

## **OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA: UMA INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA**

### **HIERARCHICAL OBEDIENCE: AN EXTENSIVE INTERPRETATION**

Thiago Spacassassi Nazário<sup>1</sup>

Tarsis Barreto Oliveira<sup>2</sup>

Fernanda Costa Almeida<sup>3</sup>

#### **RESUMO**

Considerando que direito evolui conforme a necessidade de se proteger os bens jurídicos por ele tutelados, este trabalho objetiva estabelecer uma interpretação mais extensiva da obediência hierárquica consubstanciada no artigo 22 do Código Penal Brasileiro de 1940. Para tanto, se proceder-se-á uma pesquisa qualitativa com direcionamento descritivo, bem como um estudo bibliográfico de modo a observar a necessidade de se interpretar com mais abrangência o instituto da obediência hierárquica, permitindo concluir que essa interpretação promoverá justiça em casos concretos de tipos penais existentes e que por ventura sobrevenham.

**Palavras-chave:** Obediência hierárquica. Interpretação extensiva. Direito penal.

#### **ABSTRACT**

Considering study of the Law evolves as needed to protect the legal interest tutored by him, this work aims to establish a more extensive interpretation of hierarchical obedience, embodied in Article 22 of Brazilian Penal Code, 1940. For this, will proceed a qualitative research with a descriptive direction, as well as a bibliographic study to the need to look more broadly interpreted the institute of hierarchical obedience, allowing to conclude that interpretation will promote justice in specific cases of criminal offenses and those that are created by the legislature parental.

**Keywords:** Hierarchical obedience. Extensive interpretation. Criminal law.

---

<sup>1</sup> Especialista em Ciências Criminais e em Docência de Ensino Superior. Advogado, thiagospaca@gmail.com

<sup>2</sup> Doutor em Direito. Docente na Universidade Federal do Tocantins, tarsisbarreto@uft.edu.br.

<sup>3</sup> Mestre em Gestão de Políticas Públicas. Docente na Faculdade Católica Dom Orião, fmandacosta@hotmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal está diretamente relacionado com a criminalidade, a qual é um fenômeno social normal de toda sociedade e, segundo Durkheim (1978), o delito não advém apenas uma sociedade específica, mas de todos os tipos sociais constituídos pelo homem. Em uma visão mais ampla, o referido autor admite que as relações humanas são diretamente contaminadas pela violência, necessitando assim de normas que as regulem.

Assim, o fato social que contraria o ordenamento jurídico constitui-se ilícito jurídico, sendo o ilícito penal o mais agrave dos contrariamentos, pois lesa, em vista do princípio penal da fragmentariedade, os bens jurídicos mais importantes da sociedade.

Para uma melhor convivência humana, há valorações e princípios devidamente sistematizados. Nesse sentido, a denominação dada por Bitencourt (2012) como Ciência Penal, desempenha igualmente uma função criadora, liberando-se das amarras do texto legal ou da dita vontade estática do legislador, assumindo seu verdadeiro papel, reconhecidamente valorativo e essencialmente crítico, no contexto da modernidade jurídica.

Na mesma direção, seguem diversos doutrinadores penalistas, como Noronha (1978, p. 12), que define o Direito Penal como “o conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, tendo em vista os fatos de natureza criminal e as medidas aplicáveis a quem os pratica”, Marques (1954, p. 11), que diz ser “o conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena como consequência, e disciplinam também as relações jurídicas daí derivadas, para estabelecer a aplicabilidade de medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado”.

No Brasil, as normas penais foram sendo alteradas conforme a situação política vigente no Estado. Essa evolução histórica passa por três fases principais: período colonial, imperial e republicano.

As normas penais no Brasil Colônia, segundo Costa (2007, p. 95), eram as correspondentes com a coroa Portuguesa, que seguiam as Ordenações Filipinas, promulgadas por Felipe II, em 1603, nas quais delito era confundido com o pecado ou vício.

Segundo Pedrosa (2002), no período Imperial Brasileiro, o código criminal, sancionado em 1830 por D. Pedro I, desenvolvia máximas jurídicas e equitativas no que tange à pena. Ele fixava como regra geral o pensamento penal de que nenhum crime será punido com penas que não estejam estabelecidas na lei.

Ainda nos dizeres de Pedrosa (2002), o estabelecimento do “Estado Novo” pelo presidente Getúlio Vargas, após passar por um crivo de comissão revisora, acabou sendo sancionado, por decreto de 1940, o atual Código Penal, que passou a vigorar em 1942.

Daí em diante, já no fim do regime militar repressor, a Lei de Execuções Penais nº. 7.210 e a lei nº. 7.209 de 1984, que reformula a parte geral do código penal de 1940, foram aprovadas passando a vigorar em 1985 gerando um marco na modernização da nossa atual e principal fonte material de direito penal.

Com a reformulação de toda a Parte Geral do Código Penal em 1984, além da humanização tão festejada da adoção de um dos melhores elencos de alternativas à pena privativa de liberdade, o legislador da época não dotou de infraestrutura básica nosso sistema penitenciário, tornando-o praticamente inviável à utilização da melhor política criminal adotada no momento.

