

AMÉRICO A. TAIPA DE CARVALHO

**Professor Auxiliar de Direito Penal
Universidade Católica-Porto**

**Obediência Hierárquica e Responsabilidade Jurídica do
Funcionário**

Sumário

I. FUNÇÃO E PRESSUPOSTOS DO DEVER DE OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA. II. RESPONSABILIDADE JURÍDICA DO FUNCIONÁRIO. III. A POSIÇÃO JURÍDICA DO INFERIOR HIERÁRQUICO FACE A UMA ORDEM FORMALMENTE LEGÍTIMA MAS MATERIALMENTE CONSTITUTIVA DE UM ILÍCITO NÃO CRIMINAL. IV. A POSIÇÃO JURÍDICA DO INFERIOR HIERÁRQUICO FACE A UMA ORDEM FORMALMENTE LEGÍTIMA MAS MATERIALMENTE CONSTITUTIVA DE UM ILÍCITO CRIMINAL

Seja-me permitido dizer *duas palavras prévias*: uma, de agradecimento aos Senhores Professores González Guitián e Vicente Remesal pelo honroso convite que, via Senhor Professor Figueiredo Dias, me fizeram para participar neste «I Congresso Hispano-Português de Direito Penal», integrado nas comemorações do V centenário da nobre Universidade de Santiago de Compostela; a outra palavra é para recordar o ilustre e humano Senhor Professor Agustín Fernández Albor, com o qual tive o prazer de conviver durante alguns dias na minha cidade do Porto.

I. FUNÇÃO E PRESSUPOSTOS DO DEVER DE OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA

1. A boa organização e o eficiente funcionamento dos serviços públicos constituem um interesse que deve ser tutelado o mais possível, a bem da própria comunidade e dos seus cidadãos¹. Esta protecção implica que entre os funcionários da

¹ Assim, CARBONELL MATEU, *Jutificación Penal*, 1982, p. 160: o dever de obediência hierárquica está ao serviço do bom e eficaz funcionamento da administração pública, tendo por objectivo último a realização dos interesses e necessidades dos membros da comunidade. IDEM, *Comentarios al Código Penal de 1995* (coordenador: TOMÁS VIVES ANTÓN), 1996, vol. I, p. 188: o princípio da hierarquia deve relacionar-se com o bem jurídico que fundamenta tal princípio e que não é outro que a actividade da Administração se desenvolva em benefício da sociedade; o dever de obediência existe em função do serviço que a Administração presta.

Administração Pública vigore uma relação de subordinação ou hierarquização que atribua a uns a competência e a responsabilidade de decidir e ordenar e a outros o dever de obedecer e executar.

2. Pode acontecer e, por vezes, acontece que as decisões ordenadas ao inferior hierárquico sejam não só ilegítimas, como até conduzam, na sua execução, à prática de um facto ilícito e, até, à prática de um crime. Ora, nestas diferentes hipóteses, poderá o inferior hierárquico vir a encontrar-se numa *situação de conflito*: cumprir o dever de obedecer ao respectivo superior hierárquico ou cumprir o dever de não praticar um facto ilícito ou mesmo criminoso?

3. Esta problemática comporta diversas facetas e desdobra-se em diferentes planos que é necessário analisar. *Relativamente ao inferior hierárquico*, há que ver quais as situações em que é juridicamente obrigado a obedecer e quais as situações em que não deve obedecer. Nos casos em que, porventura, o funcionário esteja vinculado ao cumprimento da ordem e em que a execução desta se traduza na violação de um interesse jurídico de um particular ou mesmo na prática de um crime, haverá que averiguar se existe, em relação ao executor da ordem, justificação, exclusão da ilicitude (isto é, exclusão da tipicidade material da conduta de execução) ou somente exclusão da culpa. *Relativamente ao particular*, cujo interesse jurídico seja ilícitamente lesado, questionar-se-á sobre a possibilidade de legítima defesa, de estado de necessidade defensivo, ou, pelo contrário, dever de tolerância.

4. Começemos por referir os *pressupostos da legitimidade da ordem*. São eles de dupla natureza: formais e materiais.

Os pressupostos formais em sentido amplo são *a competência material-abstracta e as formalidades* (pressupostos formais em sentido estrito). Terá legitimidade formal a ordem que emanou da autoridade competente (em razão do conteúdo abs-

tractamente considerado e do espaço) e que respeitou as formalidades legalmente prescritas².

Além dos requisitos da competência e das formalidades (legitimidade em abstracto), a ordem, para ser verdadeiramente legítima, tem de, na situação concreta, ser *intrínseca ou substancialmente* (i.é, quanto ao conteúdo) conforme à lei. Este pressuposto material-concreto significa e exige que a ordem do superior hierárquico se traduza numa concretização do direito face à situação concreta em que vai ser executada.

Face a uma ordem legítima, formal e materialmente, é evidente a afirmação do dever de obediência; e os actos executados, com a diligência devida, são actos lícitos, são actos justificados. Assim, por *exemplo*, será legítima a ordem do chefe da força policial de intervenção para que sejam utilizados contra uma multidão de pessoas, em ilegal manifestação perturbadora da ordem pública, jactos de água ou gases lacrimogéneos, uma vez que se considere, no momento em que tal decisão é tomada, esta medida de força como objectivamente necessária, adequada e proporcional. Da legitimidade desta ordem derivam a legitimidade (e o dever) da obediência dos polícias executores e a justificação dos factos praticados.

