

NUNO BRANDÃO

**JUSTIFICAÇÃO E DESCULPA
POR OBEDIÊNCIA
EM DIREITO PENAL**



Coimbra Editora

2006

À Rosa Maria
e aos nossos filhos,
Beatriz e Francisco

Composição e impressão
Limbra Editora, Limitada

ISBN 972-32-1386-9

Depósito Legal n.º 237 967/2006

Fevereiro de 2006

Wanderer's Journal
1845
1846
1847

*I went out there
In search of experience
To taste and to touch
And to feel as much
As a man can
Before he repents*
The Wanderer, U2

APRESENTAÇÃO E AGRADECIMENTOS

O estudo que ora se publica corresponde à dissertação de mestrado apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e discutida em Fevereiro de 2005.

Ao longo do caminho percorrido para a elaboração da tese fui contando com o estímulo e o apoio de várias pessoas. A todas elas dirijo um sincero agradecimento. De entre essas pessoas gostaria de destacar algumas delas.

À Doutora Maria Paula Ribeiro de Faria, que teve a gentileza de integrar o júri de avaliação da tese, agradeço o empenho e profundidade colocados na sua arguição.

Ao Dr. Pedro Caseiro agradeço as francas e abertas discussões que fomos tendo sobre alguns dos problemas com que me defrontei neste estudo.

Um último e profundo agradecimento é devido ao Doutor Jorge de Figueiredo Dias, por tudo e em especial pela orientação efectiva e acolhedora que dele recebi.

SIGLAS E ABBREVIATURAS

- BFDUC — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
BMJ — Boletim do Ministério da Justiça
CC — Código Civil
CJ — Coleção de Jurisprudência
CJ STJ — Coleção de Jurisprudência. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça
Comentário Coimbraense, I/II/III — Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Coimbraense do Código Penal. Parte Especial*, Coimbra: Coimbra Editor, Tomo I, 1999; Tomo II: 1999; Tomo III: 2001
CP — Código Penal
CPA — Código do Procedimento Administrativo
CPP — Código de Processo Penal
CRP — Constituição da República Portuguesa
EDF — Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central e Local (Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de Janeiro)
GA — Goldammer's Archiv für Strafrecht
JR — Juristische Rundschau
Jus — Juristische Schulung
JZ — Juriszeitung
MDR — Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW — Neue Juristische Wochenschrift
RFDL — Revista da Faculdade de Direito de Lisboa
RIDPP — Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale
RLJ — Revista de Legislação e Jurisprudência
RPCC — Revista Portuguesa de Ciência Criminal
SIGB — Strafgesetzbuch
SIPO — Strafprozeßordnung
STJ — Supremo Tribunal de Justiça
ZStW — Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

§ 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo visa determinar sob que condições pode ser afirmada a justificação do facto típico praticado por um funcionário em cumprimento de uma ordem superior e em que circunstâncias pode ser excluída a culpa do funcionário que realiza um ilícito penal também em execução de uma ordem superior.

Em inúmeras dimensões da vida social, nas relações entre as pessoas, entre as pessoas e as organizações e entre as organizações, é possível identificar formas de supremacia que conferem um poder de império a outrem a prática de um determinado comportamento. Muitas dessas relações de subordinação são reconhecidas juridicamente e encontram no ordenamento jurídico uma definição dos termos em que podem ser comitidas e materializadas nesse poder de comando. Esta investigação tem como objecto de análise as relações de subordinação existentes no seio dos órgãos estaduais, pelas quais os funcionários estão em geral obrigados a cumprir as ordens que lhes são dirigidas pelos respectivos superiores. A perspectiva da análise é a do direito penal e, por isso, as questões que se levantam transcendem em larga medida o estrito plano interno da relação entre o superior e o subordinado. Com efeito, regra geral, esta relação de subordinação adquire relevância penal a partir do momento em que se projecta para o exterior, ao consubstanciar-se na transmissão de uma ordem que, caso seja cumprida, lesa ou coloca em perigo bens jurídicos penalmente protegidos do cidadão.

No problema da obediência a ordens superiores, a questão da imputação de responsabilidade penal ao subordinado é pois indissociável das questões relativas à intervenção estadual na esfera jurídica dos cidadãos. Esta relação inextricável entre o plano da responsabilidade do funcionário que pratica um facto típico em cumprimento de uma ordem superior e o plano dos direitos que devem ser reconhecidos à pessoa afectada pelo cumprimento dessa ordem reflecte-se necessariamente na

condições que, no quadro de um Estado de direito democrático, a ordem deve reunir de modo a que a respectiva execução deva considerar-se justificada e possa ser imposta ao particular. É na resposta a esta questão que se concentrará a parte fundamental da investigação, pois consideramos ser esse o cerne do problema da exclusão da responsabilidade penal por obediência a ordens superiores fundada na justificação da conduta do subordinado. É também em torno daquela questão que a doutrina penal portuguesa e estrangeira vem de há longo tempo centrando a discussão relativa à exclusão da responsabilidade penal do funcionário que actua em cumprimento de ordens superiores.

Como resulta dessa discussão doutrinal, no contexto das ordens da autoridade a justificação vive paredes meias com a exclusão da culpa. A afirmação da ilicitude penal pela negação da justificação tem habitualmente como reverso a exclusão da culpa e é precisamente com a análise à exclusão da culpa por obediência indevida a ordens superiores, entre nós definida pela obediência indevida desculpante do art. 37.º do CP, que concluiremos a investigação.

Não trataremos a obediência a ordens superiores na perspectiva do direito penal internacional. Quando comparado com o ponto de vista dos direitos penais nacionais relativo à actuação por obediência, o problema da chamada *deference of superior orders* do direito internacional não só tem um âmbito de aplicação mais restrito, como levanta todo um outro tipo de questões. Na realidade, na *deference of superior orders* está somente em causa a imputação de responsabilidade ao agente. Trata-se de uma questão de culpa, sendo pressuposta a ilicitude da conduta do agente e a possibilidade do exercício do direito de legítima defesa das pessoas afectadas pela execução da ordem. Além disso, como tem sido posto em relevo do lado da doutrina do direito internacional público, as finalidades dos regimes penais nacionais são distintas das finalidades da legislação internacional, dado que "ao contrário das leis internacionais, as legislações nacionais não se aplicam especificamente a crimes de guerra ou a crimes internacionais, mas abrangem vastas categorias de crimes, incluindo crimes comuns" (1).

(1) GAETA, Paola, «The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law», *European Journal of International Law*, Vol. 10, 1999, n.º 1, (<http://www.ejil.org/Journal/Vol10/No1/100172.pdf>), p. 183.