Assim definido o conceito de direito criminal, e com a limitação do poder de atuação estatal, surgem as excludentes de tipicidade, ilicitude e culpabilidade, previstas no nosso Código Penal de 1940, atualizado em 1984. Dentre as excludentes de culpabilidade, salientamos a obediência hierárquica prevista no artigo 22 do Código Penal: “Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”.

Considerando que com o advento dos crimes com possibilidade de se imputar as pessoas jurídicas, além de diversos outros tipos penais, a exemplo dos crimes patrimoniais que podem ter sua conduta praticada por dirigentes de empresas privadas, a atual doutrina se esbarra em uma interpretação arcaica do artigo 22, este trabalho objetiva estabelecer uma interpretação mais extensiva da obediência hierárquica consubstanciada no referido artigo.

## **2 CULPABILIDADE**

Segundo Nucci (2007, p. 281), a culpabilidade “trata-se de um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, devendo o agente ser imputável, atuar com potencial de ilicitude bem como ter a possibilidade e a exigibilidade de atuar de outro modo.”.

No raciocínio dogmático, interpretado por Velo (1993, p. 23):

[...] a culpabilidade pode ser entendida como o conjunto de elementos psíquicos, anímicos e sociais expressados em um ato ilícito, compreendidos por um sistema

penal, e que caracterizam o senso de reprovação que a sociedade exprime em relação ao autor da ação proibida.

A culpabilidade como conceito dogmático fundamenta a punição, justifica o juízo individualizado de atribuição de responsabilidade penal e representa uma garantia para o infrator frente aos possíveis excessos do poder punitivo estatal.

De acordo com Bitencourt (2012, p. 488):

Essa compreensão provém do princípio de que não há pena sem culpabilidade (*nulla poena sine culpa*). Nesse sentido, a culpabilidade apresenta-se como fundamento e limite para a imposição de uma pena justa. Por outro lado, a culpabilidade também é entendida como um instrumento para a prevenção de crimes e, sob essa ótica, o juízo de atribuição de responsabilidade penal cumpre com a função de aportar estabilidade ao sistema normativo, confirmando a obrigatoriedade do cumprimento das normas. Entre uma e outra concepção existe uma série de variantes que condicionam o entendimento da culpabilidade. Sendo assim, é importante esclarecer o ponto de partida metodológico sobre o qual nos apoiamos para a definição do conceito material de culpabilidade, bem como para a configuração da culpabilidade como categoria sistemática do delito.

No Código Penal Brasileiro, com a expressão “é isento de pena”, o legislador admite a existência de um crime, contudo não punível, pois não há culpabilidade ligada ao agente. (ANDREUCCI, 2012).

A culpabilidade pode ser ainda classificada, segundo Nucci (2007), como formal e material, onde a formal é a censurabilidade merecida do fato típico e antijurídico praticado pelo autor, enquanto que a culpabilidade material trata-se da censura concreta. Assim, enquanto na formal a censura se limita nos limites legais, a material objetiva a atingir seu limite concreto.

Podemos afirmar então que a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade são predicados de um substantivo, onde a conduta humana define o crime. Adotando essa orientação, Damásio de Jesus (2007), pioneiramente definiu crime como uma ação típica e antijurídica, colocando a culpabilidade como mero pressuposto da pena.

Nesse sentido, Heleno Fragoso (1985, p. 216) ao afirmar que “crime é o conjunto dos pressupostos da pena”, também ensina que “Crime é, assim, o conjunto de todos os requisitos gerais indispensáveis para que possa ser aplicável a sanção penal. A análise revela que tais requisitos são a conduta típica, antijurídica e culpável.”

Segundo os ensinamentos de Bitencourt (2012), “os elementos que integram a culpabilidade, segundo a teoria normativa pura (a concepção finalista), são: imputabilidade;

possibilidade de conhecimento da ilicitude do fato; e exigibilidade de obediência ao Direito”. Ele ainda retrata os dizeres de Roxin sobre a culpabilidade e prevenção:

Para Roxin a relação entre culpabilidade e prevenção é determinante na modificação da estrutura do delito, de modo que o terceiro atributo do delito passa a ser não a culpabilidade, mas a categoria sistemática da responsabilidade. Esse terceiro atributo do delito abrangeria, portanto, o juízo de culpabilidade e as considerações acerca da necessidade de pena. (BITENCOURT, 2012, p. 520).

Assim conhecendo o conceito de culpabilidade, sua classificação e seus elementos, chega-se em fim às suas excludentes que, segundo Nucci (2007, p. 287), se dividem em dois grupos, as que se referem ao agente e as que reportam ao fato e assim subdividi-las em legais e supralegais:

II – Quanto ao fato:

II.1. Legais:

- a) Coação moral irresistível (art. 22, CP);
- b) **Obediência hierárquica (art. 22, CP); (grifo nosso);**
- c) Embriaguez decorrente de caso fortuito ou força maior (art. 28, §1º, CP);
- d) Erro de proibição escusável (art. 21, *caput*, CP);
- e) Discriminantes putativas;

II.2. Supralegais:

- a) **Inexigibilidade de conduta diversa; (grifo nosso)**
- b) Estado de necessidade exculpante;
- c) Excesso exculpante;
- d) Excesso acidental

Neste estudo trataremos apenas da obediência hierárquica, artigo 22 do código penal, como fonte para uma nova interpretação, mais abrangente conforme a evolução jurídica do direito penal brasileiro.