II. RESPONSABILIDADE JURÍDICA DO FUNCIONÁRIO

1. Se a ordem é legítima, sob os aspectos formal e material e, portanto, a obediência é devida, mas não foi executada com a diligência exigível (violação do dever objectivo de cuidado), afirmar-se-á a ilicitude do facto praticado, apenas em relação ao *inferior hierárquico* que executou a ordem. Se, além

2 Saber quais são as formalidades que deve revestir uma ordem e qual é a autoridade competente é questão que cabe ao direito administrativo, isto é, às leis orgânicas e regulamentos dos respectivos serviços públicos.

da ilicitude do facto, o inferior tiver actuado com negligência (culpa negligente), poderá este incorrer em responsabilidade penal, disciplinar e, porventura, civil. *Exemplo*: recaindo sobre A fortes suspeitas da prática de um crime punível com pena de prisão de limite máximo superior a três anos³, o juiz de instrução criminal ordena, mediante o respectivo mandado, a captura de A; todavia, o executor da ordem, por descuido, prende B.

2. A violação, por parte do *superior hierárquico* (autor da ordem para a qual tinha a competência abstracto-funcional e que respeitou as formalidades legais), do cuidado concretamente exigível determinará a eventual responsabilidade penal, disciplinar e, porventura, civil do autor da ordem. A negligência, precipitação ou descuido do superior converteu a ordem dada numa ordem carecida de legitimidade material-concreta, numa ordem ilícita. Porém, não se pode concluir daqui que, sendo o facto ordenado pelo superior um facto ilícito, também ilicitamente terá actuado o respectivo funcionário executor. Poder-se-á estar perante uma rigorosa situação de autoria mediata, em que o inferior hierárquico desempenha o papel de um instrumento (mesmo que o superior não tenha actuado dolosamente), não lhe podendo ser imputada qualquer espécie de responsabilidade jurídica.

3. Face a uma ordem proveniente de um superior que não possua a respectiva competência funcional (incompetência material ou territorial do superior para decisões do tipo a que a ordem se subsume) ou que não respeite as formalidades (essenciais) prescritas pela lei não é devida obediência. Assim, se o subordinado vier a executar a ordem, que se traduza na prática de um ilícito, ou mesmo de um ilícito criminal, não verá a ilicitude do seu facto excluída. *Exemplos*: a detenção do suspeito B feita pelo agente de polícia A, em cumprimento de uma ordem

3 *Código de Processo Penal português, art. 202º*: «Se considerar inadequadas ou insuficientes, no caso, as medidas referidas nos artigos anteriores, o juiz pode impor ao arguido a prisão preventiva: a) Houver fortes indícios de prática de crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a 3 anos».

oral do juiz de instrução criminal *C*; ou: um chefe de repartição de finanças ou um chefe de esquadra de polícia que ordene a um seu subordinado a realização de uma busca à casa de *D*, ou a prisão deste. A responsabilização jurídica (disciplinar, penal, civil) do *superior* e do *inferior hierárquico* afirmar-se-á, se se verificarem os restantes pressupostos relacionados com a culpa. No plano da responsabilidade penal, ter-se-á em atenção o disposto no Código Penal, art. 37^o, embora se deva considerar que, no geral, os erros do inferior sobre a legitimidade formal ou funcional do superior são censuráveis.

III. A POSIÇÃO JURÍDICA DO INFERIOR HIERÁRQUICO FACE A UMA ORDEM FORMALMENTE LEGÍTIMA MAS MATERIALMENTE CONSTITUTIVA DE UM ILÍCITO NÃO CRIMINAL

1. Hoje, num Estado-de-Direito Democrático, deve considerar-se definitivamente ultrapassada a tese da “obediência cega”⁴, bem como o denominado “privilégio do erro” do Es-

4 *CP português, art. 37^o*: «Age sem culpa o funcionário que cumpre uma ordem sem conhecer que ela conduz à prática de um crime, não sendo isso evidente no quadro das circunstâncias por ele representadas»

5 Sobre a “obediência cega” ao superior hierárquico, como consequência da absolutização do Estado e da Administração Pública, ver KLUG, «Autoritäre und antiautoritäre Perspektiven im Recht» in *Festschrift für Rudolph Schmitt*, 1992, p. 7.

Recusando a “obediência cega” (tese da subordinação hierárquica ilimitada), escreve G.KELLENS («L’Abus de Pouvoir», 1982, p. 467): «Numa certa medida, o destinatário de uma ordem deve ser o primeiro juiz da sua legalidade». Por sua vez, A. ANDRIES («L’Obéissance Militaire», 1982, p. 552), referindo-se à hierarquia militar, observa: «O acesso à responsabilidade individual, sendo mesmo o próprio princípio da formação da personalidade humana, não pode ser interditado por nenhum poder». Neste mesmo sentido, PELLEGRINO, «Obediencia Gerarchica», p. 150s..

Segundo refere J.M.RODRIGUEZ DEVESA (*Derecho Penal*, 1979, p. 501), os contemporâneos (séc. XVII) T. HOBBS e J.LOCKE protagoni-

tado⁶. Tal não significa, porém, a negação da importância do dever de obediência hierárquica.

O dever de obediência, condição de um eficaz funcionamento da administração pública ao serviço das comunidades nacional e locais, assenta no princípio de que os actos ordenados pelo respectivo superior hierárquico, em matéria da sua competência e satisfeitos os requisitos formais, devem ser pre-

zaram as duas radicais e opostas tendências (a autoritário-hierarquista e a liberal-legalista) do tradicional direito inglês. HOBBS (*Leviathan*): se cada cidadão pretende para si julgar sobre o bom e o mau, isto é o mesmo que pretender ser como rei, coisa que não é compatível com o interesse do Estado. LOCKE (*Treatises of Government*): não há direito à obediência se o superior infringe a lei; o superior não pode cometer nenhum delito, respondendo, portanto, os inferiores pela execução da ordem ilícita, sem poderem alegar a ordem do superior.