A JUSTIFICAÇÃO POR OBEDIÊNCIA DEVIDA

CAPÍTULO I

§ 2. JUSTIFICAÇÃO POR OBEDIÊNCIA DEVIDA E POR CUMPRIMENTO DE UM DEVER LEGAL

1. Não é ilícito o facto praticado no exercício de um direito ou no cumprimento de um dever imposto por lei ou por ordem legítima da autoridade. Esta fórmula, contida nas alíneas *b*) e *c*) do art. 31.º-2 do CP, dá expressão ao princípio da unidade da ordem jurídica, formalmente consagrado na lei penal, no n.º 1 daquele art. 31.º Efectivamente, o facto permitido ou imposto pela ordem jurídica, considerada na sua totalidade, não pode ser ilícito para o direito penal (2). A admissão do contrário daria inevitavelmente azo a graves contradições normativas (3) e comprometeria ainda a natureza de *ultima ratio* do direito penal (4). Por isso se sublinha que a expressão previsão desse princípio no direito positivo não constitui naturalmente condição da sua admissibilidade. Assim, se em alguns ordenamentos, como o austríaco e o alemão, a lei

(2) Sobre o princípio da unidade da ordem jurídica, cf., entre nós, por todos, CORREIA, Eduardo, II, p. 5 e ss., e agora DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 14.º Cap., § 7 e ss., que dá conta do amplo debate relativo ao conteúdo e extensão do princípio da unidade da ordem jurídica, nomeadamente quanto à admissibilidade de uma ilicitude especificamente penal.

(3) Apelando apenas à ideia de que o ordenamento jurídico não pode suportar tal antinomia, v. g., ANTON ONECA, *DP-PG*, p. 251, e DELGALVA, Giacomo, «Adempimento di un Dovero», *Enciclopedia del Diritto*, Milano: Giuffrè, 1958, p. 567.

(4) Salientando já, como julgamos correcto, que vale aqui também o carácter subsidiário do direito penal, DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 14.º Cap., § 9, GONÇALVES, Maia, *CP11*, art. 31.º-2, ROXIN, *AT9*, § 14, n.º m. 31, MIR PUIG, Santiago, *DP-PG2*, p. 513 e s., SANCHEZ GARCIA, *Ejercicio Legítimo del Cargo*, p. 77, e MORALES PRATS, *Comentarios2*, art. 20.7.º, p. 193.

não faz menção ao princípio da unidade da ordem jurídica, outros há em que, à semelhança da nossa ordem jurídica, a lei penal contém uma disposição que o consagra. Para citar exemplos próximos (5), é o que se verifica na Espanha, cujo Código Penal dispõe, no art. 20-7, que está isento de responsabilidade criminal "el que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo", e na Itália, em que no art. 51 do *Codice Penale* se pode ler, numa fórmula muito semelhante à portuguesa, que "l'esercizio di un diritto o l'adempiimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica Autorità, esclude la punibilità".

Como é natural, se há quem julgue estes preceitos supérfluos (6) ou mesmo contraproducentes (7), também há quem os avalie de forma positiva (8), encontrando-lhes um sentido útil. Por nós, para efeitos da matéria que nos ocupa, pensamos que o teor das alíneas b) e c) do art. 31.º-2 do CP não será de todo despendioso. Em nosso entender, a circunstância de o legislador português ter distinguido no art. 31.º-2-c) do CP duas vias para a exclusão da ilicitude fundada no cumprimento de um dever, a lei e a ordem legítima da autoridade, traduz o propósito de criar um espaço normativo próprio para as ordens da autoridade.

(5) Também os Códigos Penais da França, da Suíça e da generalidade dos países latino-americanos contém uma cláusula de teor semelhante — cf. SANCHEZ GARCIA, *Ejercicio Legítimo del Cargo*, p. 39 e ss.

(6) Cf. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, «El Estado de Necesidad como Ley General (Aproximación a un Sistema de Causas de Justificación)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, n.º extraordinario, 1.º, 2000, p. 223 e ss., que considera que, como causa de justificação, a regra do art. 20.7 do CP espanhol é completamente supérflua. Em todo o caso, encontra-lhe uma utilidade, a de servir para "reconhecer que existem regras específicas de resolução de conflitos, que se disseminam por todo o ordenamento jurídico e que toman a forma de direitos ou deveres singulares".

(7) Assim, VIGANO, *Codice Penale Commentato*, art. 51, n.º m. 5, por considerar que criam no intérprete "a falsa impressão de que no conflito entre uma norma incriminadora e uma norma atributiva de uma faculdade ou de um dever é sempre esta última a dever prevalecer: quando são frequentes os casos em que é a norma incriminadora a delimitar o âmbito de aplicação de uma norma atributiva de uma faculdade ou obrigaçãõ".

(8) Cf. COBO DEL ROSAL / VIVES ANTON, *DP-PC*⁴, p. 4352, para quem tal "consignação expressa é coerente e necessária em um sistema baseado, antes de tudo, na legalidade", e TOLEDO, Francisco de Assis, *Ilcitude Penal e Causas de sua Exclusão*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984, p. 135.

Espaço esse que tem como referente o art. 271.º-3 da CRP e integra ainda, de forma complexiva, os arts. 36.º e 37.º do CP. Só uma consideração global das normas conidas nestes preceitos corresponderá à perspectiva que, estamos em crer, o legislador adoptou nesse contexto e permitirá assim uma resolução conforme à lei dos problemas jurídico-penais que nesta sede se suscitam.

Nesse domínio estão contidas as directrizes normativas e político-criminais que deverão orientar o intérprete na dilucidação das questões relativas ao cumprimento de ordens superiores, das legítimas, mas também e sobretudo das ilegítimas. Nessa medida, devem sempre passar por aí os problemas levantados pelos actos dos *funcionários* praticados no cumprimento de uma ordem superior, uma vez que nesse regime se encontra a disciplina especialmente prevista na lei penal portuguesa para esses factos.

Em bom rigor, o art. 31.º-2-c) do CP tanto pode ser invocado para justificar a prática de um facto típico cometido por um funcionário em obediência à ordem de um superior, como ainda a conduta típica de um particular realizada em obediência a uma ordem de um agente estadual. Todavia, só a primeira hipótese configura uma justificação por obediência devida. Na segunda hipótese a justificação deve ser levada à conta da chamada obediência política (9). A designação "obediência devida" deve ser reservada para a exclusão da ilicitude dos factos típicos praticados por funcionários em cumprimento de ordens superiores. A escolha desta designação deriva não só da sua tradição entre nós (10), como ainda da contraposição com o art. 37.º, que também só diz respeito aos factos praticados por funcionários: se a obediência que desculpa é denominada "indevida", a que justifica deve ser denominada "devida".

2. De acordo com o mencionado art. 31.º-2-c) do CP, o dever cuja execução é causa de exclusão da ilicitude deve ter origem na lei ou em uma ordem legítima da autoridade. Em termos análogos, já no CP de 1886 se preceituava que estariam justificados os "inferiores, que pra-

(9) Sobre a obediência política, cf., por todos, QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Devida*, pp. 34 e ss. e 65 e ss.

