarcou os indivíduos que seriam tratados como prisioneiros. Seguiu-se que, na medida em que os dias avançavam, os carcereiros foram tornando-se progressivamente mais insensíveis e autoritários, na contrapartida dos prisioneiros que ficavam mais e mais submissos e amedrontados. Tal aspecto, inclusive – o da direta proporcionalidade percebida entre o aumento da rispidez e o da submissão - veio a ser vislumbrado mais tarde como retroalimentação do crescente comportamento agressivo dos "guardas". Remanesceu, por fim constatado, que em torno de um terço das personagens que receberam a incumbência de vigiar os prisioneiros passou a iniciar punições sem motivo algum

sustentável e a elaborar meios criativos de alcançar a humilhação do público posto a sua mercê. O estudo teve que ser encerrado, dado que a maioria dos prisioneiros ficou a beira de um colapso nervoso, prometendo, inclusive, dispensar a remuneração prometida desde que fosse imediatamente libertada. Julga-se, de passagem, que a repetição, nos dias de hoje, de um experimento concebido com tal realidade dramática não mais poderia ocorrer, porquanto esbarraria, com certeza, em elementares normas de proteção dos direitos humanos. Contudo, o sofrimento infligido a esta parte dos participantes, tratados como submissos, ao menos não foi em vão e serviu para dar prova científica desta tendência do ser humano em ser moldado pelos papéis e tarefas que passa a assumir. Um estudo deste alcance, pelo significado que representou, e mais ainda pela admitida impossibilidade de repetição nos tempos modernos, fez-se digno de merecer sondagem esmerada por todos os ângulos possíveis. A cinematografia cumpriu esta exigência e produziu filme, de destaque. homônimo do título do experimento. Esta referência fica apresentada ao leitor que possuir maior interesse nesta temática.

c) Os grupos formados sem motivo (TAJFEL, 1981).

Contemporâneo do desenvolvimento destas pesquisas, o também psicólogo social Henri Tajfel liderou uma equipe que buscou sondar quantas características em comum deveriam ser constatadas em um agrupamento de pessoas, para que então passassem a se sentir como integrantes de um mesmo grupo e como tal passassem a nutrir preconceitos em relação às pessoas representantes de um segmento oposto. A concepção básica, que permeou todas as derivações de abordagem vislumbradas pela equipe, passava por agrupar pessoas escolhidas aleatoriamente em algumas formações diferentes e, passo a passo, ir inserindo semelhanças, conflitos e preconceitos fabricados e controlados artificialmente, fazendo, acerca de cada uma destas etapas, o escrutínio das reações que iam sendo produzidas e observadas. É emblemático dizer que num dos vários testes que obedeceram esta concepção, os participantes, conquanto tivessem sido escolhidos por sorteio, foram falsamente informados de que estavam ombreados com pessoas que declararam gosto artístico mais afeito ao manifestado por si mesmo, relacionado às telas pintadas por um representante de determinada tendência plástica. Com o outro grupo deu-se o mesmo, porém com a preferência declarada em admiração ao outro dos pintores envolvidos no experimento. Frise-se que em um e noutro caso, as informações não eram verídicas. As pessoas, como se disse, foram dispostas ao



acaso. Estruturada desta maneira a checagem, os pesquisadores puderam comprovar que basicamente os grupos são formados pelas mais sutis diferenciações a que se pode conceber, chegando ao extremo de se estabelecerem, entre si, grandes rivalidades fomentadas por características que, antes de corresponderem à realidade, foram plantadas na mente dos indivíduos depois de criadas artificialmente em laboratório. Em uma pesquisa pertencente a esta mesma série e com o idêntico mote investigativo, os integrantes de um dos grupos formados, chamados a escolher entre o reforço positivo prestado em favor dos seus companheiros e o reforço negativo aplicado aos do grupo antagônico, preferiram pelo desencadeamento deste último – dois dólares, em lugar de três para o seu pessoal, desde que isto significasse, em contrapartida, um dólar ao invés de quatro para os "inimigos".

Essa homogeneização feita sobre as características do próprio grupo, acompanhada de uma exacerbada diferenciação entre o grupo assim consolidado e o outro tomado como parâmetro de distinção, dá testemunho da reconhecida tendência humana de representar o "Nós e Eles" para simplificar as relações sociais – isto pode ser notado com perfeição no caso das pessoas que se identificam amalgamadas em virtude de sua sujeição, em comum, ao cumprimento de ordens, tal como ocorre em uma tropa militar engajada numa operação de grande complexidade em relação à perspectiva que assume frente ao efetivo combatido. Isto traz à tona novamente a principal preocupação que deu suporte a realização desta dissertação: como o estado de subserviência à ordem hierárquica pode representar apelo invencível à pessoa de se submeter como integrante de um grupo e de comportar-se segundo aquilo que dela é nutrido como expectativa?

d) Reação Observada da "Vítima Inocente". Compaixão ou Rejeição? (LERNER & SIMMONS, 1966):

Para dar término ao desiderato intermediário deste capítulo – de apresentar sucintamente uma coletânea de estudos pertinentes à investigação da dissertação - recuperemos um experimento de enceto anunciado. Trata-se do estudo feito sobre o comportamento do "professor" e do "aluno", conduzido por Milgram. No modelo ligeiramente modificado que ora se anuncia, Melvin Lerner e Carolyn Simmons dispuseram 72 testados para que observassem um paciente sofrendo o efeito de choques elétricos toda a vez que respondesse incorretamente às perguntas a ele dirigidas. Por óbvio, o sofrimento era somente fingido. No que toca as perguntas

feitas, algumas delas eram propositalmente elementares, com vistas a induzir os observadores a interpretar a "estudente" como sendo uma pessoa decididamente ignorante. O viés analítico da configuração dava-se, então, com a comunicação, feita somente para alguns dos observadores, de que em certo momento da sessão dependeria deles a cessação dos castigos administrados contra a atriz. Portanto, para muitos outros este detalhe não foi comunicado. A conclusão veio mais tarde com a comparação entre a percepção que um e outro dos grupos teve acerca da vítima. Aqueles a quem foi dada ciência de poder intervir na continuidade dos castigos experimentaram uma leitura muito mais positiva da "aluna" do que aqueles que se sentiram impossibilitados em ajudá-la. Na análise dos cientistas, isto corresponderia também a uma propensão inata dos seres humanos de se solidarizar com quem podem socorrer e, ao contrário, de encontrar uma justificativa de dissonância cognitiva para aplacar a consciência a respeito de um fato de inexorável acontecimento.

Corroborando esta percepção, tal fenômeno igualmente não passa despercebido na análise do comportamento assumido por indivíduos doentes ou por cuidadores de doentes. Tais pessoas são propensas a executar verdadeiras ginásticas mentais para encontrar uma razão ponderável que explique o sofrimento atual como diretamente resultante de algo que fizeram de muito inadequado – fumar por anos a fio, por exemplo – a fim de afastar aquilo que é de muito difícil contemplação para o ser humano, mas na maioria das vezes corresponde à realidade: que aquela consequência deve-se ao acaso. O fardo da culpa é mais fácil de assumir do que a admissão de que a vida humana é um fiapo sujeito a caprichos de forças completamente fora do controle daqueles que se julgam os seus protagonistas independentes. De novo vem à tona o importante vislumbre do fenômeno da dissonância cognitiva.

Conduzida a abordagem de alguns experimentos sociais pertinentes ao nosso objeto de estudo até o limite admissível para uma missão dissertativa, passa-se agora a listagem de algumas das inúmeras tragédias genocidas noticiadas mundo afora. Dada a inapropriada extensão que o exame dos pormenores destes tristes episódios trariam para este trabalho – que é a de analisar a culpabilidade derivada da obediência hierárquica – após feito o elenco e o trato sucinto de alguns casos, que foram escolhidos devido ao número total de mortos ou a alguma característica peculiar que os marcaram, vai-se ao fecho do presente capítulo com

considerações um pouco mais detidas sobre o massacre do povo tutsi de Ruanda promovido pelos seus conterrâneos hutus. Segue a lista:

a) Holocausto (REES, 2018)

A dizimação judia patrocinada pelo nazismo alemão, no bojo do qual aconteceu o episódio já relatado neste trabalho referente ao caso dos "homens comuns" de Browning, produziu um total aproximado de 5,5 milhões de pessoas mortas. Sob o pulso de Adolf Hitler, que denominava promover a solução final, as vítimas debaixo de seu jugo morreram maciçamente fuziladas e asfixiadas em câmaras de gás, ou ainda em situações de cruéis investigações científicas macabras.

b) Holodomor (WERTH, 2008)

Deste acontecimento, decidiu-se pela citação em virtude da negativa histórica de sua ocorrência que é sustentada pelos russos, os quais utilizam a argumentação de não ter sido o massacre deliberadamente provocado. De 1931 a 1933, durante o governo de Stalin, somente por causa direta da atuação autoritária do Estado soviético, estima-se que morreram entre 5 milhões de ucranianos. Ao se levar em conta os desdobramentos de longo prazo esse número sobe para inacreditáveis 14 milhões. Holodomor, no idioma ucraniano significa "deixar morrer de fome", sendo isto o que acontecia com o povo desta região do mundo, obrigado ao envio da quase totalidade de sua produção agrícola ao governo central soviético, em razão de punições impingidas para aplacar a resistência contra o processo de coletivização das propriedades e requisição compulsória de cereais. Durante os anos do Holodomor não foram poucos os relatos de canibalismo, tal era o extremo da fome reinante entre a massa moribunda.

c) Genocídio em Ruanda, (GOUREVITCH, 2006)

Como foi dito anteriormente, sobre este episódio seguir-se-á um relato mais detido em vista do seu contexto se apresentar muito afeito aos interesses desta dissertação. Logo de início cumpre antecipar que a carnificina ceifou a vida de mais de setecentas mil pessoas.

Isto posto, assumindo o turno de se fazer a abordagem mais detalhada deste genocídio do qual foi vítima o povo tutsi, é significativo ter em mente que os sujeitos ativos desta tragédia foram conclamados a tomar parte na matança através das frequências da rádio local. (HOTEL RWANDA, filme, 2004).

A estação da cidade teve papel determinante na transmissão das ordens dos influenciadores da massa, dadas eufemisticamente para aqueles que eram os vizinhos e parentes dos próprios assassinados. Estas ordens vinham mascaradas com o uso de expressões que procuravam retirar a condição humana das vítimas como o recorrente termo "baratas", que em muito se assemelha aos "ratos" usado pelos alemães nazistas para os judeus. Também mostrou-se prolífica a utilização de referências indiretas ao ato de matar, como por exemplo "exterminar a peste" ou "limpar a aldeia". De fato, as transmissões da rádio de Ruanda deram a ordem definitiva para o desenlace da ocorrência valendo-se da criação de pseudônimos cunhados para "amenizar" o genocídio das características fraticidas que nele se depositavam. Assim, os líderes do movimento puderam acionar seus comandados tocando em algo que vinha no subconsciente grupal. De modo semelhante, nos discursos pré-hitlerianos os alemães não ficaram sabendo, ao menos conscientemente, sobre o rumo que seria dado aos judeus, tendo sido cogitada, inclusive, a sua deportação para Madagascar.

No caso dos nazistas, como símbolo forte desta avidez por negar a natureza humana de suas vítimas, deve-se citar também o comportamento que os oficiais adotavam quando eram ordenados a matar os seus judeus da cozinha - como eram chamados os prisioneiros que em virtude de um talento inusual detectado eram chamados ao serviço de seus senhores de forma próxima e cotidiana -; eles atiravam de surpresa pelas costas para não terem de divisar os espelhos da alma de suas vítimas: seus olhos.

Por turno semelhante, nas ondas da rádio de Ruanda anunciavam-se ordens imperativas para a dizimação de todo o povo tutsi ao alcance. Seus ouvintes, no frenesi que tende a contagiar os unidos em turbas, cumpriam os comandos sem ponderar sobre as suas consequências.

Será que tais ordens lhes soavam como morais, justas, lícitas? Ou somente como utilitárias, adequadas, oportunas, vingativas? Baseavam-se na razão ou na

emoção? Ou em considerações sobre ambos os espectros, haja vista não serem excludentes?

Esta indagação propende servir como mote do capítulo 3 desta dissertação, o qual se organizou na expectativa de apresentar a natureza jurídica emprestada à obediência hierárquica na legislação penal brasileira e, em derivação disto, com que força pode o réu usar este argumento para pleitear a sua isenção no cumprimento de pena.

Antes, contudo, voltemos nossa atenção para o próximo capítulo, no qual se discorre sobre o caminho trilhado pela culpabilidade desde os primórdios do Direito, quando da vigência dos comandos que puderam ser resgatados pelos esforços arqueológicos, até o ordenamento de nosso tempo. Trata-se de uma verdadeira epopeia.

## **2 A EVOLUÇÃO DA TEORIA DA CULPABILIDADE NA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL MUNDIAL E A SUA ALOCAÇÃO ESTRUTURAL NA DOUTRINA PENAL BRASILEIRA**

Com o vislumbre do capítulo inicial, crê-se transmitido ao leitor o desassossego inicial que moveu da inércia este estudo. Quais são as razões, de que maneira e em que extensão o fenômeno da obediência hierárquica pode ser alçado ao posto de causa justificante válida para um cruel mosaico de condutas humanas? Como chamamento inicial deste capítulo 2, lança-se mão de provocação reflexiva sobre o primeiro dos experimentos a que se deu destaque – a experiência de Milgram, de 1963, sobre a propensão humana de seguir ordens emanadas de pessoa a quem se atesta algum tipo de autoridade, mesmo que dela não se tema qualquer admoestação ou se espere qualquer vantagem. Convidando o leitor a retomar atenção ao trabalho conduzido por Milgram, assoma o seguinte questionamento: os "professores" convocados para o experimento poderiam ser responsabilizados como cúmplices do pesquisador em crime de tortura ou de lesões corporais dolosas – que são aquelas realizadas deliberadamente? Para balizar a reflexão, lembra-se que os avaliados do evento não tinham conhecimento acerca da falsidade dos choques, e que mesmo debaixo de ordens, por ter aceito os termos contratuais de sua participação, estavam também obrigados ao cumprimento da constituição americana e de sua subsidiária lei penal, as quais sistematicamente proíbem a prática de agressões a integridade física dos cidadãos, nos moldes do que transpareceu ocorrer.

É papel da Ciência do Direito refletir, com constância, sobre em que circunstâncias um indivíduo pode ser afetado pela propensão reverencial ao cumprimento de ordens que podem conduzi-lo a participações indesejadas em episódios dos mais sinistros. A manutenção deste constante estado de investigação e policiamento da natureza humana avulta de relevância com a constatação emblemática de que nas recorrentes reproduções deste experimento social, que como já se disse, recebeu a pecha de o mais célebre da história, indivíduos representantes de outras épocas e lugares tiveram o seu comportamento desaguando em estatísticas praticamente idênticas (Milgram, 1983). Com o tempo, algumas adaptações foram sendo aplicadas na ideia original, contudo, tais pequenas variações não refletiram na modificação do entendimento sobre a propensão

humana ao respeito da autoridade, obtido a partir de Milgram. O fulcro da questão é: ocorre com os militares, subordinados ao cumprimento de ordens, fenômeno de alguma forma equivalente? As aspirações deste estudo passam por demonstrar que, no âmbito do militarismo, em que o sucesso das operações exige o acatamento rigoroso dos comandos e o agente ordenado mantém-se não poucas vezes em situação de risco de morte, a figura do superior hierárquico tende a ser ainda mais intimidadora que a personagem de liderança concebida por este renomado cientista social.

Considerando remanescer a sede proposta para a realização de dissertações na UNIFA deslocada do campo específico da Ciência do Direito, uma vez a linha de pesquisa cultivada nesta universidade está vocacionada a gerar conhecimento aplicável no âmbito militar, dentro do recorte do Pensamento Estratégico Contemporâneo de Defesa, tomou-se como conveniente a inclusão deste subcapítulo no trabalho. Esta passagem cumpre o desiderato de trazer ao leitor – que eventual e compreensivelmente é menos afeito às questões hermenêuticas do Direito – um impulso alegórico capaz de melhor dimensionar o problema hercúleo que está sobreposto à questão da culpabilidade. Ainda que descontados os termos técnicos e herméticos, tão comuns à lavra dos juristas e que por vezes tornam o texto ininteligível para o não bacharel, sendo, ao extremo, até confundidos como certa empáfia dos profissionais da área, o tema objeto de estudo deste trabalho – a culpabilidade e seus desdobramentos - rende por si só portentosa reflexão abstrata.

## **2.1 O tratamento doutrinário dado historicamente ao instituto da culpabilidade**

Desde há muito se discute sobre a necessidade e a adequação dos indivíduos responderem perante a comunidade em que se inserem, com respeito às afrontas dirigidas ao grupo fundamental de valores sociais estabelecidos. Toda eventual conduta de um convivente, julgada com desvalor pela sociedade, vocaciona o transgressor à repreensão, devendo a mesma ser preferencialmente realizada com toda a celeridade que se fizer possível e com o maior grau de justiça e de acurácia em sua dosagem. A pena, que vem a ser imposta ao crime, cumpre então o objetivo de fomentar a prevenção contra a indesejável, mas inevitável, repetição de novos ataques dirigidos contra os bens jurídicos erigidos, por

consensual eleição, como sendo os justos dignatários da maior atenção normativa alcançável – a que é realizada pelo conjunto de normas denominado Direito Penal.

Tal opção da razão humana – a de somente deixar a cargo do Direito Criminal as principais afrontas aos bens jurídicos mais caros ao convívio social - é da tradição do Direito dos povos e está consolidada na expressão *ultima ratio*. Tal adágio, conquanto tenha sido cunhado ainda na ancestralidade, nos escritos e signos amiúde recuperados pela ciência arqueológica, nota-se livremente versante na contemporaneidade sem que a ele tenha se oposto a barreira dos séculos e da geografia.

Entre a plêiade de registros sobre tal vetusto constructo, aqui se resolve dar o destaque para a lição apresentada por Robaldo (2009) consistente em apresentar o Direito Penal como a última opção de controle a ser desenvolvido pelo Estado e que só tem aplicação quando conjurada a hipótese de fracasso de todos os outros meios preliminares colocados à disposição da sociedade para a garantia dos bens jurídicos mais relevantes.

Ante a concepção de o Direito Criminal se posicionar como o derradeiro obstáculo à volição do indivíduo de infringir a norma social imposta, aliando-se ao pressuposto de que a coação penal – que advém do arcabouço legal mais drástico concebido em sociedade para aplicar no transgressor o reforço negativo mais restrigente de direitos - não foi bastante para demovê-lo de praticar o pretendido ato criminoso, cumpre estabelecer se a personagem que assim atua contra a expectativa de harmonia comunitária possui características personalíssimas que a farão passível de merecer a reprimenda prevista pelo esforço legislativo.

É pacífico na doutrina criminal que o autor da conduta transgressora, para constituir-se suscetível de sofrer a incidência da restrição punitiva recomendada pela lei, deve possuir a capacidade de compreender a natureza infratora da conduta realizada e, outrossim, depois de sinalizada esta faculdade, de comportar-se segundo este entendimento. Sobre o assunto, assevera Toledo (1994):

(...) Para que o agente de um crime seja, pois, dotado de imputabilidade, além da idade de dezoito anos, deverá à época do fato, estar no gozo de certas faculdades intelectivas e de determinado grau de saúde mental. A lei penal exprime essas exigências, de modo negativo, ao estabelecer as hipóteses de *inimputabilidade* ou de redução da responsabilidade (arts. 26 e parágrafo único e 28, §§ 1º e 2º); (TOLEDO, 1994, p.315).



Logo em seguida, o autor ressalta a destacada discricionariedade concedida ao magistrado na análise da situação de inimputabilidade criminal:

(...) As primeiras hipóteses de inimputabilidade estão previstas no art. 26: tendo o legislador usado termos bastante genéricos, como facilmente se percebe, a exata extensão e compreensão das expressões 'doença mental' e 'desenvolvimento mental incompleto ou retardado' fica deferida ao prudente arbítrio do juiz que, em cada caso, se valerá do indispensável auxílio de perícias especializadas. O que importa ter em mente é a parte final do preceito, que traça os limites normativos extremos desse poder discricionário: *doença ou qualquer anomalia que torne o agente, à época do fato, incapaz de ter a compreensão do injusto que realiza ou de orientar-se finalisticamente em função dessa compreensão.* (TOLEDO, 1994, p. 315).

Subjaz, portanto, que a culpabilidade só ficará estabelecida caso o praticante da conduta nociva aos interesses defendidos pela sociedade tenha condições intrínsecas de compreender o mal que advém da sua ação ou omissão volitiva; e mesmo no caso em que tal compreensão esteja presente, desde que não lhe seja inalcançável, devido a um estado de compulsão, afastar-se de dito comportamento.

A par da medição da culpabilidade do sujeito infrator, a qual deve ser tratada com esmero na atividade persecutória do Estado – que é o preposto democrático da sociedade - o exame do acontecimento com possibilidade de ser considerado crime, deve se sujeitar, preteritamente e por razão não outra que a da pura eficácia metodológica,- às considerações acerca da potencial tipicidade e antijuricidade que o revestem.

A lei penal brasileira formalmente não se perfilhou ao finalismo de Hans Welzel, muito embora muitas de suas passagens tragam implícita a convergência dos institutos que acomoda com esta teoria desenvolvida pelo professor alemão em 1930. Ante ao silêncio legislativo assumido pelo Código Penal brasileiro, a tarefa de definir materialmente o crime ficou dada aos esmerados doutrinadores. Toledo, (1994), adotando a concepção tripartida do crime, aduz:

Substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bem jurídico (jurídico-penal) protegido. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável. (TOLEDO, 1994, p. 80).

Da exegese de seu posicionamento, percebe-se que a qualificação do referido autor como adepto da teoria tripartite do crime deriva-se da sua compreensão do ilícito penal composto por: o Fato Típico; o Fato Antijurídico e o Fato Culpável. Esposando a mesma linha de raciocínio, por também ser adepto do conceito tripartido do crime, Marques (1997) afirma:

Para que o fato típico constitua crime não basta que seja antijurídico. O agente que praticou o fato lesivo de um bem jurídico, só terá cometido um crime se procedeu culposamente. A culpabilidade é inquestionavelmente um dos elementos do crime, e precisamente aquele elemento como diz Bettiol, que exprime, mais que qualquer outro a base humana e moral em que o delito tem suas raízes. (MARQUES, 1997, p. 201).

Em complemento, chama-se para compor a ideia segundo a qual o crime se integra por três partes indissociáveis, a própria dicção do teórico original do finalismo. Segundo Hans Welzel (2015) a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são os três elementos que convertem uma ação em delito. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade estão vinculadas logicamente de tal modo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior.

Corroborando os excertos selecionados, enfatiza-se a tipicidade como derivada do ajustamento do fato humano com a norma antecipada no Direito Objetivo, o qual vem construído pela incessante labuta do homem da lei. Por sua vez, para ser evidenciada, a antijuridicidade requer a formação de juízo de valor que indique a contrariedade da conduta, objeto da análise, com o que a sociedade entende ser o correto comportamento garantidor da harmonia comunitária.

Com relação ao constructo da culpabilidade, sua evidenciação depende da verificação satisfatória de um juízo de reprovação construído sobre o próprio autor do fato. Sobre a formação de tal juízo, faz-se ressalva à peculiaridade concernente à Ciência do Direito. É a mesma eterna refém do universo das provas jamais exatas, sequer aspirando status neste sentido ostentado pela Matemática. Sobre isto, colhe-se o pensamento de Del Rosal (1978) o qual oferece uma sustentável definição de culpabilidade como sendo a reprovação pessoal dirigida ao autor do feito tipicamente antijurídico.

No conceito trazido, resta clara a vinculação do exame da situação de culpabilidade como dependente da configuração pretérita de caso em que remanescem já provadas a tipicidade e a antijuridicidade. Tal juízo expressa a

melhor das recomendações metodológicas em direção à abordagem mais célere e eficaz dos acontecimentos que vem a ser jurisdicionados. Segundo essa análise, emerge com muito menor complexidade a reflexão sobre o enquadramento de uma ação ou omissão dentro do tipo legal proibitivo quando o mesmo é tomado em comparação com a tormentosa dificuldade de se proceder ao exame das circunstâncias subjetivas que instigaram o indivíduo a agir daquela determinada maneira. De fato, todo o arcabouço doutrinário do Direito é concorde em considerar muito mais palatável, à razão humana, a tarefa de examinar a validade e alcance das possíveis justificativas para o comportamento de ataque aos bens sociais, consubstanciadas, por exemplo, na hipótese de legítima defesa ou em outras que atestam a presença de situações excepcionais vivenciadas pelo acusado, do que desenvolver a árida reflexão sobre a obscura motivação subjetiva daquele que dá causa a um fato penal.

A técnica recomendada, em vista da dificuldade em reconhecer o que se passa nos recônditos íntimos do intelecto humano e, sobremaneira, como isso se transforma em volição dirigida a um fim, é a de considerar, preliminar ao exame da culpabilidade, a discussão sobre a tipicidade e a antijuridicidade da situação esposada.

Somente a partir do reconhecimento da presença inafastável de uma e outra destas condições é que o intérprete obtém a licença metodológica para enveredar-se no nebuloso terreno das razões subjetivas do indivíduo. Aí ele tem permissão para se dedicar ao difícil desencargo de opinar, positiva ou negativamente, pela culpabilidade do agente praticante do fato típico e antijurídico.

Consoante à lei brasileira, emerge como culpado de dada conduta criminosa, ficando a mercê da justa responsabilização penal, aquele que conhecia a natureza ilegal de comportamento que assentiu manifestar. De outro lado, é considerado remido de culpa o indivíduo que não tinha condições intrínsecas de conhecer dita ilegalidade ou ainda, em outro caso mais específico e complexo, aquele que mesmo sabedor da contrariedade do ato concebido a par do comportamento correto cultuado pela sociedade, não podia, ainda que com razoável esforço de policiamento mental, manter-se afastado desta realização. Esta situação se afigura, por exemplo, na reconhecida compulsão que impele o indivíduo, em antagonismo ao seu mais íntimo querer valorativo, à conduta que sabe ter o dever de evitar.

Preceitua o Código Penal brasileiro:

**Art. 26** - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (BRASIL, Código Penal 1940).

Vê-se assim, que o referido diploma legal atesta dever ficar isentos de responsabilização penal: a) aqueles que possuem parca idade, que pelo juízo da norma indica insuficiente maturidade para arcar com as consequências do comportamento manifestado; b) também aqueles que possuem desenvolvimento mental incompatível com a assunção das responsabilidades inerentes ao ser humano livre de qualquer grau de morbidez psíquica; c) aqueles outros que são acometidos por alguma das doenças mentais elencadas entre as reconhecíveis pelo juiz assessorado pelo perito competente – o psiquiatra – d) outros ainda que se comportam influenciados por substância entorpecedora dos sentidos, sem que lhes seja atribuída a voluntariedade na ingestão ou na utilização por outra via do produto nocivo; e) também aqueles a quem se percebe a inexistência da capacidade de compreender que o comportamento seguido, não obstante a existência de circunstâncias extravagantes que o qualificam, continua sendo censurável segundo o Direito estabelecido; f) e, por fim, aqueles outros que agem sob coação impossível de ser resistida ou debaixo de ordens cujo conteúdo não poderia ser entendido como manifestamente ilegal.

Terminada esta tarefa, do elencamento destas situações acomodadas no Direito como configuradoras de inimputabilidade, reafirma-se a consequência comum a se operar em qualquer delas: a invalidação da aplicação da restrição de direitos. Isto, porque toda sanção prevista para um dado crime funciona como reforço negativo do qual lança mão o legislador para ilidir o indivíduo do seu cometimento.

Como é perceptível em todas as situações apresentadas – que a termo padecem da mesma excrecência que é a deformação da vontade livre, em que pese a existência de peculiaridades em cada uma - a aplicação do reforço negativo seria inócua em vista da desnaturação da finalidade a que se dispunha alcançar: a de se criar fonte de pressão sobre a vontade livre do indivíduo. Nos casos apresentados, isto não lograria sucesso em vista de tal vontade inexistir ou ao menos constituir-se deficitária.

Sobre a razões da existência da pena – as quais se reconheceram afastadas no caso da inimputabilidade – expressa-se Albergaria (1996):

Na teoria da união, em cada um dos estágios ou fases da pena, cumpre ela funções distintas: no momento da ameaça da pena (legislador) é decisiva a prevenção geral; no momento da aplicação da pena, predomina a ideia de retribuição; no momento da execução da pena, prevalece a prevenção especial, porque então se pretende a reeducação e socialização do delinquente. (ALBERGARIA, 1996, p. 20).

Na esteira temporal evolvida até o estado da arte em que nos encontramos, a culpabilidade do indivíduo que manifesta comportamento repellido pela sociedade, a qual grita então pela censura e pela adoção de ferramentas capazes de ilidir a reincidência onerosa aos interesses humanos guarnecidos, recebeu a atenção e a contribuição de algumas correntes teóricas com robusta argumentação.

A pioneira abordagem foi trazida pela denominada Teoria Psicológica da Culpabilidade, a qual frutificou assentada sobre natureza decantada como psicológica-naturalista, desvestida da preocupação normativa que se tornou a tônica nas teorias que substituíram o seu ideário. Segundo o bojo doutrinário a que se filiaram os representantes máximos desta teoria – dos quais cita-se Franz Von Liszt (1927) -, a culpabilidade se corporificaria, inarredavelmente, pela culpa ou então pelo dolo. De acordo com os fundamentos cultuados pelos patrocinadores desta teoria, a culpabilidade consistiria em um elo psíquico que ligaria o fato concreto ao indivíduo que lhe tivesse dado causa. A matriz da sua conflagração estaria, portanto, concentrada na previsibilidade da ocorrência de um dado resultado, a qual, todavia, não foi conquistada pelo indivíduo devido a ausência de cuidado objetivo ou de diligência, um ou outro considerados de justa expectativa no contexto analisado, ou, em outro turno, na sua vontade deliberada e consciente de produzir aquela específica consequência como fruto do seu agir. Segundo o citado autor a culpabilidade seria caracterizada como sendo a responsabilidade do autor pelo ilícito que veio cometer (VON LISZT, 1927 apud BITENCOURT, 2009, p. 361).