- 6 Privilégio afirmado por W. JELLINECK (*Verwaltungsrecht*, 3 Aufl., 1931, p. 373: «O Estado tem o grande privilégio de poder errar».

Repare-se que, mesmo actualmente, F.HAFT (*Strafrecht*, 1987, p. 110) diz que a opinião alemã dominante reconhece, com razão [segundo Haft, pelo facto de sobre o funcionário recair, diferentemente dos particulares, não um direito, mas um dever de agir, como no caso de detenção em flagrante delito], aos funcionários este privilégio de errar, embora tal privilégio se refira «só aos pressupostos fácticos de um direito de coacção», e não aos limites normativos do direito funcional, pois este já será tratado como erro sobre a proibição. —É, todavia, de discordar de um tal privilégio (se é que de privilégio se trata) e, especialmente, do tratamento diferenciado e discriminatório do erro do particular sobre os pressupostos fácticos (p.ex., no caso de detenção em flagrante) que, diferentemente do mesmo erro do funcionário, não excluiria a ilicitude do facto, apesar do cumprimento do cuidado objectivamente exigível.

ROXIN (*Strafrecht*, 1992, p. 497 ss) critica esta tendência da jurisprudência e da doutrina alemãs em privilegiar os actos das autoridades, afirmando que a concepção que lhe está subjacente — a tese da eficácia da acção estadual — «tem de, numa sociedade democrática, ser relativizada pela consciência de que o Estado não deve pôr menos empenho em garantir a liberdade dos seus cidadãos e em motivar os seus agentes a uma observância estrita das leis. A ideia, sempre retornada, de que seria de exigir do cidadão que este reagisse aos abusos das autoridades com os recursos previstos (em vez de mediante a resistência pessoal) é de afastar, quando as lesões de bens jurídicos (como a liberdade, a integridade física, etc.) causadas pelas acções ilícitas não mais podem considerar-se como se não tives-

sumidos pelo subordinado como lícitos: *princípio da presunção da conformidade ao direito*⁷ ou *princípio da aparência da juridicidade intrínseca de uma ordem formalmente legítima*⁸. Deve, pois, o inferior hierárquico partir, por regra, da conformidade da ordem recebida com a lei, excepto quando for manifesto (ao funcionário razoavelmente competente e diligente) o contrário, isto é, a ilicitude da ordem. Donde um como que *in dubio pro licitudine*.

2. Deve começar por se fazer a distinção entre ordem ilegítima (materialmente) cujo conteúdo se traduz na prática de um ilícito não criminal (p.ex., contra-ordenacional, administrativo, civil) e ordem ilegítima (materialmente) cujo conteúdo ou cumprimento implica a prática de um crime.

Vejamos, agora, qual a posição jurídica do inferior hierárquico face a *ordens formalmente legítimas mas cujo conteúdo constitui um ilícito não criminal*. Aqui, tem de distinguir-se entre ilicitude manifesta e ilicitude não manifesta (segundo o juízo do funcionário diligente pertencente à categoria do funcionário a quem é dada a ordem).

No caso de a ilicitude da ordem não ser manifesta, não ser facilmente apreensível, a sua execução, relativamente ao inferior hierárquico, não pode ser considerada ilícita e, portanto, este não incorre em qualquer responsabilidade disciplinar, civil ou contra-ordenacional, mesmo que não tenha exercido o “ônus de representação”. É que só é razoável fazer recair sobre o subordinado o encargo da representação, quando a ilicitude da ordem for, no caso concreto, suficientemente clara; não o sendo, prevalece o “princípio da presunção de conformidade com o direito”. Dizer o contrário, isto é, afirmar a responsabilidade do cumpridor da ordem equivaleria a negar, na prática, o referido princípio da presunção da legitimidade material-concreta da ordem do superior hierárquico.

sem acontecido».

7 Assim o designa, p.ex., JESCHECK, *Derecho Penal I*, 1981, p. 538.

3. *No caso de a ilicitude da ordem ser manifesta*, então já se afirma o “ônus de representação”⁹, como condição da exclusão da responsabilidade jurídica do inferior pela prática do facto (ordenado) que se traduza na violação de um interesse jurídico (não penalmente tutelado). Ou seja: não reclamando para o autor da ordem (no sentido de lhe chamar a atenção para a ilicitude do acto ordenado), o inferior hierárquico já poderá ser também (juntamente com o superior ordenante) responsabilizado pelo ilícito praticado em cumprimento da ordem claramente ilícita.

No caso de o inferior, diante da ordem manifestamente ilícita, exercer o *ônus de representação*, e, mesmo assim, o superior manter a sua decisão, então o inferior tem de executar a ordem, ficando, porém, este funcionário isento de qualquer responsabilidade jurídica¹⁰. Exercida a reclamação e mesmo assim

8 Assim o designa, p.ex., MIR PUIG, «Adiciones de Derecho Penal» in JES-CHECK, *Derecho Penal I*, 1981, p. 548

9 Assim, dispõe o Decreto-Lei n° 24/84 (Estatuto Disciplinar dos Funcionários), art. 10°, n° 2: “Considerando ilegal a ordem recebida, o funcionário ou o agente fará expressamente menção deste facto ao reclamar ou ao pedir a sua transmissão ou confirmação por escrito».

10 Segundo RODRIGUEZ DEVESA (*Derecho Penal*, 1979, p. 521s), a teoria da *representação* (remonstratio) surgiu no séc. XIX, paralelamente à afirmação de uma obediência incondicional exigida pela necessidade de garantir uma direcção unitária da Administração. Na opinião do mesmo Autor, tal faculdade constitui um simples paliativo dessa obediência incondicional, uma vez que acaba quase sempre por prevalecer a vontade do superior. A única vantagem desta “representação” restringe-se às hipóteses em que o superior está de boa fé, pois, neste caso, a reclamação pode levá-lo a alterar a sua ordem.