### **3 A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO ELEMENTO DA EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE NA OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA**

A inexigibilidade da conduta diversa e seu surgimento no mundo jurídico caminham junto com a evolução teórica da culpabilidade. A teoria psicológica da Culpabilidade que se resumia no dolo e na culpa surgiu no século XIX e colocava a culpabilidade como elemento psicológico de ligação do agente ao fato.

A primária noção normativa da culpabilidade adveio pela teoria das circunstâncias concomitantes, de Reinhard Frank, em 1907, na obra "*Sobre a Estrutura do Conceito de Culpabilidade*" (AMARAL, 2003). De acordo com essa teoria, "para que se possa considerar

alguém culpado do cometimento de uma infração penal, é necessário que esta tenha sido praticada em condições normais" (CAPEZ, 2009, p. 331), pois não haverá censura (reprovabilidade) caso as circunstâncias que a envolvam sejam anormais.

A lei penal brasileira prevê a inexistência de crime como fato típico, antijurídico e culpável. Nesse sentido, se faz necessário verificar se há culpabilidade do agente na conduta para então se imputar o crime e conseqüentemente impor a pena.

Conclui-se então que mesmo o agente tendo praticado um fato tipificado como crime estará isento da pena por ausência da reprovação de sua conduta.

A inexigibilidade de conduta diversa como elemento da culpabilidade indica a impossibilidade do agente realizar uma conduta diferente do tipo penal. "Não há reprovabilidade se na situação em que se achava o agente não lhe era exigível comportamento diverso." (MIRABETTE, 1986, p. 101).

É de entendimento majoritário que exclusão da culpabilidade pode ser aplicada nas condutas culposas e dolosas, o mesmo ocorrendo com a inexigibilidade de conduta diversa, pois em situações excepcionais, o agente pode ser compelido a praticar conduta, mesmo contrária à lei, não sendo passível sua punição, porque qualquer ser humano normal, nas mesmas condições, faria recíproca conduta.

O princípio da inexigibilidade de conduta diversa se for regulada no tipo penal, constata-se como causa legal de exclusão da culpabilidade, porém a falta de previsão legislativa não impede que o mesmo princípio seja aplicado como causa geral e supralegal de exclusão da culpabilidade, como implícito no artigo 22 do Código Penal.

No ensinamento de Bittencourt (1998, p. 103) "Não há porque deixar de admitir a exclusão da culpabilidade quando uma conduta típica ocorreu sob a pressão anormal de acontecimentos e circunstâncias que excluem o caráter reprovável dessa mesma conduta." No mesmo raciocínio lógico, Toledo (1991, p. 328) revela:

A inexigibilidade de outra conduta é, pois, a primeira e mais importante causa de exclusão da culpabilidade. E constitui um verdadeiro princípio de direito penal. Quando aflora em preceitos legislados, é uma causa legal de exclusão. Se não, deve ser reputada causa supralegal, exigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, todavia, dispensa a existência de normas expressas a respeito.

Em se tratando da teoria da inexigibilidade de outra conduta com o caráter de causa geral de exclusão da culpabilidade em qualquer das suas formas, dolo ou culpa,

Magalhães (1975) discorre que tal princípio está implícito na Norma Penal, podendo-se aplicar por analogia “*in bonam partem*”.

Para o mestre Bettioli (1971), na compreensão normativa inexistente culpabilidade quando o agente não pode realizar um comportamento diverso daquele que efetivamente efetuou.

Por fim, visto o conceito e elementos da culpabilidade, exige-se que se estude a Obediência Hierárquica consubstanciada no artigo 22 do Código Penal.

#### **4 A OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA SEGUNDO O ARTIGO 22 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO**

A obediência hierárquica, conforme já estudado, é a segunda hipótese de exclusão de culpabilidade do artigo 22 do Código Penal Brasileiro. Assim comenta Costa Junior (1996, p. 97-98).

Se superior dá a ordem, nos limites de sua respectiva competência, revestindo-se ela das formalidades legais necessárias, o subalterno ou presume a licitude da ordem (erro de fato), ou se sente impossibilitado de desobedecer o funcionário de onde a ordem emanou (inexigibilidade de outra conduta): de uma forma ou de outra, é incensurável o proceder do inferior hierárquico, e, por esta razão, o fato praticado não é punível em relação a ele. (MARQUES, 1962, p. 236).

Na mesma visão ensina Costa (2007, p. 279) sobre a obediência hierárquica no requisito da ordem ser manado por superior com relação de subordinação no direito público.

Nos termos ao artigo 22 do CP, quando o crime é cometido em estrita obediência à ordem não manifestamente ilegal só é punido o autor da ordem. E ainda continua “a ordem de superior hierárquico (isto é, emanada de autoridade pública, pressupondo uma relação administrativa), si isenta de pena o executor, se não for manifestamente ilegal.