Um dos expoentes do Direito Penal argentino, também adepto da Teoria Psicológica assim se expressou:

O que na verdade caracteriza essa corrente consiste em exigir a real existência de certa 'atitude subjetiva' em face do fato que se sabe ilícito. Mais que psicológica, pois, poderia essa teoria ser chamada realista ou subjetivista, pois não consistem em considerar a culpabilidade como mera referência psíquica a um fato externo, despojado de toda valoração, mas a uma referência que leva à criminalidade da ação; esta qualidade é sempre o

resultado de uma projeção valorativa que pressupõe a existência de normas ante as quais os fatos resultam ser ilícitos. Psiquicamente, a referência a um fato externo é, em si mesma, um fato valorativamente neutro, e certamente a culpabilidade não é constituída por esta referência. A forma como a subjetividade se refere a um fato externo é a mesma quando um caçador dispara contra um animal e quando dispara contra um homem acreditando ser este um animal. O erro não modifica a natureza psíquica da conduta, mas sim, sua natureza moral e jurídica. Um pensamento é um ato psíquico, seja ele verdadeiro ou não; a verdade não é algo psíquico. Tampouco o é a ilicitude. Por esta razão, a culpabilidade não pode ser explicada por uma instância extra psíquica. (SOLER, 1992, p. 16).

A essência da crítica que vulnerabilizou a teoria psicológica foi a incapacidade de seu arcabouço racional responder satisfatoriamente o questionamento sobre como poderia haver responsabilização psicológica do agente nos casos em que ele se quedou inconsciente em relação às possíveis consequências do seu comportamento. Assumindo postura crítica, Mirabete (2016) comenta sobre a insuficiência explicativa da Teoria Psicológica perante a complexidade do juízo da culpabilidade penal, afirmando que o dolo e a culpa, considerados em si mesmos, não irão caracterizar a culpabilidade, caso a conduta não seja reprovável segundo os ditames da lei penal.

Fragoso (1983) dá mostra da incompletude da teoria expressando que a culpabilidade, deveria, a seu ver, abranger a reprovabilidade da conduta ilícita, por aquele que possui a capacidade genérica de entender o caráter ilegal do ato praticado, sendo-lhe, ao mesmo tempo, exigível adoção de comportamento diverso. Nas palavras do autor, cristalinamente, ficam distinguidos os elementos da culpabilidade, os quais ainda eram estranhos aos que sustentavam a teoria Psicológica: a imputabilidade, a consciência da ilicitude e por fim, a exigência do comportamento conforme o Direito.

Para dar tratamento ao problema, surgiu, em 1907, entronizada por Reinhard Frank, a ideia que depois veio batizada de Teoria Normativo-Psicológica da Culpabilidade. De acordo com suas bases, seria impossível atribuir culpabilidade a alguém sem que se fizesse a necessária reprovabilidade de seu ato, levando-se em conta, para tanto, o seu entorno social de convivência (Frank, 1907) Complementado pelas produções de seus contemporâneos James Goldschmidt e Berthold Freudenthal, Frank acabou por agregar ao estudo da culpabilidade um segundo elemento, sem o qual ela não poderia ser compreendida. Tal elemento, inaugurado neste novo prisma, poderia ser descrito como o liame entre o agente e a ordem jurídica estabelecida. Deste modo, caso não se pudesse constatar a

reprovabilidade do comportamento do indivíduo causador do resultado desvalioso, então sua pessoa não poderia ser tomada por culpada, ainda que restasse nítido o seu querer ou a sua falta de zelo em evitar o comportamento temerário. (BITENCOURT, 2009).

Goldschmidt pronunciou-se que o fundamento do conceito normativo de culpabilidade deveria ser buscado na diferença que há entre norma jurídica e norma de dever. Segundo a sua perspectiva, a norma jurídica manteria vinculação com o injusto, assumindo, portanto, caráter objetivo e geral. Já a norma de dever teria natureza subjetiva e individual, estando ligada com a culpabilidade.

Como é descrito pela melhor doutrina, a culpabilidade, nos ditames psicológico-normativos, estaria também alicerçada na exigibilidade de conduta conforme ao direito. Esta exigência viria em acréscimo às condições até então sustentadas pela teoria psicológica a que se buscava superar. Tais condições eram:

- a) a imputabilidade – que representaria um pressuposto da culpabilidade com enfoque nas características intrínsecas da personalidade do agente: se dotado ou não de intelecto livre de circunstâncias afiguradoras de anormalidade, em relação aos pares sociais;
- b) a existência do elemento volitivo atuando entre a ação/omissão e o resultado.

Sobre as bases da teoria psicológico-normativa, Freudenthal agregou que a reprovabilidade da conduta só poderia ser admitida caso fosse possível exigir-se do agente um comportamento diverso do praticado - o chamado "poder atuar de outro modo". Por esta visão, a inexigibilidade de outra conduta excluiria a reprovação, servindo de motivo para a exclusão de todo o juízo da culpabilidade. (FREUDENTHAL apud BUSTOS RAMIREZ, 1989).

O status de teoria crítica não foi esposado por tempo considerável pela culpabilidade psicológico-normativa. A sua coluna estruturante, calcada no juízo de reprovação a ser fabricado a partir do estímulo feito à coletividade para opinar valorativamente sobre a conduta concreta posta em exame, foi com retumbância repelida por críticos da época, entre eles o penalista argentino Sebastian Soler, o qual apontou que o fato de a afirmativa sobre a culpabilidade ser tomada como reprovação seria equivalente a traduzir o valor "virtude" por aprovação. Com efeito,

em sua angústia intelectual questionava: o que significaria a reprovação social de uma determinada conduta e como seria ela dimensionada? (SOLER, 1992).

Sobre a questão, (BITENCOURT, 2009) aponta sobre a situação paradoxal resultante da aplicação da Teoria Psicológico-Normativa aos casos concretos:

Com a adoção de um dolo híbrido – ao mesmo tempo psicológico e normativo -, cria-se um problema para o Direito Penal, prontamente detectado por Mezger, a respeito da punibilidade do criminoso habitual ou por tendência. Esse criminoso, em virtude do seu meio social, não tinha consciência da ilicitude, necessária à configuração do dolo, porque, de regra, se criava e se desenvolvia em um meio em que determinadas condutas ilícitas eram consideradas normais, corretas, eram esperadas pelo seu grupo social. Ora, se essa pessoa não tinha a consciência da ilicitude, porque nasceu e se criou em determinado grupo social, em que a visão sobre a realidade é diversa, e sendo a consciência da ilicitude indispensável à existência do dolo, a que conclusão se chegava? Somente se podia concluir que tal indivíduo agia sem dolo, pois não tinha consciência da ilicitude. Se agia sem dolo e sendo esse elemento ou requisito da culpabilidade, chegava-se a uma segunda conclusão: essa pessoa era inculpável, isto é, agia sem culpabilidade! Não se pode reprovar a conduta de alguém sem que na sua ação reúnam-se todos os elementos da culpabilidade. Logo, faltando-lhe um elemento, no caso a consciência da ilicitude, não há culpabilidade. Chega-se, assim, a uma situação paradoxal, qual seja, a de excluir a culpabilidade exatamente daquele indivíduo que apresentava, na visão do direito penal clássico, o comportamento mais censurável. (BITENCOURT, 2009, p. 367).

Ante a tais conjecturas, fazia-se imperativa a transmutação pragmática do problema. Tal providência ficou a cargo de nova corrente de pensadores, os quais trouxeram à berlinda uma ideia que depois veio batizada como teoria normativa pura da culpabilidade. Em seu âmago, dita teoria, capitaneada pelo professor Hans Welzel da Universidade de Göttingen na Alemanha, traz em seu bojo marcante desdobramento da concepção do finalismo welzeliano. Grosso modo, o finalismo afinca uma nova bandeira paradigmática no estudo do comportamento criminoso. Nesse sentido, preleciona Welzel (1956):

A compreensão de que o elemento específico da culpabilidade consiste na reprovabilidade é resultado de um longo processo de evolução. Nos primórdios da moderna dogmática penal operou-se a separação entre os elementos "internos" e "externos", "objetivos" e "subjetivos". Entretanto, todo fator externo, objetivo, estava ligado ao conceito de ilicitude, enquanto os elementos internos subjetivos estavam relacionados com a culpabilidade. Assim, a culpabilidade era tida como a relação psíquica entre o autor e o resultado. (WELZEL, 1956, p 150).

Ainda, na dicção do mesmo autor:

A natureza da culpabilidade se deixa caracterizar, o mais acertadamente possível, pela palavra "reprovabilidade". É a qualidade da ação ilícita que possibilita elaborar um juízo de censura pessoal ao autor (...). A culpabilidade é a reprovabilidade na formação da vontade. O autor poderia



formar uma vontade de ação adequada à norma ao invés de uma vontade de ação ilícita. Conseqüentemente, toda culpabilidade é uma culpabilidade da *vontade*. Somente o que o homem faz voluntariamente pode ser reprovado com culpabilidade. (WELZEL, 1956, p. 148)

Para os discípulos do pensador alemão, também proeminentes figuras da emergente escola e esmerados contribuintes na lapidação do celebrado conceito original do finalismo, extirpados do juízo da culpabilidade deveriam ser todos e quaisquer vestígios do aspecto psicológico, que na ótica das combatidas correntes de pensamento já nominadas - a teoria psicológica e a teoria psicológico-normativa –, tinham assumido foro de localização fincado no elemento reprovação social. Segundo esta nova perspectiva, o elemento psicológico deveria abandonar esta sua antiga morada para migrar para a estrutura do Fato Típico e então deitar raízes, mais especificamente, no elemento conduta criminosa.

Na lição de Bettioli (1976), o juízo de culpabilidade se vincula mais à vontade que realizou o fato do que propriamente ao fato em si. Contudo, tal vontade de gerar o efeito da culpabilidade teria que vir impregnada do dolo, que é o interesse subjetivo integrante da tipicidade, devendo, portanto, se afigurar como algo muito maior do que uma mera vontade prática.

Entre os autores brasileiros, esclarece Jesus (1990), sobre a posição da inexigibilidade de conduta diversa figurando como causa de exclusão de culpabilidade:

Adotada a culpabilidade normativa, não há culpabilidade todas as vezes que, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, não se possa exigir do sujeito uma conduta diversa daquela por ele cometida. Assim, a expressão "causas supra-legais de exclusão da culpabilidade" significa causas de exclusão da culpabilidade, enquanto a não-exigibilidade constitui a razão de algumas causas de exclusão da culpabilidade. (JESUS, 2009, p. 479).

Como é de seu repetido posicionamento, o Código Penal brasileiro não declara expressamente filiação própria às diversas teorias desenvolvidas pelos pensadores vocacionados ao estudo da plêiade de institutos açambarcados na evidenciação do crime, na sua prevenção e combate. A opção legislativa deste diploma, que edifica o cabedal pátrio penal, é o de fazer percebida, em suas reticências e entrelinhas, as fundamentações científicas mais abrangentes que estão de forma tácita a servi-lo.

Hodiernamente, o viés dispositivo de nosso Código Penal permite ao intérprete, até mesmo ao menos atencioso deles, notar em seu corpo estruturante o acatamento de recomendações da discorrida teoria normativa da culpabilidade no tratamento dado ao fenômeno da infração penal. Com extremada notoriedade, traz aos que dele se servem, para o deslinde da tarefa da persecução penal, a indexação da tese da exigência da reprovabilidade da conduta do praticante do ilícito como sendo parte integradora da formação de sua culpa.

Subjaz evidenciada, portanto, na investigação sobre a culpabilidade – para que fique a mesma desmentida ou então seja confirmada no comportamento do alegado autor de conduta - a forçosa reflexão proposta ao entorno social: sobre cada indivíduo colocar-se na pele da pessoa acusada para, em seguida, ponderar se no lugar dela teria tomado atitude diferente da que está sendo examinada. Caso seja positiva a resposta, somente aí estaria admitido o cabimento da admoestação de alçada criminal – que, como já vimos, é a forma sancionadora de maior gravame na sociedade.

Consagrado o finalismo como a ideia que contribuiu com a mais clara resposta para o intrincado problema da dificuldade de aferição do sentimento de reprovabilidade social de uma discutida ocorrência, a culpabilidade veio a assumir o formato que apresenta no Código Penal brasileiro, não de modo ostensivo, como já salientado, mas em decorrência da majoritária interpretação que dele é feita pelos juristas a isto dedicados. Com efeito, da leitura do Código Penal brasileiro deduzem-se que são integradoras do instituto da culpabilidade: a) a imputabilidade; b) a possibilidade de conhecimento do injusto; c) a exigibilidade de conduta diversa. Este último constructo veio dar a tônica de pragmatismo, da qual flagrantemente se sentia a falta nas propostas de reflexão sobre a reprovabilidade na conduta do infrator, nos casos concretos postos em exame. Ao simplificar o exercício intelectual, concedendo ao intérprete, sempre perplexo ante aos imbróglios preponderantemente subjetivos, a ferramenta prática de se imaginar no lugar do agente, para daí ponderar se teria ou não atuado de maneira diferente da deflagrada, a teoria pôs em xeque definitivo as suas concorrentes.

Da implícita aceitação do finalismo pelo diploma penal brasileiro de maior envergadura, o Código Penal, o crime vem então concebido com a seguinte

estrutura: Fato Típico, integrado por a) Conduta; b) Resultado; c) Nexo de Causalidade; d) Tipicidade.

Fato Antijurídico, caracterizado não pela ocorrência, mas pela ausência de quaisquer justificativas que expliquem satisfatoriamente o porquê da atuação do agente – vista num primeiro momento, e em rompanse preliminar, como criminosa pelo fato de intuitivamente ser contrária aos interesses jurídicos protegidos penalmente. Desta ocorrência de justificação, por ora, dá-se o exemplo da legítima defesa e se pede a devida vênua para exame posterior, trazido no desenvolvimento do presente estudo, dada a complexidade da temática.

Fato Culpável – o qual, ressalta-se, constitui o foco desta dissertação – que obedece a seguinte estrutura: a) Imputabilidade do agente causador do malefício social; b) Potencial consciência da ilicitude da ocorrência; c) Exigibilidade de conduta diversa da que foi praticada.

Consubstanciando o apresentado, cumpre o tratamento detido de cada um destes aspectos – Fato típico, Fato Antijurídico e Fato Culpável – que são obrigatórios na análise de todo crime.

Antes, porém, cumpre se fazer uma ressalva. Em que pese a alegada adoção tácita do Código Penal brasileiro ao finalismo e às ideias da normatividade da culpabilidade, os estudos sobre este fenômeno continuam efervescentes no âmbito acadêmico. As últimas décadas assistiram ao surgimento de noções segundo as quais a culpabilidade não seria bastante para justificar a imposição de pena à pessoa que afronta criminosamente os limites impostos pela sociedade. Superposta ao exame da ocorrência da culpabilidade, estas teses ponderam ser de igual importância a verificação sobre a utilidade da aplicação da punição para a prevenção de novos fatos criminosos futuros. Essa discussão vem no bojo de indagação mais abrangente, a qual debruça sobre as consequências que adviriam na hipótese em que as pessoas percebessem melhor a reconhecida incapacidade humana de provar empiricamente a existência do livre arbítrio. O penalista alemão Claus Roxin (2013), um dos expoentes desta nova corrente crítica, pondera que ante a impossibilidade de um ser humano, de fato, colocar-se no lugar da pessoa que chama a atenção social com o cometimento do fato pretensamente criminoso - assumindo desta os valores, os livros lidos, as experiências vividas, os seus temores e anseios, as suas limitações, as suas fraquezas e fortalezas -, a recomendação do

pensamento finalista quanto ao julgador realizar a auto-indagação sobre a sua disposição em fazer ou não exatamente o que o julgado fez caso estivesse em sua posição conjuntural, perde completamente o sentido e cai peremptoriamente por terra. Em substituição, sugere sejam concentrados esforços em outro tipo de pergunta: será que a pessoa em questão, no momento em que decidiu cometer o delito, tinha acesso à informação sobre a proibição daquele fato em virtude da existência de uma norma social construída exatamente para evitá-lo?

A este pensador alemão junta-se seu conterrâneo Günther Jakobs, o qual, agregando novas inquietações ao juízo da culpabilidade, mantém contudo a crítica central de que a reprovabilidade social não guarda correspondência exata com a noção de culpabilidade. Desta forma, a crítica trazida por esta contemporânea corrente ataca o cerne do que instrui o finalismo: a questão da reprovabilidade social como justificante da definição da culpa. Em sua obra, Jakobs e Meliá (2015) dão tônica a elementos estreitamente vinculados à Filosofia do Direito concebida por Hegel, ao assumir a sanção penal como instrumento de manutenção da credibilidade do contrato social. Inspirados na lei dialética, ressaltada por Hegel, Jakobs e Meliá enfocam o Direito como representante da vontade geral amadurecida da sociedade, ao passo que compreendem a transgressão como uma negação dessa vontade coletiva. A pena, nesta perspectiva, viria como uma negação da negação. Uma desautorização, dirigida ao particular, de que a sua concepção de mundo, em que não vigora o ponto específico do ordenamento que foi desrespeitado, não merece prosperar em detrimento dos interesses da comunidade. Portanto, em consequência da aplicação da pena, estaria de volta, íntegra e protegida, a construção legal desenvolvida pela sociedade para aquele tempo e lugar. Tal construção corresponderia à etapa da síntese prevista no modelo dialético. Ao aplicar a sanção penal, os representantes do povo dizem ao indivíduo: - A ruptura do sistema por ti sugerida, uma antítese, foi repelida em face da firme convicção de que os argumentos constitutivos da tese original correspondem aos anseios que defendemos para a sociedade.

O Direito, na condição de mecanismo criado bionicamente pelo homem para reduzir-lhe as complexidades da vida, impondo a todos as orientações pré-concebidas que, segundo se pensa, apontam para os caminhos considerados mais seguros e eficazes, está baseado num sistema de expectativas que se criam entre os pactuantes. Tais expectativas, no entanto, como o próprio nome indica,

constituem um conceito contingencial e podem ser rompidas por pessoa que decide não praticar aquilo que dela era esperado. No enfoque fundamental de Jakobs e Meliá, é aí que entra a função da imposição penal: como medida de reação frente a tais comportamentos destrutivos.

Em que pese a grande inquietação, trazida por tais pensadores contemporâneos, que, ao continuarem cultuando o assunto da culpabilidade ao agregarem-lhe novas ideias, dão mostras de que a questão está longe de se tornar pacífica, o Código Penal brasileiro, com origem em 1940, mantém-se apoiado no finalismo welzeliano. Ademais, fica a ressalva de que um instituto tão instigante, como é a formação da noção, pelo grupo social, acerca da culpa de alguém, põem-se ao lado de grandes temas da humanidade - como o são o próprio conceito abrangente de justiça ou a indagação sobre a legitimidade de um ser humano dar a si o poder de se impor como carrasco de outro, condenando-o a morte – para manterem-se, talvez *ad infinitum*, como temas para os quais a humanidade jamais chegará a ponto pacífico de reflexões razoavelmente convergentes.

## **2.2 Estrutura do Fato Típico, do Fato Antijurídico e do Fato Culpável em conformidade com a Teoria Finalista Welzeliana da ação.**

### **2.2.1 Fato Típico**

Segundo a doutrina de Jesus (2009), o Fato Típico constitui-se no fato indesejado trazido ao mundo pelo comportamento humano que traz por consequência um resultado material lesivo de valor ou bem jurídico digno de ser protegido pelo Estado, segundo o princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*.

Trata-se do primeiro substrato do crime, sem o qual não há que se falar em conduta passível de punição a ser reclamada pela sociedade. Este requisito inaugural do delito é integrado por quatro elementos: a) Conduta; b) Resultado; c) Nexos de Causalidade; d) Tipicidade. Sobre o elemento conduta, a corrente finalista, inaugurada por Welzel, a expressa como sendo a ação ou omissão humana consciente dirigida a uma finalidade.

Pelo exposto, observa-se que os seres irracionais não são aptos a praticar condutas. Em seguida, evidencia-se como qualificativo do instituto estudado a necessidade de consciência sobre a sua realização. Logo, os atos praticados em situações de ausência, como os representados pelo sonambulismo e pelos atos

reflexos, não têm o condão de caracterizá-la. Em continuidade, os adeptos do finalismo – que, como já foi salientado, configura a perspectiva de análise mais coerente com as opções legislativas constantes do ordenamento penal brasileiro – conduziram o aspecto finalístico para integrar o comportamento humano causador do crime. Isto fez emergir a conclusão de que para existir como tal, a conduta deve permitir ao seu praticante conhecer as possíveis consequências da sua realização. Em complemento, divisa-se a conduta podendo assumir a forma de uma ação ou de uma omissão. No primeiro dos casos, o sujeito intervém positivamente no universo dos fatos, nele empreendendo alteração pela via do fazer algo. Na outra situação, o criminoso produz o impacto na realidade em virtude de um não fazer, quando isto dele era esperado; logo manifesta-se por uma negação da conduta considerada conveniente e oportuna. Assim, pratica conduta criminosa tanto aquele que deliberadamente adentra a casa alheia para tomar bens que não lhe pertencem, como também aquele que, em situação específica de cuidados hospitalares necessários, deixa de dar o remédio na hora aprazada ao paciente, acarretando-lhe a morte.

Com relação ao segundo dos elementos do Fato Típico, o resultado, tomando-se o viés de sua compreensão naturalística, pode ele ser entendido como a modificação do mundo externo pelo comportamento humano. Em sua dimensão normativa – pragmática e técnica – o resultado se define pela lesão ou ameaça de lesão a interesse protegido pela norma penal. Quanto a este último ponto, o resultado pode tanto se caracterizar no caso de um homicídio consumado quanto no de uma tentativa de homicídio.

Em outro turno, o resultado pode ser material e, portanto, aferível por exame levado a cabo sobre o objeto que foi impactado pelo comportamento – como, por exemplo, o rosto machucado de alguém que sofre lesões corporais e que será submetido a perícia correspondente -, mas também pode ser somente formal – nas situações em que apesar de o universo dos fatos conservar-se intacto depois da conduta desenvolvida, a mente legislativa reputa ter sido colocado em risco uma garantia preciosa à sociedade, o que pode ser conferido no exemplo da ação de dirigir veículo automotor com índice de alcoolemia acima do tolerado pela lei.

Tocante ao Nexo de Causalidade, o terceiro dos elementos de sustentação do Fato Típico, assim se manifesta o Código Penal brasileiro:

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (Redação dada pela Lei nº 7.209 de 11.7.1984).

§ 1º - A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou. (BRASIL, Código Penal, 1940).

Antes do tratamento mais cuidadoso do instituto, vem também pertinente a concepção segundo a qual o nexo causal se constituiria no elo físico (material, natural) que se estabelece entre a conduta do agente e o resultado naturalístico. (JESUS, 2009).

Para dar tratamento ao instituto, desenvolveram-se duas concepções: A Teoria da Equivalência dos Antecedentes e a Teoria da Causalidade Adequada. De acordo com a primeira - da condição *sine qua non* -, não há a menor diferença nas espécies de causa ou a existência de uma causa mais ou menos importante que a outra. Tudo é considerado condição equivalente para se chegar ao resultado. Pela segunda, o evento assinalado só poderá ser considerado causa do resultado se ele se constituir apto e idôneo a sua produção.

Jesus, (2009) traz uma alegoria aplicável ao cotejamento das duas Teorias, quando analisa o suposto caso do homicídio de B cometido por A, desdobrado em uma série de fatos, alguns antecedentes, dos quais faz-se destaque: 1) a produção do revólver pela indústria; 2) aquisição da arma pelo comerciante; 3) compra do revólver pelo agente; 4) refeição feita pelo homicida; 5) emboscada; 6) disparo de projéteis na vítima; 7) resultado morte.

Tomada essa cadeia de fatos, Jesus (2009) continua sua argumentação dizendo que o resultado não teria advindo, caso se excluísse quaisquer dos eventos números 1 a 3 e 5 e 6. Em contrapartida, conclui que, mesmo com a exclusão do fato constante sob o número 4 (refeição), ainda assim o evento teria acontecido. Deste modo, caso a lei brasileira tivesse aderido plenamente à Teoria da Equivalência dos Antecedentes, somente o evento atinente à refeição do autor do crime não seria considerado como causa determinante para a produção do resultado. Neste quadrante, vê-se bem claramente que este não foi o posicionamento assumido pelo Código Penal brasileiro - o de trabalhar com o conceito de causa e efeito segundo os ditames das Ciências físicas, com a

bastante observação da ação e da reação no campo fático. As duas teorias conjugam-se para estabelecer que será responsabilizado pelo crime aquele a quem se puder atribuir comportamento estritamente relacionado com o resultado e, conforme o anúncio do parágrafo 1º do artigo em pauta, desde que não ocorra uma circunstância superveniente que quebre a linha de ligação entre a conduta original e o prejuízo final ao valor jurídico a que se dá guarida.

Assim é que, na hipótese de explosão, por atentado terrorista, da ambulância que transporta um sujeito ferido por arma branca, o agressor da vítima não responderia por homicídio consumado no caso em que o ataque a bomba ensejasse a morte de todos os ocupantes do veículo e ficasse impossível discernir-se acerca da letalidade do ferimento imposto. Devido à quebra do nexos causal, por este evento ulterior, ao esfaqueador somente recairia a acusação de tentativa de homicídio. Enfim, quanto a Tipicidade, entendida como o derradeiro dos elementos do Fato Típico, cumpre conhecer-se a preleção de Bitencourt: "A Tipicidade é uma decorrência natural do princípio da reserva legal: *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*. Tipicidade é a conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal". (BITENCOURT, 2009, p. 275)

Dada a inteligência desenvolvida pelo autor, verifica-se que, para ser qualificado como sendo típico, o fato precisa estar justaposto a um modelo descrito na lei penal. Em outros termos, há a exigência de que o fato humano se amolde perfeitamente ao tipo penal, o qual, por sua vez, pode ser descrito como sendo o conjunto dos elementos do fato punível que são descritos pela lei. (Bitencourt, 2009). Ainda sobre a Tipicidade deve-se reconhecer que: "Tipicidade, num conceito preliminar, é a correspondência entre o fato praticado pelo agente e a descrição de cada espécie de infração contida na lei penal incriminadora." (JESUS, 2009, p. 256).

No tópico organizado a seguir poderão ser conhecidas as causas que o legislador estabelece com a força de retirarem a própria antijuridicidade do fato típico – dito de outro modo, com o poder de descaracterizar o caso em exame da sua intrínseca condição de contrariedade à lei.



### 2.2.2. Fato Antijurídico

Abrindo as tratativas quanto ao segundo dos aspectos consignados imperiosos para a compreensão do fenômeno do crime, colhe-se as palavras de Jescheck, que muito esclarece ao diferenciar a antijuridicidade do conceito ontológico do injusto: "Antijuridicidade é a contradição da ação com uma norma jurídica. Injusto é a própria ação valorada antijuridicamente." (JESCHECK, 1981, p. 315).

Subjaz, portanto, em seu entender, a antijuridicidade como representação de um predicado, sendo o injusto concebido como substantivo. A lição de Jescheck vem aqui complementada pelo direcionamento dado por Welzel:

O injusto é a forma de conduta antijurídica propriamente: a perturbação arbitrária da posse, o furto, a tentativa de homicídio, etc. A antijuridicidade, por sua vez, é uma qualidade dessa forma de conduta, mais precisamente a contradição em que se encontra com o ordenamento jurídico. Todas as matérias de proibição, reguladas nos diversos setores do Direito, são antijurídicas para todo o ordenamento jurídico. (WELZEL 1964, p. 48-9)

No Código Penal brasileiro, quatro são as situações previstas com a aptidão de afastar a antijuridicidade da ocorrência discutida como sendo criminosa. Duas delas vêm agrupadas em um mesmo inciso.

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos. (BRASIL, Código Penal, 1940).

No que toca ao estado de necessidade e à legítima defesa, o próprio diploma legal opta pela definição formal das situações, no bojo do sequenciamento sistemático do ordenamento, com as previsões constantes dos artigos 24 e 25. Com respeito ao estrito cumprimento de dever legal e ao exercício regular de direito, o documento remete a tarefa à lavra dos eruditos doutrinadores criminalistas.

Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

Parágrafo 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

Parágrafo 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. (BRASIL, Código Penal, 1940).

De posse dos destacados preceitos legais, baliza-se, como reconhecível, a conflagração de hipótese de estado de necessidade a favorecer quem pratica o ato colocado sob persecução penal, quando o sujeito é movido pelo ânimo de salvar direito próprio ou de terceira pessoa, em situação na qual seria razoável a exigência do sacrifício. Segundo a melhor doutrina, a razoabilidade se configura quando o bem protegido é de maior relevância que o bem sacrificado. No caso de não o ser, dependendo da avaliação do intérprete, pode remanescer cabível a constatação do estado de necessidade exculpante – de natureza diferente da conformação clássica. Quanto às condições complementares cobradas por lei, faz-se menção à exigência de que o perigo: a) seja atual – ou ao menos iminente, de acordo com a mitigação do rigor da lei feita pela doutrina -; b) que o perigo não tenha sido provocado pela própria ação daquele que alega a situação excepcional; c) e que não seja concebido outro meio de afastar a incidência do prejuízo, a não ser pelo sacrifício do bem colocado em xeque.

No que diz respeito à hipótese de legítima defesa, os requisitos que, como se viu, vêm cobrados na lei são cinco. Aquele que solicita tal justificativa, para eliminar a antijuridicidade da ocorrência pela qual responde, precisa comprovar ter atuado: a) fazendo uso moderado; b) com relação a um meio considerado como de necessária aplicação; c) no intuito de repelir uma agressão que seja injusta; d) que esta afronta seja atual ou iminente; e) por último, que ela se dirija a bem próprio ou de outrem. Sobre a distinção entre as duas primeiras excludentes constantes do artigo 23 do C.P., Fragoso apresenta:

O estado de necessidade não se confunde com a legítima defesa. Nesta, a reação realiza-se contra bem jurídico pertencente ao autor da agressão injusta, enquanto naquele a ação, dirige-se, de regra, contra um bem jurídico pertencente a terceiro inocente. No estado de necessidade há ação, na legítima defesa, reação (...) (FRAGOSO, 1985, 190).