– Não é de concordar inteiramente com esta apreciação dos méritos ou vantagens da denominada “representação”. Com efeito, deve reconhecer-se que, além da vantagem referida, a reclamação para o superior tem, hoje, muita importância tanto no plano processual-probatório como no plano jurídico-material: *relativamente ao superior*, impedi-lo-á de invocar (com eficácia prática no processo e na responsabilização jurídica) o mero descuido; *relativamente ao inferior reclamante*, determinará a exclusão da “sua” ilicitude e da responsabilidade jurídica, civil e disciplinar, e mesmo penal, quando, havendo dúvida razoável sobre a (i)licitude criminal da ordem, tal dúvida se refira a um aspecto do acto a praticar que caia no âmbito da apreciação discricionária do superior.

mantida a decisão do superior hierárquico, a “presunção da conformidade ao direito” como que se converte de relativa em absoluta, afirmando-se absolutamente o dever de obediência hierárquica.

4. Estabelecida a exclusão de qualquer espécie de responsabilidade jurídica do funcionário que cumpre uma ordem de cuja ilicitude (não criminal) reclamou, há, ainda, que resolver a seguinte *questão dogmática*: o facto praticado ou, mais concretamente, o comportamento do inferior hierárquico deve considerar-se justificado, não ilícito ou ilícito¹¹ embora não culposos? Seguramente que a conduta do inferior jamais poderá ser considerada ilícita. Seria uma grave contradição normativa, uma grave violação do princípio da unidade da ordem jurídica (normativa de condutas) impor a execução de uma determinada acção e, simultaneamente, vir a considerar essa mesma acção como ilícita, como antinormativa. Isto, para além das indesejáveis consequências jurídico-práticas que tal contradição poderia trazer em matéria de possibilidades jurídicas de o terceiro afectado por tal ordem reagir contra a execução desta pelo inferior, execução que lhe é juridicamente imposta.

O problema cinge-se, pois, à alternativa: verdadeira justificação da acção instrumentalmente¹² executada pelo subordinado *ou* mera exclusão da ilicitude da acção (o facto exorbitaria do âmbito jurídico-normativo de condutas).

A primeira solução tem a consequência de fazer recair sobre o cidadão afectado pelo cumprimento da ordem um dever de tolerância face à objectiva execução da ordem, que não, evidentemente, face ao superior que vinculativamente ordena a

Devido a estas consequências que a lei (cf. *Constituição da República Portuguesa*, art. 271º, nº 1 e 2, e Estatuto Disciplinar, art. 10º, nº 1 a 4) faz derivar da denominada “representação”, entendendo que a designação apropriada é *ónus de representação*.

- 11 Sobre a distinção entre *justificação*, *exclusão da ilicitude* (= atipicidade material da conduta) e *irrelevância jurídica* da conduta humana, ver TAIPA DE CARVALHO, *Legítima Defesa*, Coimbra Editora, 1995, p. 170ss.
- 12 Sendo o superior *autor mediato*, que reduz o inferior à qualidade de instru-

acção, uma vez que, relativamente a este, não só se afirmará a responsabilidade jurídica respectiva (disciplinar, civil, contra-ordenacional, administrativa), mas também a possibilidade de uma acção de legítima defesa. A segunda solução tem como efeito excluir, relativamente ao inferior, uma legítima defesa (por força da exclusão da ilicitude da eventual “agressão”), mas não o estado de necessidade defensivo¹³.

mento humano. Assim, p.ex., também CEREJO MIR, «Obedienza Devida», 1989, p. 183; JAKOBS, *Strafrecht*, 1991, p. 457s..

- 13 D.M.LUZÓN PEÑA (*Legítima Defensa*), 1978, p. 308s.), partindo da distinção entre causas de justificação que excluem o desvalor de acção e o desvalor de resultado e causas de justificação que apenas excluem o desvalor de acção, e, ainda, talvez para fugir à possível objecção de que o reconhecimento de um direito de intervenção ao inferior hierárquico vinculado implicaria um injusto fazer recair sobre o cidadão o dever de tolerância, é esta solução que propõe. — Cabe, porém, dizer que, em minha opinião, é de recusar a referida distinção, pois que ela confunde atipicidade (material) com justificação, ao reduzir a “causa de justificação da acção” à simples inexistência do “desvalor de acção”, como nas hipóteses de “caso fortuito” ou de erro objectivamente inevitável (para uma crítica mais desenvolvida sobre esta distinção, cf. TAIPA DE CARVALHO, *Legítima Defesa*, 1995, p. 157ss.). Quanto à referida objecção, penso que ela fica neutralizada com a argumentação desenvolvida em texto, neste nº 4 e no próximo nº 5. Refira-se que também, p.ex., JESCHECK (*Strafrecht*, 1988, p.355) vai no sentido de LUZÓN PEÑA.

Posição que me parece absolutamente recusável (tanto nos planos teórico-normativo e dogmático-jurídico, como nos planos político-criminal e prático-social) é a daqueles autores que, como FERNANDA PALMA (*Legítima Defesa*, 1990, p. 227), afirmam a ilicitude da acção de execução de uma ordem vinculativa, posto que ilícita (a ordem), apenas aceitando a desculpação do cumpridor da ordem. Escreve a mencionada Autora: «A obediência hierárquica confina-se à desculpa ou impunidade, desligando-se dos reflexos gerais do facto na ordem jurídica, isto é, das suas repercussões em quaisquer outros sujeitos jurídicos». Diga-se que não só é de recusar esta tese da mera desculpação como é, ainda, de enjeitar a implícita afirmação de que as posições diferentes da de FERNANDA PALMA (nomeadamente a tese da justificação do facto do cumpridor da ordem ilícita vinculativa) implicariam a aceitação de «uma especial impunidade a agentes, que detêm meios de poder e que poderão acomodar-se a uma prática não responsável do seu exercício». Penso que as considerações desenvolvidas nesta secção III e na próxima secção IV demonstram o infundamento de tais receios. Próximo da posição de Fernanda Palma, AMELUNG («Die Rechtfertigung