Na obra de Costa (2007, p. 279) o conceito de que a relação de subordinação deve se pautar no âmbito do direito público estaria descrita na própria exposição de motivos do código penal, informação totalmente equivocada, pois em nenhuma linha do texto da exposição de motivos, tanto do código penal de 1940 quanto da nova parte geral do Código penal ocorrida em 1984, cita a necessidade ou obrigatoriedade legal de se ter essa relação, entendida assim por diversos autores.

Para Nucci (2007, p. 297), a obediência hierárquica trata-se de uma ordem de legalidade duvidosa dada por superior hierárquico à subordinado a fim de lesionar um bem jurídico, possuindo os pressupostos;

- a) Existência de uma ordem não manifestamente ilegal, ou seja, de duvidosa legalidade (essa excludente não deixa de ser u misto de inexigibilidade de outra conduta com erro de proibição);
- b) Ordem emanada de autoridade competente (excepcionalmente, quando o agente cumpre ordem de autoridade incompetente, porem equivocado, pode configurar uma forma de erro de proibição escusáveis);
- c) Existência como regra de três partes envolvidas: superior, subordinado e vítima;
- d) Relação de subordinação hierárquica entre o mandante e o executor, em direito público. **Não há possibilidade de se sustentar a excludente na esfera do direito privado, (grifo nosso)** tendo em vista que somente a hierarquia no setor público pode trazer graves consequências ao subordinado que desrespeita seu superior (no campo militar, até a prisão disciplinar pode ser utilizada pelo superior, quando não configurar crime: COM art. 163: “recusar obedecer a ordem do superior sobre o assunto ou matéria de serviço, ou relativamente a dever imposto em lei, regulamento ou instrução”);
- e) Estrito cumprimento da ordem. Neste ultimo caso, cremos que, tratando-se de ordem duvidosa legalidade, é preciso, para valer-se da excludente, que o subordinado fixe os exatos limites da determinação que lhe foi passado. O exagero descaracteriza a excludente, pois vislumbra-se ter sido exigível do agente outra conduta, tanto que extrapolou o contexto daquilo que lhe foi determinado por sua própria cinta e risco.

No mesmo sentido, Andreucci (2012. p. 74) descreve que a obediência hierárquica é a segunda causa de inexigibilidade de conduta diversa, onde o agente que pratica o ato tem sua culpabilidade afastada, imputando ao superior emanador da ordem não manifestamente ilegal o tipo penal praticado, e citando Jesus (2003, p. 497).

A obediência hierárquica pressupõe cinco requisitos básicos:

- a) que haja relação de direito público entre superior e subordinado;
- b) que a ordem não seja manifestamente ilegal;
- c) que a ordem preencha os requisitos formais;
- d) que a ordem seja dada dentro da competência funcional do superior;
- e) que o fato seja cumprido dentro da estrita obediência à ordem do superior.

Na visão de Zafaroni (2007, p. 563), se o fato é cometido em estrita obediência a uma ordem de um superior hierárquico, desde que não seja manifestamente ilegal, só é punível o autor da ordem, pois não era exigível que o subordinado tivesse outra conduta. O autor coloca como circunstância elementar da excludente que a ordem emanada tenha sido proferida por superior hierárquico no âmbito público, “não sendo admissíveis a hierarquia de relação privada, como a comercial, a trabalhista privada, de ordens religiosas, familiar, etc”.

Na hipótese do subordinado cumprir ordem de natureza manifestamente ilegal, não lhe caberá a excludente da obediência hierárquica, respondendo pelo delito juntamente

com o superior, podendo, se for o caso, lhe ser atribuída a circunstância atenuante genérica prevista no art. 65, III, c, do Código Penal (“em cumprimento de ordem de autoridade superior”).

## **5 A INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DA OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA**

Na apreciação da obediência hierárquica defendida por Bitencourt (2012), há certa discordância com a doutrina dominante que defende a obrigatoriedade de uma relação de direito público, não sendo abrangida nas relações da iniciativa privada, conforme o dispositivo do artigo 22 do Código Penal.

No entanto, esse entendimento atualmente passa a ser questionado por dois fundamentos básicos segundo Bitencourt (2012, p. 545):

- a) de um lado, ordem de superior hierárquico produz, independentemente de a relação hierárquica ser de natureza pública ou privada, o mesmo efeito, qual seja, a inexigibilidade de conduta diversa;
- b) de outro lado, o Estado Democrático de Direito não admite qualquer resquício de responsabilidade penal objetiva, e sempre que, por qualquer razão, a vontade do agente for viciada (deixando de ser absolutamente livre), sua conduta não pode ser penalmente censurável.

O Código Penal de 1940 vigorava em uma situação fática diferente da atual os efeitos ou consequências da estrita obediência hierárquica. Em uma visão radical e positivista, seriam mantidos, segundo o entendimento adotado pela redação original do Código Penal de 1940 em seu artigo 18.

CP/1940 - Art. 18. Se o crime 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. (substituído pelo artigo 22 com a reforma advinda com a lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Contudo nota-se que esse entendimento é estritamente doutrinário, pois o artigo 18 do código original de 1940 não menciona a exigência da relação em direito público.

Ainda segundo a doutrina dominante e equivocada, a estrita obediência hierárquica estaria limitada à ordem emanada de autoridade pública, como fora concebida na época em que no país vigorava o Estado de Exceção.