Dando tratamento as duas outras situações previstas no mesmo inciso III do artigo 23 do Código Penal, colacionam-se lições de Bitencourt (2009). Quanto ao primeiro caso, o autor assevera ser preponderante a observância fática de dois requisitos para que haja o estrito cumprimento de dever legal: a) que sejam rigorosamente cumpridos os atos realmente necessários para o desencargo da tarefa investida; b) que o dever seja imposto por lei, e não, diferentemente, decorra de obrigação moral, religiosa ou de outro tipo. Desta hipótese de justificação, dando seguimento a sua erudição, apõe os exemplos do policial que encarcera o criminoso, detido em flagrante cometimento do delito, e do carrasco que executa a sentença de morte – isto nos Estados em que a admitem.

Sobre o exercício regular de direito, Bitencourt (2009) comenta ser crucial o entendimento acerca do termo "regular". Assim, toda a conduta que vier alicerçada na obediência a todos os requisitos objetivos cobrados na ordem jurídica estará em acordo com o Direito. O ordenamento não pode, ao mesmo tempo, conceder e proibir uma mesma prerrogativa. Deste modo, são exercícios regulares a prática de lesões naturalmente realizadas na ocasião de processos cirúrgicos, bem como também são regulares os socos desferidos por pugilista enquadrado na mesma categoria do oponente – neste último caso, desde que se respeitem as regras do esporte.

No ensejo do encerramento deste tópico, permite seja dado o realce de que, mediante a configuração de quaisquer destas hipóteses legais de exclusão da antijuridicidade é inafastável a absolvição do acusado. Outrossim, cumpre ressaltar que o cabimento de uma causa excludente mais específica e pertinente ao caso inarredavelmente trará o afastamento de outra mais geral. Portanto, advém o entendimento de serem as mesmas inconciliáveis.

O tópico seguinte traz a abordagem do aspecto do crime mais caro ao objeto desta dissertação. Trata-se do Fato Culpável. Nele, está abrigado, entre outros institutos, aquele que fala particularmente ao tema deste trabalho: a exigibilidade de conduta diversa e a sua correlata causa de exclusão, a qual, de forma bastante explícita, vem intitulada inexigibilidade de conduta diversa.

### 2.2.3 Fato Culpável

Para a exata compreensão da culpabilidade, julgou-se adequado, em que pese o tempo tomado do leitor, ao qual se pede vênia, o relato, sucinto, de como o instituto evoluiu para vir encontrar a posição a ele atribuída, ainda que tacitamente, na legislação penal brasileira. Isto foi conduzido no início deste capítulo, com o exame das teorias que foram sucedendo umas às outras, a partir da produção de mútuas críticas. O tema, como se disse, é árido e exige, do estudante a ele dedicado, uma verdadeira ginástica no campo das abstrações.

Como abertura deste tópico, quer-se apresentar reflexão que mais a frente ajudará no entendimento mais escoreito do que seja a inexigibilidade de conduta diversa. Após este introito reflexivo, serão abordadas as questões da inimputabilidade e da falta da potencial consciência da ilicitude, as quais, não obstante se constituírem matérias das quais também se derivam controvérsias, segundo se pensa, não possuem carga de abstração equiparável a da "inexigibilidade". A proposta perpassa pela consideração de duas hipóteses às quais o Direito aplica diferentes soluções, com respeito à culpabilidade. Vamos à primeira:

Um homem, comunicado pela namorada sobre o estado de gravidez desta, recomenda-lhe a ingestão de comprimido abortivo, apresentando-o como inócuo medicamento fortificante. Mais tarde, vem saber que a moça, tendo tomado a dose orientada, antes viera a recolher sangue para um exame mais efetivo. O fato, que vem constatado, é o de que a mesma nunca estivera grávida. Tratou-se, o tempo todo, de um "falso positivo". Ante a incidência daquilo que, na doutrina penal, recebe o nome de crime impossível, - no caso por absoluta impropriedade do objeto sobre o qual recai a ação, posto que mulher não grávida não está apta a abortar –, abre-se o dilema que se quis trazer a lume: A intenção do indivíduo foi verificada como patente, no entanto, o Direito não o considera culpado de nada, haja visto não ter produzido qualquer alteração no mundo dos fatos!. Dimensionado o primeiro caso, passemos ao segundo, para que então se torne possível o buscado cotejamento.

Um indivíduo que caminha, armado, por uma viela de difícil acesso, avista, do outro lado de um muro baixo, o inimigo a quem procurava. De seu ângulo de visada, consegue enxergar apenas a cabeça do desafeto, não podendo aperceber-se do que se passa por detrás do anteparo. Ocorre que ali se avizinha os estertores da realização de um tribunal do crime, estando o sujeito, ao qual observa,

preparando-se para desferir um disparo fatal contra a frente do "réu". Sucede que, um pouco antes disto acontecer, tal carrasco queda-se, atingido na cabeça, pelo sujeito que vinha pela viela. Esclareça-se que, durante todo o episódio, o atirador não fazia ideia de que o seu comportamento salvaria uma vida. Aí está, para nos causar perplexidade, mais um dilema: de modo prático, a consequência da atuação do sujeito em quase tudo se identifica com a hipótese legal de legítima defesa, a não ser naquilo que se relaciona com sua conduta finalística – em outros termos, a consciência sobre o comportamento dirigir-se a fim amparado pelo Direito, conforme requisito que, segundo o finalismo de Welzel, não pode estar separado da conduta integrante do Fato Típico. Todavia, ao contrário da primeira hipótese aventada, nesta passagem o indivíduo tem a intenção de praticar um homicídio de emboscada, contudo, aquilo que acaba por vir a praticar, materialmente pode ser refletido como um ato de legítima defesa de terceiro.

Assumido o cotejamento das duas situações, toma vulto dilema de ainda maior complexidade: na primeira das situações, o Direito releva como importante o fato natural praticado pelo envolvido – ele queria, mas não causou o aborto; na segunda, o Direito concentra a sua atenção na intenção do agente – ele defendeu uma terceira pessoa de ser vítima de homicídio, mas não quis proceder desta forma. Sobre as situações, impõe dar-se o retrato final: segundo os ditames da legislação penal brasileira, no primeiro caso o sujeito beneficia-se da absolvição enquanto no segundo caso ele deverá responder por homicídio doloso. Ante ao deslinde combinado dos casos, acredita-se estar posta a premente dificuldade, experimentada por cientistas de todas as épocas, de se pronunciar a respeito da alocação mais adequada para o instituto da culpabilidade: na ação do pretenso infrator e, portanto, em seu íntimo subjetivo? Ou, de outra forma, em como é compreendido o seu ato pela sociedade e, portanto, levando-se em conta o juízo de reprovabilidade que é feito sobre o seu comportamento? Não bastasse este ferrenho embate teórico, o que dizer sobre esta simples, mas gigante, adaptação do caso número um?

Digamos que o homem saiba, desta vez, sobre verdadeiro caso de gravidez de sua esposa, no entanto, esteja também ciente de que a gravidez, se levada até o final, tem potencial, em grau elevado, de causar o óbito da gestante, sendo esta condição de risco por ela ignorada. Dando mais dramaticidade à situação, digamos suceder que esta gravidez configura a última possibilidade de o casal ter o filho tão

desejado, reconhecendo, ademais, o marido, intimamente, que sequer poderá cogitar com a esposa sobre o abandono da tentativa. Quanto ao final, tudo ocorre da mesma maneira. O homem dá a mulher um remédio abortivo; ela o ingere e o aborto acontece. E então, o que dizer sobre a reprovabilidade social desta conduta? Seria defensável, para o agente, a versão da configuração de caso de inexigibilidade de conduta diversa? Este assunto imbrica-se, marcadamente, com a questão da obediência hierárquica – tema fundamental desta dissertação – e será analisado ao final deste capítulo, tão logo nos desincumbamos do tratamento da imputabilidade e do tratamento da potencial consciência da ilicitude.

No entanto, a fim de cumprir tal desiderato, preliminarmente enfatizaremos o elenco dos elementos da culpabilidade. Ato contínuo, será feita a análise dos dois primeiros casos, reconhecendo deles as suas correspondentes hipóteses negativas, chamadas tecnicamente de causas de exclusão. Quanto à exigibilidade de conduta diversa e sua pertinente "antimatéria", logrou-se acomodá-las em tópico específico subsequente.

Posta esta orientação, cumpramos o projeto. Constituem-se elementos da culpabilidade: a) Imputabilidade; b) Potencial consciência da ilicitude; c) Exigibilidade de conduta diversa. Tais institutos vêm chamados como elementos porque devem estar presentes na situação, um a um, para que a culpabilidade seja constatada.

Sobre a imputabilidade, Welzel (1964) se manifesta dizendo constituir-se ela da capacidade de culpabilidade, ou da aptidão para ser culpado. Em complemento, Munoz Conde (1988) assevera que "quem carece desta capacidade, por não ter maturidade suficiente, ou por sofrer de graves alterações psíquicas, não pode ser declarado culpado e, por conseguinte, não pode ser responsável penalmente pelos seus atos, por mais que sejam típicos e antijurídicos". (MUNOZ CONDE, 1988, p. 137).

A ausência da imputabilidade é denominada inimputabilidade – esclareça-se, aos menos afeitos ao Direito, que o sufixo "im", do termo imputabilidade, incita à confusão por passar aos desatentos a impressão de se referir aos indivíduos que não merecem ser punidos. Contornado o suscetível equívoco, observemos o que preleciona o nosso Código Penal, no seguimento que vai do artigo 26 até o artigo 28, com respeito às três modalidades de inimputabilidade que podem ser admitidas no comportamento do investigado, com a ressalva de que este último artigo - o que

trata das hipóteses de embriaguez notada no autor do delito -, cogita de eventual ausência de culpa, a *contrariu sensu*, do réu, ou seja, primeiro afirma no corpo principal do comando de que a embriaguez, em princípio, não isenta de pena o réu, para depois sinalizar, nos parágrafos em que se dividem o conteúdo pleno da prescrição legal, que a culpa ficará afastada nos eventuais casos de embriaguez completa e accidental, vindo, esta última, descrita como a que não é causada voluntariamente pelo réu.

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:

I - a emoção ou a paixão;

II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

Parágrafo 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (BRASIL, Código Penal, 1940).

Percebe-se, assim, referir-se, a inimputabilidade, às razões de ordem intrínseca ao agente que o conduzem ao status de não ser receptivo à imposição da sanção penal como justa medida ao ato de agressão que fez à sociedade.

O artigo 26 cuida de dois casos distintos de inimputabilidade: a) por reconhecimento, na pessoa, de situação mental deficitária em relação à média social; b) derivada de alteração genética, patológica ou mesmo social. Neste artigo estão encampadas a proteção aos loucos de todos os gêneros, nas categorias

reconhecidas pela lei, e a proteção aos que manifestam desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

O artigo 27, acima transcrito, traz o exame da situação, prevista no Código, em que é reconhecida, no agente, certa condição de imaturidade psíquica que é suficiente para ocasionar a não adequação, em si, das penas previstas regularmente.

O artigo 28, por sua vez, dedica-se a eventual caso mais específico, em que o autor da delinquência apurada é circunstancialmente tornado vítima de uma cogitada situação de embriaguez forçada ou furtiva. Carrara (1971) reflete ser a imputabilidade o juízo que construímos sobre um fato futuro, imaginado como meramente possível; por sua vez, a imputação consistiria no juízo de um caso verdadeiramente transcorrido. Dessa maneira, enquanto, no primeiro caso, estaríamos diante da contemplação de uma ideia, no segundo, haveria a deflagração do exame de um acontecimento concreto.

Desta lição, pode-se deduzir que a imputabilidade não é outra coisa senão capacidade de culpabilidade. Como consequência, quem, porventura, carece desta capacidade, por não possuir maturidade suficiente, ou por sofrer de graves alterações psíquicas, não pode ser declarado culpado e, por conseguinte, não pode ser responsável penalmente pelos seus atos, por mais que sejam típicos e antijurídicos".

Cumprindo os propósitos desta dissertação, com respeito ao tema da inimputabilidade por doença mental catalogada como exculpante ou por constatação de caso de desenvolvimento mental incompleto ou retardado do agente sob jurisdição, é relevante discorrer que o Direito Penal brasileiro optou pela adoção do sistema biopsicológico para proceder aos exames pertinentes. Deste modo, nossa lei considera não passível de penalização aquele que, em razão da existência de limitação ao normal funcionamento da mente, no momento do cometimento da prática jurisdicionada, era incapaz de entender, com plenitude, o caráter ilícito de sua ação ou de determinar-se segundo este entendimento.

Debruçando-se sobre o tema com a argúcia necessária, evidenciam-se algumas considerações a que se fica comprometido dar domínio ao leitor. A



primeira diz respeito à distinção entre a hipótese de doença mental, que acomete um indivíduo e o leva a condição, em certa medida incapacitante, dos atos normais da vida, e a hipótese de malogro no desenvolvimento pleno da capacidade mental de outro indivíduo, acarretado por defeito de nutrição ou por ausência de estímulos sensórios em períodos entendidos como cruciais ao seu desenvolvimento – no que toca a este último caso, somente para repousarmos em algumas ilustrações passíveis de serem produzidas. Não obstante esta diferenciação, de natureza teórica, da restrição mental, o efeito prático é idêntico para as duas hipóteses, restando somente a tarefa complementar de proceder-se ao dimensionamento de uma ou outra das limitações retratadas, com o objetivo de determinar-se a inimputabilidade total ou então a semi-imputabilidade. A outra das considerações despende sobre a justaposição, pelo crivo do legislador pátrio, dos dois sistemas definidores dos critérios que se conjugam para a constatação sobre a imputabilidade ou inimputabilidade do indivíduo: o biológico e o psicológico. De maneira diversa ao que fazem sistemas penais de alguns outros países, que acolhem isoladamente um ou outro, o sistema brasileiro conjugou os ditames das duas teorias, culminando por exigir, para o desiderato da constatação da inimputabilidade, tanto a configuração do critério biológico – se há uma perturbação mental mórbida atribuível ao indivíduo – quanto a configuração do critério psicológico – se, com efeito, esta perturbação estava ativa no momento do cometimento do ilícito e se pode ser considerada como causa desta consequência.

Como derradeiro destaque ao assunto, vale ainda a chamada de atenção para a última parte da prescrição do artigo 26 do Código Penal em comento, para que não se passe despercebida a hipótese da compulsão, a qual também vem afirmada na lei como apta a gerar a inimputabilidade do agente.

Para o enfoque desta condição, faz-se digressão ao artigo já citado, dando-se destaque ao teor aqui ressaltado:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (BRASIL, Código Penal, 1940).

Trata-se, por exemplo, do sensível caso da cleptomania, que é uma alteração mental em que o paciente, mesmo sabendo da ilegalidade do seu ato de

furto, incorre em estado psicossomático que o impele a agir contra a razão formada sobre a conduta.

O artigo seguinte inaugura nova assentada ao tratar da inimputabilidade por idade tenra. Com base nesta construção penal, fica estabelecida a imaturidade do autor do ilícito que possui idade inferior a 18 anos, no momento da prática criminosa. Em que se pesem e se sopesem as posições críticas a respeito do marco da maioridade penal no Brasil, que com recorrência notória ocupam a berlinda da tribuna política, angariando vozes que se impõem maiusculamente a favor da manutenção do status quo e outras que acenam para a necessidade de sua reforma para um patamar etário inferior, a idade biológica que é hodiernamente levada em conta para se que estabeleça - é lógico que ficticiamente e em projeção das condições medianas observadas na sociedade - o alcance do desenvolvimento psicossocial emancipatório e condizente com a assunção das responsabilidades de tudo aquilo que se faz na vida adulta, continua calcada nos 18 anos de vida. Assim como ocorre com todos os assuntos caros ao Direito, que é Ciência incumbida de regular antecipadamente os fatos realizáveis em sociedade e que se sustenta no estado da arte da melhor técnica alcançada pelas outras Ciências dedicadas ao tema - como a Psicologia, a Sociologia e que tais -, faz-se necessário o estabelecimento de marcos divisórios, a partir dos quais os casos passam a ser distinguidos. Se dita separação não imita, em feitio e eficácia, o que ocorre com um espigão divisor de águas de bacias hidrográficas distintas, a regulamentação social, infelizmente, não pode deles prescindir, posto que a via alternativa, representada pela defensável análise de casos per se, exigiria o aporte de inestimável montante de investimento monetário em socorro da miserável persecução penal brasileira e, mais danoso que isto, surtiria o efeito de abrir inéditas portas às práticas da corrupção, que poderiam vir ilustradas na fictícia manifestação, diga-se, nada científica, por parte de contratado perito psiquiátrico, cuja performance artificial e maliciosa caberia dentro dos bolsos polpudos do pai ou responsável legal do jovem "criteriosamente" examinado.

Ao fim da análise compromissada neste subcapítulo, voltam-se os olhos - desta feita com maior superficialidade, em vista de se dar cumprimento ao recorte pretendido para este trabalho - para as condições sob as quais a embriaguez pode

ser erigida como definidora da inimizabilidade do sujeito sobre o qual incide a norma tipificadora.

O último dos comandos citados – o artigo 28 do CP - anuncia o caso dos exculpados devido à embriaguez completa e acidental. Para a aplicação desta excludente, a lei exige a presença concomitante de dois pressupostos: a) a plenitude da inconsciência da pessoa; b) que o estado ébrio seja causado por motivo de caso fortuito ou força maior, como, por exemplo, o que é divisado na situação do entorpecimento clandestino. Tomada a exata dicção da lei, poderia o consultante do artigo em comento entrever a embriaguez completa e acidental como formas distintas, alternativas ou mesmo não excludentes de estados de ebriedade diversos. Na verdade, o que estão prelecionados na lei penal codificada são os critérios, que uma vez combinados, vão dar à condição de confusão mental, produzida pela ingestão de substâncias entorpecentes, mormente no caso concreto o álcool, o potencial de excluir a culpa do indivíduo que esteja assim influenciado em relação ao episódio que lhe trouxe o embaraço penal. Neste sentido, é completa a embriaguez quando ao indivíduo não restar a mais ligeira capacidade de inteligência sobre o que faz, devido ao toldamento provocado pela ingestão, por qualquer via, da substância escolhida para o propósito. Quanto ao segundo critério, será a embriaguez tomada por acidental quando dela estiver divorciada a livre vontade do agente, devido ao fato de o estado ébrio ter-lhe sido compulsoriamente imposto, como no caso da clandestina administração da substância em copo de conteúdo originalmente inócuo às suas faculdades mentais, ou ainda quando a ingestão for derivada, mesmo, de ato de violência física. Para esta conjecturação, basta a trazida à memória dos clássicos, e modernamente combatidos, casos de trotes universitários e de despedidas de solteiro.

Com o exame da embriaguez exculpante, tem-se terminada a apresentação do conjunto completo das causas excludentes de culpabilidade baseadas na inimizabilidade. Retrocedendo um pouco no documento legal, mas indo adiante na divisão doutrinária do assunto, chegamos ao artigo que trata da excludente de culpabilidade da falta da potencial consciência da ilicitude e, por tabela, ao respectivo elemento positivo da sua configuração. Chama-se atenção de que, neste passo, a lei e a doutrina trocam de posição em relação ao tratamento dado à matéria anterior – da imputabilidade e da inimizabilidade. No âmbito desta temática, a lei

menciona expressamente a situação negativa, deixando para a doutrina a tarefa de reconhecer implícito o elemento correspondente.

Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência. (BRASIL, Código Penal, 1940).

A causa de exclusão de culpabilidade, que emerge da consideração deste tomado artigo 21 do Código Penal, versa sobre o eventual reconhecimento, pelo juízo convocado para a questão, da ausência da possibilidade de o agente compreender a conduta que praticava com a conotação de criminosa, posto estarem presentes algumas circunstâncias que lhe autorizavam cogitar de justa dúvida. Em face da análise do artigo, percebe-se ter-se erigido, na doutrina, o elemento Potencial Consciência da Ilcitude, ao passo que a lei encarregou-se de apresentar formalmente a correlata causa excludente de culpabilidade – a Falta da Potencial Consciência da Ilcitude.

Quanto ao elemento Potencial Consciência da Ilcitude, é notório, pela simples providência da leitura do caput do artigo 21, que a hipótese do recaimento em erro difere da alegação sobre a ignorância da lei. Esta, aliás, é afastada como argumento de justificação, por força da aplicação de um dos pilares de apoio da própria ciência do Direito, que é este: "ninguém pode alegar desconhecimento da lei para explicar uma conduta proibida". Não fosse assim, todos os demais argumentos de defesa perderiam o sentido e se renderiam a efetividade geral da alegação da falta de informação sobre a lei. Assim, remanesceria muito simples, para o acusado, justificar todas as suas faltas escorando-se na carência de conhecimento quanto a sua proibição pelo ordenamento.

A noção do erro de proibição passa longe de fazer tal sustentação. A inserção do elemento possibilidade de conhecimento do injusto, entre os pressupostos da formação de culpabilidade, tem o escopo de dar guarida a reprovabilidade social necessária para que se forme a ideia de culpa e de responsabilidade de pagamento pelo prejuízo causado. A concepção é a de que só

pode ser condenado, aos olhos da sociedade, aquele que possuía condições atuais de reconhecer que o seu comportamento desfilava-se do exigido em lei.

Sobre a diferenciação ente a ignorância da lei e o equívoco sobre a licitude de um comportamento, Bitencourt produz texto bastante elucidativo:

[...] de acordo com nosso Código Civil, coisa achada, da qual não se sabe quem é o dono, deve ser entregue à autoridade policial. O Código Penal, por sua vez tipifica-a como crime, equiparada à apropriação indébita (art. 169). Uma pessoa, por exemplo, encontra um objeto e, sem saber quem é o dono, fica com ele. Procurado pela autoridade policial, declara: "Olha, sempre imaginei que se deveria devolver coisa achada quando se soubesse quem é o dono. Quando este é desconhecido, sempre tive a convicção de que tal obrigação não existe". Estaria alegando apenas o desconhecimento da lei, ou erro sobre a ilicitude? É bem verdade que a ignorância da lei facilita o erro sobre a ilicitude. Quem de nós, encontrando uma caneta, valiosa ou não, procura a autoridade policial para cumprir o mandato legal? A lei diz uma coisa, mas esse comando legal não está disseminado na comunidade. (BITENCOURT, 2009, p. 405)

Passado a termo o elemento potencial consciência da ilicitude, decorre, silogisticamente, a natural compreensão da respectiva causa excludente nele assentada. Caso haja a carência, na situação examinada, da possibilidade de o indivíduo reconhecer que a proibição continuava existindo, mesmo ante a contextualização de circunstâncias por ele tomadas como excepcionais e, por isto, justificantes da sua conduta, estará comprovada a excludente de culpabilidade denominada Falta da Potencial Consciência da Ilicitude. Trilhado o caminho, estamos prontos para lidar com a temática mais cara ao desenvolvimento dessa dissertação.

### **2.3 A exigibilidade de conduta diversa na estrutura do Fato Culpável**

Em vista dos desideratos que alavancaram o presente estudo, o elemento exigibilidade de conduta diversa em companhia de sua respectiva excludente - a qual sinalizada presente no exame do caso concreto tem o condão de afastar a incidência da culpabilidade sobre o agente investigado -, merecem dedicação mais detida no evoluir desta realização acadêmica.

Como preâmbulo à abordagem mais esmerada do assunto, propõe-se a reflexão sobre os seguintes dilemas recolhidos (COSTA, 2018):

### **Dilema de Helga** (Beyer, 1976)

Helga e Raquel cresceram juntas. Eram as melhores amigas apesar do facto da família de Helga ser cristã e a de Raquel judia. Durante muitos anos, a diferença religiosa não parecia constituir problema na Alemanha, mas depois de Hitler tomar o poder, a situação mudou.

Hitler exigiu que os judeus usassem braçadeiras com a estrela de David. Começou a encorajar os seus seguidores a destruir os bens dos judeus e a bater-lhes nas ruas. Por último, começou a prendê-los e a deportá-los.

Circularam rumores de que os judeus estavam a ser mortos. Esconder judeus procurados pela Gestapo (a polícia de Hitler) era crime sério e violação da lei do governo alemão.

Uma noite, Helga ouve bater à porta. Quando abriu, viu Raquel nos degraus, envolvida num casaco escuro. Rapidamente Raquel saltou para dentro. Ela tinha tido um encontro, e quando regressou a casa encontrou elementos da Gestapo à volta de sua casa. Os pais e irmãos já tinham sido levados. Sabendo do seu destino se a Gestapo a apanhasse, Raquel correu para casa da sua velha amiga.

Se fosse convosco, o que fariam?

1º- Mandava Raquel embora (o que significava entregá-la à Gestapo e, consequentemente, condená-la à morte, dado que sabia que os judeus caídos nas mãos da Gestapo eram mortos);

2º- Escondia Raquel (o que significava pôr em risco a sua segurança bem como a da sua família dado que esconder judeus era considerado crime).

### **O condutor do "carro eléctrico"** (Sandel, 2011)

«Imagine que é o condutor de um "carro eléctrico" desgovernado que avança sobre os trilhos a quase 100 quilómetros por hora. Adiante, vê cinco operários a trabalhar nos trilhos, com as ferramentas nas mãos. Tenta parar o eléctrico, mas não consegue. Os freios não funcionam. Entra em desespero porque sabe que, se atropelar esses cinco operários, todos eles morrerão. (Consideremos que tem a certeza disso.)

De repente, nota um desvio para a direita. Nele vê um operário também nos trilhos, apenas um. Percebe então que pode desviar o "carro eléctrico", matando esse único trabalhador e poupando os outros cinco. O que deve fazer? Muitas pessoas diriam: Vire! Se é uma tragédia matar um inocente, é ainda pior matar cinco." Sacrificar uma só vida a fim de salvar cinco certamente parece ser a coisa correta a fazer.»

«Considere outra versão da história do "carro eléctrico". Desta vez, não é o condutor, mas sim um espectador, que se encontra numa ponte acima dos trilhos. (Desta vez, não há desvio.) O "carro eléctrico" avança pelos trilhos, onde estão então os cinco operários. Mais uma vez, os freios não funcionam. O eléctrico está prestes a atropelar os operários. Face a tudo isto sente-se impotente para evitar o desastre — até que nota, perto de você, na ponte, um homem corpulento, e pensa:

- Poderia empurrá-lo sobre os trilhos, no caminho do "carro eléctrico" que se aproxima. Ele morreria, mas os cinco operários seriam poupados. (ainda considera a hipótese de ser você a cair sobre os trilhos, mas apercebe-se que é muito leve para fazer parar o veículo eléctrico.)

Empurrar o homem "gordo" sobre os trilhos seria a coisa correta a fazer? Muitas pessoas diriam: "É claro que não. Seria terrivelmente errado empurrar o homem sobre os trilhos!

Empurrar alguém de uma ponte para uma morte certa realmente parece uma coisa terrível, mesmo que isso salvasse a vida de cinco inocentes. Entretanto, cria-se agora um quebra-cabeças moral: Por que o princípio que parece certo no primeiro caso — sacrificar uma vida para salvar cinco — parece errado no segundo?»

Com o foco voltado para a ponderação acerca dos dois dilemas apresentados, passemos a análise sobre a questão da conduta diversa tanto na sua forma positiva – o elemento componente da Culpabilidade, no tópico contíguo – quanto em sua forma negativa – a causa excludente de culpabilidade, no tópico seguinte.

### 2.3.1 A exigibilidade de conduta diversa como elemento do Fato Culpável

As razões de o instituto da exigibilidade de conduta diversa ser chamado a integrar o juízo de reprovabilidade, como já visto vestibularmente, tem o seu embrião detectado nas primeiras considerações de Frank (1907), sobre aquilo que refletia,

incipientemente, como sendo a culpabilidade. Depois, o instituto assume seu signo atual nos primórdios do desenvolvimento da teoria finalista da ação, de Hans Welzel.

O afastamento da possibilidade de se exigir, do indivíduo examinado, um comportamento diferente do que assumiu no fato efetivamente praticado, deve-se à compreensão, tomada pelas pessoas que estão do lado de fora da vivência – e que desta se colocam como intérpretes - de que há, no caso, por parte do avaliado, um conflito hercúleo entre causar e sofrer um mal, de difícil ou até impossível superação pelo humano mediano.

Segundo o apontado por Frank (1907), a culpa em sentido amplo é algo mais que uma relação entre o sujeito e o resultado: a culpabilidade requer a normalidade das circunstâncias em relação às quais o sujeito age. Portanto, ante a um fato criminoso devem ser esmiuçadas as todas as peculiaridades que o acompanham. Tais circunstâncias foram por ele denominadas "concomitantes" e teriam a força de excluírem a culpabilidade da ocorrência. Damásio de Jesus (2009) complementa o entendimento de Frank aludindo que é imperiosa a necessidade de ampliação do conceito de culpabilidade para abarcar também o estudo das circunstâncias do contexto, posto não ser cabível a formação de um juízo de reprovabilidade quando o indivíduo pratica o fato envolvido em situação de flagrante anormalidade.

A ideia de inexigibilidade de conduta diversa teria emergido da jurisprudência do Tribunal Imperial da Alemanha, que deitou análise, ainda na metade inicial do século XIX, sobre o caso *Leinenfänger* – "o cavalo desobediente às rédeas". No caso retratado, o proprietário de uma empresa de coches dá ordem clara a seu empregado para que coloque um "cavalo de caça" puxando a carruagem em serviço. Tais cavalos caracterizam-se por não obedecerem facilmente ao comando do condutor, treinados que são justamente para empreender perseguição à caça, uma vez avistada. O subordinado, diligente contra um suscetível incidente por ele antevisto, argumenta com seu chefe sobre a atitude temerária, mas é vencido ante a ameaça de lhe ser tomado o emprego de cocheiro. No itinerário ajustado, o cavalo cumpre o seu desenvolvido instinto e dispara em direção à caça, no momento em que a mesma adentra-lhe em seu campo de visão. De sua ação, resultam lesões corporais a transeunte, que queda, atropelado, em meio à corrida desembestada. Posto a examinar o caso, o Tribunal inocenta o cocheiro por



considerar-lhe não merecedor de reprovação pessoal, visto não lhe ser exigível outra escolha comportamental. (BRANDÃO, 2005).

Atinente a isto, aduz Mezger (1958) afigurar-se a excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta como sendo a última garantidora das possibilidades de afastamento da culpabilidade do agente, ao cabo da avaliação da sua conduta. Tal ordem de coisas seria atingida por constituir-se, tal argumento, em uma condição extremada, em causa supralegal de exclusão da culpa. Este rótulo de supralegalidade adviria da circunstância de a decisão sobre o seu cabimento repousar em especulações valorativas do fato concreto. Dito de outro modo, mesmo na inexistência de lei que autorizasse o julgamento do caso em condescendência ao agente envolvido, deveria ser ele tratado como não culpado, dadas as circunstâncias envolvidas na ocorrência.