(10) Cf. SANTOS, Beleza dos, *Ligões*, p. 106, CORREIA, Eduardo, II, p. 116, e DIAS, Figueiredo, *DP-PC*, I, 2004, 18.º Cap., § 7.

ticam o facto em virtude de obediência legalmente devida a seus superiores legítimos" (art. 44.º-3) e os "que praticam o facto em virtude de autorização legal, no exercício de um direito ou no cumprimento de uma obrigação" (art. 44.º-4). Do mesmo modo, no CP de 1852 dispunha-se que "nenhum acto é criminoso" quando "for autorizado pela lei, e praticado por pessoa competente com as formas devidas, se a lei as decretar" (art. 14.º-5) e ainda que "não podem ser criminosos os que praticam o acto em virtude de obediência devida, nos termos em que a lei determinar" (art. 23.º-5). Distinções legais que levaram a doutrina portuguesa a estabelecer ao nível das causas de justificação uma clara separação entre a obediência devida e o cumprimento de deveres ou autorizações legais (11), duas espécies do género cumprimento de um dever, naturalmente relacionadas entre si, mas independentes uma da outra.

Em face do teor literal do art. 31.º-2-c) do CP e tendo em conta a linha histórico-jurídica em que se inscreve (12), não pode deixar de continuar a defender-se a existência de uma autonomia sistemática da justificante obediência devida frente à dirimente cumprimento de um dever imposto por lei (13). Esta defesa de um carácter justificante autónomo para a obediência devida não é determinada por uma especial fidelidade à letra legal, mas visa isso sim colocar logo à partida a questão no quadro normativo a que respeita, o das ordens da autoridade, e impedir derivações que, desvirtuando o sentido legal e político-criminal da proibição da obediência a ordens que conduzam à prática de um crime, admitem a possibilidade de a ordem produzir um efeito justificante mesmo em casos em que seja ilegítima.

(11) Cf. SANTOS, Beleza dos, *Lições*, pp. 105 e ss. e 113 e ss.; FERREIRA, Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, 1940/41, p. 238 e ss.; CORREIA, Eduardo, II, pp. 116 e ss. (§ 5.º Obediência Devida) e 137 e ss. (§ 6.º Outras Causas de Justificação do Facto: Exercício de direitos e cumprimentos de deveres), e de novo FERREIRA, Cavaleiro de, *DP-PG*, I, 1982, pp. 283 e ss. e 298 e ss.

(12) Não pode ainda ser ignorado o Projecto de Eduardo Correia da Parte Geral do Código Penal, de 1963, *in: sep. do BMJ*, n.º 127, 1963, p. 85, cujo art. 35.º-3 prescrevia, em termos muito semelhantes aos que vieram a merecer consagração legal, que "nomeadamente, não é ilícito o facto praticado no cumprimento de um dever imposto pela ordem jurídica ou por uma ordem legítima da autoridade".

(13) Assim também FERREIRA, Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, 1992, p. 237 e ss., e SILVA, Marques da, *DP-PG*, II, p. 119, que entende ser "conveniente analisar separadamente as duas hipóteses".

Importa, deste modo, traçar a fronteira entre a justificação motivada pelo cumprimento de um dever legal e a justificação derivada da execução de uma ordem legítima da autoridade. Essa linha divisória deverá ser estabelecida tendo em conta a relação que intercede entre o sujeito que executa a conduta típica e a norma jurídica que legitima essa actuação. Como é em geral reconhecido, a intervenção dos poderes públicos que colida com direitos fundamentais só pode ser levada a cabo se fundada em normas legais que autorizem essa intromissão (14). Na realidade, dos princípios da reserva de lei e da legalidade da administração (15), ambos com guarda constitucional (16) (arts. 18.º-2 e 3, 165.º-1-b) e 266.º da CRP), resulta que todo e qualquer acto da autoridade que represente uma forma de coacção estatal tem de assentar na lei e ver nesta definidos os pressupostos da sua admissibilidade e os limites do seu exercício. Não é, assim, concebível que uma ordem possa justificar o facto típico praticado pelo subordinado sem que a conduta ordenada pelo superior esteja ancorada em uma norma que a preveja e autorize. Caso contrário, em termos práticos, a vontade pessoal e individual do emissor da

(14) MAURACH / ZIRE, *DP-PG*², I, § 29, n.º m. 1, BAUMANN / MITSCH, *AT*¹⁰, § 17, n.º m. 139, ROXIN, *AT*⁹, § 17, n.º m. 9, STRATENWERTH, *AT*⁴, § 9, n.º m. 125, HORN, *SK*, § 113, n.º m. 9, ANDRADE, Costa, «Violação de Domicílio e de Segredo de Correspondência ou Telecomunicações por Funcionário (Arts. 378.º e 384.º do C.P. Português). Proibições de Tipicidade e Ilícitude», *Ab Vno ad Omnes, 75 Anos da Coimbra Editora*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 736 e s., e do mesmo A., «O princípio constitucional "nullum crimen sine lege" e a analogia no campo das causas de justificação», *RLJ*, n.º 3296, ano 134.º, 2001, p. 137 e s.

(15) Princípio este, o da legalidade da administração, verdadeiramente rector de toda a actividade administrativa e que deixou de ser entendido no sentido negativo que lhe dava, v. g., CAETANO, Marcello, *Manual*¹⁰, I, p. 30, ao considerar que "nenhum órgão ou agente da Administração Pública tem a faculdade de praticar actos que possam conter com interesses alheios senão em virtude de uma norma legal anterior" e passou a ser visto, no dizer de AMARAL, Freitas do, *Curso*, II, p. 42 e s., "como fundamento da acção administrativa", no sentido de que "hoje em dia, não há um *poder livre* de a Administração fazer o que bem entender, salvo quando a lei lho proibir; pelo contrário, vigora a regra de que a Administração só pode fazer aquilo que a lei lhe permitir que faça", donde "os órgãos e agentes da Administração pública só podem agir com fundamento na lei e dentro dos limites por ela impostos". Ainda neste último sentido, cf. MOREIRA, Vial, *Direito Administrativo* (2.ª Turma), *Lições Polícopadas*, FDUUC (Secção de Textos), 2002-2003, Cap. 5, p. 7 e ss.

(16) Cf. CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vial, *CRP Anotada*², pp. 151 e ss. e 921 e ss.

ordem, ainda que nas vestes de titular de um poder público, acabaria por prevalecer sobre a vontade geral, expressa no tipo legal incriminador, o que não deixaria de representar uma violação do princípio democrático e do princípio da separação de poderes caracterizadores do Estado de Direito (17).