Nessa hipótese, na demonstração de Bitencourt (2012, p. 546), constituiria uma causa legalmente expressa de isenção de pena. Contudo, com a Reforma Penal de 1984, fundada num Estado Democrático de Direito, a estrita obediência hierárquica à ordem legal

caracteriza, independentemente de qual autoridade, pública ou privada, a inexigibilidade de outra conduta.

Não se pode ignorar que a desobediência à ordem emanada de superior, mesmo na iniciativa privada, está sujeita a consequências tão drásticas e imediatas que o no campo do direito público-administrativo.

Para Bitencourt (2012, p. 546), na relação de direito administrativo, subalterno que desobedece a ordem de superior dificilmente corre o risco de perder vínculo empregatício público, podendo, no máximo, responder a uma sindicância, e ter seu prontuário de desempenho prejudicado.

Nestas hipóteses, as sanções para agente público estão legal e taxativamente previstas nas leis de servidores, dentre as quais as infrações disciplinares, se podendo afirmar que somente por falta gravíssima ou por condenação penal transitada em julgado será cominada uma pena de demissão do serviço público.

Ainda no entendimento de Bitencourt (2012, p. 546), na relação empregatícia privada a consequência é da desobediência mais drástica e de forma imediata:

A simples desobediência pode ter como consequência a demissão imediata, sem justa causa; justificando-se, conseqüentemente, o maior temor à ordem de superior na iniciativa privada, pois, como se sabe, ao contrário do que ocorre no setor público, o risco de demissão ou perda de emprego, inegavelmente, é fator inibidor de qualquer cidadão.

Ele ainda opina que o tradicional entendimento doutrinário restou superado a partir do fim da ditadura militar e com a redemocratização do País.

Com o advento da nova Carta Constitucional, promulgada em 1988, que consagra a responsabilidade penal subjetiva e individual sob a ênfase de um direito penal da culpabilidade, não se pode esquecer, que o Código Penal de 1940, produto do Estado Novo (1937 a 1945) de Getúlio Vargas, apenas presumia a liberdade de vontade, como deixava claro na Exposição de Motivos do anterior Código Penal (1940):

Ao direito penal... não interessa a questão, que transcende à experiência humana, de saber se a vontade é absolutamente livre. A liberdade de vontade é pressuposto das disciplinas práticas, pois existe nos homens a convicção de ordem empírica de que cada um de nós é capaz de escolher entre os motivos de terminantes da vontade e, portanto, moralmente responsável.

Bitencourt (2012) explica ainda que não existe fundamento legal (constitucional) para limitar a consequência jurídico-penal à desobediência de ordem superior na relação hierárquica de direito público, na medida em que o texto legal não faz essa restrição.

Conclui-se então que a inexigibilidade de conduta diversa é uma excludente de culpabilidade que não precisa necessariamente estar escrita, pois extingue um dos elementos constitutivos da culpabilidade, excluindo-a do conceito de crime.

Neste sentido, Bitencourt (2012) afirma que, excluída a exigibilidade de conduta diversa afasta-se também a culpabilidade, com ou sem previsão legal, por isso, independente de se tratar de relação hierárquica de direito público ou privado, a estrita obediência a ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico produz o efeito da inexigibilidade de outra conduta.

Temos que diferenciar o porquê do termo não manifestamente ilegal, pois, em virtude da subordinação hierárquica, o subordinado pode cumprir ordem legal de superior desde que a ordem não seja manifestamente ilegal, pois sendo legal, o problema deixa de ser de culpabilidade, podendo caracterizar causa de exclusão de ilicitude tipificada no artigo 23 do Código Penal, conforme explica Bitencourt (2012, p. 545):

Se o agente cumprir ordem legal de superior hierárquico, estará no exercício de estrito cumprimento de dever legal. A estrita obediência de ordem legal não apresenta nenhuma conotação de ilicitude, ainda que configure alguma conduta típica; ao contrário, caracteriza a sua exclusão (art. 23).

Superada a análise positiva da tipicidade e da antijuridicidade pelo estudo da culpabilidade, admite-se que quando qualquer delas é afastadas se torna supérflua é o questionamento da culpabilidade. Portanto, a ordem sendo ilegal, mas não manifestamente ilegal, do superior cumpre subordinado agir com culpabilidade, por ter avaliado incorretamente a ordem recebida, incorrendo numa espécie de erro de proibição. (BITENCOURT, 2012).

Ainda segundo o referido doutrinador, se a ordem for manifestamente ilegal, a conjectura claramente muda sendo em suas palavras:

Sendo a ordem escancaradamente ilegal, tanto o superior hierárquico quanto o subordinado são puníveis, respondendo pelo crime em concurso. O subordinado não tem a obrigação de cumprir ordens ilegais. Ele tem a obrigação de cumprir ordens inconvenientes, inoportunas, mas não ilegais. Não tem o direito, como subordinado, de discutir a oportunidade ou conveniência de uma ordem, mas a ilegalidade, mais que o direito, tem o dever de apontá-la, e negar-se a cumprir ordem manifestamente ilegal. (BITENCOURT, 2012, p. 546)

Ele ainda completa com as palavras destacadas de Frederico Marques (1954)

[...] se o superior dá a ordem, nos limites de sua respectiva competência, revestindo-se das formalidades legais necessárias, o subalterno ou presume a licitude da ordem ou 'se sente impossibilitado de desobedecer o funcionário de onde a ordem emanou (inexigibilidade de outra conduta): de uma forma ou de outra, é incensurável o proceder do inferior hierárquico, e, por essa razão, o fato praticado não é punível em relação a ele'. Contudo, se a ilegalidade for manifesta, o subalterno tem não apenas o direito, mas também o dever legal de não cumpri-la, denunciando a quem de direito o abuso de poder a que está sendo submetido.