Penso que a solução mais correcta é a primeira: afirmada como *vinculativa* a execução de uma ordem, esta execução pelo inferior hierárquico não pode deixar de se considerar como *justificada* e, portanto, contra ela não pode o cidadão (embora ilicitamente lesado pela ordem) exercer qualquer acção de auto-defesa. Opor-se-á que, assim, é sobre o cidadão que se fazem recair as consequências do funcional dever de obediência a ordens que, na situação concreta, são ilícitas. De facto, assim é, em parte, isto é, quanto à possibilidade de uma acção impeditiva da execução da ordem, que não, como já referimos, quanto à responsabilização jurídica do superior¹⁴. Mas, bem vistas as coisas, a alternativa a este sacrifício que se faz recair sobre o particular, era um também insuportável colocar entre a espada e a parede o funcionário-executor: ou não cumpre a ordem, recaindo sobre ele a espada da responsabilização disciplinar por desobediência hierárquica, ou cumpre a ordem, enfrentando a parede da reacção do particular.

A solidariedade que, implicitamente, é imposta ao cidadão, para além de temporária (pois que os seus prejuízos ou danos serão reparados, dada a responsabilidade civil solidária do Estado e do respectivo superior hierárquico), é resultante de uma coerência normativa (sendo o inferior hierárquico obrigado normativamente a praticar uma acção, não pode o seu comportamento ser valorado negativamente pelo direito, nem sequer ser

und Entschuldigung von Polizeibeamten in deutschen Recht» in *Rechtfertigung und Entschuldigung Rechtsvergleichende Perspektiven*, II (Hrsg. von A. ESER), 1988, p. 1374 ss). Este Autor propõe o seguinte: há que distinguir entre o lado interno (superior-inferior) e o lado externo (autoridade-cidadão). As prescrições sobre o dever de obediência do funcionário pertencem ao direito interno (direito administrativo-disciplinar) e esgotam-se nesta relação; sobre as relações entre o funcionário executor e os particulares, elas nada teriam a ver. Assim, neste plano exterior, a acção permanecia ilícita (embora desculpada) com todas as suas consequências. Nesta linha, AMELUNG critica a tese de Stratenwerth (*Befehl und Gehorsam*, 1958) e dos muitos autores que, a partir de então, passaram a defender a justificação (pelo menos no sentido de exclusão do desvalor da acção, exclusão da ilicitude) e, conseqüentemente, a exclusão do direito de legítima defesa do particular.

tido como um comportamento ajurídico, anormativo) e evita a potenciação de conflitos, factor que um direito “orientado pelas consequências” não deve deixar de ter em conta. Na verdade, sendo vinculativa a ordem *ab initio* (o que acontece quando a ilicitude da ordem não é clara) ou acabando por se tornar vinculativa (o que acontece quando, sendo clara a ilicitude não criminal da ordem, todavia o superior a mantém, apesar de interpelado), não pode o inferior (uma vez que a competência e a correspondente responsabilidade cabem ao superior) deixar de a considerar como material-concretamente lícita; donde que a resistência do particular à execução da ordem não pode deixar de lhe aparecer como ilegítima e de o levar a vencer tal resistência.

5. A questão mais delicada que, aqui, se levanta é a seguinte: uma vez que a Constituição da República Portuguesa¹⁵ e o Estatuto dos Funcionários¹⁶ só excluem o dever de obediência, quando «o cumprimento das ordens ou instruções implique a prática de qualquer crime», e sendo certo que não basta a importância de um bem jurídico, isto é, não basta a “dignidade penal” de uma conduta para ela ser jurídico-penalmente tipificada (para dar origem à criação de um tipo legal), sendo, ainda, exigida a “necessidade penal”¹⁷, poderá acontecer, embora muito excepcionalmente, que um particular tenha de tolerar a prática de um acto que, apesar de lesivo de um seu direito ou liberdade fundamental, todavia não constitui, positivo-legalmente, um crime, por não constar de um tipo legal.

Diga-se, a modo de contra-objecção, que será muito improvável a ocorrência de uma tal hipótese. Dificilmente acontecerá a verificação simultânea das duas condições que despoletariam uma tal situação: que a conduta ordenada lesasse um im-

– Próximo da minha posição, ROXIN, *Strafrecht*, 1992, p. 501s..

14 Assim, esta posição nada tem que ver com o ultrapassado “privilégio estadual de errar”.

15 Art. 271º, nº 3: «Cessa o dever de obediência sempre que o cumprimento das ordens ou instruções implique a prática de qualquer crime».

16 Decreto-Lei nº 24/84, art. 10º, nº 5, que transcreve a disposição constitu-

portante bem jurídico, isto é, que tivesse uma inequívoca “dignidade penal” e que, apesar desta dignidade, não estivesse jurídico-penalmente tipificada, e que o poder de ordenar uma tal conduta estivesse compreendido no âmbito da competência abstracto-funcional de um funcionário sem competência para ordenar a prática de actos descritos num tipo legal de crime.