Desta forma, a ordem, enquanto manifestação de vontade do superior que se dirige e impõe ao inferior, constitui uma concretização e individualização do comando legal geral e abstracto (18). A vontade legal aparece perante o subordinado de forma mediata, através da interposição do superior (19). Sendo o facto típico produzido em virtude do cumprimento de uma ordem legítima, a justificação será creditada à figura da obediência devida. Causa de justificação que actua assim em situações em que o dever é imposto através da mediação do superior, de forma indirecta (20), e portanto tem em vista casos em que a execução material da acção típica não resulta da iniciativa do funcionário que a leva a cabo, mas é antes determinada por uma vontade alheia. Daí que, como afirma Rodríguez Devesa, ao contrário da exclusão da ilicitude por cumprimento de um dever legal, em que “não há outra relação que não a que se estabelece, como nas demais eximentes, entre o sujeito activo e o passivo”, na obediência devida dá-se uma “tripla relação: de um lado, entre o superior e o inferior; de outro, entre este e o terceiro afectado pelo cumprimento da ordem; e, finalmente, entre o superior e o terceiro” (21).

(17) Assim, já SANTORO, *L'Ordine del Superiore*, p. 60: a ordem, “sendo comando concreto, não pode senão mover-se na órbita dos actos normativos. Se assim não fosse, seria negado o Estado de Direito e o arbítrio do indivíduo, mesmo se investido do poder público, substituir-se-ia ao Estado de Direito”.

(18) Nesses termos, MAURACH / ZIPEL, *DP-PG*⁷, I, § 29, n.º m. 8, MARINUCCI / DOLCINI, *DP-PG*, p. 186, e ROMANO, Mario, *Commentario*, I, art. 51, n.º m. 23.

(19) Cf. KOHLRAUSCH / LANGE, § 113, II, 2, e MANTOVANI, *DP-PG*⁴, p. 254.

(20) DELTRALA, «Adempimento di un Dovero», p. 570.

(21) RODRÍGUEZ DE VESA / SERRANO GOMEZ, *DP-PG*¹⁸, p. 527. Neste sentido, aderindo à construção de Rodríguez Devesa, DIAZ PALOS, Fernando, «Obediencia Debidada», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, XVII, Barcelona: cd. Francisco Seix, 1982, p. 747, e SANCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo*, p. 69. Cf. ainda LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Aspectos Esenciales de la Legítima Defensa*, Bosch: Barcelona, 1978, p. 266 e ss., que, no estúdio que dedica às agressões da autoridade no âmbito da legítima defesa, distingue para efeitos de exclusão da ilicitude entre os casos em que o agente actua por si próprio (exercício legítimo do cargo ou cumprimento do dever, p. 273 e ss.) e as situações em que actua cumprindo ordens ou decisões de um superior (obediência devida, p. 301 e ss.).

Assim, por exemplo, não actua ilicitamente o agente policial que *motu proprio* detém um particular numa situação de flagrante delicto, por crime punível com pena de prisão (art. 255.º-1-a) do CPP), ou o que procede à detenção sob mandado judicial (art. 257.º-1 do CPP); tal como é lícita a revista efectuada sem mandado pelo agente aquando da detenção em flagrante delito (art. 174.º-4-c) do CPP) e também a revista executada pelo polícia nos termos ordenados pela autoridade judiciária (art. 174.º-1 e 3 do CPP). Mas enquanto nas primeiras hipóteses a justificação dá-se em virtude do cumprimento de um dever legal, nas segundas a exclusão da ilicitude deriva da obediência devida. Distinguição também acolhida pelo Tribunal Supremo Espanhol, na sentença de 16-5-1983, em relação a um caso sucedido durante um transporte de detidos: perante a fuga destes, o responsável pela sua custódia e transporte, um Tenente-Coronel, ao mesmo tempo que disparava dava aos seus subordinados a ordem de “abrir fogo, que se escapam” — considerou o Tribunal que a actuação do Tenente-Coronel tinha a sua “sede no âmbito da eximente do cumprimento de um dever”, mas quanto ao “Tenente-Ajudante... e ao Guarda... cuja actuação foi consequência da ordem recebida do superior hierárquico (...) o campo em que se encontram é o da obediência devida” (22).

§ 3. PRESSUPOSTOS LEGAIS PARA A JUSTIFICAÇÃO POR OBEDEIÊNCIA DEVIDA

Definido o campo de aplicação da obediência devida, por contra-posição à causa de justificação geral do cumprimento de um dever imposto por lei, cumpre analisar os pressupostos legais da sua admis-

(22) Exemplo colhido em SANCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo*, p. 69, que julga acertada a distinção operada pelo Supremo Tribunal. Num caso de evasão de preso decidiu também o Supremo Tribunal de Justiça, no Ac. de 5 de Março de 1992, *CJ* 1992, Tomo 2, *apud* GONÇALVES, Maia, *CPJ*¹, art. 31.º-5 que: “1 — Não comete o crime do art. 136.º-1 do CP (homicídio por negligência) o guarda prisional que, ante a evasão do preso que custodiava, lhe deu ordem de partagem, perante a continuação da fuga disparou três tiros para o ar e, perante o insucesso dessa medida, deu dois tiros em direcção às pernas do fugitivo quando este se encontrava a 30 ou 40 metros de distância, assim lhe provocando a morte. II — Ele agiu no cumprimento do dever que lhe é imposto por lei e, neste caso, esta norma especial tem prevalência sobre as normas gerais que punem factos dessa natureza” (italico nosso).

sibilidade. De acordo com a 2.ª parte do art. 31.º-2-c) do CP, a justificação por obediência devida dá-se quando o agente realiza um facto típico em cumprimento de uma ordem *legítima*, ditada por uma *autoridade*.

Para que de obediência devida se possa falar, é indispensável a existência de uma ordem da autoridade. A transmissão da ordem constitui como que a porta de entrada para o espaço normativo dos actos realizados em cumprimento de um dever de obediência.

A justificação da conduta típica realizada pelo funcionário em execução de uma ordem superior depende ainda da legitimidade dessa ordem. *Se a ordem for legítima, o subordinado deverá obedecer e o facto praticado no cumprimento do mandado será lícito. Se a ordem for ilegítima, cessa o dever de obediência (art. 271.º-3 da CRP e art. 36.º-2 do CP) e caso o inferior de execução à conduta ordenada actuará tipicamente*, pois falta o pressuposto fundamental da justificação, a legitimidade da ordem. A avaliação em sede de ilicitude do facto típico praticado pelo funcionário é, assim, determinada pelo carácter da ordem que o precede.

A legitimidade da ordem é em geral avaliada sob duas perspectivas, a formal e a material. A legitimidade formal diz respeito à legalidade externa da ordem, ao contexto em que é transmitida e ao modo como é transmitida. Já a legitimidade material tem a ver com o conteúdo da ordem propriamente dito, com a sua conformidade aos pressupostos legais de natureza substancial.

Para que aquele que recebe a ordem esteja juridicamente obrigado ao seu cumprimento, devem desde logo encontrar-se reunidos os seguintes pressupostos: *competência do superior e do inferior*, existência de uma *relação de subordinação* entre quem dá a ordem e quem a recebe; e observância das *formalidades essenciais*. Ainda que exista uma ordem dada num contexto em que estejam verificados todas estas condições de índole formal, o dever de obediência depende ainda da observância dos *pressupostos materiais da autorização legal que legitima a prática do facto ordenado*.