Fica portanto clara a ideia de se alterar a atual interpretação restritiva do artigo 22 do Código Penal, abrangendo assim a obediência hierárquica nas relações de direito privado, como fonte para se promover justiça nos julgados brasileiros.

## **6 QUESTÕES PRÁTICAS DA APLICAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DA OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA**

Apenas para atestar a função prática do tema abordado, explanaremos um julgado onde se reconheceu a obediência hierárquica na relação de direito privado, bem como um equívoco praticado pela Fundação Getulio Vargas no VI – Exame da Ordem, onde trouxe um problema onde a resposta seria exatamente a excludente de culpabilidade do artigo 22 do código penal.

O processo da 4ª Vara Criminal de Foz do Iguaçu/PR, em que um funcionário de hospital privado é julgado pelo crime de cárcere privado, tipificado no artigo 148, § 1º, II do Código Penal;

Art. 148 - Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado:  
Pena - reclusão, de um a três anos.  
§ 1º - A pena é de reclusão, de dois a cinco anos:  
II - se o crime é praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital;

Na decisão, o juiz da 4ª Vara Criminal de Foz do Iguaçu/PR entendeu acertadamente que pelas provas obtidas no decorrer do processo, o réu estaria cumprindo ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico, causa excludente da culpabilidade, nos termos do artigo 22 (2ª parte) do Código Penal.

No caso em tela, o *Parquet* não demonstrou que o réu exercia função diretiva ou de gerência, ou seja, o ministério público não provou que o funcionário tinha o pleno poder de decisão junto à administração do hospital.

O Juiz entendeu que quanto aos requisitos para caracterização da excludente da culpabilidade, não se poderia exigir do réu que ele tivesse conhecimento da ilegalidade da ordem recebida, ou seja, não era ela manifestamente ilegal.

O julgador também entendeu que havia relação de subordinação entre o mandante e o executor, elementos da obediência hierárquica, conforme as palavras do relator da Apelação Criminal<sup>4</sup>:

Contudo, mesmo que se admita que a relação existente entre o réu e o seu superior seja apenas a empregatícia regulada pelo direito privado, diante da ordem recebida, não se poderia exigir outra conduta do acusado, situação que também é causa de exclusão da culpabilidade quando se aceita a inexigibilidade de conduta diversa como princípio geral do direito penal e independente das excludentes da coação moral irresistível e da obediência hierárquica, a fim de evitar a punição desarrazoada e injustificada do executor da ordem.

No caso analisado, ficou configurado que além da ordem não ter sido manifestamente ilegal, não se pode negar que o réu atuou em situação de inexigibilidade de conduta diversa, diante do temor de perder o emprego, no caso de não cumprir com a ordem recebida.

Nas palavras do relator Macedo Pacheco na apelação<sup>5</sup>:

[...] o tema, oportuno trazer a lição de Guilherme de Souza Nucci: "há intensa polêmica na doutrina e na jurisprudência a respeito da aceitação da inexigibilidade de outra conduta como tese autônoma, desvinculada das excludentes da coação moral irresistível e da obediência hierárquica. Cremos ser perfeitamente admissível o seu reconhecimento no sistema penal pátrio. O legislador não definiu culpabilidade, tarefa que restou à doutrina, reconhecendo-se, praticamente à unanimidade, que a exigibilidade e possibilidade de conduta conforme o direito é um dos seus elementos".

Ainda segundo o relator<sup>6</sup>, “nada impede que dentro da culpabilidade se retire, em caráter excepcional, a culpabilidade do agente que tenha praticado determinado injusto.” E ainda: “É verdade que a inexigibilidade de conduta diversa faz parte da coação moral irresistível e da obediência hierárquica, embora possa destacá-la para atuar isoladamente.”.

O relator ainda comenta sobre o primeiro caso em que se aplicou a inexigibilidade de conduta diversa, que ocorreu na Alemanha e foi aplicado pelo Tribunal do Reich no início do Século XX. (NORONHA, 1968, p. 100):

<sup>4</sup> Apelação Criminal<sup>4</sup> n° 581.859-1 TJ/PR.

<sup>5</sup> Apelação Criminal<sup>5</sup> n° 581.859-1 TJ/PR.

<sup>6</sup> Apelação Criminal<sup>6</sup> n° 581.859-1 TJ/PR.