Outro precedente digno de nota é oriundo da jurisprudência argentina e é veiculado por Luis Jiménez Asúa. Citado mestre penalista relata o caso da absolvição, baseada igualmente na enfocada causa de exclusão de culpabilidade, aplicada a motorista funcionário do Estado que, no exercício da sua profissão, veio a atropelar pedestre, ato contínuo ao cumprimento da ordem para adentrar, pela contramão, à rua que daria acesso ao local de compromisso da autoridade transportada, em tempo hábil de a mesma cumpri-lo. (ASÚA apud BRODT, 2005).

Finalizando estas linhas gerais sobre o elemento da exigibilidade de conduta diversa e a sua respectiva causa de exclusão, segue nos dois parágrafos seguintes uma visão mais objetiva sobre o tema. Isto se faz em preparo do terreno para a análise das formas pelas quais pode acontecer a absolvição de alguém que pratica o fato segundo o modelo de comportamento que qualquer outra pessoa adotaria caso estivesse em seu lugar.

- 1) Uma vez presente o elemento da exigibilidade de conduta diversa, a consequência equacionada será a de entender culpado o agente colocado em tela no processo instaurado de persecução penal.
- 2) Sob a égide contrária, que se baliza na hipótese de ser reconhecida pela sociedade, por meio da atuação jurisdicional de seu representante legal no Poder Judiciário, a impossibilidade de personificação pelo agente de conduta diferente da que seguiu, cumprido o exercício de se postar em seu lugar para a formação de uma

opinião sensível a experiência vivenciada, o indivíduo acusado será considerado não responsabilizável pela prática em questão, seguindo-se o efeito da sua consequente absolvição – estará então presente a causa excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa.

### 2.3.2 A exigibilidade de conduta diversa como causa excludente da culpabilidade – as espécies Coação Moral Irresistível e Obediência Hierárquica

Com a vênia da redundância, que no melhor dos casos pode pôr fim a uma persistente dúvida e no pior deles vem enfatizar um ponto importante da interlocução que tenha remanescido nebuloso, a exigibilidade de conduta diversa constitui um dos elementos da culpabilidade. Quanto ao seu item oposto, a inexigibilidade de conduta diversa pode ser descrita como sendo a justificativa que garante algumas das causas de exclusão da culpabilidade.

Duas delas foram previstas pelo legislador:

Art. 22 - 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. (BRASIL, Código Penal, 1940).

Todavia, por mais previdente que se torne a figura do legislador, não é humanamente alcançável a previsão absoluta sobre todas as situações passíveis de admitir a exclusão da culpa pela configuração da causa excludente da inexigibilidade de conduta diversa.

De acordo com o ensinamento transmitido por Jesus (2009), remanesce, sempre cogitável, a existência de fato, não elencado pela lei como causa de exclusão de culpabilidade, que venha reunir todos os requisitos cobrados para a configuração da hipótese de inexigibilidade de conduta diversa. Uma vez diante de caso concreto assim qualificado, seria vista como justa e coerente a condenação do sujeito que pratica tal fato, partindo-se da rasa justificativa de que a situação não foi antecipada por previsão legal? Ante ao argumento de não ser cabível a imposição de pena sem culpa, a doutrina passa a conceber a possibilidade da manifestação de causas supralegais de exclusão da culpabilidade, como efeito do reconhecimento pela sociedade da inexigibilidade de comportamento diverso do agente em situações peculiares.

Assim, segundo Bruno (1959), a noção da sociedade de que um sujeito médio teria tomado a decisão de ação muito semelhante a tomada em concreto pelo indivíduo a que se põe em julgamento, funciona como um princípio geral de exclusão da culpabilidade, que vai além das hipóteses tipificadas no Código Penal.

Apresentada esta ressalva, passemos a análise das situações encontrarm-se, em nosso momento histórico, previstas pelo legislador.

Guardada a sua possível conotação de causa supralegal de justificação e tomada como gênero, a inexigibilidade de conduta diversa pode se manifestar por duas espécies anunciadas na lei: a.) a coação moral irresistível; b.) a Obediência hierárquica.

Antecipando a opinião de alguns autores, os quais defendem, para não poucas situações, a conjugação das duas hipóteses em caso único, o que deságua no modelo de uma causa de inexigibilidade de conduta diversa constituída por via híbrida – envolvendo a coação moral irresistível aliada à circunstância de obediência hierárquica -, passa-se, primeiro, ao tratamento dos institutos de per si.

A primeira parte do artigo 22 cuida do caso da coação moral irresistível. Seguindo-se a recomendação da boa técnica de análise legal, o conceito deve ser desconstruído em cada um dos termos que o integra. Obra disto, temos: a) coação; b) moral; c) irresistível.

Por coação, de acordo com Bitencourt (2009) entende-se todo o ato que pressiona a vontade, impelindo-a a determinado comportamento anteriormente definido e comunicado ao paciente.

Acerca da condição moral que adjetiva o instituto, assevera Jesus (2009)

Coação moral é o emprego de grave ameaça contra alguém, no sentido de que realize um ato ou não. Ex: o sujeito constrange a vítima, sob ameaça de morte, a assinar um documento falso. (JESUS, 2009 p. 489).

A esta situação, a doutrina dá a nomenclatura de "*vis compulsiva*", diferenciando-a da coação física a quem chama "*vis absoluta*". O mesmo autor dita o seu entendimento sobre esta última:

Coação física é o emprego da força bruta tendente a que a vítima (coato) faça alguma coisa ou não. Ex. o sujeito, mediante força bruta, impende que o guarda ferroviário combine os binários e impeça uma colisão de trens. (JESUS, 2009. p. 489).

Vê-se das lições, portanto, que no primeiro tipo, apesar do desequilíbrio entre os valores envolvidos – a assinatura de documento e a vida – o paciente executa o processo mental que deságua na sua ação ou omissão. Diferentemente, na *vis absoluta*, o paciente atua como mero prolongamento do corpo do coator, como, para a citação de um outro caso, no episódio em que um gerente de banco tem a sua mão forçada contra o dispositivo que lhe colhe a impressão digital para a abertura do cofre.

Com respeito à irresistibilidade como qualificativo da coação, basta dizer que está relacionada com a intensidade da pressão que ora se realiza. Se for tal que não possibilite a recusa à aderência ao comportamento determinado, o paciente deverá ser beneficiado pela excludente.

Entra em cena, agora, a derradeira espécie, prevista no último gênero das causas excludentes admitidas no ordenamento penal. Aliás, é a que mais avulta de importância para os auspícios dessa dissertação. Trata-se da obediência hierárquica.

A segunda parte do artigo 22 do CP preceitua que o indivíduo que cumpre estritamente a ordem não manifestamente ilegal, dada por superior hierárquico, não merece ser considerado culpado pela potencial agressão a bem jurídico. Com a reserva da parte mais complexa – que se condensa na dificuldade de se compreender o que seja a "não manifesta ilegalidade da ordem" - para o exame final mais detido, tratemos, preliminarmente, do que seja "estrito" e "superior hierárquico". Com relação ao "estrito" cumprimento, o legislador quis garantir que o argumento de afastamento da culpabilidade não deveria atingir aquele que exacerba no cumprimento de uma ordem. Em virtude da inserção deste termo no bojo do caput do artigo estudado, o subordinado que exceder naquilo que lhe é comandado, ainda que possa vincular a origem de sua atuação a direcionamento advindo de consciência exterior a sua própria, não estará escudado pelo princípio da obediência hierárquica e deverá responder pelo mal que veio causar.

A este componente do dever de estrito seguimento daquilo que foi ordenado, verifica-se marcante pertinência das intituladas normas de engajamento e dos regulamentos específicos que proliferam nas operações de âmbito militar. Dada a importância do assunto e da gama de situações em que a inobservância de um detalhe constante de tais normas pode resultar na alegação de que o subordinado

se desvirtuou do estrito cumprimento do comando, organizou-se o capítulo 4, o qual apresenta, entre os seus assuntos, a noção sobre a natural majoração, que ocorre no cenário das complexas operações militares contemporâneas, das dificuldades de o subordinado compreender, com exatidão, as minúcias a serem respeitadas para que lhe seja garantido o respaldo do argumento do "estrito" cumprimento de ordens.

Quanto ao que seja superior hierárquico, cumpre de antemão observar a explanação conduzida por Bitencourt, (2009):

Ninguém pode ignorar que a desobediência a ordem superior, no plano da iniciativa privada, está sujeita à consequências mais drásticas e imediatas que o seu descumprimento no âmbito público-administrativo. Com efeito, na relação de direito público, dificilmente algum subalterno corre o risco de perder o emprego por desobedecer ordem de seu superior hierárquico, podendo, no máximo, responder a uma sindicância [...] (BITENCOURT, 2009 p. 389).

Não obstante o posicionamento revisado do autor, que continua a sua argumentação dizendo ter mudado o seu ponto de vista para aceitar a ideia de a obediência hierárquica também admitir origem em ordem emanada de autoridade privada, a corrente majoritária da doutrina recusa este entendimento. Por conseguinte, de acordo com esta perspectiva dominante, para que um subordinado, na seara privada, obtenha sucesso na alegação de excludência de culpa por seguimento de ordens, ele deverá, necessariamente, apoiar-se, como já divisado anteriormente, na sustentação de uma causa supralegal de inexigibilidade de comportamento diverso. Isto posto, não há a possibilidade de aplicação, em seu favor, da obediência hierárquica, nos moldes em que é ela concebida no artigo 22 ora estudado.

Ademais, a partir desta última fala de Bitencourt trazida à colação, cumpre destacar que as suas alegações representam posicionamento defensável enquanto concebidas como comparações feitas entre o servidor da iniciativa privada e o servidor público civil. Aplicado ao servidor militar, o conteúdo se esvazia, porquanto, como já foi antecipado como assunto encampado no capítulo 4 desta dissertação, o militar que atua no bojo de operações de grande complexidade possui muitas razões para o acatamento rigoroso do comando que lhe é dirigido.

Nesta altura, a obediência hierárquica, uma vez lapidada do que seja "estrito" cumprimento, bem como do que se entende por "superior hierárquico", apresenta para nossa reflexão o conceito mais caro à compreensão do estudioso: a

questão do que pode ser compreendido por ordem "não manifestamente ilegal". A dificuldade, em termos, é provocada pela própria forma pela qual a ideia é apresentada ao intelecto daquele que pretende chegar ao seu entendimento perfeito. O preceito legal faz uso de técnica criticável consistente na dupla negação, ou na negação da negação. O termo "não" faz-se acompanhar do prefixo "i" que igualmente carrega o signo da inversão da positividade. Se, legal, é aquilo que vem permitido pela lei, ilegal é o que por ela é proibido. Conjugando-se os dois termos entremeados pela palavra "manifestamente" - a qual possui uma variedade de sinônimos, como notoriamente, evidentemente, claramente, entre outros - a leitura mais prática a que se pode chegar é a que conclui que a tal ordem é aquela que se apresenta como de difícil percepção quanto a sua ilegalidade. Tal dificuldade de percepção será tanto maior quanto menor for a capacidade cognitiva, o preparo, a experiência e a motivação do subordinado.

Em linguagem cartesiana, poderia-se dizer que a complexidade de uma ordem é inversamente proporcional à capacidade de entendimento do subordinado. De modo invertido, quanto mais ele progredir na carreira, angariar experiência, realizar treinamentos e desenvolver inteligência emocional, mais lhe será difícil convencer o julgador de que não pôde, no caso concreto, aperceber-se do caráter de ostensiva ilegalidade do comando do qual foi destinatário. Afora esta sustentada relação de proporcionalidade, defende-se existir também outra, a qual propõe-se examinar no capítulo 4 – do qual é feito recorrente anúncio neste tópico do trabalho, tal a sua vinculação com a temática aqui discorrida. Trata-se, desta feita, de uma relação de proporcionalidade direta. Quanto mais complexa a operação em que estiver contingenciado o militar, mais trabalhosa lhe será a compreensão exata dos estritos termos da ordem que é transmitida. Imiscuídas na interlocução, efetuada entre o comandante e do comandado, poderão ser encontrados, como procurar-se-á demonstrar na aludida parte da dissertação, conflitos sobre a competência para a emissão da ordem; sobre o seu real destinatário, sobre a intensidade de energia no seu cumprimento; sobre a sua abrangência espacial; sobre o aspecto temporal em que deve ser cumprida, entre outros.

Feita esta remissão ao capítulo 4, agora cumpre fazer outra, dessa vez para assunto mais iminente. No capítulo 3, seguinte, cujo conteúdo perpassa pela comparação do tratamento dado à obediência hierárquica pela lei penal comum e lei penal militar, será tratado a respeito de profunda controvérsia, a qual é

emblemática pelo embate alegórico das baionetas cegas versus as baionetas inteligentes. Sob este título, digladiam-se teorias que antagonizam a respeito da natureza da ordem a que o militar poderia ou deveria descompromissar-se do cumprimento: a ordem criminosa ou a ordem ilegal. Tal confusão, como se verá, vem alimentada pelos próprios dizeres literais do Código Penal Militar.

Antes, porém, em poucas linhas, cuidemos de perceber como os objetivos atribuídos à imposição da sanção penal põem-se atingidos somente no caso de conceber-se o réu como dotado de culpabilidade acerca dos atos praticados. De fato, as funções reservadas à pena só poderão ser tomadas como coerentes, caso se acerque da reprovabilidade social do comportamento do acusado, segundo os moldes até aqui estudados.

## **2.4 A função social da pena**

Firmando-se como uma das mais importantes premissas do Direito Penal, emerge a ideia da previsão de sanção criminal em resposta ao cometimento de delito tipificado no ordenamento jurídico colocado em vigência. A consequência lógica da retribuição do Estado, a partir da aplicação, sobre o infrator, de selecionada restrição a direito que por ele usufruído na condição pré-delinquência, serve à dupla finalidade. Uma dirigida à sociedade, que fica no aguardo da resposta da entidade, a quem tornou sua preposta, na defesa do bem comum estabelecido, para o fim de garantir a salvaguarda da própria credibilidade do Direito prescrito, e a outra, voltada para o próprio infrator da lei, o qual deve ficar esclarecido sobre a inadequação de seu comportamento aos interesses sociais. Uma vez realizada tal tarefa, de colocar-lhe a par da nocividade de sua conduta, o surpreendido na prática do ilícito terá a chance de buscar sua ressocialização, contando, para tanto, com a cumplicidade do Estado.

Subsume-se, portanto, ao discorrido, que a imposição da reprimenda penal obedece a dois propósitos: a) ao de promover a prevenção de novos delitos, objetivando tranquilizar a sociedade, ao trazer-lhe a sensação de segurança pública ao assumir a tarefa de defender os bens jurídicos assinalados como sendo os mais relevantes; b) e ao de repreender o infrator, dando-lhe a oportunidade de responder individualmente pela iniquidade cometida.

Obedecendo a esta concepção, o art. 59 do Código Penal brasileiro dispõe sobre a razoabilidade de as sanções criminais serem aplicadas, na reprovação e na prevenção dos ilícitos penais, em dosagem capaz de demover o infrator da repetição da afronta ao bem comum, sem, contudo, ofender os seus direitos de personalidade e a sua dignidade humana.

Sobre a noção, diz Grecco (2010) sobre a necessidade de a pena ser dosada para atender o reclamo da sociedade, sem, contudo, ofender os direitos básicos do indivíduo infrator: "Se a pena é um mal necessário, devemos, num Estado Social e Democrático de Direito, buscar aquela que seja suficientemente forte para a proteção dos bens jurídicos essenciais, mas que, por outro lado, não atinja de forma brutal a dignidade da pessoa humana". (GRECO, 2010, p. 530).

Em complemento, chama-se a visão clássica disposta na obra "Dos Delitos e das Penas", de Cesare Beccaria:

É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males da vida. (BECCARIA, 2004, p. 125).

Aclamado mestre penalista explicitou, em relação à prevenção do prejuízo resultante da prática do ato criminoso, uma máxima que tem sua validade estendida para a universalidade dos interesses humanos vejamos: segue-se, desta forma, também, com as questões da saúde, sendo nítida a preferência pela prática da medicina preventiva e profilática, comparada à alternativa de remediar o organismo doente, ministrando-lhe medicamentos ou prescrevendo-lhe intervenções cirúrgicas.

A fim de realizar a função acauteladora acima comentada, o Direito Penal, que é disposto para dar tratamento às condutas criminosas, deve seguir algumas orientações impositivas. Salvaguardando o limite tênue que há entre a liberdade, que é um direito reclamado universalmente, por ser inerente ao ser humano, e a impunidade nefasta, o Direito Penal recebe a incumbência de organizar a doutrina responsável por instrumentalizar todo o processo de compreensão e de tratamento da conduta imaginada como agressiva aos interesses comuns.

Para cumprir tal propósito é elementar que, além das provas buscadas, quanto à autoria e a materialidade do crime, nas quais se embute o intrincado



assunto da relação de causa e efeito, que deve existir entre a conduta e o resultado delitivo, as autoridades encarregadas da persecução penal também procurem dimensionar a culpabilidade do indivíduo sobre o qual são feitas as acusações. É imprescindível que sejam analisados os aspectos relacionados à capacidade do sujeito, em questão, de compreender o caráter e a natureza maléfica daquilo que realizou. Entre outras exigências que aqui se impõem, tome-se a premência de cogitar-se sobre a sua capacidade psíquica; sobre a concorrência de situações objetivas que justifiquem a sua ação ou omissão – como é o caso da legítima defesa -; sobre o seu arcabouço cultural de entendimento com respeito ao comportamento social medianamente esperado; e, ademais, acerca da existência ou não de circunstâncias conjunturais que seriam capazes de atuar para pressionar-lhe em direção à conduta evidenciada. Neste último caso, despontam as hipóteses de coação moral irresistível e de obediência hierárquica.

Deste modo, malgrado advinda a conclusão sobre a existência formal de prática que se amoldou à conduta prevista na lei – tipo penal – é imperioso que se busquem noções sobre a conformação e o dimensionamento da culpabilidade do indivíduo que vem nomeado como sendo o seu autor. Descuidado este exame, não há como prosperar a ideia da justa retribuição do mal ao criminoso e da prospectada concessão de chance para o seu arrependimento e, por conseguinte, para a recuperação de sua credibilidade social.

Portanto, conforme o explanado, uma das maneiras pelas quais o acusado da prática de crime pode manifestar, ao público, a sua ausência de culpabilidade é por meio da reunião de provas que sinalizem ter ele atuado estritamente no cumprimento de ordens de superior hierárquico militar.

Por este turno, fica assentada, notoriamente, a importância da discussão sobre as características da ordem emitida pelo comandante de operação militar e sobre as vicissitudes que podem atingir o processo de interlocução entre o emitente e o destinatário do comando. Em caso de remanescer, para este último, situação de dificuldade insuperável em atentar para o manifesto caráter ilegal da ordem dada, o subordinado não poderá ser considerado, com justiça, culpado pela conduta praticada.

Isto posto, ante a natureza moral retributiva da pena, a qual deve ser compreendida, invariavelmente, vinculada a sua finalidade de prevenção da

repetição do delito e a sua disposição em oferecer, ao réu, a oportunidade de se reconciliar com a sociedade, torna-se fundamental proceder-se a consideração sobre o impacto que pode ser atribuído para a justificativa alicerçada na circunstância de agir-se adstrito ao cumprimento de ordens, no processo de formação do juízo de culpabilidade do indivíduo que vem chamado à jurisdição penal.

### **3 COTEJAMENTO DA SISTEMATIZAÇÃO LEGAL DA OBEDIÊNCIA HIERARQUICA NO DIREITO PENAL E NO DIREITO PENAL MILITAR BRASILEIROS**

Neste capítulo, providencia-se a sobreposição do arcabouço legislativo penal comum a par daquele que é orientado segundo a especificidade do militarismo. Tal realização foi pautada seguindo o objetivo de propiciar ao estudioso do assunto a constatação mais clara quanto à diferença de relevância atribuída ao instituto da Obediência Hierárquica por um e por outro dos referidos diplomas.

Com respeito às razões que direcionaram o instituto para tratamentos diferentes perante o Código Penal Comum e perante o Código Penal Militar, o assunto é de tão grande pertinência e importância aos anseios desta produção dissertativa que ensejaram a organização do capítulo 4, especialmente dedicado ao tema. Ao cabo da leitura da referida parte, acredita-se, remanescerá notória a percepção sobre o respeito e do acatamento da ordem superior, pelo subordinado militar, muito mais exacerbados do que quando fora do contexto castrense. Por agora, é bastante antecipar ao leitor a conformação do ambiente militar balizado pelas vigas mestras da hierarquia e da disciplina, orientando-lhe que as razões históricas e doutrinárias de a ordem superior projetar neste âmbito uma maior tendência ao seu cumprimento serão exploradas no capítulo ulterior a que se fez referência.

Neste passo, para o cumprimento da comparação aqui compromissada, decidiu-se pela abordagem separada da legislação penal comum em relação à legislação penal militar. Tal providência, crê-se, favorecerá a percepção mais aguçada sobre o estreito apego aos ditames da hierarquia e da disciplina no ambiente legislativo militar, mormente quanto ao aspecto de como esta ordem de coisas reflete em consequências peculiares a quem é paciente, no processo de persecução penal, ostentando a condição de militar.

#### **3.1 Tratamento do Código Penal comum ao tema da Obediência Hierárquica**

Com efeito, a previsão da obediência hierárquica no Código Penal Comum está alocada no artigo 22 do diploma legal, in verbis:

**Art. 22** 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. (BRASIL, Código Penal, 1940).

A disposição citada tem o efeito prático, portanto, de trazer, para o autor da conduta sub judice, a existência de justificativa que o faz não merecedor, perante a sociedade, de ser considerado culpado pela situação ocorrida. Nestes termos, caso o réu consiga reunir provas razoáveis de que atuou em cumprimento de ordens superiores ou então foi coagido a proceder daquela maneira por uma pressão humana intimidadora, sobre a qual não poderia sair vitorioso, ele não assumirá a responsabilidade penal pelo acontecimento e não deverá sofrer as restrições sancionatórias regularmente comandadas para o indivíduo que infringe a lei sem apresentar quaisquer justificativas.

Afinal, como pode ser observado na obra de Ariel Dotti: “O crime como ação tipicamente antijurídica é a causa da resposta penal como efeito. A sanção será imposta somente quando for possível e positivo o juízo de reprovação que é uma decisão sobre um comportamento passado, ou seja, um *posterius* destacado do fato antecedente”. (DOTTI, 1976, p. 173).

Dentro da sistemática do C.P., a ora cuidada causa de exclusão do cabimento de sanção penal, apoiada na via da inexigibilidade de conduta diversa, integra o rol das chamadas causas excludentes de culpabilidade, as quais, ainda que diante da evidência de ter havido o fato típico – aquele que se amolda a descrição feita pelo legislador de um ataque grave a bem importante da sociedade – e de ser este fato, em complemento, também antijurídico – que é aquele contrário ao compreendido como correto e correspondente à justa expectativa da sociedade – assumirão o condão de levar o autor do fato à condição de não merecimento da assunção da culpa e, por consequência, da pena que a acompanharia. Neste sentido, cumpre colação de Jesus, o qual assevera:

Quando falta algum dos elementos, não subsiste a culpabilidade. O CP, expressamente, prevê as causas que excluem a culpabilidade, que alguns chamam de dirimentes. Essas causas, excluindo alguns de seus elementos, excluem a própria culpabilidade. Embora o crime subsista, não sendo culpado o sujeito, deve ser absolvido. (JESUS, 2009. p. 477).

Os institutos da obediência hierárquica e da coação moral percebem-se, pelo exposto, alinhavados como espécies do gênero de justificativa de comportamento intitulado inexigibilidade de conduta diversa. Ante aos dois casos,

peças do povo que viessem chamadas a contemplar detidamente a ocorrência, pelo fato de ela ter sido colocada sob jurisdição e necessitar ser avaliada pela sociedade, concluiriam, ao menos na mediana das vezes, que caso estivessem envolvidos em similar situação, teriam elas se comportado de maneira muito parecida a assumida pelo réu.

Em turno complementar, vem agora pertinente a menção de que o Código Penal brasileiro não se cinge a acolher somente esta categoria de causas de justificação, as quais procuram desvestir de criminalidade um tomado comportamento precipitadamente imaginado como tal. Ao contrário, são muitas as explicações legais que se admitem sejam produzidas, em favor do acusado, no julgamento que integra o processo de persecução penal.

Ao gênero inexigibilidade de conduta diversa conjugam-se duas outras causas de exclusão de culpabilidade – a inimizabilidade e a falta da potencial consciência da ilicitude – que foram objeto de tratamento no capítulo anterior, o qual debruçou-se ao exame abrangente do tema culpabilidade.

### **3.2 Estrutura das causas excludentes de antijuridicidade no Código Penal Comum**

Como dito nas linhas finais do subitem precedente, o Código Penal brasileiro não se circunscreve a estipulação das causas que afastam a culpabilidade do agente investigado. Perfazendo um quadrante ainda mais perceptível ao intérprete, posto que em uma maior condição de objetividade, o documento penal de 1940 enuncia as causas excludentes de antijuridicidade que tiram do comportamento do indivíduo a própria situação de contrariedade ao direito. Tais situações, conforme o afirmado, exigem menos subjetividade do julgador e tendem a produzir jurisprudência mais uniforme dos Tribunais. Neste compasso, a doutrina metodológica e os esforços de sistematização do Código Penal orientam os estudantes ao exame preliminar destas – das causas excludentes de antijuridicidade – e não daquelas – das causas excludentes de culpabilidade – no tratamento dado a um admissível episódio de crime posto sob dissecação jurídica.

Contribuindo para integrar o mosaico pleno das justificativas de comportamento previstas no Código penal, encontram-se dispostas no artigo 23, 24 e 25 do C.P. as causas excludentes de antijuridicidade celebradas pelo nosso

legislador penal. O tratamento delas já pôde ser desenvolvido no capítulo anterior e, agora, só voltam citadas para cumprir o objetivo de tornar mais prática esta comparação proposta entre a lei penal comum e a lei penal militar. *In verbis*:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

Parágrafo 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

Parágrafo 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. (BRASIL, Código Penal, 1940).

A partir do vislumbre das causas justificadoras, elencadas pelo legislador penal pátrio como hipóteses de afastamento da própria ilicitude do fato colocado sob análise judicial, remanesce, como notório, o maior grau de objetividade no reconhecimento, como lícitas, das situações reais que venham a se amoldar nas previsões acima descritas, quando toma-se a comparação com acontecimentos em relação aos quais se procura a justificativa legitimadora no nebuloso território da culpabilidade.

### **3.3 Coletânea exemplificativa de tipos penais permissivos constantes da legislação penal brasileira.**

Como ocorre com qualquer investida classificatória, a tarefa só é levada ao êxito, quando se procede, simultaneamente, o elencamento de similitudes e de distinções existentes entre os itens selecionados. Por força desta providência, temos, por exemplo, alocados sob a mesma rubrica, no reino animal, o tigre e o

leão, ambos classificados como carnívoros. Junto a eles, debaixo da observação da manifestação da mesma característica alimentar, vem disposto o lobo. Contudo, enquanto aqueles citados animais participam da taxionomia dos felinos, este último integra a família canídea. Assim, dependendo do aspecto selecionado como fundamental para o enquadramento de espécies sob um mesmo gênero englobante, fica admitida série considerável de classificações passíveis de serem produzidas: a) quanto à locomoção: animais voadores, nadadores, saltadores, rastejantes, etc; b) quanto à cobertura corpórea: animais munidos de pelos, de penas, de escamas, de couraça, etc.

Entre as admitidas classificações passíveis de serem feitas sobre o constructo do tipo penal, duas interessam, sobremaneira, aos propósitos dos estudos desenvolvidos nesta dissertação: o tipo penal proibitivo; e o tipo penal que autoriza uma determinada conduta: o qual pode ser rotulado de justificante ou de permissivo.

Da primeira categoria, são exemplos:

a) o artigo 129 do Código Penal:

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

b) o artigo 138 do Código Penal:

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§ 2º - É punível a calúnia contra os mortos.

c) o artigo 136 do Código Penal Militar

Art. 136. Praticar o militar ato de hostilidade contra país estrangeiro, expondo o Brasil a perigo de guerra:

Pena - reclusão, de oito a quinze anos.

§ 1º Se resulta ruptura de relações diplomáticas, represália ou retorsão:

Pena - reclusão, de dez a vinte e quatro anos.

§ 2º Se resulta guerra:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

Com relação à segunda, citam-se:

a) o artigo 128 do Código Penal:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante, ou quando incapaz, de seu representante legal.

b) o artigo 142 do Código Penal:

Art. 142 - Não constituem injúria ou difamação punível:

I - a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador;

II - a opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar;

III - o conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever do ofício.

Parágrafo único - Nos casos dos ns. I e III, responde pela injúria ou pela difamação quem lhe dá publicidade.

c) o artigo 42 do Código Penal Militar:

O Art. 42. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;



III - em estrito cumprimento do dever legal;

IV - em exercício regular de direito.

Parágrafo único. Não há igualmente crime quando o comandante de navio, aeronave ou praça de guerra, na iminência de perigo ou grave calamidade, compele os subalternos, por meios violentos, a executar serviços e manobras urgentes, para salvar a unidade ou vidas, ou evitar o desânimo, o terror, a desordem, a rendição, a revolta ou o saque.

Uma vez apresentado este bloco exemplificativo de como o tipo penal pode cumprir diferentes funções pensadas pelo legislador – proibir ou permitir determinado comportamento – faz-se pertinente e oportuna a abordagem da essência doutrinária do constructo. Conforme a lavra de Jesus (2009) a lei deve descrever com precisão o tipo penal para que ao cidadão não reste dúvida o comportamento que é adequado ao interesse coletivo:

A lei penal, ao descrever o delito, deve restringir-se a uma definição meramente objetiva, precisa e pormenorizada, no sentido de ficarem bem delineados o direito de punir abstrato e o *jus libertatis* a ele concernente. Se a tipicidade constitui uma garantia liberal, relevante é o papel da descrição das condutas puníveis para que os cidadãos saibam quais as ações que podem praticar sem sujeição a preceitos sancionadores. (JESUS, 2009, p. 267).