Cumprte, pois, de seguida, densificar o conteúdo destes pressupostos da obediência devida, de modo a determinar em que casos o funcionário está legalmente obrigado a dar cumprimento a uma ordem superior e poderá considerar-se justificado o facto típico assim praticado.

§ 4. (1) ORDEM DA AUTORIDADE

1. A ordem constitui uma manifestação de vontade de uma pessoa investida de um poder de supremacia sobre outra, no sentido de lhe impor a realização ou a omissão de um comportamento concreto (23).

Nos casos em que aponha efeitos justificantes a uma ordem, a lei dispõe que a mesma deve ser dada por uma autoridade — cf. arts. 31.º-2-c) e 36.º-1. Por *autoridade* deve entender-se pessoa investida de poderes públicos vinculada ao exercício de funções públicas administrativas ou jurisdicionais (24). Ao contrário de preceitos legais em que se distingue entre autoridade e funcionário (v. g., art. 348.º do CP) ou dispõe que apenas determinados sujeitos merecem a qualificação de autoridade (v. g., art. 1.º-1-d) do CPP), que de certo modo se reconduzem à já antiga contraposição que alguma doutrina administrativa (25) e penal (26) esta-

(23) Entre as inúmeras definições de ordem, seguimos a de BETTOL, *L'Ordine dell'Autorità*, p. 32 — “de um ponto de vista naturalístico podemos, assim, definir a ordem como a manifestação de vontade que é dirigida pelo titular de um poder de supremacia ao subordinado para exigir um determinado comportamento” — pelo facto de a mesma não pré-determinar o conteúdo dos outros pressupostos necessários à formação do dever de obediência. Conceito que, de resto, vai ao encontro da generalidade das noções de ordem propostas por parte significativa da doutrina nacional. Assim, v. g., para CAETANO, Marcello, *Manual*¹⁰, I, p. 246, “ordem é a imposição ao agente de uma acção ou abstenção concreta, em objecto de serviço”. Para AMARAL, Freitas do, *Curso*², I, p. 405, “as «ordens» traduzem-se em *comandos individuais e concretos*: através delas o superior impõe aos subalternos a adopção de uma determinada conduta específica”. Na doutrina penal, para MONTEIRO, Cristina Lbano, *Comentário Condição de Culpa*, III, art. 348.º, § 15, a ordem consubstancia “uma norma de conduta concreta imediatamente dirigida a alguém; a imposição de uma acção ou de uma abstenção determinadas”.

(24) Sobre a função pública administrativa e a função jurisdicional, a propósito do conceito penal de funcionário, cf. CUNHA, J. M. Damão da, *Comentário Condição de Culpa*, III, art. 386.º, § 19 e ss.

(25) Cf. ORLANDO, V. E., *Principii di Diritto Amministrativo*, Firenze: G. Barbera, 1891, p. 106 e s., ROMANO, Santi, «I Potere Disciplinari delle Pubbliche Amministrazioni», *Giurisprudenza Italiana*, V Serie, Vol. L, 1898, p. 259 e s., e CAETANO, Marcello, *Do Poder Disciplinar no Direito Administrativo Português*, Coimbra, 1932, p. 71 e s.: “pela própria organização hierárquica nem sempre é possível a qualquer agente dos graus inferiores, a quem incumba realizar uma só parcela do trabalho de conjunto, dizer

belecia, a propósito do direito de exame e da respectiva faculdade de desobediência a ordens superiores, entre agentes dotados de poderes de decisão e agentes meramente executores, o termo "autoridade" conspiciendo nos arts. 31.º-2-c) e 36.º-1 do CP visa abranger, em termos amplos, todos os agentes que representem o Estado e nessa qualidade exerçam funções públicas.

2. Poder-se-á questionar se, não obstante o silêncio da lei, uma ordem emitida por um sujeito no âmbito de uma relação de direito privado será idónea a excluir a ilicitude do facto. Ao que deve responder-se, sem hesitações, negativamente⁽²⁷⁾. Recusa que resulta de forma clara da lei, mas que tem também uma funda justificação na evolução da compreensão da obediência.

Em termos legais, ressaltando naturalmente as situações em que estejam em causa bens jurídicos pessoais e disponíveis, em que a exclusão da ilicitude pode ser alcançada através da figura do consentimento (arts. 31.º-2-d) e 38.º-1 do CP)⁽²⁸⁾, não só não se faz qualquer referência à possibilidade de um privado, mediante a emissão de uma ordem, determinar a justificação da conduta ordenada, como se dispõe inclusive que a actuação sob o ascendente de pessoa a quem se deve obediência

se a ordem recebida do superior legítimo no exercício da competência normal é ou não conforme ao espírito da lei e ao fim ou interesse do serviço. Mas já o mesmo não sucede com os pertencentes a categorias elevadas, os Directores Gerais, por exemplo, que devem resistir às ordens dos Ministros quando viciadas de desvio de poder". Contra esta distinção, ГАЛУТКИН, Luigi, *Teoria Giuridica degli Ordini Amministrativi*, Milão: Giuffrè, 1950, p. 204 e ss., e VALENTE, Luiz Costa da Cunha, *A Hierarquia Administrativa*, Coimbra: Coimbra Editora, 1939, pp. 186 e ss. e 195 e ss.

(26) BETTIOL, L. *Ordine dell'Autorità*, p. 64 e ss., e FERRER SAMA, *Comentarios*, I, p. 260 e ss., com base respectivamente nos arts. 51 do CP italiano e 369.º do CP espanhol anterior. Para uma crítica a uma tal diferenciação entre funcionários constituídos em autoridade e funcionários executores, cf. ALVAREZ GARCÍA, Fco., *El Delito de Desobediencia de los Funcionarios Públicos*, Barcelona: Bosch, 1987, p. 241 e ss.

(27) Nesta direcção, SILVA, Marques da, *DP-PG*, II, p. 122.

(28) Cf. DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 17.º Cap., § 9 e ss., e para o consentimento em geral, ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal (Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991. É nesta accepção que SANTORO, L. *Ordine del Superiore*, p. 81 e ss., aceita que no âmbito das relações jurídico-privadas a ordem possa produzir efeitos justificantes.

poderá quando muito constituir circunstância de atenuação especial da pena (art. 72.º-2-a), *in fine*, do CP), o que, *a contrario*, significa que a obediência a uma ordem, só por si, pode constituir circunstância atenuante da ilicitude ou da culpa (art. 72.º-1 do CP), mas não é idónea a excluir as mesmas e a afastar assim a responsabilidade penal⁽²⁹⁾.