IV. A POSIÇÃO JURÍDICA DO INFERIOR HIERÁRQUICO FACE A UMA ORDEM FORMALMENTE LEGÍTIMA MAS MATERIALMENTE CONSTITUTIVA DE UM ILÍCITO CRIMINAL

1. Na linha da recusa da “obediência cega”¹⁸, incompatível com o Estado-de-Direito Democrático, a Constituição portuguesa de 1976 procurou pôr termo à controvérsia sobre a existência ou não do dever de obediência a ordens criminosas. Assim, estabeleceu, no seu art. 271º, nº 3, o princípio de que «cessa o dever de obediência sempre que o cumprimento de ordens ou instruções implique a prática de qualquer crime». Esta disposição foi incorporada no Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local (art. 10º, nº 5, tanto do Decreto-Lei nº 191-D/79 como do Decreto-Lei nº 24/84 que revogou aquele) e no Código Penal de 1982 (art. 36º, nº 2, que se manteve intacto na Reforma Penal de 1995).

2. Mas, embora contra o que alguns terão precipitadamente pensado, esta louvável consagração constitucional deste princípio não resolve, de forma automática e afirmativa, a questão da ilicitude criminal do comportamento típico do inferior hierárquico. Efectivamente, pode haver casos em que a tipicidade (formal) do facto executado nada diga sobre a sua ilici-

cional acabada de referir, disposição que já provém do texto original da

tude (concreta). Por *exemplo*: a privação da liberdade de alguém, ordenada pela entidade competente e segundo as formalidades prescritas pela lei, tanto pode, apesar de formal-abstractamente subsumível a um tipo legal de crime, constituir um ilícito criminal (um tipo-de-ilícito) como o exercício legítimo dos poderes-deveres (função, competência concreta) do juiz de instrução criminal. Na verdade, a decisão e ordem de deter e prender preventivamente um determinado sujeito tanto pode ter, na sua origem, motivações absoluta e conscientemente estranhas às finalidades ou funções assinaladas pela lei à prisão preventiva (caso em que a ordem é criminalmente ilícita) como ter sido determinada pelo facto de o juiz entender, segundo o seu critério “discricionariamente vinculado”, que a prisão preventiva é a decisão mais adequada naquela situação concreta (caso em que a privação da liberdade é legítima e está justificada)¹⁹. Este exemplo mostra-nos como pode haver situações em que a ordem, apesar de criminalmente ilícita por conduzir à prática de um crime, não pode deixar de ser cumprida pelo inferior hierárquico, uma vez que este não tem, e na medida em que não tenha, as mínimas possibilidades de controlar a legitimidade material-concreta da ordem. Esta situação poderá ser frequente quando a ordem se enquadra no exercício de um poder discricionário do superior hierárquico.

3. Significa isto que o princípio da *presunção da legitimidade material* de uma ordem formalmente legítima (respeitadora das formalidades legais e compreendida na competência abstracto-funcional do superior), conjugado com a *impossibilidade prática de o inferior averiguar a ilicitude criminal* da ordem recebida, fará com que a ordem, posto que em si mesma cri-

C.R.P. de 1976.

17 Sobre o binómio “dignidade penal” e “necessidade penal”, e respectiva distinção, ver TAIPIA DE CARVALHO, *Legítima Defesa*, 1995, p. 108ss.

18 Cf. *supra*, nota 5.

19 Justificação que não significa —mas este é um outro problema— que o Estado não tenha o dever (dever que deveria ser assumido efectivamente)

minosa (e determinante da responsabilidade penal, disciplinar e, se for caso disso, civil do superior), seja, na prática, de obediência e execução obrigatórias. Ora, sempre que, na situação concreta, uma ordem seja (apareça como) vinculativa para o funcionário, não pode, sob pena de contradição normativa e de tratamento injusto do funcionário, considerar-se o seu comportamento de execução como ilícito. Donde a exclusão de um direito de legítima defesa do cidadão, em cuja esfera jurídica se repercutem as consequências da execução da ordem, desde logo pela não verificação (face ao inferior que cumpre a ordem) do pressuposto “ilicitude da agressão”.

4. Em meu entendimento, é, portanto, de recusar a opinião daqueles autores que, não distinguindo entre ordens cujo conteúdo é objectivamente averiguável pelo inferior e ordens cujo conteúdo ele não pode controlar, acabam por resolver, de forma radical e unilateral, o problema, afirmando que o comportamento do inferior, que cumpre uma ordem criminalmente ilícita, constitui sempre um facto ilícito criminal e, consequentemente, acabam por afirmar a legítima defesa²⁰ ou, pelo menos, o

de reparar os danos patrimoniais e morais causados por uma prisão preventiva que veio, *ex post*, a revelar-se objectivamente indevida, no caso de absolvição do arguido. Sobre este dever estadual de indemnização das vítimas de uma prisão preventiva justificada, cf. TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais*, 1990, p. 263s..

20 Por ex., DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, 1988, Vor §32, Rdn. 8 («A obediência hierárquica é causa de justificação, quando a acção ordenada é lícita. Sendo ilícita a acção ordenada mas, apesar disso, vinculativa, então a obediência hierárquica é apenas uma causa de exclusão da culpa»). F.HAFT, *Strafrecht*, 1987, p. 111: «Não sendo justificado o próprio superior, também o inferior, o qual só tem uma autorização de acção derivada, jamais, em caso algum, poderá ser justificado». — Não pode deixar de se chamar a atenção para a contradição de Haft em, por um lado, afirmar o “privilégio do erro” (cf. *supra*, nota 6) mas já, em relação ao inferior hierárquico, ser tão rigoroso, apenas aceitando a exclusão da culpa dolosa ou, em casos especiais (p.ex., relativamente a soldados ou a funcionários-executores civis, tratando-se de infracções pouco graves), uma causa de desculpação. É caso para dizer que, para Haft, o “privilégio do erro” aproveita só aos funcionários que mandam, deixando a sua tese os inferiores-executores em muito má posição. Isto talvez resulte, ainda, do facto de também este Autor esquecer

estado de necessidade defensivo²¹ contra o inferior hierárquico.