Alicerçado nesse uso esporádico atribuído ao tipo penal, conforme o observado nas passagens acima apresentadas, retiradas tanto do Código comum quanto do Código militar, aparece o produto final desse estudo, dado a conhecer, ao leitor, no capítulo 5 dessa dissertação. Objetivamente, a proposta, filiada a este trabalho, defende, no citado capítulo derradeiro desta realização acadêmica, que a inserção da previsão de um parágrafo 2º ao artigo 42 do CPM seria adequada e suficiente para, abrigando no aludido diploma mais um tipo penal justificante, promover a desejada e reclamada retaguarda jurídica para os militares subordinados cumpridores de ordens emitidas no bojo das complexas Operações Interagências e de GLO.

### **3.4 Tratamento dado pelo Código de Processo Penal comum ao tema da Obediência Hierárquica**

Ao leitor menos afeito a sistematização do Direito, tece-se um breve comentário a respeito da razão de existir um corpo processual complementar às

afirmações dos direitos e deveres previstos aos indivíduos, outorgando-lhes a necessária instrumentalização.

Com respeito à necessidade de o Direito Processual figurar como coadjuvante do Direito Material, Ferreira (2006) escreve de maneira bastante elucidativa:

O conjunto das regras estatais que disciplinam, não a vida das pessoas na sociedade, mas sim o modo de atuação da função jurisdicional, o modo de exercício do direito de ação e do direito de defesa e a forma do desenvolvimento dessa função pacificadora através do instrumento denominado processo, denomina-se direito processual. O direito processual disciplina assim a vida das pessoas enquanto atores de uma relação jurídica processual, concedendo-lhes poderes e faculdades e impondo-lhes ônus e obrigações, quer como partes, testemunhas, juízes, serventuários, auxiliares eventuais, etc. Como já dissemos outrora, conquanto uma pessoa – física ou jurídica – necessariamente convive diariamente com o direito material regando toda a sua vida, essa mesma pessoa pode passar toda a sua existência sem nunca tido o mínimo contato com o direito processual. Basta essa pessoa nunca ter sido sujeito ou auxiliar em um processo, o que é plenamente possível. Ademais, conquanto é absolutamente seguro afirmar que toda pessoa necessariamente já tenha tido contato com o direito material, não é menos seguro afirmar que, sem dados estatísticos precisos, massa significativa de pessoas jamais tiveram contato com regras processuais. (FERREIRA, 2006).

O Direito é integrado por diferentes partes que convergem, todas amalgamadas, para uma mesma finalidade: a de promover harmonia no convívio social, demarcando os direitos correspondentes às pessoas figurantes das mais peculiares condições, como por exemplo, a de casada ou de solteira, a de comerciante ou de consumidor, a de pagador de um tributo ou de fiscal do Estado no seu eficaz recebimento, e outras muitas a que se resolve aqui passar a oportunidade de nominar. Como resultado espelhado e instantâneo da demarcação desses direitos, aparecem, de outro lado, os deveres que cada pessoa tem que cumprir para garantir os direitos daqueles outros que integram o seu entorno, perfazendo um círculo – figura que emblematicamente possui a natureza geométrica de ser destituída de extremos de começo e de fim – de deveres com reciprocidade exata aos direitos que são garantidos. Deste modo, tem origem o Direito Civil, o Penal, O Tributário, o Trabalhista, e todos os demais. Todavia, não basta garantir o direito e

prescrever o dever que a ele corresponde. É missão do legislador, representante democrático dos cidadãos, estabelecer regras e procedimentos para garantir que os direitos assegurados pela lei serão de fato respeitados. É nesta senda que surgem necessárias as codificações processuais. Não por acaso, no arcabouço doutrinário, estas codificações, que podem ser encontradas em qualquer área do Direito, perfazem aquilo que se convencionou chamar de lei adjetiva, porquanto vêm em complemento ou para acudir e dar suporte de realização fática as leis descritivas dos direitos, a que se chamou, por coerência lógica, substantivas. Deste modo, subjacente ao Código Civil, é essencial a paralela existência do Código de Processo Civil, o qual cuidará da necessidade de rito especial mais célere para o caso peculiar de pedido cautelar de separação de corpos de casal a que se tornou dramática a possibilidade de continuação da convivência como tal, a fim de garantir, no extremo da situação, a integridade física dos envolvidos. De modo correlato, a previsão de um Código Penal que reúne as principais aspirações do ser humano em um leque de direitos a serem garantidos por força da coerção sancionadora do Estado, pressupõe, ato contínuo, a criação do correspondente Código de Processo Penal, o qual tratará do número de testemunhas admissíveis para a produção de uma prova considerada fundamental para o fechamento de um caso, do procedimento e dos requisitos para que se possa fazer uma prisão em flagrante delito e em quais casos o surpreendido e investigado delinquente deverá permanecer preso, aguardando o julgamento. Tais assuntos finais foram propositalmente citados por representarem tema de notório interesse a pesquisa, como na sequência poderá ser apreendido.

Feitas tais considerações sobre a inafastabilidade da existência da legislação processual dando supedâneo à legislação substantiva, passa-se a coletânea de excertos do Código de Processo Penal comum alçados como relevantes para a presente dissertação. Tomemos, então, o tratamento sistemático do CPP sobre a parte destacada como de interesse atual ao nosso estudo.

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão;

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

### CAPÍTULO III

#### DA PRISÃO PREVENTIVA

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. (BRASIL, Código de Processo Penal, 1941).

É este o quadrante do Código de Processo Penal destacado como sendo de nosso interesse acadêmico. Passemos a sua análise geral, acenando-se, ao leitor, haver-se decidido, nesta ocasião da empreitada dissertativa, pelo enfoque ao sequenciamento completo dos artigos que estão relacionados com o ponto que se quer colocar sob atenção. Isto, em respeito a uma das características do Direito

Objetivo – que se constitui do conjunto das normas prontas a atender os fatos que a elas se sucedem, ou seja, que devem anteceder as situações fáticas que venham a acontecer na sociedade, sendo tanto mais competente o legislador, quanto maior for a sua capacidade de previsão destas ocorrências – que é a de promover a organização sistêmica das normas, no propósito de oferecer ao consulente o tratamento abrangente da temática, lançando mão de predispostas e superpostas referências entre os artigos pertinentes. Crê-se, ser a tomada deste posto de vista panorâmico, a maneira mais eficaz e fluída de se alcançar o assenhoreamento da informação considerada de relevo para o presente momento desta exposição. Feita a consideração, vamos à análise do quadrante legislado.

O excerto do Código de Processo Penal, por pertinência ora abordado, tem o seu marco inicial no artigo 310 do mencionado diploma. A hipótese retratada é a da captura de suposto aviltador da lei, em situação de flagrância, em meio ao cometimento de atitude repelida pela sociedade. Em caso assim conformado, o legislador comandou ao juiz as cabíveis providências a terem seguimento. Deu-lhe a possibilidade de, ante ao admissível reconhecimento, de pronto, da ilegalidade ou da arbitrariedade da prisão, ordenar-lhe o seu imediato relaxamento, cuidando da realização dos atos necessários à eventual investigação sobre as circunstâncias atinentes ao episódio conflagrado. O mesmo artigo defere ao magistrado a decisão de determinar a conversão da prisão realizada em flagrante delito para a denominada espécie preventiva, uma vez, delimitados no caso, os requisitos dispostos no artigo 312, o qual vem alocado um pouco adiante no texto legal. O estudado dispositivo encerra seu comando fazendo o aceno, no inciso III que lhe é integrante, sobre a possibilidade da concessão da liberdade provisória, para, já no inciso seguinte, o qual lhe fecha o enunciado, tratar da situação em que tal medida se faz imperativa, pelo fato de ser considerada como direito do acusado e não remanescer passível da discricionariedade do julgador, quando da verificação que realiza sobre a existência de alguma causa excludente da antijuridicidade da conduta, conforme a apresentação referida do artigo 23 do Código Penal de 1940.

No desdobramento deste extrato, o diploma analisado abre o Capítulo III para tratar do instituto da prisão preventiva. Do artigo 311 ao artigo 313, há a preleção sobre o cabimento desta providência concebida para assegurar o

desenvolvimento a bom termo do processo de persecução penal, nos casos em que se justifica a prisão do acusado antes de sua efetiva condenação.

De importância redobrada para nosso estudo, torna-se agora a menção ao artigo 314 que encerra o trecho posto em destaque. No bojo sistemático do Código, o legislador entendeu devesse ficar reforçada a prescrição de que é obrigatória a concessão da liberdade provisória, para que o réu possa responder livre ao processo que lhe é aderente, nos casos em que houver o contorno de causa excludente de ilicitude, aqui, didaticamente, repetidas: legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito.

Colocado o exame neste diapasão, a *contrariu sensu*, desvela-se o que não foi, propositalmente, construído pelo legislador e que aqui se quer dar o necessário destaque. Com efeito, ao tratar das hipóteses em que se deve, sem fuga, conceder-se o livramento condicional, o organizador do diploma legal não estendeu, tal providência, para o indivíduo investigado por ser suspeito de ter agido em cumprimento de ordem de superior hierárquico. Desta forma, fica patente a escolha legislativa que se buscou evidenciar no enredo que agora se ultima: a lei processual não considera merecedor da condição de liberdade provisória a pessoa cuja alegação justificadora do ato praticado versa sobre a situação de obediência hierárquica.

Com respeito, em particular, ao fenômeno do crime, que em todas as sociedades é a causa primeira que evoca a necessidade do estabelecimento de leis formais, as quais procuram alijar esta nefasta prática da rotina dos cidadãos, realidade que vem aqui corroborada com a citação do achado arqueológico intitulado Código de Hamurabi – tábuas de argila em que foram prescritos os comportamentos proibidos e cultivados pela sociedade ancestral da Mesopotâmia de mais de 3.500 anos no passado e, precipuamente, apresentam a descrição das condutas a que se decidiu tomar como crimes, entre algumas outras poucas previsões sobre a justa remuneração devida pela construção de diferentes tamanhos de embarcações, e sobre alguns esparsos atos de foro da vida civil - e guardando-se consideração sobre os valores/princípios da hierarquia e da disciplina - que já foram de enceto afirmadas como pilstras do militarismo e que, por isso, serão analisadas em capítulo vindouro – o legislador pátrio brasileiro, já de forma clássica, achou por bem a criação de uma justiça especial Militar, firmada em específico código penal. No

próximo sub-capítulo será dada atenção ao instituto da obediência hierárquica, alicerçada neste código militar próprio, procurando-se destacar a peculiaridade de seu tratamento mais restritivo.

### **3.5 Tratamento dado pelo Código Penal Militar ao instituto da Obediência Hierárquica**

Cumprida a análise dos artigos da legislação penal comum pertinentes ao objeto de estudo da dissertação, emerge oportuno o exame dos artigos, que conjugados, dão mostra da preocupação diferenciada do legislador com o tema da obediência hierárquica quando se leva em conta as peculiaridades do militarismo.

Tratam-se dos artigos 38 e 41 do CPM:

Artigo 38. Não é culpado quem comete o crime:

- a) sob coação irresistível ou que lhe suprima a faculdade de agir segundo a própria vontade;
- b) em estrita obediência a ordem direta de superior hierárquico, em matéria de serviços.

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

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

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. (BRASIL, Código Penal Militar, 1969).

Tomada a análise conjugada e sistemática dos artigos 38 e 41 do diploma penal militar, conclui-se, por exame da orientação legal que os serve, que incide, em tipo penal incriminador, a conduta do subordinado que age impelido pelo cumprimento de ordem superior. O comando, alocado no parágrafo segundo do primeiro destes artigos, aduz que o militar que vier dar cumprimento a ato manifestamente criminoso, deverá, por esta atitude, ser punido.

Vindo em complemento, o artigo 41 prescreve que uma vez considerada a ordem não manifestamente ilegal, o que tomada em outros termos pode ser traduzida por ordem ilegal de difícil percepção pelo subordinado que é interpelado ao seu cumprimento, o juiz poderá, meramente, proceder à atenuação da pena a ser

dimensionada. Segue, daí, a conclusão silogística de que, se a discricionariedade atribuída ao juiz o autoriza, no máximo, a diminuir a pena que virá imposta ao subordinado que recebeu e cumpriu ordem ilegal, torna-se evidente o não cabimento da absolvição do indivíduo que assim se comportou. Por outra dicção, se a letra da lei diz, claramente, que o poder conferido ao magistrado é o de tornar menor a pena originariamente programada para aplicação ao réu, emerge límpido que a possibilidade de isentá-lo totalmente da sanção prevista não se põe conciliável com este comando.

Da reflexão conduzida, portanto, resta patente, por força do entendimento franco do complemento trazido pelo art. 41 do CPM, que o subordinado cumpridor de ordem ilegal, ainda que esta não se apresente com natureza ilícita bem notória ao destinatário, estará implicado na conduta ensejadora da reprimenda criminal.

Em turno complementar, deve-se chamar a atenção para a havida substituição do termo ato manifestamente criminoso, constante do parágrafo segundo do artigo 38, que foi trocado para ordem não manifestamente ilegal, como se afigura no artigo 41 do Código analisado. Orientada constatação impulsiona, nesta altura, o estudo para a consideração de um embate teórico amplamente pertinente às argumentações aqui desenvolvidas. Trata-se da contraposição da Teoria das Baionetas Cegas ante a Teoria das Baionetas Inteligentes. Tal embate passa a ser objeto das tratativas do próximo subcapítulo.

### **3.6 Teoria das baionetas cegas versus teoria das baionetas inteligentes**

No modelo doutrinário sugerido pela primeira destas teorias - constructo também nominado princípio da obediência cega - não cumpre ao comandado a ponderação sobre a legalidade ou ilegalidade da ordem que lhe é dirigida. Tal isenção de incumbência, apesar de não retirar da ordem ilegal eventualmente cumprida o seu teor correspondente de ilegalidade – afinal, todo ato derivado de ordem ilegal forçosamente estará eivado da mesma condição – traz ao subordinado, em vista da sua condição de obrigatória reverência aos princípios da hierarquia e da disciplina, a isenção de responder pela natureza jurídica defeituosa da ordem, cujo conteúdo ficou obrigado a cumprir.



De acordo com esta teoria, qualquer encaminhamento divergente do conteúdo da ordem infligiria grave ataque às pilastras de sustentação da coesão organizacional militar, constituídas pela hierarquia e pela disciplina. Segundo Costa (1981):

É o sistema mais rigoroso, que dá inextinguível dimensionamento à obediência hierárquica, obrigando o funcionário ao cumprimento de qualquer ordem emanada da autoridade superior. Esse sistema foi desenvolvido na França sob o império Napoleônico, sendo também adotado em outros países, geralmente na disciplina das casernas. (COSTA, 1981, p. 312)

E complementa que:

Por esse sistema, a ordem do superior deverá ser prontamente cumprida, não se dando ao subordinado sequer o direito de solicitar confirmação por escrito." [...]

[...] Em tal sistema o subordinado é completamente isento de responsabilidade, sendo plenamente justificado. Se a ordem configurar comportamento ilícito, apenas o superior hierárquico será culpabilizado. (COSTA, 1981, p. 313).

Na perspectiva de Célio Lobão, o Código chileno parece aceitar, também, o sistema de obediência cega, prescrevendo que, se a execução da ordem resulta grave mal ou tiver, notoriamente, por finalidade a prática de delito, o inferior poderá suspender seu cumprimento ou modificá-la, dando conta ao superior. Se este insistir na ordem, deverá cumpri-la e reclamar posteriormente (LOBÃO, 2006).

Nestes termos, segundo os anunciados ditames que a consubstanciam, a teoria das baionetas cegas exime o subordinado militar do dever de analisar ou de discutir sobre a competência formal do emitente da ordem, isentando-o também da atribuição de verificar se o comando atende aos seus pressupostos legais. Muito em contrário, caso fique demonstrada a sua oposição em executar a ordem, o subordinado será chamado a responder pelo crime de recusa de obediência, por força de tipo penal militar, disposto no artigo 163 do CPM e alocado no Capítulo V, que vem dedicado à insubordinação; in verbis:

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

Pena - detenção, de um a dois anos, se o fato não constitui crime mais grave. (BRASIL, Código Penal Militar, 1969).

No Brasil, Bitencourt (2009), depois de defender a admissibilidade de o funcionário civil discutir sobre a legalidade da ordem recebida, desde que não adentre ao campo restrito da oportunidade e da conveniência daquilo que foi determinado, leciona sobre as nuances que envolvem o servidor militar quando envolvido em temática similar: [...] "Agora, no caso do militar, a situação é completamente diferente. Ele não discute a legalidade, porque tem o dever *legal de obediência*, e qualquer desobediência pode constituir crime de *insubordinação* (art. 163 do CPM)." (BITENCOURT, 2009, p. 391).

Referido autor, no mesmo trecho tomado em citação, mais abaixo aduz:

[...] O Código Penal Militar, diferentemente do Código Penal, estabelece, implicitamente, apenas que o militar não deve obedecer a ordem *manifestamente criminosa* (art. 38, p. 2º). A questão é completamente diferente. Evidentemente, seria absurdo afirmar que alguém tem o dever de obedecer a *ordem criminosa*! Aí seria a inversão total das instituições políticas e democráticas. Agora, quanto à legalidade da formalidade em si, se está correta ou incorreta, se o superior tem ou não tem atribuição para emitir aquela ordem, o problema não é do agente hierarquicamente inferior. (BITENCOURT, 2009, p. 391).

Assim compreendida a teoria das baionetas cegas, convida-se o leitor a deitar análise sobre a sua correspondente antagônica.

Consoante a teoria intitulada das baionetas inteligentes, afora a atenção que o agente subordinado deve dar ao exame do conteúdo da ordem, se lícito ou ilícito, deve ele também aperceber-se sobre ter ou não, o autor da mesma, observado com rigor todos os outros requisitos exigidos para que ela seja tomada por legal, que tais: a competência formal, a finalidade, a forma e também a motivação.

Neste sentido, Neves (2012) traz a lume aqueles que considera exemplos fáticos da emissão de ordens ilegais:

[...] a ordem de um cabo para que um soldado troque de parceiro em viatura de policiamento, porquanto tal alteração cabe à autoridade que confeccionou a escala, ou quem o represente fora do expediente; a ordem dada a um militar para que compareça a um jogo de futebol isolado, não incluído dentro de um programa de treinamento da instituição, simplesmente para satisfazer o interesse daquele que deu a ordem em completar um time de futebol, apartando-se, portanto, do fim de promoção do bem comum; a ordem para a dobra de serviço de guarda do quartel, sem que haja a necessidade imposta pelo serviço, apartando-se do motivo lógico a exigir a ordem; a ordem para um militar pagar as contas de consumo, de caráter particular, para determinado superior, visto ser o objeto versado pela ordem ilícito etc. (NEVES, 2012, p. 1035).

O citado doutrinador, na continuidade desta sua obra, discorre sobre o hipotético caso de superior hierárquico que viesse a determinar, por ordem direta a subordinado, a manutenção de um suspeito de delito em cárcere privado, confinado e sob a vigilância contínua do agente subalterno. A partir desta ponderação fictícia, lança o autor o relevante questionamento: em situação desta natureza, estaria sujeito o destinatário da ordem de ser responsabilizado como partícipe do autor intelectual da conduta imaginada, a qual, para efeito de enquadramento legal, viria subsumida ao tipo penal descrito no artigo 225 do CPM? Provocada a reflexão, o penalista apresenta posicionamento pela negativa. Atesta que, por não ser detectável, ao subordinado, a natureza de ilicitude da tarefa determinada, o cumpridor da ordem não deve responder solidariamente ao emitente do comando. De acordo com a interpretação que faz do caso, a sentinela em questão - que manteve, por sua diligência, a pessoa cativa privada de usufruir de sua liberdade de ir e vir, garantia que é fundamentalmente conferida ao ser humano e que só pode ser restringida em casos extremos minuciosamente antevistos pela lei - ficaria fora da linha de responsabilização criminal. Isto ocorreria em consequência da ordem dada estar filiada à categoria já mencionada de Ordens Ilegais de Difícil Percepção. A esta família de ordens, diferentes das ordens chamadas manifestamente ilegais, não só em grau mas também em natureza jurídica, podem se acrescentar extensa gama de situações hipotéticas, igualmente patrocinadoras de grande teor de perplexidade.

Neste diapasão, tomemos os seguintes casos imaginados:

- a) No cumprimento de uma missão de resgate, o comandante da operação determina a seus subordinados que lancem mão de equipamento fora das condições regulamentares de uso pela corporação. Casuisticamente, o superior reconhece e administra uma situação que atende aos requisitos cobrados para que seja qualificada como sendo caso de estado de necessidade – quando o comportamento de sacrifício de alguns direitos e bens jurídicos é preferível em nome da salvaguarda de outros direitos e bens, de superior valoração pela sociedade no caso concreto. No entanto, tal reconhecimento, além de não ser compartilhado pelo pessoal subordinado, carente da experiência, da sensibilidade treinada e até mesmo do acesso ao espectro de informações que a

autoridade logrou obter, dado o patamar de chefia que ocupa, tampouco é passível de ser transmitido aos comandados, em tempo hábil para tornar a missão efetiva e não inócua, frente aos objetivos estabelecidos.

- b) Para atender a uma demanda de controle de distúrbio, em um dado espaço da cidade, o chefe da tropa determina que as viaturas sigam pela contramão, optando por estrada vetorizada para o local dos fatos, ciente, em razão das informações privilegiadas das quais é detentor, de que, se agisse de modo diverso e com respeito às normas de trânsito, o congestionamento das vias próximas ocasionaria a chegada intempestiva do reforço sob o seu comando.
- c) O chefe de um destacamento de snipers, depois de regularmente assessorado pelo relatório, de esmerado feitio, produzido pelo perito comportamental que serve à missão de resgate, o qual, por razões óbvias de exequibilidade, interage somente com o seu comando central, determina aos atiradores que realizem, mediante a eleição da linha de visada mais favorável, o disparo de contenção dos sequestradores combatidos, o que vem dar, à situação, a característica de genuíno caso de legítima defesa de terceiros.

Nas três hipóteses sondadas, emerge a reflexão sobre a quem dos envolvidos nos episódios deve a ordem deve se apresentar despida de ilegalidade: ao autor; ao destinatário ou destinatários; ou ainda, em igual medida a todos eles, tanto os atuantes no polo ativo da ordem, quanto os que ocupam o seu polo passivo? Caso se conclua que o destinatário de uma selecionada ordem, só pode envidar esforços para cumpri-la após ter se certificado de que o ato comandado se perfilha e corresponde aos ditames regulamentares da hipótese contemplada, recairá em xeque, na grande maioria das vezes, qualquer possibilidade de sucesso da performance exigida.

Não é necessária atenção redobrada para se aperceber que a formulação de expectativa sobre o convencimento personalíssimo daquele a quem se delega uma incumbência, sobre a exata razão de ser da ordem e sobre o ajustamento de todos os seus contornos com o fato real observado, não é razoável de ser garantida no teatro de operações. Uma exigência, quanto a tal ordem de coisas,

corresponderia à idealização leviana das ocorrências concretas do dia a dia e fugiria, inclusive, da lógica natural do fenômeno da ordem, o qual, intrinsecamente, repousa assentado, de um lado sobre o emitente da ordem - de quem se espera o conhecimento aprofundado acerca do que é ordenado, tomada a sua situação de controle operacional da missão e de canal aberto com as linhas construídas do assessoramento feito necessário -, e de outro lado, o emissário do comando, que atua como prolongamento do braço do autor da demanda, cuidando para que a vontade da autoridade seja traduzida para o plano das ocorrências e seja, até mesmo, em vista de possíveis contingências observadas no caso real, multiplicada pela via do número maciço de comandados. Isto, normalmente, é da essência da ordem: um único pensador, contemplador pleno dos fatos - até onde pode chegar a percepção alcançável pelo ser humano e pelas técnicas por ele desenvolvidas -, e vários cumpridores do comando deflagrado, os quais atuam para exacerbar o potencial de modificação da realidade.

Em resumo, exigir do cumpridor da ordem um alinhamento mental de tal monta com o seu emitente, de modo a garantir ao primeiro um estado de ânimo condizente com a hipótese em que ele mesmo teria sido o autor do comando, redundaria em negar toda a historicidade ontológica da ordem. Enfim, o fenômeno de atribuir incumbências surgiu da percepção universal de que uma conduta, se seguida uniformemente e simultaneamente por muitos, tem o potencial aumentado de modificar a realidade em favor do corpo social a que integram. Se todos os agentes, em hipótese invertida, concertassem deliberadamente em agir de um determinado modo, exaustivamente convencidos da correção da medida eleita, não haveria se falar de cumprimento de ordens e sim em cooperação voluntária voltada a uma determinada realização. A ordem é, intrinsecamente, uma expressão da divisão de tarefas que emergiu do efeito da passagem do tempo perante os humanos – o mais apto a planejar cumpre a tarefa intelectual, enquanto os mais aptos a realizarem o plano concebido dão vazão ao idealizado, contribuindo para o seu aperfeiçoamento, sem lhe conduzir, contudo, a ser paciente de renovadas críticas intempestivas.

Conforme será conduzido no capítulo versante sobre o fenômeno da descentralização de liderança - feita tônica nas operações modernas em que as FFAA tomam parte, consubstanciadas nas operações complexas interagências e

operações voltadas ao cumprimento de sua missão complementar de garantia da lei e da ordem e de defesa das instituições democráticas estabelecidas, em que os militares ponteiros de lança no trato com a população, assumem a prerrogativa, não estranha, mas a que não estão familiarizados, do poder de polícia administrativo – essa tendência contemporânea da horizontalização do exercício de influenciar os subordinados, para a realização dos objetivos estratégicos priorizados, impacta fortemente no constructo da obediência hierárquica, tornando-o de assomada e intrincada compreensão e merecedor, portanto, de renovada investigação doutrinária.

O tema da obediência hierárquica, que já ocupa na codificação penal comum e militar um foro particularmente destinado aos fenômenos humanos mais áridos à inteligibilidade dos profissionais que lidam de algum modo com o crime – juízes, promotores, advogados, delegados, militares responsáveis pelo auto de prisão em flagrante e muitos outros – pelo fato de se estabelecer sobre a égide da subjetividade, e depender, no esforço de sua compreensão, da sensibilidade e da inteligência emocional interpessoal do observador, o qual é chamado ao exercício somente conjecturável de se pôr no lugar do sujeito que responde pela prática criminosa em exame, recebe toldamento ainda maior da sua exata essência, quando se põe analisado no bojo das complexas operações modernas, em que se multiplicam as chefias e assomam-se o entrelaçamento as competências deferidas.

Mais além do quadrante reservado às causas de justificação postas a disposição do réu e que vêm alicerçadas na descrição de situações objetivas e concretas, como é exemplo o caso da configuração de um prévio ataque da vítima ao agente investigado – ilustração clássica da legítima defesa –, a sede legal, que acomoda o caso de obediência hierárquica alegado como exculpante da conduta, é significativamente nominada pelos juristas como hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa. É notória a capacidade auto-explicativa do termo: o observador deve, como já tratado anteriormente, se esforçar ao máximo, numa missão impossível de se cumprir em plenitude, para imaginar-se no contexto daquele que responde perante à Justiça, para daí se questionar se, uma vez personificado na figura deste réu, teria agido de modo singular à situação conflagrada. O conceito dado para este instituto, para fluidez do texto, é sempre conveniente repetir, é o de inexigibilidade de conduta diversa – dito de outro modo, do reconhecimento acerca

de não ser razoável esperar um comportamento diferente do que foi observado, tomadas as circunstâncias presentes no caso.

Conforme o recorrido, portanto, o Código agrupa as causas capazes de justificar a conduta do réu em vista do reconhecimento da situação de inexigibilidade de outra conduta, da qual é espécie o caso de obediência hierárquica, após já haver posicionado, em quadrantes mais vestibulares, as outras situações mais palatáveis à compreensão humana. Com esta sistematização penal, fica favorecido o estabelecimento de método mais pragmático, permitindo ao intérprete resolver com maior celeridade as ocorrências de entendimento menos conflituoso. Neste turno, cumprida a explicação da estrutura legal codificada, tem-se vênua para dar dimensão, mais amíuue, ao sequenciamento constante do Código Penal. Vêm compor esta categoria das causas excludentes de antijuridicidade, que são as que possuem esteio mais destacado em situações concretas observáveis e, portanto, menos dependentes de ponderações subjetivas, além da legítima defesa – situação mais familiar ao público não afeito aos assuntos do Direito -, o estado de necessidade, o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito. Somente depois do agrupamento destas situações, o Código vem providenciar o destaque ao grupo das causas excludentes de culpabilidade, integrado pela ocorrência representada pela obediência à ordem de superior hierárquico.

Reforçando e defendendo o ângulo de ataque escolhido pelo Código, faz-se mercê da citação de mais um exercício de ficção. Do ponto de vista metodológico, é menos complicado ao analista penal, que de algum modo tem envolvimento no exame de um contexto supostamente criminoso, abordar uma situação em que uma autoridade policial, para realizar a prisão de indivíduo surpreendido, em flagrância, no cometimento de delito e resistente ao comando de prisão provisória de liberdade – que, fique dito, é de obrigatória execução para o agente da lei -, usa da truculência necessária ao "estrito cumprimento de dever legal", quando comparado ao ato praticado por agente subalterno que argumenta ter-lhe sido impossível reconhecer o caráter de manifesta ilegalidade de uma ordem a ele dirigida.

Mesmo nos ambientes vivenciados por militares mais experientes, assume controvérsia de grande monta a discussão sobre a teórica recusa de obediência à ordem ilegal advinda de superior hierárquico. São fartos, e em sentidos antagônicos, os posicionamentos da doutrina e da jurisprudência sobre o caso. Por vezes, tais

recomendações transparecem mais coadunadas com a estrutura alegórica atinente às baionetas cegas, em outras delas, as manifestações formais ponderam com argumentos que se percebem afiliados à teoria crítica e oponente, a das baionetas inteligentes.

Conduzindo-se este tópico ao seu final, depois de se procurar balizar a dimensão do debate construído pela oposição destas duas construções acadêmicas, volta-se ao ponto que põe toda a discussão em movimento. De fato, pensa-se estar, o âmago da controvérsia, assentado sobre a utilização de termos diferentes, pelo Código Penal Comum e pelo Código Penal Militar, no espectro de tratamento do tema obediência hierárquica. Como assinalado, o Código Penal, que é dirigido a todos os cidadãos brasileiros, utiliza-se da expressão "ordem manifestamente ilegal", quando excetua a situação daquele que segue um comando deste tipo da configuração de causa excludente de culpabilidade. De seu turno, o Código penal aplicável aos militares - ou extraordinariamente aos civis, em casos de envolvimento com crimes militares – toma para seu uso a expressão "ordem manifestamente criminosa", quando descreve o exclusivo tipo de ordem a que o subordinado deve se afastar do cumprimento.