A doutrina maioritária também se manifesta contra a possibilidade de a ordem emitida por um particular determinar a exclusão da responsabilidade penal do agente que realiza uma conduta típica em execução da mesma⁽³⁰⁾. As vozes dissonantes, encontradas apenas na doutrina espanhola⁽³¹⁾, são aquelas que, concebendo a obediência a ordens superiores como causa de exclusão da culpa, embora não aceitando a hipótese de a ordem poder excluir a ilicitude do facto, admitem a desculpa fundada em razões semelhantes àquelas que determinam a exclusão da culpa do funcionário que actua em obediência a uma ordem do superior. As objecções que a estas posições forem dirigidas, não obstante colocarem o problema em sede de culpa, aproveitarão, por maioria de razão, à

(29) No mesmo sentido, em face do direito anterior, FERREIRA, Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, 1940/41, p. 239 e s.

(30) A doutrina italiana, que trabalha sobre um texto legal, o do art. 51 do CP italiano, que tal como o português faz menção expressa à ordem da *autoridade*, é praticamente unânime neste sentido: DELFRALÀ, «Adempimento di un Dovero», p. 570. ANTONELLI *Manuale*⁴, p. 200; BETTIOL, *DP-PG*⁸, p. 306; PADOVANI, *DP*², p. 194 e s.; ROMANO, Mario, *Commentario*, I, art. 51, n.º m. 23 e s.; FIORE, *DP-PG*, p. 319; FIANDELLI / MUSCO, *DP-PG*³, p. 240; MARINUCCI / DOLCINI, *DP-PG*, p. 186; MANTOVANI, *DP-PG*⁴, p. 253 e s., e VIGANÒ, *Codice Penale Commentario*, art. 51, n.º m. 63. Ainda neste sentido, na doutrina espanhola, CUELLO CALÓN, *DP-PG*⁵, I, p. 359; QUINTANO RINOLLES, *Comentarios*, I, p. 147; FERRER SAMA, *Comentarios*, I, p. 258; QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Devida*, p. 52 e ss.; MIR PUIG, Santiago, *DP-PG*⁵, Lec. n.º 18, n.º m. 83 e ss.; RODRÍGUEZ DEVEZA / SERRANO GOMEZ, *DP-PG*⁶, p. 528 e ss.; MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *DP-PG*⁴, p. 389, e RIVACOVA Y RIVACOVA, Manuel de, *Recensio da monografía de Lorenzo Morillas Cueva*, "La Obediencia Devida. Aspectos Legales y Político-Criminales", *Doctrina Penal*, Año 9, 1986, n.º 33/34, p. 327. Na doutrina alemã, de forma expressa, MAVER, Max Ernst, *AT*², p. 334, e actualmente, em termos implícitos, na medida em que abordam a questão no âmbito geral das actuações oficiais, MAURACH / ZIPF, *DP-PG*⁷, § 29, n.º m. 3; ROXIN, *AT*³, § 17, n.º m. 15; JESCHICK / WEIGEND, *AT*⁵, § 35, I, 1, e SCH / SCH / LENCCKNER²⁶, antes do § 32, esp. n.º m. 83.

(31) ANTON ONEGA, *DP-PG*, p. 277; CÓRDOVA RODA / RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*², I, p. 399 e s.; DIAZ PALOS, «Obediencia Devida», p. 747, e MORILLAS CUEVA, *La Obediencia Devida*, pp. 48 e ss. e 161.

questão em que agora se centra a nossa análise, a exclusão da ilicitude por obediência.

Em Bettiol encontramos as razões que estão na base da generalizada recusa em aceitar efeitos eximientes, em sede de ilicitude ou de culpa, às ordens dos particulares⁽³²⁾. Tendo em conta que em determinadas circunstâncias a ordem jurídica faz impender sobre os particulares um concreto dever de obediência para com outros particulares, é necessário explicar o porquê da desconsideração destas relações de subordinação no âmbito penal, no sentido da exclusão da responsabilidade. De acordo com Bettiol, é a progressiva concentração da autoridade nas mãos do Estado ao longo da história que permite compreender a recusa em aceitar que a um particular seja reconhecido o poder de, através da emissão de uma ordem, determinar a desresponsabilização penal do sujeito que lhe deve obediência: “a investigação histórica mostra como a autoridade do Estado a pouco e pouco despedaçou a autoridade do chefe da família e do senhor (...) e como a ordem ilegítima vinculante sofreu em consequência um processo involutivo: enquanto esse carácter vinculante aparecia frequentemente quando a autoridade do Estado cedia perante a autoridade familiar e dominial, à medida que se deu a limitação destes poderes de autoridade, deu-se também uma paralela restrição daquela natureza obrigatória, até esta se limitar a aparecer no âmbito das relações de supremacia que se consideram expressão da autoridade estatal”⁽³³⁾. Com o que conclui que a “vontade de um privado encontra os seus limites inultrapassáveis naquilo que é estatuído pelo ordenamento jurídico”⁽³⁴⁾.

De modo que, atendendo ao facto de a condição de subordinação jurídico-privada se encontrar condicionada pelo interesse público projectado na norma incriminadora, não pode a ordem de um privado justificar a conduta típica ordenada ou excluir a culpa do subordinado que comete um ilícito penal ao dar-lhe cumprimento.

Na perspectiva penal, a obediência no seio das relações jurídico-privadas foi tradicionalmente enquadrada na chamada obediência

doméstica. Esta aparecia, pelo menos já em Carrara, como uma das classes de obediência, a par da obediência hierárquica e da obediência política⁽³⁵⁾. Estas duas formas de obediência eram tendencialmente associadas ao exercício de poderes públicos: a obediência hierárquica era concebida como uma relação de superioridade e dependência, resultante de uma ordem particular de ofícios ou funções, especialmente de índole pública⁽³⁶⁾; e a política como a relação que liga o súbdito ao príncipe e, em geral, ao governo do Estado⁽³⁷⁾. Na obediência doméstica era enquadrada a subordinação da mulher ao marido, dos filhos ao pai e dos servidores ao amo⁽³⁸⁾. Classificação retomada por Alimena, que lhe acrescentou apenas a obediência espiritual, entendida como uma questão da consciência, sem relevância jurídica⁽³⁹⁾. Esta catalogação da obediência em quatro classes — espiritual, doméstica, hierárquica e política — adoptada pela doutrina italiana e acolhida também em Espanha⁽⁴⁰⁾, continua ainda hoje a merecer aceitação, mas naturalmente com as adaptações que os tempos exigem⁽⁴¹⁾, pois as manifestações de poder que a ordem jurídica reconhece e em relação às quais postula um correceptivo dever de obediência são também outras.

2.1. Quanto à *obediência espiritual*, ligada à ideia de uma actuação dilada por um orden de índole interna, relacionada com os valores da cons-

⁽³⁵⁾ CARRARA, Francesco, *Programa del Curso de Derecho Criminal* (trad. da 10.ª ed. italiana por Luis Jiménez de Asúa), Madrid: Reus, 1925, § 311 e ss.

⁽³⁶⁾ CARRARA, *Programa*¹⁰, § 313.

⁽³⁷⁾ CARRARA, *Programa*¹⁰, § 314.

⁽³⁸⁾ CARRARA, *Programa*¹⁰, § 312.