Há, nesta postura, um *equivoco fundamental* que urge desmontar e que gira em torno das denominadas “ordens ilícitas obrigatórias”.

Têm razão todos aqueles autores que afirmam que é absurdo falar em ordens ilícitas vinculativas²² e aqueles que dizem ser inaceitável um dever de obedecer a uma ordem que o próprio ordenamento jurídico considera ilícita²³. Pois é evidente que a ordem jurídica não pode querer que seja cumprida, não pode mandar obedecer a uma ordem que ela, ordem jurídica, considera ilícita, antijurídica, antinormativa. Tal seria uma contradição da ordem jurídica consigo mesma²⁴.

que há ordens cujos pressupostos da sua legitimidade concreta são sindicáveis pelo inferior, mas já outras ordens — como é o exemplo que ele apresenta da ordem dada por *V a T* para que prenda determinada pessoa, sem que se verifiquem os respectivos pressupostos — não dependem, na sua legitimidade material, apenas de pressupostos legais-formais, mas também do juízo discricionário que o superior faça do caso concreto.

21 Assim, p.ex., D.M. LUZÓN PEÑA, *Legítima Defensa*, 1978, p. 308s..

22 Por ex., AMELUNG, cit. *supra*, em nota 13.

23 Por ex., MARIO ROMANO, “Cause di Giustificazione, Cause Scusanti, Cause di non Punibilità» in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1990, p. 60: a prevalência do dever de obedecer a uma ordem ilícita não é aceitável nem sequer nos casos de menor importância, visto que por muito relevantes que sejam o critério hierárquico e o dever de obediência, a fonte primária da valoração da legitimidade ou não das condutas é sempre, nos Estados democráticos, a vontade do ordenamento jurídico.

– Debatendo-se com a questão dos “mandatos antijurídicos obrigatórios”, CARBONELL MATEU, *Comentarios al Código Penal de 1995*, I, 1996, p. 188, escreve: «a aceitação da existência de ordens ilícitas obrigatórias no Ordenamento espanhol aparece, pelo menos, como sumamente discutível», embora, na página seguinte, pareça entrar em contradição com o acabado de transcrever, quando, acabando por indevidamente — tal como ainda o continua a fazer a maioria da doutrina (cf., p.ex., JESCHECK, *Strafrecht*, 1988, p. 355) — transpor o problema para o campo do conflito de deveres, conclui da forma seguinte: «Podemos, pois, concluir que sob a epígrafe “cumprimento de um dever” cabem todas aquelas condutas típicas que, além de serem impostas pelo Ordenamento, proporcionem um interesse superior ao

Mas já não têm razão, e entram em contradição, quando esses mesmos autores (e a doutrina maioritária) acabam por reconduzir ao conflito de deveres o problema do tratamento jurídico do conflito entre o dever de obediência hierárquica e o dever de não cumprir ordens criminosas, e quando, havendo a prevalência do dever de obedecer, sujeitam o inferior, que obrigatoriamente executa a ordem (e, portanto, cumpre o dever), à reacção defensiva do particular, reconhecendo a este o estado de necessidade defensivo²⁵.

que deixa de ser salvaguardado pelo não cumprimento de um outro dever, incluindo a desobediência do inferior que se oponha ao cumprimento de uma ordem ilícita do seu superior».

- 24 Contradição que a maioria da doutrina ainda não desfez. Assim, M. ROMANO parece, pelo menos implicitamente, aceitar esta contradição normativa, quando aceita (cf. local cit. na nota 23) a existência de ordens ilícitas vinculativas (enquanto tais, enquanto ordens ilícitas), pois, se são vinculativas, o que é que as torna (juridicamente) vinculativas senão normas positivas (geralmente, normas jurídico-administrativas — cf. supra, III 3) também pertencentes ao ordenamento jurídico?

Também CARBONELL MATEU (local cit. na nota 23), ao colocar o problema em termos de conflito de deveres, parece pressupor, afinal, a existência de ordens ilícitas vinculativas, considerando que a ilicitude do comportamento de execução da ordem em si ilícita seria excluída quando o valor ou interesse afectado pelo cumprimento da ordem fosse inferior ao valor ou interesse da obediência hierárquica, apesar da ilicitude da ordem.

- 25 Esta criticável equacionação e resolução do problema parece ser partilhada, entre outros, por JESCHECK, *Strafrecht*, 1988, p. 355. Este Autor contrapõe (e superioriza no caso de infracções pouco graves) o “dever de obediência à ordem jurídica”, falando, no caso de ordens que conduzam à prática de pequenas infracções, em “conflito de deveres justificante”; logo, haveria casos em que, apesar de a ordem ser ilícita (e mesmo criminalmente ilícita), mesmo assim existiria o dever jurídico de a cumprir, e isto, mesmo que o inferior conhecesse a ilicitude criminal da ordem. Relativamente ao tratamento jurídico das relações entre o inferior que executa a ordem obrigatória e o particular cuja esfera jurídica os efeitos de tal execução afecta, também JESCHECK não deixa de apresentar uma solução contraditória. Com efeito, depois de falar em justificação da acção praticada pelo inferior, vem defender a possibilidade jurídica de o particular exercer, dentro dos respectivos limites, o direito de necessidade defensiva (o estado de necessidade defensivo). Isto é contraditório, para além de jurídico-praticamente perigoso e, portanto, político-criminalmente inaceitável. Na verdade, sendo