### **3.7 Estrutura das causas excludentes de antijuridicidade no Código Penal Militar**

Somente para cumprir o compromisso com a sistematização deste capítulo 3 e facilitar a comparação levada a cabo pelo leitor, faz-se a mera citação literal dos artigos que prescrevem as causas excludentes de antijuridicidade no Código Penal Militar. Salienta-se que o tratamento da matéria foi alhures desenvolvido no capítulo anterior, no qual balizou-se a abordagem abrangente das justificativas colocadas ao alcance do indivíduo que procura explicar o seu comportamento.

Art. 42. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento do dever legal;

IV - em exercício regular de direito.



Parágrafo único. Não há igualmente crime quando o comandante de navio, aeronave ou praça de guerra, na iminência de perigo ou grave calamidade, compele os subalternos, por meios violentos, a executar serviços e manobras urgentes, para salvar a unidade ou vidas, ou evitar o desânimo, o terror, a desordem, a rendição, a revolta ou o saque.

Art. 43. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para preservar direito seu ou alheio, de perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, desde que o mal causado, por sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado, e o agente não era legalmente obrigado a arrostar o perigo.

Art. 44. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Art. 45. O agente que, em qualquer dos casos de exclusão de crime, excede culposamente os limites da necessidade, responde pelo fato, se (sic) êste é punível, a título de culpa.

Parágrafo único. Não é punível o excesso quando resulta de escusável (sic) surpresa ou perturbação de ânimo, em face da situação.

Art. 46. O juiz pode atenuar a pena ainda quando punível o fato por excesso doloso. (BRASIL, Código Penal Militar, 1969).

### **3.8 Considerações finais acerca da culpabilização do agente militar cumpridor de ordem de difícil percepção quanto à ilegalidade.**

Conclamando escusas pela possível redundância, mas sem olvidar-se da adequação da providência - tomada em nome da compreensão mais prática sobre o cerne da questão -, optou-se, no fecho deste subtítulo que fecha o capítulo 3, pela renovada citação dos artigos a que se fez referência.

Consta do Código Penal Militar:

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

- a) sob coação irresistível ou que lhe suprima a faculdade de agir segundo a própria vontade;
- b) em estrita obediência a ordem direta de superior hierárquico, em matéria de serviços.

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

Parágrafo 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.

Art. 39. Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo

evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa.

Art. 40. Nos crimes em que há violação do dever militar, o agente não pode invocar coação irresistível senão quando física ou material.

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. (BRASIL, Código Penal Militar, 1969).

Enquanto, a mesma temática, encontra guarida isoladamente no artigo 22 do Código Penal Comum, ficando na dependência do escrutínio da doutrina dos juristas o alcance dado a matéria coação irresistível e obediência hierárquica.

**Art. 22** 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. (BRASIL, Código Penal, 1940).

Fica notório o tratamento, mais preocupado com o tema, feito pelo código específico militar.

De passagem, cumpre assinalar o ponto de vista, construído neste estudo, de que o diploma militar não usou de boa técnica ao utilizar, dentro de um corpo sistemático – que, portanto, deveria se filiar às recomendações do paralelismo gramatical, para não induzir o consultante e intérprete a identificar distinções onde não se pretendeu produzi-las – de expressões diferentes para tratar do desdobramento do mesmo assunto, como pode-se verificar com a leitura do artigo 38 e depois do artigo 41 do CPM.

Em que pese mais esta crítica, ressalve-se ter sido ela pontuada como *de passagem*, porquanto, acredita-se, estar o ponto matriz da inconsistência legal e, portanto, gerador do dilema interpretativo, localizado na impossibilidade de conciliação do enunciado do artigo 38 e 41, ambos considerados em sua abrangência, e não especificamente na observada troca de termos - *criminosa por ilegal*. Como já argumentado, a única conclusão possível, fugidia do crivo do silogismo equivocado, passa pela compreensão de que o Código Penal militar entendeu ficar a mercê da avaliação subjetiva do magistrado e, ato contínuo, passível de punição, a conduta daquele que cumpre ordem taxada de manifestamente ilegal – por outra dicção, uma ordem que seja de difícil percepção ao subordinado quanto a sua ilegalidade.

Novamente, com o perdão da redundância, tomando-se ser da competência do juiz, de acordo com o preceituado na última parte do artigo 41 em comento, decidir pela atenuação da pena do réu que pratica uma conduta ilegal, mas não manifestamente ilegal, não pode ser outro o entendimento que não aquele que conclui não ser alcançável, por tal magistrado, a prerrogativa de absolver o indivíduo, considerando-o isento de pena.

Por outro dimensionamento, quando se leva em conta o que vem preceituado no artigo 163 do CPM, a perplexidade emerge retumbante.

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

Pena – detenção, de um a dois anos, se o fato não constitui crime mais grave. ((BRASIL, Código Penal Militar, 1969).

Na continuidade da exploração do tema, serve-se da contribuição do eminente autor da seara do Direito Administrativo, Hely Lopes Meirelles, o qual ressalta que na administração, de âmbito privado, considera-se lícito fazer tudo aquilo que não é vedado pela lei, por outro lado, na administração, de cunho público, só se permite atuar nos pontos em que a lei permite. (MEIRELLES, 2006).

Desta contribuição do clássico jurista, releva-se o múnus do militar – também um agente público – de se portar como fiel e rigoroso cumpridor da lei. Ocorre que, para o desencargo da incumbência de se portar segundo a lei, o agente deve recorrer ao exame metucioso de todos os requisitos nos quais estão alicerçados o ato administrativo. Afinal, não olvidemos que toda ordem dada por um superior caracteriza um ato administrativo, e todo ato administrativo, a não ser os que são cumpridos de próprio punho pela autoridade com competência decisória, vêm a luz, essencialmente, por intermédio de uma ordem manifestada. Pois bem, os requisitos do ato administrativo são elencados na doutrina do Direito e não há melhor maneira, para deles apropriar a essência, do que novamente tomar-se o conceito de ato administrativo proveniente da lavra de Meirelles: "Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria". (MEIRELLES, 2006, p. 149).

Dessa sua manifestação doutrinária, retira-se a compreensão sobre os cinco requisitos do ato administrativo, os quais não remanescem citados pela lei: a) A Competência; b) A forma; c) O objeto; d) A motivação; e) A finalidade.

Posto sob esta ótica, subjaz pendente sobre a cabeça do militar, tal qual uma guilhotina, a necessidade de cumprir a lei, os regulamentos, as instruções, as normas de engajamento e afins, fazendo o artigo 163 – que diz constituir tipo penal a desobediência à ordem – as vezes de alavanca de acionamento do gume afiado que vigia o comportamento do subordinado.

Todavia, de outro lado, oscila simultaneamente sobre a frente do agente militar o comando interpretado do artigo 41, para o qual, não se encontrando outra inteligência suscetível de ser aplicada, está a dizer que o destinatário/cumpridor de ordem, a que não consegue compreender como ilegal – tanto seja pela condição ambígua, obscura ou excepcional da sua própria constituição, seja pela deficiência de capacidade de entendimento do próprio personagem – ficará passível, tão somente, de atenuação da pena pertinente, dosada pelo juiz, o que equivale a dizer, portanto, que não será absolvido.

Desta forma, é cediço constatar que se forja, para o extremo subordinado do elo de comando, um verdadeiro jogo de absurdos, no qual o mesmo fica obrigado, e ao mesmo tempo proibido, de adotar determinado comportamento.

Outrossim, não atende à natureza com que as ações militares são concebidas, considerar-se, pela expressão do repetido artigo 163 do CPM, que seu conteúdo foi deliberadamente construído pelo legislador castrense visando estabelecer, ao agente subordinado, o dever de, caso a caso, nas situações práticas em curso, refletir sobre o que significaria o assunto ou matéria de serviço, ou ainda o dever imposto em lei, regulamento ou instrução. Isto, como é flagrantemente notório a público minimamente relacionado com a atuação militar, vai de encontro aos mais básicos ditames do sucesso operacional.

A respeito do destinatário, não militar, de ato administrativo ordenativo – entendido como ordem direta-, prospera a expectativa, quanto à faculdade e até mesmo a obrigação, a ele aplicáveis, de questionar sobre a presença, no caso em tela, dos requisitos de validade da ordem – se emanou de autoridade competente,

se foi orientada pela forma prescrita em lei, se versa sobre objeto lícito e se tem a motivação e a finalidade, aquela oriunda do bem comum e esta a ele vocacionada – para então dar-lhe o esperado cumprimento.

Com respeito ao militar, esperar um comportamento semelhante, seria condenar irremediavelmente a missão à falência. Em vista das constantes delegações e avocações de responsabilidades que permeiam as operações militares, mesmo as mais ordinárias – as quais se procura contornar pelos signos militares visíveis, indicativos da patente e do posto hierárquico ocupado pelo autor da ordem - projeta-se aqui, como premente indagação, o que há de se encontrar quando avulta a complexidade destas missões, por obra do processo de descentralização/horizontalização do comando, fenômeno que já se afirmou, de antemão, compor o ponto fulcral do presente estudo?

O dimensionamento deste agigantamento da problemática, respeitante a se reconhecer a legalidade ou a ilegalidade de ordens dadas em situações de alta complexidade, cada vez mais em voga nos dias contemporâneos, volta-se a dizer, será realizado no próximo capítulo.

Por ora, impende terminar este trecho do trabalho, remetendo o leitor para o seu objetivo final, constante do último de seus capítulos, o qual procura apresentar construção normativa, acredita-se, apta a impedir que esta situação de impasse prevaleça.

#### **4 PROSPECÇÃO SOBRE AS CAUSAS, AS ATUALIDADES E AS POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS DA PECULIARIDADE DE TRATAMENTO DA OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA NO MEIO MILITAR**

Este capítulo 4 da dissertação cumpre três propósitos, os quais admitem uma conjugação que poderia, de certa forma, ser adjetivada de temporal. Ele está dividido em três subcapítulos que procuram dar tratamento de passado, presente e futuro ao tema da obediência hierárquica abrigada no seio militar.

A primeira parte abre reflexão sobre as origens do tratamento diferenciado para o tema, quando a sua pesquisa é assumida dentro dos quartéis e das organizações militares. Pondo-se muito distante da pretensão de se aprofundar no tema – o qual, pensa-se, renderia profícuo estudo antropológico autônomo, a partir de vivência compartilhada com os cadetes da Força Aérea -, nutre-se a noção de que a distinção de importância com que o instituto da obediência hierárquica é trabalhado no ambiente militar e fora dele, está calcada nos cultivados pilares do militarismo – a hierarquia e a disciplina.

A segunda parte traz referências sobre as operações presentes e sobre as de passado recente que prosperaram acontecer sob o enquadramento de missões Interagências ou de Garantia da Lei e da Ordem. A concepção, também só alinhavada, posto que deixada para a realização de pesquisador dotado de chancela e de bagagem para imiscuir-se como participante/entrevistador com acesso aos principais teatros de operações destacados, é a de que tais cenários contribuem naturalmente para tornar o fenômeno da ordem dada/recebida suscetível de múltiplos aspectos complicadores. O paulatino abandono da estrutura hierárquica vertical, com a crescente adoção e valorização do exercício da liderança compartilhada e do respeito a cultura organizacional das muitas agências e organizações envolvidas no desencargo das missões – algumas estrangeiras, e outras internacionais – conduz a uma necessária modificação legal quanto a lida do tema cumprimento de ordens.

A terceira parte, enfim, discorre sobre as possíveis consequências que a inércia legiferante pode trazer para o esforço de defesa nacional. Não são desprezíveis as hipóteses de aproveitamento, por agentes antagônicos aos interesses do povo brasileiro, das lacunas e brechas deixadas na legislação, que, em última análise podem representar um ambiente fértil para que logrem sucesso

movimentos direcionados à paralisia estratégica – os quais visam o comando e o controle das operações. Também este segmento da dissertação convida o interessado no tema a enveredar-se nesta pesquisa, a qual entrevê-se com grande potencial de inéditas contribuições de relevo.

#### **4.1 Origem das peculiaridades da Obediência Hierárquica no ambiente militar – perspectiva do processo de formação dos cadetes da Aeronáutica**

Esse segmento do trabalho tem o esteio baseado no livro "O Espírito Militar", de Celso Castro, elaborado no ano de 1990, a partir da vivência do autor, sob o crivo científico de experiência antropológica participativa, com os cadetes do exército, formandos da Academia Militar das Agulhas Negras (AMAN).

O subcapítulo, ora encetado, possui o propósito, restrito, de apresentar os subsídios iniciais para a prospecção a respeito de como o ambiente de aprendizado no meio militar pode incutir, nos alunos, concepções peculiares sobre o significado e a dimensão do conceito de hierarquia e disciplina, os quais são considerados elementares para a articulação do que seja obediência hierárquica no contexto do militarismo. Conforme dito alhures, todo o conteúdo desse capítulo 4 da dissertação, em reconhecimento da extensão e da complexidade intrínseca da temática relacionada às características assumidas pela ordem superior, quando é emitida segundo os ditames da hierarquia militar, possui o objetivo franco e delimitado de propor o estudo mais detido sobre a origem da diferenciação das concepções constantes do Código Penal Comum e do Código Penal Militar – ponto fundamental do presente trabalho -, sobre o comportamento fenomenológico aferido do constructo da ordem dada, dentro do cenário das operações militares de complexidade destacada – pesquisa que, para ser produzida, exige a autorização regulamentar das autoridades com competência para tanto, além de pesquisador com bagagem operacional e com trânsito franqueado nos teatros de atuação das tropas -, e, por último, sobre as consequências dramáticas que podem resultar do estancamento operacional, em vista da insuficiência de disciplinamento legal – insegurança jurídica – que existe em relação ao cumprimento de ordens pelos subordinados, nas situações de campo mais complicadas que as de costume, aspecto a respeito do qual a presente dissertação concentrou os seus mais estreitos esforços.

É significativo o que diz Celso Castro na apresentação do trabalho que realizou, a respeito da existência de um verdadeiro espírito militar – constatação que, inclusive, veio desaguar no próprio nome dado ao livro publicado:

Este livro trata, portanto, do processo de construção da identidade social do militar, do espírito militar. Para atingir esse objetivo, será seguido um método característico da antropologia social: a realização de uma etnografia fundada, basicamente, numa experiência de trabalho de campo. (CASTRO, 1990, pág. 15).

Em continuação, assevera Castro sobre a observada carência de obras produzidas por cientistas sociais na seara do militarismo, na época do desenvolvimento de seu trabalho:

A bibliografia na área das ciências sociais sobre militares é enorme. Um levantamento feito por Kurt Lang<sup>8</sup> sobre a produção norte-americana e européia registra 528 títulos. Entretanto, apenas uma ínfima parte dessa bibliografia aborda a formação de oficiais em academias militares. (CASTRO, 1990, pág. 16).

O recorte acima transcrito dá mostra de como a prospecção sobre a origem do entendimento peculiar sobre a ordem é oportuna, uma vez evidenciado o estudo, até então, pouco desenvolvido sobre o assunto. No seguimento de suas ponderações, que são produzidas já na apresentação de sua obra, diz Castro:

Um ensaio bibliográfico feito em 1985 por Edmundo Campos Coelho constata que são poucos os trabalhos acadêmicos que tratam a instituição militar como um objeto legítimo de análise por si mesmo. A maioria aborda antes o papel dos militares na política brasileira, principalmente nos momentos de intervenções armadas. Haveria, desse modo, uma tendência a se "politizar" a instituição militar. O autor observa: De certa forma, a "politização" produz a "paisanização" dos militares, despiando-os da forte marca da instituição castrense. O processo parece ser análogo ao do exorcismo ou da psicanálise: é como se os estudiosos, sofrendo de algum profundo trauma com os símbolos, marcas, mentalidade e procedimento das instituições militares, necessitassem revelar a sua dimensão mais "familiar" (ou "paisana") dissolvendo nela a outra zona: a do perigo, da ameaça, do desconhecido. Esse "profundo trauma", embora importante, certamente não é a única explicação para o pequeno número de estudos sobre os aspectos "íntimos" da instituição militar. O mesmo autor menciona em seguida a dificuldade que sempre existiu para pesquisadores terem acesso ao Exército, por quaisquer vias. Apesar disso, algumas tentativas de análise da instituição militar em seus aspectos "internos", "estruturais" ou "organizacionais" foram feitas. Entre os trabalhos mais instigantes, gostaria de citar os produzidos no campo da ciência política por José Murilo de Carvalho, Edmundo Campos Coelho, Alexandre Barros e Vanda Costa. (CASTRO, 1990, págs. 16-7).

Dando significância emblemática à compreensão peculiar da dinâmica da hierarquia, que vem construída a partir do cultivo daquilo que se achou por bem chamar "espírito militar", são marcantes as duas passagens transcritas a seguir:



Encerrado o período de adaptação, os novatos que permaneceram são matriculados e participam, num clima de alegria, da solenidade de passagem pelo Portão Monumental que separa física e simbolicamente a Academia do mundo exterior. Entram pelo lado onde há uma placa com a inscrição "entrada dos novos cadetes". Quatro anos mais tarde os que conseguirem "transpor os obstáculos" sairão da Academia pelo mesmo portão, mas agora pelo lado oposto, onde está escrito "saída dos novos aspirantes". Nesse intervalo, lerão diariamente outra inscrição, em letras grandes, no pátio interno: "Cadetes! Ides comandar, aprendei a obedecer. (CASTRO, 1990, págs. 21-2).

A hierarquia militar — ou melhor, a hierarquia do corpo de oficiais — apresenta uma característica fundamental: ela fraciona um grupo de pares. Um capitão, um coronel ou um general já foram cadetes; pode-se dizer que, de certa forma, eles são cadetes com alguns anos de experiência e de idade a mais. Todos são oficiais e comungam o mesmo espírito militar. Os cadetes sabem que, ao concluírem o curso da Academia, passarão a ter a mesma condição social que seus superiores, e que a distância entre as posições hierárquicas ocupadas por uns e outros será, basicamente, uma questão de "quantidade" de tempo: os generais de 1985 foram os cadetes de 1945-55; os cadetes de 1985 serão os generais da década de 2020. Nesse sentido, podemos chamar a hierarquia do corpo de oficiais de "hierarquia quantitativa", pois pressupõe a possibilidade de ascensão para todos os seus membros, a partir de uma situação inicial de igualdade formal de condições. (CASTRO, 1990, págs. 26-7).

Nas passagens destacadas, evidencia-se o entendimento e valorização diferenciados que pendem sobre a ideia de hierarquia e disciplina no contexto da vivência militar. No primeiro dos trechos, chama-se a atenção para a frase que incita os cadetes alunos a obedecer, em vista de que num futuro próximo eles estarão ocupando a posição do emitente das ordens. A corroboração, de tal vislumbre, logo é trazida na sequência de lavra do autor, quando é por ele aduzido que o aluno é educado o tempo todo antevendo-se na posição do comandante. Portanto, desde sempre, o comandado é exortado a praticar a projeção mental de configurar-se um pouco mais a frente no tempo, colocando-se na posição daquele a quem hoje deve obediência, e mais que isto, sabendo que na esteira de conformação de sua carreira lidará com comandados com ideais, disposições de espírito e imaginários semelhantes aos que ele mantém atualmente.

Por este turno, uma vez conduzida a anunciada ideia de delinear, ao leitor, o campo fértil de investigação científica, espreado sobre a peculiaridade de entendimento do que seja "ordem dada por superior hierárquico", dentro do ambiente de convivência militar, de acordo com estudo antropológico levado a cabo por Celso Castro, passa-se a abordagem do próximo subcapítulo, no qual estão elencadas, com a sistemática orientação para a obtenção de maior detalhamento a partir da consulta aos documentos oferecidos em anexo nessa dissertação, as Disciplinas e os assuntos curriculares programados para estudo aos cadetes

formandos da Academia da Força Aérea. Fica nítida a percepção de como o observado por Celso Castro, ao final dos anos 80, remanesce reafirmado nos documentos pedagógicos confeccionados em época mais moderna e no bojo da formação acadêmica de cadetes não vindouros oficiais do exército, mas sim da Força Aérea.

#### 4.1.1 Disciplinas e Conteúdos, sobre a Hierarquia e a Disciplina, ministrados na AFA sob a rubrica do Corpo de Cadetes da Aeronáutica

As disciplinas com conteúdo que envolvem os pilares militares da Hierarquia e da Disciplina, ministradas sob responsabilidade do Corpo de Cadetes da Aeronáutica, são patrocinadas aos alunos, durante os quatro anos de permanência na AFA, cumprem o desiderato de proporcionar, aos formandos, reflexões sobre assuntos relevantes para a sua atuação enquanto oficiais das FFAA. Acredita-se, que o pesquisador que tome por objeto de estudo as diferenças de tratamento outorgadas ao instituto da obediência hierárquica, no ambiente militar, em comparação com o que ocorre no meio civil, encontrará elucidativa fonte de dados ao promover a análise dos temas curriculares que integram tais planos pedagógicos. Como já se disse, tal realização extrapola o recorte científico dado a essa dissertação.

Nesta oportunidade, fica-se limitado à nominação das disciplinas incluídas no currículo confeccionado para os formandos matriculados a partir de 2019, acompanhada da identificação dos objetivos gerais pedagógicos projetados para nelas serem alcançados:

##### 1- Conduta Civil e Militar

- a) identificar os procedimentos afetos à conduta militar, civil e afetiva (Cp);
- b) valorizar a importância da conduta exemplar tanto no meio militar como no meio civil (Av);
- c) apreciar a organização do tempo e dos recursos financeiros (Av); e
- d) distinguir valores e qualidades que caracterizam o Oficial (Cp).

##### 2- Doutrina Militar

- a) identificar a organização dos Comandos Militares e do Ministério da Defesa (Cn);

- b) compreender os diferentes tipos de tarefas e atribuições afetas ao oficial da FAB nos primeiros anos de carreira (Cp);
- c) valorizar a importância do conhecimento e a perpetuação das tradições históricas (Av);
- d) identificar diferentes tipos de tarefas e atribuições afetas ao Oficial da FAB nos primeiros anos de carreira (Cp);
- e) caracterizar as principais legislações que atualmente norteiam a atuação da FAB (Cn); e
- f) identificar a utilização do Espaço Aéreo nas operações conjuntas, por meio de procedimentos padronizados pelo Ministério da Defesa (Cp).

### 3 - Profissão Militar

- a) distinguir as características da Profissão Militar (Cp);
- b) distinguir a capacidade de emprego da Força como aquela que diferencia fundamentalmente os militares de outros profissionais (Cp);
- d) distinguir a importância da aptidão na formação do profissional militar (Cp);
- e) valorizar a conduta ideal, os atributos de caráter e as virtudes da Profissão Militar (Av);
- f) identificar as peculiaridades e as normas dos serviços diários na FAB (Cn);
- g) valorizar os atributos de caráter e as virtudes da profissão militar (Va); e
- h) identificar as peculiaridades da carreira do Oficial e sua progressão na FAB.

### 4 - Liderança 1

- a) identificar os conceitos e níveis de liderança no âmbito da Administração Militar (Cp);
- b) utilizar as competências inerentes ao exercício da liderança visando o desenvolvimento de equipes (Ap);
- c) reconhecer a importância dos fatores relacionados à liderança militar para o desenvolvimento de equipes (Va);
- d) descrever as teorias e os modelos de liderança preconizados no MCA 2-1, com ênfase ao modelo *Full Range Leadership Model* (Cp);
- e) desenvolver a autodisciplina, a compreensão de autoridade e hierarquia, o sentimento de camaradagem, os valores da FAB e os ideais de coragem, lealdade,

honra, dever e amor à Pátria (Og);

f) perceber mediante aos ensinamentos e a prática da doutrina militar o amadurecimento e o conhecimento de suas fortalezas, fraquezas, capacidades e limitações, para que possa controlar e disciplinar a si mesmo (Pe);

g) demonstrar plenamente a capacidade de liderança e de participação produtiva em trabalhos de grupo (Re); e

h) reconhecer os fatores relacionados à formação e desenvolvimento de equipes (Av).

## 5- Liderança 2

a) identificar os conceitos e níveis de liderança no âmbito da Administração Militar (Cp);

b) utilizar as competências inerentes ao exercício da liderança visando o desenvolvimento de equipes (Ap);

c) reconhecer a importância dos fatores relacionados à liderança militar para o desenvolvimento de equipes (Av);

d) perceber mediante aos ensinamentos e a prática da doutrina militar o amadurecimento e o conhecimento de suas fortalezas, fraquezas, capacidades e limitações, para que possa controlar e disciplinar a si mesmo (Pe);

e) demonstrar plenamente a capacidade de liderança e de participação produtiva em trabalhos de grupo (Re);

f) reconhecer os fatores relacionados à formação e desenvolvimento de equipes (Av); e

g) reconhecer os aspectos relacionados à comunicação e sua importância para a Liderança (Av).

## 6- Estágio e adaptação militares

a) identificar a legislação comum às Forças Armadas e a específica do COMAER e seus conteúdos básicos (Cn);

b) identificar na legislação comum às Forças Armadas e na específica do COMAER, capítulos e artigos nos quais se enquadrem assuntos e situações dadas (Cp);

c) aplicar, na vida cotidiana, no que couber, os preceitos contidos na legislação comum às Forças Armadas e na específica do COMAER (Ap);

- d) valorizar a importância do conhecimento e atualização constante quanto à legislação comum às Forças Armadas e específicas do COMAER, para um desempenho eficaz, no seu âmbito profissional militar (Av);
- e) interpretar as normas e deveres do cadete na vida acadêmica (Cp);
- f) identificar as vozes de comando e os toques de corneta correspondentes (Rm);
- g) praticar exercícios de ordem unida desarmada, a pé firme e em movimento (Rm);
- h) integrar uma tropa em formatura (Rm);
- i) demonstrar boa atuação em formaturas e solenidades como integrante de tropa (Rm);
- j) comandar fração de tropa em formatura (Ap);
- k) valorizar a prática da Ordem Unida como meio eficaz de desenvolvimento e demonstração de espírito de corpo, disciplina e organização (Av);
- l) valorizar a importância da conduta exemplar tanto no meio militar como civil (Av);
- m) identificar os procedimentos afetos à conduta militar e civil (Cp);
- n) interpretar as normas e deveres do Cadete na vida acadêmica (Cp);
- o) identificar os cursos oferecidos pela Academia da Força Aérea (Cn);
- o) identificar os cursos oferecidos pela Academia da Força Aérea (Cn);
- p) valorizar a conduta ideal, os atributos de caráter e as virtudes da profissão militar (Av);
- q) identificar a estrutura hierárquica do COMAER, da AFA, do CCAER e da Cadeia de liderança de cadetes (CLC) (Cp);
- r) valorizar a importância dos conhecimentos afetos à legislação militar (Av);
- s) identificar a importância do indivíduo ter um procedimento ilibado em sua vida particular, respaldando sua vida profissional (Og);
- t) identificar as peculiaridades e as normas dos serviços diários no Corpo de Cadetes da Aeronáutica (Cn);
- u) distinguir as características da profissão militar (Cp);
- v) valorizar a conduta ideal, os atributos de caráter e as virtudes da profissão militar (Av);
- w) valorizar a prática da atividade física diária (Av);
- x) executar exercícios que desenvolvam as capacidades físicas de força, flexibilidade, coordenação, velocidade e resistência (Rm)
- y) valorizar os atributos inerentes à liderança, espírito de corpo, rusticidade, pontualidade, persistência, resistência à frustração, coragem, autoconfiança, controle emocional, senso de organização do tempo e das coisas, decisão e

- camaradagem (Av);
- z) identificar técnicas de natação (Pr);
- aa) valorizar a necessidade de executar as diferentes técnicas de defesa pessoal (Av); e
- bb) participar de jogos coletivos (Re).

## **4.2 A insegurança jurídica nas operações militares Interagências e de Garantia da Lei e da Ordem**

Modernamente, na atuação simultânea de uma plêiade de instituições de cúpula, cada qual com seu próprio organograma, estruturado de acordo com a sua experiência de trabalho, a sua expertise e suas vicissitudes cotidianas, é inafastável pensar-se sobre a conflagração de eventuais obstáculos no desenvolvimento dos processos de hierarquia, representados pela duplicação de ordens e pela dificuldade na identificação das competentes autoridades emitentes e destinatárias dos vários comandos embutidos no cumprimento de cada aspecto das missões, que juntos formarão o complexo cenário do teatro Interagências e do teatro de operações em GLO. Nessas apontadas situações, em que fica esperada a convergência de pensamentos dos diversos atores que colocam em favor da realização de uma causa comum – alguns estrangeiros, outros nacionais; uns de alçada pública, outros privados, e outros ainda integrantes das contemporâneas parcerias público-privadas; uns militares, outros civis – todos estes e muitos mais, cuja descrição completa demandaria certo esforço de arrolamento, e cada um deles com características bastante peculiares, como é o caso da busca do lucro no caso das entidades da iniciativa privada, objetivo que não é compartilhado com as organizações que prestam o serviço público convencional, é lícito considerar a inevitabilidade do surgimento de situações conflituosas, envolvendo o já intrinsecamente conturbado conceito doutrinário da obediência hierárquica.

Fortemente elucidativa é a disposição a respeito constante do prefácio do Documento MD33-M-12 do Ministério da Defesa, o qual preconiza ditames sobre as Operações Interagências desenvolvidas em seu âmbito de competência. (BRASIL, 2017).

(...) Fomentar a unidade de esforços é, sem dúvida, o empreendimento cooperativo mais relevante da atualidade, no que concerne ao gerenciamento de crises. Essa condição envolve, além das Forças Armadas, grande número de órgãos e entidades da administração pública.

Em algumas situações, organizações não governamentais, empresas privadas e organismos internacionais poderão ser incluídos nesse empreendimento.

O termo interagências deriva, então, da parceria e sinergia de esforços envolvendo órgãos governamentais e não governamentais, podendo ser nacionais e/ ou internacionais, estruturados para alcançar objetivos políticos e estratégicos de interesse nacional, harmonizando culturas e esforços diversos, em resposta a problemas complexos, adotando ações coerentes e consistentes.