⁽³⁹⁾ ALIMENA, Bernardino, *Principii di Diritto Penale*, I, Napoli, 1910, p. 537 e s. Classificação, sucessivamente retomada pela doutrina, encontrando-se, n. g., em JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, VI, n. 1843, p. 785 e ss., e ainda em QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Devida*, p. 33 e ss.

⁽⁴⁰⁾ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Adiciones de Derecho Penal Moderno y Español a la traducción del Programa de Carrara*, Madrid: Reus, 1925, p. 479 e ss., CUELLO CALÓN, *DP-PG*⁵, I, p. 359 e s., e QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios*, I, p. 146 e ss.

⁽⁴¹⁾ Cf. MORILLAS CUEVA, *La Obediencia Devida*, p. 48 e ss., QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Devida*, pp. 33 e ss. e 52 e ss., RODRÍGUEZ DE VESA / SERRANO GOMEZ, *DP-PG*¹⁸, p. 528 e ss., e GALLARDO RUEDA, Alberto, «La Circunstancia de Obediencia Devida», *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr D. Juan del Rosal*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1993, p. 494.

⁽³²⁾ BETTIOL, *L'Ordine dell'Autorità*, p. 35 e ss.

⁽³³⁾ BETTIOL, *L'Ordine dell'Autorità*, p. 35 e s.

⁽³⁴⁾ BETTIOL, *L'Ordine dell'Autorità*, p. 36.

ciência do indivíduo, persiste uma relutância absoluta em lhe atribuir relevância jurídica nos autores que vêm tratando a questão a partir do ponto de vista da obediência devida, sendo-lhe negados quaisquer efeitos de exclusão da responsabilidade penal⁽⁴²⁾. Posição que, embora certa na conclusão de que as exigências da consciência não são idóneas a afastar a ilicitude do facto praticado, ignora a funda discussão em torno das decisões de consciência, que vem de forma correcta evidenciando que em certos casos, ainda que de pouca ou mesmo rara frequência, é possível a atribuição de efeitos desculpantes a decisões que sejam impostas ao indivíduo pela sua própria consciência, em situações de conflito pessoal em que a desobediência aos ditames da consciência possa representar uma negação ética do sujeito e a destruição da sua personalidade⁽⁴³⁾.

2.2. A tradicionalmente denominada obediência doméstica não comporta já, como é evidente, a subordinação da mulher perante o marido e viu autonomizar-se a partir dela a obediência laboral, sendo agora melhor apelidada de *obediência familiar*. Na relação marido-mulher, e apesar da lenta evolução dos costumes e das mentalidades, que parecem em determinados contextos e circunstâncias não ter ainda assimilado a posição de paridade entre os cônjuges, certo é que a ordem jurídica nacional, ao seu mais alto nível, o constitucional, sufraga o princípio da equiparação entre o homem e a mulher. Com efeito, a discriminação em razão do sexo é em geral proibida, como corolário do princípio da igualdade (art. 13.º da CRP)⁽⁴⁴⁾, e a promoção da igualdade entre homens e mulheres foi recen-

⁽⁴²⁾ Assim, MORILLAS CUEVA, *La Obediencia Devida*, p. 49, CEREZO MIR, José, «La Eximente de Obediencia Devida en el Código Penal Español», in: *Estudios Penales en Memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, Santiago de Compostela: Servicio de Publicaciones da Universidade, 1989, p. 176⁺, e ainda QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Devida*, p. 34, que, numa perspectiva reducionista, restringe o problema à sua vertente religiosa e à separação entre o Estado e a Igreja.

⁽⁴³⁾ Nesta direcção, DIAS, Figueiredo, *Temas Básicos*, p. 309 e ss., esp. p. 335 e ss. Pelo contrário, apontando natureza justificante à decisão de consciência, como exercício de um direito (art. 31.º-2-b) do CP), o da liberdade de consciência, constitucionalmente consagrado no art. 41.º da CRP, DIAS, Augusto Silva, *A Relevância Jurídico-Penal das Decisões de Consciência*, Coimbra: Almedina, 1986, p. 76 e ss.

⁽⁴⁴⁾ Cf. RAYOSO, Vera Lúcia Carapeço, *O Poder de Eva. O Princípio da Igualdade no Âmbito dos Direitos Políticos: Problemas Suscitados pela Discriminação Positiva*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 265 e ss.

termente assumida de forma expressa como tarefa fundamental do Estado (art. 9.º-1) da CRP, aditado pela quarta revisão constitucional, de 1997⁽⁴⁵⁾), sendo ainda reconhecido que “os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos” (art. 36.º-3 da CRP). Nessa medida, é de todo em todo impropriedade qualquer discurso no sentido de defender um afastamento da responsabilidade penal, seja por exclusão da ilicitude, seja por exclusão da culpa, pela simples obediência, sem mais, da mulher a ordem dada pelo marido (ou vice-versa, evidentemente) para a realização de um ilícito-típico penal. Assim, como decidiu o STJ, no Ac. de 19-05-1993, não é idóneo a existir de responsabilidade penal o facto de uma “arguida agir no tráfico de estupefacientes por virtude dos costumes ciganos que obrigam a mulher a obedecer à vontade do marido”, pois, como se refere no sumário do acórdão⁽⁴⁶⁾, “a conduta continua a ser dolosa, já que agiu sempre livre e conscientemente, apesar de saber os malefícios que iria provocar”, mas também porque uma tal obediência, ainda que, como no caso, no quadro de um grupo social minoritário e porventura assumida como característica identitária dessa comunidade, choca com um princípio fundamental e estruturante do Estado de direito, o da igualdade entre homens e mulheres, que deve prevalecer absoluta e inestritamente, não devendo em qualquer circunstância e em nenhuma medida ceder perante tal tipo de manifestações.

No âmbito familiar resta hoje tão-só a obediência dos filhos aos pais, imposta pelo art. 128.º do CC, segundo o qual “em tudo o quanto não seja ilícito ou imoral, devem os menores não emancipados obedecer a seus pais ou tutor e cumprir os seus preceitos”. É a própria lei que estabelece a ilicitude do acto ordenado como um limite da obediência devida pelos filhos aos pais, não podendo por isso ser invocada a autoridade parental para, por si só, justificar ou desculpar a conduta do menor. Além disso, deve ser

⁽⁴⁵⁾ Cf., novamente, RAYOSO, Vera, *O Poder de Eva*, p. 425 e ss.