O que se passa —e já o procurei salientar relativamente às ordens ilícitas não criminais²⁶— é coisa bem diferente do absurdo dever jurídico de obedecer a uma ordem antijurídica, ilícita. A *ordem jurídica* não manda obedecer a uma ordem ilícita, mas —coisa muito diferente— *apenas presume* (o que se compreende, pois é razoável) que o superior é, em princípio e por regra, dada a sua exigível maior competência e responsabilidade, a pessoa mais “apetrechada” para conhecer e decidir sobre a legitimidade ou ilegitimidade material-concreta da acção ordenada. E tanto assim é que a ordem jurídica só converte a presunção da legitimidade material da ordem de relativa em absoluta, quando se trata de acções cujas consequências não sejam muito graves (quando não estejam em causa acções descritas num tipo legal de crime) e, no caso de haver dúvida razoável do inferior sobre a licitude da ordem, só depois de exercido o “ónus de representação”. Já, quando se trata de acções em geral graves (as descritas em tipos legais de crime), a ordem jurídica nunca afirma a presunção absoluta da licitude concreta da ordem, sendo, pelo contrário, a presunção relativa ilidida, quando o carácter criminoso da ordem for, concretamente, cognoscível por um funcionário atento e diligente, colocado na situação do inferior a quem a ordem é dada²⁷.

o inferior obrigado a praticar o facto ordenado, tal significa que sobre ele recai não apenas um direito mas até um dever de intervenção, intervenção que implica a produção dos efeitos lesivos do terceiro, efeitos resultantes da prática da acção a que o inferior está obrigado. Em conclusão: contra este direito-dever de acção interventiva não pode, sem contradição, aceitar-se o estado de necessidade defensivo.

Cf., ainda, ROXIN («Weitere Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe» in *Rechtfertigung und Entschuldigung*, III, 1991, p. 361s.) e CEREJO MIR («Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus spanischer Sicht» in *Rechtfertigung und Entschuldigung*, III, 1991, p. 16s), os quais também não se libertaram desta defeituosa e contraditória impostação do problema.

26 cf., *supra* III. 4.

27 Retomando MARIO ROMANO (cf., *supra*, notas 23 e 24), diga-se mais o seguinte. Sendo de reconhecer que este Autor diz (na nota 32 do artigo já citado «Cause di Giustificazione, Cause Scusanti», e no seu *Commentario Sistematico*, I, 1987, art. 51º, nº marginal 35) que o facto de a ordem ser vin-

Eis a razão fundamental que deve levar à recusa dos termos em que o problema do conflito entre a obrigatoriedade²⁸ da ordem e a sua ilicitude era —e, no geral, ainda o é— posto: o conflito entre a obediência hierárquica e a proibição de praticar actos ilícitos como um problema de conflito de interesses jurídicos, como um problema de conflito de deveres jurídicos —o dever de obediência ao superior hierárquico contra o dever de não praticar factos ilícitos, nomeadamente crimes—, cuja solução dependeria de qual fosse o dever (o interesse) considerado mais importante.

5. A *conclusão* é, portanto, a seguinte: a execução de uma ordem do superior hierárquico não é ilícita, mas, pelo contrário, justificada, quando, verificadas as legitimidades funcional-abstracta e formal, a ilicitude criminal concreta da ordem é objectivamente insindicável pelo funcionário executor. Contra este funcionário não é permitido nem o direito de legítima defesa nem o estado de necessidade defensivo.

Poder-se-á objectar que, nesta construção, sairá prejudicado o cidadão, o qual, apesar de a ordem ser, concreto-materialmente, ilícita, tem de tolerar, no momento da execução, os efeitos desta. Assim é, mas há que contrapor ou, melhor, não esquecer o seguinte: *primeiro*, o aceitar tão só um direito de necessidade defensiva (recusando o maior rigor da legítima defesa) equivaleria a potenciar os riscos do conflito entre o funcionário que cumpre a ordem, que não pode deixar de lhe aparecer como legítima, e o cidadão que se sente agredido nos seus direitos; aquele seria levado, razoavelmente, a opor-se à “resistência ou desobediência” deste. *Em segundo lugar*, há que ter

culativa não significa que tal seja uma manifestação da vontade do ordenamento jurídico, há, contudo, que afirmar que permanece por responder onde se fundamenta o carácter vinculativo da ordem. Sendo, como é, numa norma jurídica (no caso de ordens não criminosas), então M. ROMANO não desfaz a contradição entre a afirmação da vinculatividade da ordem e a afirmação da ilicitude da sua execução. E esta crítica sai reforçada, quando, na mesma pág. 66 do citado artigo, escreve: «Quando o subordinado executa a ordem ilícita vinculativa, o facto típico permanece, também relativa-

em atenção que —uma vez que só são insindicáveis pelo inferior ordens que, para além do respeito das formalidades prescritas, caibam na competência abstracto-funcional e territorial do superior— estas hipóteses nunca poderão ocorrer em relação a bens jurídicos como a vida, a integridade física, a honra, etc., pois nunca a lesão de tais bens pode, num Estado-de-Direito, fazer parte da competência funcional seja de que autoridade ou funcionário for. *Em terceiro*, pode considerar-se que, de certo modo, há uma analogia entre a situação de conflito entre a posição do inferior hierárquico (não a do superior) e a posição do terceiro afectado nos seus interesses e a situação de conflito entre o interesse público da comunidade na busca domiciliária ou, por ex., na prisão preventiva de um cidadão suspeito da prática de um crime grave (busca ou prisão preventiva justificadas porque baseadas nos respectivos pressupostos formais e determinadas em consonância com o apertado sentido funcional que a lei lhes atribui) e o justo interesse deste cidadão que se sabe inocente, no momento da prática de tais lesões (causadas pelas referidas medidas processuais cautelares), inocência esta que, ex post, se veio a comprovar. Finalmente, é evidente que, nas situações excepcionais em análise, o Estado e o superior hierárquico são solidariamente obrigados a indemnizar os danos (patrimoniais e não patrimoniais) sofridos pelo respectivo cidadão, além das eventuais responsabilidades penal e disciplinar do funcionário que deu a ordem.