Trata-se do famoso *Leinenfanger* cavalo indócil que não obedece às rédeas. O proprietário de um cavalo indócil ordenou ao cocheiro que o montasse e saísse a serviço. O cocheiro, prevendo a possibilidade de um acidente, se o animal disparasse, quis resistir à ordem. O dono o ameaçou de dispensa caso não cumprisse o mandado. O cocheiro, então, obedeceu e, uma vez na rua, o animal tomoulhe as rédeas e causou lesões em um transeunte. O Tribunal alemão absolveu o cocheiro sob o fundamento de que, se houve previsibilidade do evento, não seria justo, todavia, exigir-se outro proceder do agente. Sua recusa em sair com o animal importaria a perda do emprego, logo a prática ação perigosa não foi culposa, mercê da inexigibilidade de outro comportamento. (NUCCI, 2007, p. 303).

O relator<sup>7</sup> ainda narra que “pode-se admitir, portanto, que em certas situações extremadas, quando não for possível aplicar outras excludentes de culpabilidade, a inexigibilidade de conduta diversa seja utilizada para evitar a punição injustificada do agente.”

Vale aludir, ao ensinamento de Toledo (2004, p. 328):

A inexigibilidade de outra conduta é, pois, a primeira e mais importante causa de exclusão da culpabilidade. E constitui verdadeiro princípio de direito penal. Quando aflora em preceitos legislados, é uma causa legal de exclusão. Se não, deve ser reputada causa suprallegal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa a existência de normas expressas a respeito.

E também a precisa lição de Baumann (1973, p. 70-71) “se admite que as causas de exclusão da culpabilidade reguladas na lei se baseiem no critério da inexigibilidade, nada impede que, por via da analogia jurídica, se postule a inexigibilidade como causa geral de exclusão da culpabilidade.”

Em igual prisma, defende Nucci (2007, p. 222-223), citando Marco Antonio Nahum, que “no Brasil, reconhecida taxativamente a lacuna do sistema jurídico quanto às hipóteses de inexigibilidade, há que se admiti-la como causa suprallegal e excludente de culpabilidade, sob pena de não se poder reconhecer um pleno direito penal da culpa.”

No caso em análise, além da ordem não ter sido manifestamente ilegal, não se pode negar que o réu atuou em situação de inexigibilidade de conduta diversa, diante do temor de perder o emprego, no caso de não cumprir com a ordem recebida.

O relator evidencia na sua atuação, que réu temia pelo seu superior, pois em seu interrogatório deixou de informar o nome da pessoa responsável pela ordem de manter o paciente em cárcere privado até a quitação da dívida, até porque seu advogado, conforme ele mesmo admitiu, foi contratado pelo hospital em que trabalha.

---

<sup>7</sup> Apelação Criminal<sup>7</sup> n° 581.859-1 TJ/PR

Ressalva-se que o Relator votou pelo desprovimento do da apelação nº 581.859-1 /TJPR, bem como toda a Primeira Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em Curitiba, 01 de outubro de 2009.

Por fim, analisaremos um grande equívoco feito pela Fundação Getulio Vargas, na prova de Penal da segunda fase do VI Exame Unificado da Ordem dos Advogados do Brasil, trata-se da questão 4, que narrava:

Carlos Alberto, jovem recém-formado em Economia, foi contratado em janeiro de 2009 pela ABC Investimentos S.A., pessoa jurídica de direito privado que tem como atividade principal a captação de recursos financeiros de terceiros para aplicar no mercado de valores mobiliários, com a função de assistente direto do presidente da companhia, Augusto César. No primeiro mês de trabalho, Carlos Alberto foi informado de que sua função principal seria elaborar relatórios e portfólios da companhia a serem endereçados aos acionistas com o fim de informá-los acerca da situação financeira da ABC. Para tanto, Carlos Alberto baseava-se, exclusivamente, nos dados financeiros a ele fornecidos pelo presidente Augusto César. Em agosto de 2010, foi apurado, em auditoria contábil realizada nas finanças da ABC, que as informações mensalmente enviadas por Carlos Alberto aos acionistas da companhia eram falsas, haja vista que os relatórios alteravam a realidade sobre as finanças da companhia, sonogando informações capazes de revelar que a ABC estava em situação financeira periclitante.

Considerando-se a situação acima descrita, responda aos itens a seguir, empregando os argumentos jurídicos apropriados e a fundamentação legal pertinente ao caso.

- a) É possível identificar qualquer responsabilidade penal de Augusto César? Se sim, qual(is) seria(m) a(s) conduta(s) típica(s) a ele atribuída(s)?
- b) Caso Carlos Alberto fosse denunciado por qualquer crime praticado no exercício das suas funções enquanto assistente da presidência da ABC, que argumentos a defesa poderia apresentar para o caso?

A banca de Direito e Processo Penal da Fundação Getulio Vargas trouxe como gabarito a seguinte resposta para as alternativas:

- a) Sim, pois Augusto César agiu com dolo preordenado, sendo autor mediato do crime previsto no artigo 6º da Lei 7.492/86.
- b) Poderia argumentar que Carlos Alberto não agiu com dolo, uma vez que recebera informações erradas. Agiu, portanto, em hipótese de erro de tipo essencial invencível/escusável, com base no art. 20, caput, OU art. 20, §2º, do CP.

No caso em tela, é claro e notório, pelo até aqui estudado, que a alternativa “b”, se encaixa perfeitamente na excludente de culpabilidade do artigo 22 do Código Penal, pois o erro era inescusável, podendo ser reconhecida na sua conduta a inexigibilidade de conduta diversa, devido à obediência hierárquica.