Dessa forma, a Defesa torna-se um dos vetores, dentro da linha de ação adotada, para a prevenção de ameaças, reação a hostilidades ou para gerenciamento de crises, junto de outras estruturas de poder do Estado e da sociedade. (BRASIL, 2017, prefácio)

As FFAA, no tempo contemporâneo, foram alçadas à condição de protagonistas nesta nova maneira de trabalho em que os pensamentos, advindos do arcabouço de experiência, em pensamento estratégico, de várias fontes organizacionais, são dispostos para a deliberação de entidades multifacetadas, como é o caso dos Centros de Comando e Controle. A bagagem operacional decorrente dessas interações rende, com certeza, um campo fértil para a análise do comportamento fenomenológico do constructo de Direito Penal da obediência hierárquica. Por suposto, guarda coerência a crença de que, quando submetida a tais contextos de exercício de um modelo de liderança compartilhada, o instituto, ao qual se dedica a presente dissertação, respondeu de formas inéditas, as quais se põem a mercê da pesquisa científica para serem decifradas. Com certeza, a observação, com método, de tais repostas, compõem mosaico de novas constatações que podem representar um objeto caro de estudos desenvolvidos, conforme já dito anteriormente, por pesquisadores, com autorização formal, e dotados de competência informal – bagagem operacional – para acompanhar o desenvolvimento das missões *in loco*.

A realização de megaeventos recentes em solo brasileiro dão esta condição a ciência brasileira e os esforços para angariar novas descobertas ao repertório científico nacional não pode ser desprezado. O Brasil pode contribuir, sobremaneira com novas lições ao mundo, em um campo em que já possui comportamento elogiado: no de interações em que assomam com relevância os atributos da inteligência emocional, como ocorre nas operações de promoção e de manutenção da paz em ambientes de crise política e/ou humanitária. A realização dos Jogos Olímpicos Rio 2016 e da Copa do Mundo FIFA 2014 – antecidas por outros

megaeventos de maiúscula representatividade, como os Jogos Pan-Americanos e Jogos Parapan-Americanos 2007, os Jogos Mundiais Militares 2011, a Conferência Rio+20, a Copa das Confederações FIFA 2013, a Jornada Mundial da Juventude – JMJ 2013, abriu janela de pesquisa, sem precedentes históricos, para que o Brasil assuma papel protagonista na organização e na divulgação de conhecimento científico agregado sobre a temática da cooperação internacional entre Estados em ambiente de paz, o que pode ser projetado e adaptado para os teatros de beligerância. Tal oportunidade não deve ser desperdiçada.

Sobre esse dito estímulo - a respeito da relevância do desenvolvimento de renovados e constantes estudos sobre o assunto -, é oportuna a citação de mais um excerto do documento ora elevado ao posto de pedra angular das argumentações deste segmento dissertativo: "As sugestões para aperfeiçoamento deste documento são estimuladas e deverão ser encaminhadas ao Estado Maior Conjunto das Forças Armadas (EMCFA), via cadeia de comando, (...)". (BRASIL, 2017 p.14).

Por desincumbência do compromisso acadêmico de dar a fonte científica das argumentações acima desenvolvidas – quanto a propensão de o terreno de trabalho que abriga a atuação de múltiplos protagonistas, agrupando diversas organizações que se somam para o deslinde dos objetivos programados, significar o adensamento dos problemas operacionais que envolvem o cumprimento de ordens, tomemos uma série de citações do documento ora analisado com detido interesse.

## CAPÍTULO II

### FUNDAMENTOS DAS OPERAÇÕES INTERAGÊNCIAS

#### 2.1 Generalidades

2.1.1 Mecanismos eficazes de supervisão e de transparência devem ser estabelecidos desde o início das ações de maneira que sejam minimizados os efeitos negativos da ação de agentes de perturbação da ordem pública sobre os participantes. (BRASIL, 2017 p.15).

Subsumida nessa asseveração, aparece notória a preocupação, no planejamento das missões sob o manto interagências, com as prováveis implicações de responsabilidades que poderão ser atribuídas aos diversos integrantes das organizações envolvidas. A expectativa de mitigação dessa consequência nociva é fomentada a acontecer desde as etapas incipientes das articulações operacionais.



No mesmo sentido, o cuidado com o estabelecimento de canais de comunicação bem delimitados entre os coordenadores e coordenados aparece de com teor explícita no bojo do plano que temos sob análise:

2.1.2 Estruturas adequadas de tomada de decisão devem ser constituídas nos níveis estratégico, operacional e tático de modo a resolver os problemas surgidos, bem como para coordenar as operações. A criação na estrutura organizacional de células de ligação, em todos os níveis, facilitará a comunicação e a coordenação entre os participantes." (BRASIL, 2017, p.15).

Quanto à alegada precaução sobre serem observadas e respeitadas as diferenças culturais e mesmo filosóficas dos diversos atores envolvidos nos encargos compromissados, veja-se o que segue:

2.2.2 Cada organização possui sua própria cultura, filosofia, objetivos, práticas e habilidades. Essa diversidade é a força do processo interagências, proporcionando um somatório de conhecimentos na busca de um objetivo comum, gerando a necessidade de um fórum coordenado para a integração dos muitos pontos de vista, capacidades e opções. Todos os esforços devem ser coordenados, apesar das diferenças culturais e de técnicas operacionais. (BRASIL, 2017, p.15).

Com respeito a alegada perspectiva de desafio, com o qual aparece o ambiente interagências para receber o tratamento regulamentar das autoridades com competência administrativa para tal providência, orienta-se a observação do item prescrito a seguir, em que o termo "desafio" constitui a própria abertura do enunciado:

2.2.3 O desafio para os comandantes, em todos os níveis, é identificar os recursos adequados à solução de um problema e trazê-los para o processo interagências. A busca da coordenação e da cooperação deve ser vista como um meio para o cumprimento da missão e não como um fim em si mesma. Enquanto a redução de alguma liberdade de ação organizacional é muitas vezes necessária para se atingir a plena cooperação, o zelo pelo consenso não deve comprometer a autoridade, os papéis ou as competências essenciais. (BRASIL, 2017, p.15).

Complementando a percepção do leitor, de como o documento mantém preocupação contínua com as peculiaridades dos cenários de alta complexidade, destacando os pontos vocacionados à atenção especial, dá-se a conhecer a continuidade do documento legal:

2.2.4 Em ambiente interagências, é recomendável a elaboração da definição do problema, como ponto de partida para a sinergia de esforços, facilitando o planejamento e as medidas de coordenação, cooperação e integração. A ferramenta Desenho Operacional, prevista no manual MD30-M-01 Doutrina de Operações Conjuntas, pode ser utilizada dividindo-se a operação em fases, estabelecendo-se linhas de operação e pontos decisivos, de modo que sejam atingidos os objetivos e o estabelecimento do estado final desejado ao término das ações. Isso facilitará a definição das ações a serem empreendidas (tanto pelas agências, quanto pelas forças militares que participam da operação), assim como a identificação das possibilidades de apoio mútuo. (BRASIL, 2017, p.16).

Outrossim, julgadas como pertinentes à apropriação do leitor dessa dissertação, para que possa compor uma noção, o mais completa possível, sobre a conformação peculiar do teatro de operações que está sob análise, são as características que a legislação em comento vem a lhes atribuir:

2.2.7 As operações interagências possuem características tais como:

- relevância do fator opinião pública;
  - existência de um comando militar designado sem que haja assunção do controle operacional sobre as agências participantes da operação, mas sim a coordenação das tarefas, a fim de possibilitar um melhor desempenho dos meios militares e civis empregados. Visando facilitar esta coordenação e o controle, as agências civis poderão ser concentradas em um único elemento organizacional, onde serão agrupadas de acordo com a natureza de suas atividades, aliviando o Comandante Militar designado durante os processos de tomada de decisão. Esta concentração dos organismos em um elemento organizacional não implica qualquer tipo de subordinação entre eles e poderá ser flexibilizada no curso das operações, se julgado conveniente;
  - combinação de esforços políticos, jurídicos, militares, econômicos, ambientais, humanitários, sociais, científicos e tecnológicos;
  - possibilidade de intercâmbio de informações entre as diversas agências, necessária ao incremento da sinergia, da confiabilidade e da agilidade às operações;
  - participação de atores não oficiais e de indivíduos nas operações;
  - possibilidade do emprego das Forças Armadas em conjunto com órgãos governamentais das esferas federal, estadual e municipal;
  - necessidade de capacitação dos efetivos militares para atuar em cooperação com agências;
  - complexidade de ações, que exigem dos militares conhecimentos dos conceitos, das características e das missões dos parceiros interagências e saibam conduzir atividades de assuntos civis, a fim de atuarem de modo integrado e sintonizado com o objetivo da missão;
  - dependência da socialização das informações;
  - centralização do planejamento no mais alto nível possível, com a execução mais descentralizada possível; e
  - busca da tomada de decisões, sempre que possível, por consenso.
- (BRASIL, 2017, ps. 16 e17).

Com o mesmo intento – o de ressaltar ao leitor o meticuloso trabalho regulamentar, feito em virtude da percepção do potencial de imbricações problemáticas que poderiam advir do cumprimento de operações militares de grande complexidade – é imperioso trazer a colação alguns dos princípios norteadores insculpidos para o processo:

## Princípios Norteadores

### 2.3.1 Colaboração

É essencial que sejam criadas condições para a colaboração entre os atores envolvidos na ação, sintetizando a cooperação e a coordenação, sendo necessário que exista um grau mínimo de cooperação institucional para que a coordenação produza seus efeitos.

### 2.3.2 Capacidade

Para as FA, a capacitação tem o seu foco na ampliação do grau de consciência situacional dos seus integrantes, visando à manutenção da iniciativa, de acordo com as regras de engajamento e os limites impostos pela missão.

### 2.3.3 Consenso

O consenso, objetivo que deve ser buscado sempre que possível, entre os atores envolvidos na coordenação interagências em Operações Conjuntas (Op Cj), é entendido como um mecanismo de eleição de preferências coletivas, atendendo-se a três condições:

- todos os envolvidos no processo de decisão devem reconhecer que tiveram e exerceram a oportunidade de manifestar sua opinião;
- todos devem reconhecer que os demais participantes entenderam o que cada um queria dizer; e
- todos, atendidas as duas condições anteriores, devem se subordinar e se comprometer com as decisões tomadas. (BRASIL, 2017, p.17).

E mais outros:

### (...) 2.3.6 Unidade de esforços

2.3.6.1 Os esforços devem ser coordenados na busca da sinergia em prol dos objetivos da operação, buscando conciliar as diferenças de técnicas, táticas e procedimentos entre os participantes. A coordenação interagências requer o desenvolvimento de métodos de planejamento e mecanismos de colaboração, fortalecendo a confiança entre os participantes, produzindo a unidade de esforços.

As técnicas, procedimentos e sistemas de Comando e Controle (C<sup>2</sup>) podem auxiliar na obtenção de unidade de esforços ajustadas ao ambiente interagências. A unidade de esforços só pode ser alcançada por meio de contínua e estreita coordenação e cooperação.

### 2.3.7 Flexibilidade

Uma das características do ambiente interagências é a constante mudança situacional, pressupondo frequentes adaptações para agir com oportunidade. (BRASIL, 2017 ps.17 e 18).

E, como último dos princípios norteadores, cite-se o atinente à integração:

### 2.3.9 Integração

A obtenção do esforço coordenado e integrado representa um desafio tendo em vista a diversidade de objetivos, de políticas, de procedimentos e de processos decisórios. (BRASIL, 2017, p.18).

Na seara dos assuntos referentes à construção e à manutenção da coordenação, foram selecionados para citação literal:

### 2.4 Construção e manutenção da coordenação

2.4.1 Aproveitamento de capacidades: Aproveitar as múltiplas capacidades de agências com prioridades e procedimentos distintos entre si é uma tarefa desafiadora, entretanto, há etapas básicas que apoiam uma abordagem ordenada e sistemática na construção e manutenção da coordenação interagências.

#### 2.4.2 Definir o problema

Diferenças de percepções individuais e perspectivas organizacionais podem dificultar o entendimento do conceito da missão. Assim, torna-se de suma importância que o problema a ser enfrentado seja exposto em termos claros e sem ambiguidades, de forma que seja compreendido e assimilado por todos os atores envolvidos. (BRASIL, 2017, p. 18).

E ainda:

#### (...) 2.4.4 Estabelecer referências comuns

Diferenças semânticas crescem no ambiente múltiplo de interagências. Os planejadores militares devem se antecipar aos possíveis problemas de entendimento e tomar medidas para terminologia comum. Uma boa iniciativa é promover o acesso às publicações "Glossário das Forças Armadas" e "Manual de Abreviaturas, Siglas, Símbolos e Convenções Cartográficas das Forças Armadas.

#### 2.4.5 Estabelecer linhas de ação ou opções

Problemas sensíveis e complexos requerem alternativas múltiplas e diversificadas. Recomendar uma abordagem superficial, meramente para se alcançar o consenso, é de reduzida valia no processo decisório. A sinergia do debate franco interagências é capaz de produzir as melhores opções.

#### 2.4.6 Estabelecer responsabilidades

Quando todos os participantes do processo interagências entendem o que é necessário ser feito, concordam sobre os meios a serem adjudicados e identificam "quem faz o quê", por intermédio da coordenação de ações, um senso comum de propriedade e comprometimento surge auxiliando na obtenção da unidade de esforços. Os recursos necessários para o cumprimento da missão devem ser meticulosamente identificados, com específica e acordada responsabilidade sobre quais agências irão fornecê-los." (BRASIL, 2017, ps. 18 e 19).

Dentre as orientações constantes desta última rodada de colações, ressalte-se a que evidencia a necessidade de se promover o estabelecimento de uma terminologia comum, para o tratamento semântico dos enfrentamentos do cotidiano a que são expostos os participantes das organizações dispostas lado a lado para o cumprimento das missões – isto dá mostra, novamente, da preocupação com fontes de possíveis ruídos de comunicação criados entre emissores e destinatários dos comandos hierárquicos – e ainda outra, a que se refere a perfeita identificação das responsabilidades que recairão em cada qual das autoridades destacadas, o que pode ser constatado pelo uso, no próprio bojo do texto regulamentar da expressão "quem faz o quê".

#### **4.3 Suscetibilidade de exploração, por organizações antagonistas, das vulnerabilidades surgidas no Comando e Controle das operações militares de grande complexidade, em função do tratamento legal atual dedicado ao tema da Obediência Hierárquica**

Conforme foi balizado nos argumentos precedentes, a guerra moderna propõe-se não mais a angariar destruição do antagonista, senão a cumprir a proposta de causar-lhe a paralisia no comando controle de suas próprias forças que são colocadas no campo de batalha.

De acordo com a alegoria trazida por Liddel Hart (1925), os esforços beligerantes deveriam comportar-se segundo o mítico Paris, na derrota que impôs ao seu adversário Aquiles: por meio de ataques cirúrgicos, ou ainda melhor, mediante um único ataque preciso, exatamente no ponto entendido como sendo a maior vulnerabilidade do oponente, tal qual a flechada, atribuída a este personagem lendário, dirigida ao calcanhar desprotegido de seu inimigo.

A detecção de dificuldades no processo de transmissão, compreensão e execução de ordens dadas, em ambientes que exigem a célere desincumbência das tarefas passadas, com toda a certeza, representa nevrálgica oportunidade de ataque posta à serviço de organizações interessadas em impor as suas convicções e interesses à nação autodeterminada brasileira. Desta forma, a incapacidade de o subordinado compreender, em grau de aplicabilidade automática, a ordem advinda de seu superior hierárquico, nutrido pelo receio de trazer a si implicações jurídicas nefastas, de várias ordens, é objeto de atenção esmerada para suscetível

exploração por parte de protagonistas orientados contra os auspícios do povo de nosso país.

De acordo com o divisado no decorrer dessa dissertação, a lei brasileira atualmente em vigor, especificamente direcionada a compor o tratamento da obediência hierárquica como causa justificante de comportamento a princípio julgado como irregular ou criminoso, está muito distante em assegurar aos agentes militares, de escalão subordinado, a retarguarda jurídica apropriada para garantir-lhes a tranquilidade para desenvolver conduta coerente com o cumprimento de sua missão. Às forças antagonistas não é dado, sequer, o trabalho complementar de fazer mais do que simplesmente diagnosticar tal lacuna legiferante e aproveitar-se de suas consequências. Caso queira, ainda, põe-se ao seu alcance a utilização de alternativas táticas com potencial de incrementar o efeito nocivo desta vulnerabilidade de comando e controle. O legislador brasileiro, com a sua omissão, já cumpriu o papel de conceder aos inimigos esta ferramenta de desmedida eficácia.

Para dimensionar o problema, começemos por conhecer a noção da paralisia estratégica, para, em seguida, tomar nota das lições de John Boyd e de John Warden sobre as maneiras de implementá-la com sucesso.

#### 4.3.1 A paralisia estratégica.

Com preeminência para o pensamento do clássico J.F.C. Fuller (1925), que transporta para o fenômeno da guerra a constituição tríplice do ser humano: corpo, mente e alma, insinuando que, aquela, por afigurar-se como sendo uma das emanções do senso humano, reuniria, também, em sua conformação ontológica, os mesmos três aspectos celebrados.

Neste desenvolvimento, Fuller postula a guerra como sendo constituída de três diferentes esferas complementares e associadas: a física, a mental e a moral. Fruto desta concepção, a beligerância seria integrada pela destruição da força física do inimigo – poder de combate -, pela desorganização de seus processos mentais – poder de pensamento -, e pela desintegração de sua força moral de resistir – poder de resistência. Conclui a reflexão, o célebre autor, ponderando que, para o êxito na batalha, o estrategista deveria dedicar esforços sinérgicos em cada uma das observadas esferas de manifestação das forças oponentes, e não isoladamente em uma só delas.

Por apreensão das lições advindas do trabalho de Fuller, o estudioso de sua obra é orientado a considerar que a arte da guerra é balizada pelo princípio do menor esforço: conseguir o máximo de efeito, lançando mão do menor gasto possível de energia. Desta sua ideia matriz, derivam todos os nove princípios subordinados insculpidos por sua razão diligente.

Trazidas para o campo desta pesquisa dissertativa e enfocando o objeto de estudo nela emergente – as dificuldades atinentes ao reconhecimento da regularidade e legalidade das ordens dadas -, as clássicas reflexões, propostas pelo eminente autor, mostram-se perfeitamente pertinentes aos casos analisados: nada poderia ser mais cômodo, para o estrategista interessado na sucumbência das missões militares Interagências e de GLO, do que cruzar os braços e esperar que o insucesso destas advenha naturalmente da insuficiência da prescrição legal atinente ao tema, caracterizada pela inexistência de um tipo penal justificante previsto para ser aplicado no contexto das condutas de militares comissionados nos considerados teatros de operação.

Outro consagrado autor, Hans Delbruck (1986), contribui para a lapidação do entendimento sobre a paralisia estratégica, ao apresentar, em sua obra "*History of the Art of War within the Framework of Political History*" a tipologia que propõe para o fenômeno da guerra: de aniquilação ou de desgaste.

Enquanto sustenta que, na guerra pensada para aniquilação, as forças são arregimentadas sempre em busca da batalha decisiva, capaz de arrasar o potencial físico de resistência inimigo, na outra hipótese, o da guerra assentada sobre o desgaste, o mais importante é desenvolver manobras a fim de exaurir a capacidade mental e moral do oponente.

Uma vez mais, revolvendo os olhos novamente para o campo de estudo celebrado nesta dissertação, fica flagrante o aproveitamento que é tomado da incongruência e da ambiguidade da lei, no tratamento de situações em que ordens superiores são seguidas para o desencargo das tarefas incumbidas, por segmentos contrários ao cumprimento, a bom termo, da missão constitucional complementar das FFAA, na garantia da lei e da ordem ou no esforço interagências. Tal resultado é auferido, inclusive, com a manipulação da opinião pública sobre episódios que envolvem este modelo de atuação, realizado por obra de agentes e instituições de duvidosas intenções.

Da contribuição prestada por Delbruck, emerge a consideração a *contrariu sensu* daquilo que a paralisia estratégica não é, o que se reveste de importância destacada na tarefa da lapidação conceitual cunhada a respeito das novas realidades que vão sendo sondadas. Com efeito, a opção por paralisar o oponente não se filia à ideia de aniquilá-lo e, tão menos, à ideia de desgastá-lo, mas sim dá a tônica de uma terceira alternativa: a ação de incapacitar o inimigo por intermédio de uma ação rápida.

Isto tem ensejo automático a partir da relatada inércia legiferante. A reticente tratativa da lei penal militar a respeito do estrito cumprimento de ordem superior, despachada em cenários de grande complexidade, cumpre, plenamente, o papel de patrocinar aos agentes do crime organizado ou aos agentes que se põe ao enfrentamento de estruturas Interagências – como é o caso de terroristas – um portentoso trunfo de paralisia do comando e controle. Isto ocorre de maneira franqueada, ou seja, isentando completamente os antagonistas de quaisquer gastos de energia. Verdadeiramente, esta negligência na confecção da lei põe-se ao aproveitamento parasita de tais personificações contrárias aos interesses do bem estar coletivo.

Para dar fecho ao segmento, cite-se a exortação, feita por Lord Trenchard, o pai da RAF – Royal Air Force – e também do Gen Brig Billy Mitchell, ao alcance das ações de paralisia estratégica a partir do o emprego do Poder Aéreo cultivado por uma das partes beligerantes. Os citados pensadores enalteciam o significado maiúsculo que um maciço ataque aos centros nervosos do inimigo poderia assumir, antes mesmo de deflagrado o estado de guerra.

Sobre isto, refletiu Trenchard sobre a meta da ação aérea: (...) "paralisar, desde o primeiro momento, os centros de produção de munição do inimigo, de todos os tipos, e interromper todas as comunicações e transportes". (TRENCHARD, apud WEBSTER e FRANKLAN, 1961. p. 72).

Corroborando o seu entendimento, diz Mitchell sobre o objetivo de guerra de uma força aérea: (o maior valor do bombardeio aéreo está em) "golpear os grandes centros nervosos do inimigo no início mesmo da guerra, de modo a paralisá-los o máximo possível". (MITCHELL apud GREER, 1985, p. 9).



Divisando-se a aderência da teoria dos centros de gravidade de John Boyd – criada nos seus estudos sobre a paralisia estratégica – com a possibilidade de exploração, por dissidentes dos interesses brasileiros, da deficiente retaguarda jurídica estabelecida para respaldar o soldado cumpridor de ordens superiores, vamos ao descortinamento do subcapítulo seguinte.

#### 4.3.2. A Teoria OODA de John Boyd

Em suas reflexões sobre os atos de beligerância, Boyd (1987) conclui que a eficácia dos esforços de guerra serão tanto maiores quanto mais destacadas forem as atividades voltadas aos aspectos psicológicos e temporais, em detrimento dos que versam sobre a parte física e espacial.

Após anunciar as quatro qualidades que imagina serem fundamentais para o êxito em combate: a iniciativa, a harmonia, a variedade e a rapidez, o pensador entroniza o ponto mais relevante de sua obra: a verificação de um ciclo contínuo, composto de quatro tarefas inafastáveis, complementares umas às outras – observação, orientação, decisão e ação (OODA).

Baseado neste construto, defende que o primordial na obtenção da vitória é a repetição de tais ciclos com maior acerto e rapidez que o oponente.

No bojo da sua concepção do que seja o elemento "Observação", aparece, como premente, a necessidade de os indivíduos e organizações desenvolverem imagens mentais que expliquem a realidade cambiante e ameaçadora que, a todo o tempo, deflagram-se nos horizontes abertos a sua contemplação.

É exatamente essa capacidade de projeção de cenários e hipóteses reais de enfretamento, antevistas na teoria OODA de Boyd, que se acredita faltar ao legislador brasileiro no tratamento do tema específico da obediência hierárquica no teatro de operações militares de complexidade destacada.

O vacilo na composição de Direito Objetivo claro e livre de ambiguidades sobre a considerada legitimidade de ação militar sob a emissão de ordens nestes ambientes retratados, impede que o soldado subordinado possa se lançar ao fechamento do ciclo OODA através da realização das etapas sucessivas da orientação, da decisão e da ação. Ante a constatação de um Direito codificado deficitário, o agente militar fica à deriva, mercê da subjetividade do julgador do caso

concreto em que se deu o seu envolvimento e paciente de eventuais decisões injustas que podem prosperar a partir da consideração de valores pessoais trazidos à análise da situação.

Segundo os ensinamentos de Boyd (1987), aquele que mantiver um melhor domínio do seu ciclo OODA e puder, simultaneamente, provocar o truncamento do ciclo do adversário, obrigará a "dobra do oponente sobre ele próprio". Passando-se ao cotejamento dessa lição com o objetivo dessa dissertação, evidencia-se que a lei vigente, para a qual, este estudo, ao final, propõe ajuste, joga atualmente em favor do criminoso, resultando, até mesmo, na inibição da própria capacidade de ação do militar subordinado ao cumprimento de ordens.

A análise da teoria examinada no subcapítulo seguinte, a dos Cinco Anéis, de John Warden (1995), permite o vislumbre de como a defasagem da lei militar brasileira, que não acompanhou tempestivamente a modificação da frequência e das características das hipóteses de emprego das FFAA, concede, aos descumpridores contumazes das diretrizes sancionadas pelo Direito Penal, a dianteira e a preferência na tomada de posicionamento no terreno em que se dá o embate das forças a favor e contra a sociedade, permitindo a estes vantagem na conquista da vitória.

#### 4.3.3 A teoria dos Cinco Anéis de John Warden

Para John Warden (1995) - influenciado por Fuller (1925), com menção explícita a este fato - a maneira mais eficaz de derrotar o inimigo acontece por meio do ataque ao seu elemento de liderança. Alçando tal reflexão ao seu amadurecimento, o autor desenvolve, então, a estratégia que passou a ser denominada como de "decapitação".

Nos termos desta concepção, Warden enveredou-se por adaptar a ideia dos centros de gravidade, observados no sistema do antagonista, para o emprego do Poder Aéreo. Tais COGs, os quais refletiriam, a seu ver, os pontos fortes do inimigo, mas também exporiam as suas vulnerabilidades, caso fossem analisados da maneira correta, comporiam a chave para a obtenção da vitória na guerra, ao menor dos custos possíveis. Decompondo o inimigo a partir de uma noção de sistema, em sua obra homônima "The Enemy as a System" (1995) Warden argumenta ser possível dividir todos os entes estratégicos do antagonista em cinco partes componentes. Deste modo, toma relevo a sua proposta do modelo dos cinco anéis

concêntricos, estabelecendo que a liderança estaria abrigada no mais interno destes anéis e representaria o ponto vital a ser agredido.

De dentro para fora, viriam os demais anéis representativos, por esta ordem decrescente de importância: dos elementos orgânicos essenciais; da infraestrutura, da população, das forças desdobradas. Para ilustrar sua reflexão, Warden inaugura alegoria, em boa proporção aplaudida, dado o seu caráter didático, e, em outra razoável proporção, criticada, em vista da alegada simplificação que poderia prosperar a partir da comparação que fez:

Propôs, o autor, se enxergasse o inimigo como um organismo biológico vivo, a) com o cérebro, que receberia os estímulos dos olhos e do sistema nervoso central, representando a liderança do corpo; b) o alimento e o oxigênio fazendo as vezes dos elementos orgânicos essenciais; c) os vasos sanguíneos, ossos e músculos concebidos como as organizações de infraestrutura passíveis de sofrerem os bombardeios, como as estradas, portos, aeroportos e fontes de energia; d) as células representando o aglomerado nacional; e) e, por último, os leucócitos, linfócitos e glóbulos brancos específicos assumiriam, figurativamente, o papel dos agentes e meios militares desdobrados.

Subjacente a esta concepção, emerge o tema crucial da contribuição doutrinária com a qual o autor brinda a Teoria de Emprego do Poder Aéreo. Está, a mesma, circunscrita à expressão segundo a qual o plano estratégico mais efetivo e virtuoso será, invariavelmente, aquele que dirigir o golpe, com maior acerto e intensidade possíveis, no anel mais interno desse sistema concêntrico. Agora, reposicionando nossa atenção para o cerne dos desenvolvimentos mais caros e diretamente relacionados aos propósitos dessa dissertação, é de dizer-se que golpe com força estratégica equivalente a neste parágrafo descrita, vem sendo, com contumácia, dado na liderança das operações militares de grande complexidade que, cada vez com mais frequência, estão tendo desenvolvimento no momento contemporâneo de atuação das FFAA. Tais agressões estão consubstanciadas na inércia e na negligência legiferante dos estamentos afeitos a criação das leis, a qual se traduz em verdadeira sabotagem estratégica às missões militares referidas, impactando, negativa e dramaticamente, na capacidade operacional das tropas. Conhecido este ponto de vista, descortina-se o momento mais oportuna a leitura do derradeiro capítulo dessa dissertação: aquele que, com simplicidade e objetividade,

procurará trazer uma proposta normativa apta a modificar este cenário de desatenção com os subordinados militares especificamente prejudicados por tal falta de retaguarda jurídica.

## **5 PROPOSTA DE NOVO MODELO NORMATIVO VOCACIONADO AO RESPALDO LEGAL DO CUMPRIMENTO DE ORDENS EM OPERAÇÕES MILITARES DE GRANDE COMPLEXIDADE**

Seguida toda a jornada fundante e preparatória desta sinalização, deslinda-se o capítulo final do estudo, o qual procura oferecer uma alternativa normativa, acredita-se, mais consistente com o reclamado e exigido respaldo jurídico, apregoadado e tomado por necessário, pelas mais balizadas autoridades conhecedoras das dificuldades enfrentadas nas novas realidades de aplicação das FFAA.

Prenuncia-se ao leitor, ter sido o presente capítulo, deliberadamente, concebido com dimensão menor a que caracterizou os que o precederam. O objetivo perseguido é o de corroborar o desiderato com que se lançou a este desenvolvimento acadêmico, consistente em oferecer, aos leitores que dele se servirem, um produto final palpável e suscetível de implementação.

A linguagem mais concisa, que foi a escolhida para lhe dar substância, pretende garantir pragmatismo na sua mensagem derradeira, que, ao fim e ao cabo de toda a discussão que deu suporte a ideia, não assume outra dimensão que não a de uma reforma textual singela, a qual, no entanto, acredita-se ter a força de constituir importante ponto de apoio para formação de uma retaguarda jurídica mais densa aos militares, e subsidiariamente aos civis, que se vêm engajados em cenários de grande complexidade operacional.