Se aprofundarmos bem na questão, Carlos Alberto segundo o gabarito informado, responderia por culpa, mas em uma situação real, seria justo? Assim vejamos.

O crime para ser considerado culposo necessita que haja a configuração de pelo menos um dos elementos descritos no código penal, conforme Bitencourt (2007, p. 311) “diz-se crime culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia (art. 18 do CP).”

Art. 18 - Diz-se o crime:

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

Na questão, pode-se notar que o executor do ato, não agiu com nenhum dos elementos descritos no art. 18 do Código Penal: imprudência, negligência ou imperícia, mesmo porque não possuía o domínio do fato, caso se negasse a fazer tal ordem, com certeza seria demitido, visto a desobediência à ordem superior.

Vale ressaltar que no caso em tela existem as três partes exigidas pela doutrina, Carlos Alberto (executor subalterno), Augusto Cezar (superior emanador da ordem não manifestamente ilegal) e a vítima (acionistas da empresa), e que no prisma do executor, a ordem, não manifestamente ilegal, não era de se prever o caráter ilícito por parte do subalterno, motivo pelo qual o erro era inescusável.

Insta salientar que conforme se retira do enunciado da questão “Carlos Alberto, jovem recém-formado em Economia, foi contratado em janeiro de 2009 [...] em seu primeiro mês de trabalho”, só com essas informações, se pode verificar que desobedecer a uma ordem que não era manifestamente ilegal, lhe causaria um dano de difícil reparação, logo no seu início de carreira.

Assim podemos avaliar o quanto se faz necessário debater um tema de tão complexidade, que ainda leva muitos julgadores a promoverem injustiças em suas sentenças penais.

## **7 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Após longo lapso temporal de estudos, em diversas obras e legislações pode-se rematar que na atual conjectura do Direito Penal no brasileiro, tomando como pressupostos a culpabilidade e seus elementos, tornando-a parte integrante do conceito de crime, onde sua ausência isenta-se o executor de pena.

Para que se possa combater as desigualdades no país, devemos inicialmente guerrear efetivamente contra as desigualdades penais, desigualdades essas que em sua ocorrência, muitas vezes tira do cidadão seu segundo maior bem jurídico, a liberdade.

Para fins de igualdade, o direito penal não pode ficar à mercê de interpretações doutrinárias arcaicas e ultrapassadas, pois com o advento da criminalização das empresas jurídicas, por muito tempo impossível no Brasil, hoje aceitado, pode-se configurar por diversas vezes a lesão do bem jurídico penalmente tutelado por meio de um agente que cumpre uma ordem não manifestamente ilegal independente se no âmbito do direito público ou privado.

Remata-se assim, que a iniciativa deve prioritariamente iniciar na esfera acadêmica, a fim de que se possa reciclar o entendimento dos juízes para que aceitando essa nova interpretação, torne mais justa a sentença penal produzida ao fim do processo penal.

Uma interpretação extensiva da obediência hierárquica não só torna os julgados mais justos, como cumpre uma moderna interpretação de um elemento extintivo de punibilidade há muito tempo previsto no atual e arcaico Código Penal brasileiro.

Em um movimento de cascata, cada julgado efetuado com essa nova interpretação fará com que seja dissipada por todos os Tribunais uma interpretação que há tempo já deveria estar sendo utilizada, a fim de que injustiças sejam sanadas e que a vida do cidadão, muitas vezes inocente, cumpra uma sanção penal que o marque na alma por toda a sua vida.

A academia tem o dever institucional de desenvolver novas interpretações, e o bacharel em Direito, especialista em Ciências Criminais, tem função social importantíssima nesse contexto, pois deve contribuir pra a diminuição do abismo social entre as desigualdades penais, além de crescer profissionalmente, melhorando ainda mais a visão da sociedade sobre os operadores do Direito.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Cláudio do Prado. **Princípios penais**: da legalidade à culpabilidade. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Direito penal do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BAUMANN, Jürgen. **Derecho penal**. Trad. Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1973.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. v. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituição/constituição.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/constituição.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código penal. Brasília, DF, 7 dez. 1940. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2013.

CALÓN, Cuello. **Derecho penal**. 5. ed. Bologna: Zanichelli, 1949. v. 1.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

COSTA, Elder Lisboa da. **Curso de direito criminal**. Belem: Unama, 2007.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Comentários ao código penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

DURKHEIM, Emile. **Las reglas del método sociológico**. Espanha: Morata, 1978.

FRAGOSO, Heleno. **Lições de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

JESUS, Damásio E. de, **Direito penal**: parte geral. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

MAGALHÃES, Delio. **Causas de exclusão do crime**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

MARQUES, Jose Frederico. **Curso de direito penal**. São Paulo, Saraiva, 1954, v. 1.

MEZGER. **Tratado de derecho penal**. 2. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1946.

MIRABETTE, Julio Fabbrini. **Manual do direito penal**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1986.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Código penal comentado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PEDROSA, Ronaldo Leite. **Direito em história**. 4. ed. Nova Friburgo-RJ: Imagem Virtual, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

VELO, Joe Tennyson. **O juízo de censura penal.** Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1993.