Primeiramente, em defesa da plausibilidade da proposta idealizada, cumpre dizer que a sua concepção se apoia em muitas hipóteses legais já contempladas pelo esforço parlamentar, tanto do legislador militar quanto do legislador civil. Ressalte-se que, por meio da escrita deles, algumas conjecturações foram alçadas ao patamar de tipos penais justificantes aptos a produzir, para o indivíduo implicado em situações tornadas de alçada criminal, as justas argumentações em que se assentam as linhas de defesa erigidas pelos seus prepostos jurídicos. Tais previsões legais foram objeto de arrolamento no subcapítulo 3.3 desenvolvido nessa dissertação e, agora, são revisitadas, a fim de dar suporte coerente para o exame da sugestão de modificação legislativa:

a) o artigo 128 do Código Penal:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante, ou quando incapaz, de seu representante legal.

b) o artigo 142 do Código Penal:

Art. 142 - Não constituem injúria ou difamação punível:

I - a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador;

II - a opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar;

III - o conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever do ofício.

Parágrafo único - Nos casos dos ns. I e III, responde pela injúria ou pela difamação quem lhe dá publicidade.

c) o artigo 42 do Código Penal Militar:

O Art. 42. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento do dever legal;

IV - em exercício regular de direito.

Parágrafo único. Não há igualmente crime quando o comandante de navio, aeronave ou praça de guerra, na iminência de perigo ou grave calamidade, compele os subalternos, por meios violentos, a executar serviços e manobras urgentes, para salvar a unidade ou vidas, ou evitar o desânimo, o terror, a desordem, a rendição, a revolta ou o saque.

Não é redundante dizer que aludidas situações, pelo fato de já estarem objetivadas em lei, dispensam o réu da mercê de julgamentos com grande teor de subjetividade, assim como de se ver refém de infindas jurisprudências, que em vista de constantes renovações, não cumprem a vocação hermenêutica programada ao instituto, que é o de gerar uniformidade a partir do adensamento de decisões uníssonas.

Neste turno, cumpre o anúncio, ao leitor específico deste subcapítulo, que todo o trabalho coligido nesta dissertação pretendeu, em alguns pontos, diretamente, e em outros, indiretamente, promover a exposição de motivos em que está apoiada a indicação de modificação do Código Penal Militar integrante deste estudo.

Dito isto, o que segue adiante rotulado com tal denominação formal, constitui o resumo das razões que indicaram a inércia legiferante sobre o tema da obediência hierárquica, no cenário das modernas operações militares interagências ou de GLO, ensejadora da esmiuçado deficiência de retaguarda jurídica aos cumpridores de ordens.

## **5.1 Exposição de motivos**

É nítido o descompasso do atual Código Penal militar brasileiro com a expectativa de retaguarda jurídica para os militares subordinados, comissionados em missões Interagências ou de GLO, a quem são transmitidas ordens em cenários complexos de atuação beligerante.

Descritos indivíduos são rotineiramente apresentados a dilema que a própria Constituição Federal faz a promessa de evitar: a de jamais exigir e proibir uma mesma conduta simultaneamente. Pois, a carta magna brasileira não consegue cumprir a tarefa outorgada a si mesmo sem que haja inovação no texto legal do CPM.

Atualmente, por força da legislação em vigor, o militar comandado nos contextos apontados é, de um lado, incitado a cumprir a ordem hierárquica superior sob pena de responder pelo crime de insubordinação, sendo que no outro gume, pendente sobre a sua cabeça, está a possibilidade efetiva de ser responsabilizado

criminalmente pelo fato que veio praticar exatamente em cumprimento do comando recebido.

Oportuna é a renovação dos seguintes excertos legais do CPM, os quais desvelam flagrante incompatibilidade:

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

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

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 do réu, pode atenuar a pena.

Poupando o leitor de nova citação do referido art. 38, cumpre remeter-lhe para a já realizada empreitada, constante do subcapítulo 3.5 da presente pesquisa. Por ora, basta a referência de que a letra "b" deste artigo descreve exatamente a hipótese da estrita obediência a ordem direta de superior hierárquico em matéria de serviços.

Sendo assim, da leitura literal do art. 41 acima transcrito, complementada pelo conhecimento acerca do teor da letra "b" do art. 38 remanesce estreme de dúvidas o contrassenso legal: se está previsto, ao juiz, a deferência de somente atenuar a pena do subordinado que cumpre ordem que não foi classificada como manifestamente ilegal, ou seja, que cumpre uma ordem ilegal que não se apresente a ele com a evidente condição de ilegalidade, fica claro que a este magistrado não é atribuída a prerrogativa de absolver-lhe da imputação. Ora, se ele só é dado atenuar, em senso contrário, ele não pode inocentar.

Não é demais enfatizar que o problema enfrentado pelos agentes militares pode se agravar, dimensionando-se muito além da mera sucumbência judicial - a qual, embora não remanescendo julgada como de menor importância, visto poder desaguar na aplicação de drásticas reprimendas e limitações de direitos ao condenado, passa longe da comparação com a eventual consequência nefasta que se passa a expor:



De muito, o principal desfecho dramático e temerário que pode advir da carência de clareza e de abrangência do texto da lei é o de faltar ao agente do Estado, que atua na linha de frente da defesa de valores e bens imperiosos a si mesmo e também a terceiros, o arrojo exigido para superar uma situação de perigo criada no seu cotidiano de trabalho. Ao se quedar perplexo, e ato contínuo inerte, ante o desconhecimento da palavra exata da lei a respeito da conjectura em que se encontra, o profissional pode sofrer o sacrifício de bens inestimáveis, dos quais é exemplo maior a própria vida. Por suposto, se o militar, que enfrenta o malfeitor da lei, em situação de combate pessoal, não tiver o ânimo pronto a agir em defesa própria ou de terceiros, o prejuízo pode ser incontornável. Neste trabalho, defende-se que tal prontidão de espírito só pode advir do conhecimento profundo e treinado da lei e das normas de engajamento que lhe dão expressão. Esta apropriação de conhecimento, em grau de aplicação em tempo hábil, decorre necessariamente de um texto legal limpo e desvestido, como já se disse, de ambiguidades, lacunas e inconsistências e, principalmente, do poder subjetivo, do qual é munido o juiz, de lhe completar com as reticências que o seu arbítrio discernir aplicáveis, depois de já feito réu o indivíduo militar a soldo da nação.

A presente proposta de alteração do texto do Código Penal Militar brasileiro, com a inserção de parágrafo 2º ao seu art. 42, acredita-se, atende ao reclamo daqueles que lançam vozes em representação aos militares hierarquicamente subordinados a comandos superiores em missões abrigadas dentro do contexto de operações Interagências e de Garantia da lei e da Ordem.

A natureza da alteração proposta filia-se a de inserção de texto de parágrafo único, com a manutenção dos textos constantes do caput, dos incisos e do parágrafo único do citado art. 42 do CPM. Este último, em função da incorporação sugerida, passaria a ser nominado como parágrafo 1º.

O efeito da explicitada alteração seria o de prever nova situação como justificante da conduta do militar que age em cumprimento de ordens superiores, em relação às quais é notória a dificuldade no reconhecimento de sua manifesta ilegalidade, como acontece no bojo das situações operacionais elencadas.

Este proposto parágrafo 2º assumiria exatamente a mesma natureza jurídica do atual parágrafo único, qual seja, a de preceituar situação típica de justificação de

ocorrência, com a consequência de tornar atípica a conduta daquele que age em seu abrigo, acarretando-lhe a impossibilidade de responsabilização criminal, em etapa anterior a discussão acerca da antijuridicidade ou culpabilidade do caso concreto, as quais ficariam impertinentes à situação. Isto representaria forte apelo a objetivação dos julgamentos e a retirada de caso tão dramático do repertório da jurisprudência infundável sobre o tema, construída a partir de julgamentos crispados de subjetividade.

Diante dessa exposição de motivos e da coletânea resumida dos modelos reais referenciados – de tipos penais permissivos -, que deram sustentação a concepção da proposta normativa que encerra este trabalho, cumpre, finalmente apresentá-la dentro dos parâmetros sistemáticos de sua eventual implementação.

## **5.2. Proposta normativa de inovação legislativa com sede no CPM**

### **Artigo 42 do CPM**

#### **Parágrafo 2º**

**Considera-se em estrito cumprimento de dever legal quem pratica o fato no exercício a si conferido do poder administrativo de polícia e em situação de estrita obediência hierárquica, em razão de ordem emanada de autoridade com competência destacada nas normas de engajamento previstas especificamente para a operação militar da qual o agente é regulamentar integrante.**

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se pôde divisar neste trabalho, o tema da culpabilidade mobiliza os estudiosos da Ciência do Direito, desde tempos ancestrais, na busca de tratamento mais esmerado e mais exato posicionamento dentro da estrutura pensada para o fato humano com repercussão criminal. Com destaque, o cerne do Direito Penal estabelecido por um povo, notabiliza-se por representar, aos seus integrantes, a última linha de defesa contra os ataques mais graves – assentados nas condutas repelidas em maior intensidade pela comunidade – praticados em ameaça ou prejuízo efetivo aos bens jurídicos considerados como sendo os mais relevantes. Assim, depois de atingido um grau de maturidade social, soergue espontaneamente, no âmago da coletividade, os principais valores, princípios e direitos vocacionados a compor o núcleo vital a ser defendido com as ferramentas mais eficazes. A capacidade de proteção de tais anseios, que acabam sendo erigidos a condição de fundamentais, significa, em última análise, a expectativa de sobrevivência do próprio povo, no seio do qual, tais direitos passam a emblematizar a cultura paulatinamente edificada. A fim de dar guarida a estes principais interesses da sociedade, surge estabelecido o Direito Penal de uma nação, o qual vem figurar como a derradeira opção de resposta, organizada, ante ao vilipêndio de seus mais caros valores. Para que a jurisdição criminal pudesse cumprir o seu desiderato, em substituição à vingança particular do ofendido, de formalizar a resposta da sociedade ao ataque que lhe foi intentado, cumprindo o desígnio atribuído à pena de vocacionar-se ao afastamento da repetição do delito, fez-se necessária a consubstanciação de uma teoria do crime, a qual, além de dar cabo da exigência de sistematização das ações de identificação e de acusação do indivíduo, ou do grupo, responsáveis pelo fato pernicioso ao interesse coletivo, também oferecesse, ao presumido autor do atentado, a oportunidade de apresentar a sua versão dos fatos, acrescentada das possíveis justificativas que a cercam e das provas que logrou reunir. Na evolução do comportamento da humanidade, assoma, portanto, a relevância dada à análise das mais dramáticas agressões aos bens jurídicos mais valiosos, dos quais são exemplos a vida, a liberdade – em suas diversas acepções, como a de pensamento, a sexual e a de crença – e a busca pela identificação e pela qualificação da culpa que é evidenciada no episódio sobre o qual se deita o exame.

Na sucessão de escolas doutrinárias que deram tratamento a temática da culpabilidade, os cientistas sociais, muitas vezes, quedaram-se perplexos frente ao

tormentoso dilema do estabelecimento do fio condutor, que deve existir entre a ação ou omissão humana, posta sob avaliação, e o resultado que veio afrontar o bem comum compartilhado – o que tecnicamente passou a chamar-se nexo de causalidade – e a reflexão, de cunho eminentemente filosófico, sobre a existência e, mais que isso, sobre a prova da existência do livre arbítrio.

Restou incumbido ao capítulo 1 dessa dissertação instigar, por meio da coletânea de experimentos sociais realizados historicamente sobre a disposição humana ao cumprimento de ordens, a reflexão sobre como, e em que dimensão, os militares subordinados brasileiros, engajados nos esforços de GLO ou de operações interagências, poderiam ser afetados por circunstâncias fortemente evidenciadas nas pesquisas científicas nele arroladas. Desde as práticas reais de genocídio, cometidas por ordens advindas de uma estação de rádio, em discursos elaborados segundo jogo de palavras que se mostrou apto a retirar das vítimas a sua condição de humanidade, seguindo-se para os mais artificiosos e controlados experimentos de laboratório, o leitor foi convidado a conhecer a amplitude e o potencial persuasivo da ordem dada por autoridade, pela interpretação de subordinado que nela reconhece algum tipo de poder, ainda que seja meramente retórico. Apropriando-se do teor do capítulo 1, enfim, pôde o consultante deste estudo, acredita-se, formular enriquecimento, ainda que parco, de suas considerações sobre o tema técnico para, mais a frente, lidar com as especificidades trazidas na evolução do trabalho.

Afora essa destacada propensão inerente ao fenômeno da culpabilidade – a de naturalmente trazer complexidade aos adeptos de sua consideração intelectual - o fato, que vem agora ao destaque, é o de que a saga humana, que hoje, por lógico, tem seu ponto culminante no presente estágio evolutivo, agrega, a este já intrincado instituto, inéditas dificuldades. O tema ligado à obediência hierárquica - que, como viu-se mais detidamente no capítulo 2 dessa dissertação, integra o juízo da culpabilidade e se apresenta como hipótese de justificativa válida, concedida ao protagonista do fato suscetível de ser enquadrado como criminoso, para demover o Estado de lhe aplicar a pena constante do ordenamento, em vista de comprovada ausência de responsabilidade sua no desdobramento do episódio - torna-se cada vez mais árido à compreensão precisa dos juízes das causas. Com efeito, no bojo das operações militares hodiernas de destacada complexidade – às quais filiam-se as de GLO e as praticadas em consórcio interagências – vislumbrou-se o adensamento da problemática relacionada a identificação, pelo subordinado, de

ordem superior que se apresentasse desguarnecida dos requisitos de legalidade e validade. Segundo a doutrina, uma ordem que tal, destituída de seus elementos formais de convalidação, não deve ser acatada pelo destinatário a quem é designada a missão. No entanto, conforme logrou-se êxito em demonstrar nesta realização acadêmica, a retaguarda jurídica atualmente concedida, nos moldes vigentes do Código Penal Militar, aos soldados que digladiam com agentes criminosos, estes, em grande proporção, integrantes do crime organizado, não é capaz de conceder, para aqueles, a segurança necessária para neles forjar estado de espírito adequado a este tipo de enfrentamento. A legislação, concebida no momento presente, tende a fazê-los reticentes no embate com o inimigo, o qual, em não poucas vezes, deseja-lhe a morte, agindo, sem escrúpulos, para alcançar tal objetivo. Esta postura, que é percebida com notoriedade na linha de frente das missões de GLO, é resultado do temor dos agentes, subordinados ao cumprimento de ordens, em ficarem reféns de processos judiciais intermináveis, com grau intenso de subjetividade e discricionariedade do julgador, os quais, se não propendem a lhes considerar culpados, com o desfecho do caso concreto posto sob juízo, negando-lhes o reconhecimento de terem agido sob uma causa justificadora de comportamento, como, por exemplo, a clássica excludente da legítima defesa própria ou de terceiro, no mínimo representam mácula que carregarão por lapso de tempo considerável e que significará obstáculo em sua vida particular e, ademais, para a progressão em sua carreira. Isto, desconsiderando-se o impacto, sobre o íntimo deste grupo, provocado pela opinião popular construída sobre o episódio, a qual, com frequência não admitida, é alicerçada em notícias desvestidas do escrutínio exigível para o tratamento de casos em que há o perecimento de vidas. Tudo isto, sem considerar a consequência, de todas, a mais dramática: o risco de tal carência legislativa, significar, para o soldado, a intensificação do risco de morte em serviço, posto que o adversário beligerante, ao contrário do que é exigido do agente público, não será obrigado a dosar, a força de sua atuação oponente, em conformidade com esse texto legal, o qual, conforme argumentado neste trabalho, é compreendido como nebuloso, em vista de não garantir o afastamento da possibilidade de verificação da perniciosa interpretação entrelinhas.

Consubstanciada essa destacada dificuldade histórica, observada no tratamento da questão da obediência hierárquica - a qual vem inserida, doutrinariamente, como parte do fenômeno da culpabilidade, e que, em sua

emanação técnica, tomada como fundamental para a compreensão deste trabalho, vem compor o que na teoria do crime remanesce rotulado como Fato Culpável -, foi, em seguida, conduzido esforço para promover o cotejamento de como a legislação penal comum e a legislação penal militar se movimentam diferentemente na contemplação do tema "ordem manifestamente ilegal". A isto foi dedicado o Capítulo 3 da dissertação, o qual promoveu a comparação do disciplinamento dado ao assunto da causa de exclusão de culpa por seguimento de ordens superiores na seara militar e também fora dela. Espera-se que, ao final da apropriação deste segmento, tenha o leitor observado a incisiva lacuna de objetividade legal, negligenciada pelo legislador pátrio no texto do Código Penal Militar, que, segundo as reflexões desenvolvidas nesse trabalho, explica a impactante carência de salvaguarda jurídica concedida ao militar subordinado, que tem o seu cotidiano organizado no cumprimento de ordens em cenários de destacada complexidade operacional.

O Capítulo 4 da dissertação, longe de esgotar o potencial investigativo que paira sobre as razões embrionárias da distinção do fenômeno da ordem, uma vez considerados o ambiente militar e o ambiente não militar - o que, ao ver deste pesquisador, suscitaria robusta investigação científica e ensejaria o desenvolvimento de portentoso estudo etnográfico junto aos cadetes da AFA, o que emerge além dos parâmetros disciplinados para as tratativas aqui realizadas - cumpriu o propósito de permitir, ao leitor, incipiente reflexão sobre os motivos que dão guarida a este tratamento diferenciado. O auspício de estimular futura pesquisa, com tal foco antropológico, de pesquisa-participante, acredita-se, foi atingido. Também o capítulo 4 - o qual, como pode ser facilmente percebido, foi entalhado, propositalmente, como o segmento da dissertação que apresenta as projeções de possíveis oportunidades de desdobramento da presente pesquisa - trata do asoberbamento da problemática do fenômeno da ordem, dentro da seara moderna das operações militares de grande complexidade. Para fomentar o desenvolvimento futuro de trabalho específico, sobre como o chamamento das FFAA a cumprir sua missão complementar de GLO e sobre como a sua participação, em cenário com multiplicidade de agências de naturezas variadas, importa na intensificação dos eventuais ruídos na interlocução entre emitentes e destinatários de comandos, foram apresentadas as estatísticas de aplicação das FFAA em contextos de atuação deste tipo. Renova-se, também, com respeito a este fértil assunto, a crença no cabimento

de valiosa pesquisa de campo, que poderia ser realizada por pesquisador com chancela para se engajar, como observador, nos destacamentos militares convocados a dar cumprimento às missões.

Subsumida ainda ao capítulo 4 da dissertação, foi desenvolvida a inquietação sobre o modo pelo qual, eventuais entidades que venham a se colocar, por algum motivo, em antagonismo aos interesses nacionais, poderiam dispor desse rearranjo nas estruturas de comando e controle operacionais, orientado para acomodar o exercício da liderança num modelo mais horizontalizado, em detrimento do padrão clássico da verticalidade hierárquica, para desenvolver ações de paralisa estratégica contra organizações militares brasileiras.

Organizado, por coerência sistemática, em três subcapítulos – os quais pretenderam promover uma sintonia representativa do passado, do presente e do futuro do tema celebrado, significando, respectivamente: a) as razões do tratamento peculiar da obediência hierárquica sob o jargão militar e sob as nuances da doutrina militar; b) a atual aplicação do poderio militar em ações mais complexas que outrora, acompanhada, em consequência disto, da problematização da capacidade de percepção quanto a ordem dada com manifesta ilegalidade – fato que pode ser resultante de mera confusão sobre a legitimidade da competência da autoridade emitente do comando -; c) a suscetível utilização, por agentes antagonistas, da eventual inércia ou reticência na execução dos comandos operacionais – o que é natural de se esperar, dada a já ressaltada carência de retaguarda jurídica – para, assim, tentar lançar mão da estratégia de paralisa estratégica contra as organizações que ainda tentam se adaptar ao estilo de liderança praticado nos novos modelos operacionais. Da pesquisa, emergiram, cada qual destes segmentos, dotados de temática capaz de dar sustentação para pesquisas dissertativas autônomas, as quais, no entanto, por limitação metodológica e por inviabilidade momentânea de pesquisa, ficaram fora do recorte proposto a este trabalho, o qual, seguindo viés técnico-jurídico, optou por dar primazia para aquilo que se julga mais relevante de momento: a carência de retaguarda jurídica que deveria ser concedida aos soldados subordinados, comissionados nas missões modernas militares de complementariedade da missão precípua das FFAA. Deste modo, cogita-se que o enveredamento científico, por quaisquer destas vertentes de pesquisa, renderia farto material complementar para o conhecimento que foi aqui passível de ser angariado.

Por outro lado, em que pese a crença depositada no potencial que a proposta de inserção legislativa, que vem descrita no próximo parágrafo destas considerações finais, possui de promover o reforço na retaguarda de segurança jurídica a que tanto se deu realce nesta realização acadêmica, e, de outro turno, feita a consideração sobre a amplitude de abertura de novas frentes de investigação, conforme o que acabou de ser elencado, não se pode olvidar que a sugerida criação de tipo penal justificante, para encampar a ação de agentes subordinados à hierarquia militar em teatros de destacada complexidade operacional, traria, como contrapeso, a exigência de se pensar sobre a gênese de uma estrutura sistêmica que permita, aos oficiais comissionados nos postos de comando operacional destas missões específicas, o compartilhamento organizado de experiências colecionadas no decorrer da carreira. Como em todo jogo de soma zero, se é percebido que no extremo cumpridor da ordem é concedida maior clareza para favorecer o desenlace, bem-sucedido, da incumbência militar, naturalmente, no outro extremo, que é o de emissão da ordem, a responsabilidade decisória acaba por se evidenciar majorada. Tal aspecto também reclama esmerada investigação científica e faz-se candidato a representar objeto de estudo digno de pesquisas complementares, as quais, procurariam, por exemplo, estabelecer a sistematização de um modelo de assessoria espontânea compartilhada entre as autoridades operacionais.

Por fim, o capítulo 5, que dá fecho ao estudo - como se disse, sem esgotar-lhe a temática -, fazendo o uso da linguagem técnica, que é própria das propostas legislativas, e mediante a necessária exposição de motivos, que, exige-se, esteja atrelada a tais iniciativas, apresenta sucinta adaptação legal, a qual, segundo o entendimento aqui desenvolvido, seria suficiente para consolidar, em nível mais seguro, o patamar de proteção jurídica guarnecedora da atuação dos soldados investidos em esforços GLO ou Interagências. Tal proposta de modificação do Código Penal Militar consistiria, como se viu, na bastante inclusão de texto de parágrafo 2º ao seu artigo numerado como 42. Tal providência, filiar-se-ia, portanto, à técnica legiferante de prescrever, no bojo do citado diploma legal, a hipótese de agregação de outro tipo penal justificante previsto para a conduta de tais militares.



## REFERÊNCIAS

- ALBERGARIA, Jason. **Das Penas e da Execução Penal**. Belo Horizonte: Editora DelRey, 1996.
- ANDRADE, Manuel A. Domingos de. **Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis**. Coimbra: Arménio Amado, 1978.
- ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1999.
- BARKAN, Elazar. **Genocide of indigenous peoples**. The Specter of Genocide: Mass Murder in Historical Perspective. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- BASIL, Liddel Hart. **Paris; Or the Future of War**. Nova Iorque: Editora Dutton, 1925.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Rio de Janeiro: Editora Ediouro, 2004.
- BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais – RT, 1976.
- BEYER, Barry, K. "Conducting moral discussions in the classroom", in *Social Education*, April 1976, pp.194-202.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BOYD, John R. "A Discourse on Winning and Losing". **Document n.º M-U 30352-16**. Maxwell – Ala: Air University Library, August, 1987.
- BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.
- BRASIL. **Código Penal**, Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1940.
- \_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto>. Acessado em 14/08/2018.
- \_\_\_\_\_. **Código Penal Militar. Brasília: Diário Oficial da União, 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto>. Acessado em 18/08/2018.
- \_\_\_\_\_. **MD33-M-12, Manual Operações Interagências – PN NR 32/MD**, 30 ago 2017.
- BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Do estrito cumprimento de dever legal**. Porto Alegre: Editora Safe, 2005.
- BROWNING, Christopher. **Ordinary Men**. São Paulo: Editora Saraiva, 1992. E-book.
- BRUNO, Aníbal. **Direito Geral: Parte Geral**. São Paulo: Editora Forense, 1959.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de Derecho Penal**. Barcelona: Editora Ariel, 1989.

CARRARA, Francesco. **Programa de Derecho Criminal**. Bogotá: Editora Temis, 1971.

CORSETTI, Michelangelo. Resenha dos Clássicos: Sobre a estrutura do conceito de culpabilidade (Reinhard Frank) **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 5, n. 9, p. 279-284, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/download/27/24>. Acessado em 15/09/2018.

CASTRO, Celso. **O Espírito Militar: um Antropólogo na Caserna**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2004.

COSTA, José Armando da. **Teoria e Prática do Direito Disciplinar**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COSTA, Miguel Alexandre Palma. **Coletânea Dilemas Morais**, disponível em <https://rotasfilosoficas.blogs.sapo.pt/37320.html>. Consultado em 14/08/2018.

DAHIA, Sandra Leal de Mello. **Da Obediência ao consentimento: reflexões sobre o experimento de Milgram à luz das instituições modernas**. Brasília: Soc. estado. Vol. 30 n.1 Jan/Abr 2015. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69922015000100013>. Consultado em 12/09/2018.

DELBRUCK, Hans. **History of the Art of War within the Framework of Political History**. Lincoln: Editora da Universidade de Nebraska, 1986.

DEL ROSAL, Juan. **Cosas de Derecho Penal**. Madrid: Editora Madrid, 1978.

FERREIRA, Ricardo Santos. **Direito Material e Direito Processual**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9283>. Consultado em 14/10/2018.

FESTINGER, L. & CARLSMITH, J.M. **Cognitive consequences of forced compliance**. Washington: Journal of Abnormal and Social Psychology, 58, 203-210.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985

FULLER, J.F.C. **The Foundations of the Science of War**. Londres: Editora Hutchinson, 1925.

GOLDHAGEN, Daniel J. **Os Carrascos Voluntários de Hitler**. Rio de Janeiro: Editora Companhia das Letras, 1997.

GOUREVITCH, Philip. **Gostaríamos de informa-lo de que amanhã seremos mortos com nossas famílias**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2006.

GRECCO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Niterói: Editora Impetus, 2010.

GREER, Thomas H. The Development of Air Doctrine in the Air Arm, 1917-1941, Washington, D.C.: **Government Printing Office**, 1985.

GROSSMAN, Dave. **Matar – um estudo sobre o ato de matar**. Rio de Janeiro: Bibliex – Biblioteca do Exército, 2007.

HANEY, C., BANKS, W.C., & ZIMBARDO, P. G. A study of prisoners and guards in a simulated prison. *Naval Research Review*, 30, 4-17.

**Hotel Rwanda** (filme). Terry George (I). 2004. 121 m.

JAKOBS, Günther., MELIÁ, Manuel C. **Direito Penal do Inimigo**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2015.

JESCHECK, Hans-Henrich. **Tratado de Derecho Penal**. Barcelona: Editora Bosch, 1981.

JESUS, Damásio E. De. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

KAWAGUTI, Luís. (02 Out 2017). **Comandante do Exército diz que insegurança jurídica pode inibir ação de tropas no Rio**. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/10/02/comandante-do-exercito-diz-que-e-preciso-debater-efeitos-colaterais-do-combate-ao-crime-organizado-htm>>. Consultado em data de 25/10/2018.

KAWAGUTI, Luís. (02 Out 2017). **Julgamento de militares não deve ser diferenciado, dizem analistas**. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/10/02/julgamento-de-militares-nao-deve-ser-diferenciado-dizem-analistas>>.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009

LOBÃO, Célio. **Direito Penal Militar Atualizado**. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2006.

LERNER, Melvin J., & SIMMONS, Carolyn H. **Observer's reaction to the "innocent victim": Compassion or rejection?** (1966) Washington: Journal of Personality and Social Psychology, 4(2), 203-210. Disponível em <http://dx.doi.org/1037/h0023562>.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal – Vol. I**. São Paulo: Editora Bookseller. 1997.

MEIRELLES. Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

MEZGER, Edmund. **Derecho Penal: Libro de estudio, parte general**. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.

MILGRAM, Stanley. **Obediência à autoridade**. Rio de Janeiro: Editora Francisco Alves, 1983.

MILGRAM, Stanley. "Behavioral Study of Obedience", **Journal of Abnormal and Social Psychology**, 67, 1996. p. 371-378.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MUNOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. Porto Alegre: Editor. Sérgio A. Fabris, 1988.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Manual de Direito Penal Militar**. São Paulo: Saraiva, 2012.

**O Experimento de Milgram** (filme). Michael Almereyda. 2015. 1h 38m.

REES, Laurence. **O Holocausto - Uma Nova História**. São Paulo: Editora Vestígio Autêntica, 2018.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **Direito Penal como ultima ratio**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 08 de abril de 2009. Consultado em data de 10/10/2018.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2013.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. São Paulo: Editora Renovar, 2012.

SANDEL, Michael J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011 (Adaptado)

SOLER, Sebastian. **Derecho Penal Argentino**. Buenos Aires: Editora TEA, 1992.

TAJFEL, Henri. **Human Groups and Social Categories**. Cambridge. Cambridge University Press, 1981.

**The Human Behavior Experiments** (documentário). Alex Gibney. 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

VON LIZST, Franz. **Tratado de Derecho Penal**, Tomo. 2. Madrid: Editorial Reus, 1927.

WARDEN III, John. A. **"The Enemy as a System"**. Airpower Journal. Vol. IX, nº1. 1995. p. 40-55.

WEBSTER, Charles., FRANKLAND, Noble. **The Strategic Air Offensive against Germany, 1939-1945, vol. 4**, Londres: Her Majesty's Stationery Office, 1961.

WELZEL. Hans. **Derecho Penal alemán**. Barcelona: Editora Ariel, 1964.

WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico Penal – Uma Introdução à Doutrina da Ação Finalista**. São Paulo: Editora RT – Revista dos Tribunais, 2015.

WERTH, Nicolas. **The Great Ukrainian Famine of 1932-33**. Encyclopedia of Mass Violence, 2008. Disponível em <http://w.w.w.massviolence.org/the-1932-1933-great-famine-in-ukraine?artpage=1-5>.

ZIMBARDO, Philip G. **O Efeito Lucifer**. São Paulo: Editora Record, 2012.