⁽⁴⁶⁾ Ac. do STJ de 19-05-1993 (Proc. n.º 43377), in: LEAL-HENRIQUES / SIMAS / SANTOS, *CP²*, art. 72.º, p. 584 e s.: “1 — Apesar de a arguida agir no tráfico de estupefacientes por virtude dos costumes ciganos que obrigam a mulher a obedecer à vontade do marido, a conduta continua a ser dolosa, já que agiu sempre livre e conscientemente, apesar de saber os malefícios que iria provocar. 2 — Porém, essa situação pode permitir a aplicação do art. 73.º-1 [actual art. 72.º-1], até por sugerida indiciariamente pelo n.º 2-a) do C. Penal de 1982”.

tido em conta que este dever de obediência só subsiste no máximo até à maioria jurídica-civil, os 18 anos (art. 130.º do CC), e que numa perspectiva penal só terão relevo os factos praticados por imputáveis, os maiores de 16 anos (art. 19.º do CP). Ora, nesse período de dois anos que medeia entre o momento em que o jovem se torna imputável e o momento em que adquire a maioridade, não só o poder parental se encontra já fortemente mitigado, como a lei pressupõe que o jovem tem maturidade e autonomia pessoal suficientes para agir em conformidade com a lei penal.

2.3. No direito privado encontram-se ainda situações em que é previsto e tipificado um dever de obediência mais ou menos amplo, como no âmbito do direito das obrigações ou do direito comercial. Assim acontece, por exemplo, no contrato de mandato (art. 1157.º e ss. do CC), cujo regime se aplica por remissão legal ao contrato de prestação de serviço (art. 1156.º do CC) ou ao contrato de sociedade quanto à administração (art. 986.º do CC), em que se dispõe que o mandatário está obrigado a praticar os actos compreendidos no mandato, segundo as instruções do mandante (art. 1161.º-a) do CC); no exercício da gestão de uma sociedade por quotas, em que os gerentes estão obrigados a actuar com respeito pelas deliberações dos sócios (art. 259.º do CSC); ou nos contratos de distribuição comercial, cujo paradigma é o contrato de agência, no qual apesar do respeito pela sua autonomia, é imposto ao agente um dever de acatar as instruções do principal (art. 7.º-a) do Dec.-Lei n.º 176/86, de 3 de Julho).

É, porém, ao nível das relações laborais que o problema da obediência a ordens superiores se coloca com maior acuidade, na medida em que é nesse contexto que no âmbito jurídico-privado o dever de obediência adquire maior relevo. Com efeito, em nenhuma outra forma de subordinação privada a actividade do inferior é objecto de uma conformação tão extensa e directa pelo superior como o é no domínio laboral, com naturais variações entre as profissões e as categorias profissionais, mas sempre com um mínimo irredutível de subordinação e dependência. Daí que o que for afirmado para as relações de índole laboral possa valer, por maioria de razão, para aquelas outras formas de subordinação jurídico-privadas do direito das obrigações e do direito comercial.

O dever de obediência laboral, consagrado no art. 121.º-1-d) do Código do Trabalho, é explicado pela necessidade de o trabalhador con-

tribuir de forma efectiva para a prossecução dos interesses da entidade patronal, que é quem tem legitimidade para definir quais os objectivos a cumprir pela empresa e capacidade para, a partir de uma perspectiva global sobre os recursos ao dispor, definir a melhor forma de alcançar essas metas, através da mobilização adequada dos meios humanos e técnicos de que dispõe. A obediência a que o trabalhador se encontra obrigado funda-se, em último termo, nos interesses de natureza privada juridicamente reconhecidos titulados pelo empregador. Todavia, os interesses do empregador encontram um limite inultrapassável na lei penal, pelo que o dever de obediência do trabalhador cessa quando lhe seja dada uma ordem para a prática de um facto penalmente relevante (47). Nesse

(47) Na mesma direcção, referindo-se à ilegalidade em geral e não apenas à ilegalidade penal e comentando decisões jurisprudenciais portuguesas e estrangeiras em que se admite a existência de um dever de obediência do trabalhador a ordens ilegais da entidade empregadora, GOMES, Júlio, «Deve o trabalhador subordinado obediência a ordens ilegais?», *Trabalho e Relações Laborais*, Cadernos Sociedade e Trabalho, n.º 1, Ceiras: Celta Editora, 2001, p. 187, conclui que “não se deveria sequer ter afirmado a existência de um dever de obediência a uma ordem ilegal: numa sociedade democrática, como fez notar Rodríguez-Piñero, deve negar-se que um particular tenha ou possa ter uma autoridade superior à da lei e daí que o poder de direcção do empregador, se tem o seu fundamento na lei (ou, se se preferir no contrato celebrado de acordo com a lei), há-de sempre ter de reconhecer a lei como limite”.

A conclusão de Júlio Gomes é absolutamente correcta. Qualquer ordem ilegal do empregador (e aqui a ilegalidade deve ser lida em sentido amplo, referindo-se a qualquer ramo do ordenamento jurídico e não só ao penal), e não apenas a ordem que se mostre contrária aos direitos e garantias do trabalhador, é não obrigatória para o trabalhador. Perante uma ordem ilegítima, a desobediência não só é legítima, como devida, e por isso não pode fundar qualquer responsabilidade disciplinar do trabalhador. Foi manifestamente errada a decisão proferida pelo Ac. do STJ de 25 de Setembro de 1996, referido por GOMES, Júlio, «Deve o trabalhador subordinado obediência a ordens ilegais?», p. 185 e s., que “ratificou” o despedimento por justa causa (1) de um trabalhador que se recusou a realizar um serviço de transporte entre Marco de Canaveses e Lisboa pelo facto de o reboque estar licenciado somente para o transporte intermunicipal de mercadorias. É óbvio que a ordem deveria ser desobedeçida, apesar de não ofender os direitos e garantias do trabalhador e de este não ser susceptível de punição pela prática do facto ordenado. É que, como veremos infra, a existência de ordens ilegítimas obrigatórias não só é por princípio muito discutível, como apenas pode ser reconhecida onde seja a própria lei a admiti-las, o que entre nós só acontece no domínio das relações de direito público. As ordens dadas por um particular a outro, mesmo no âmbito de uma estreita relação de subordinação, estão intrinsecamente limitadas pela lei, pois, como Bettiol demonstrou de modo insuperável, no domínio privado a obediência à lei prevalece sobre qualquer outro tipo de obediência.

caso não pode o interesse do empregador ser considerado como um interesse juridicamente válido, dado que colide com o interesse público tutelado pela norma incriminadora.

Não pode, por isso, um trabalhador invocar a obediência que em geral deve ao empregador como justificação ou desculpa pela execução de uma ordem para, v. g., falsificar o balanço da empresa no sentido de evitar que esta pague os impostos devidos; numa operação de espionagem industrial, subtrair elementos de um projecto de uma empresa concorrente; realizar uma descarga poluente num rio, etc. Nos casos em que o trabalhador efectivamente represente e actualize na sua consciência intencional a totalidade dos pressupostos do facto será afirmado o dolo natural e a circunstância de a actuação ter sido motivada por ordens superiores não constituirá só por si obstáculo suficiente para afastar a ilicitude ou a culpa. A admissão do contrário abriria a porta a intoleráveis situações de impunidade, especialmente nos domínios do direito penal secundário, em que regra geral os factos são praticados no seio da empresa através de hierarquias de comando.

Mais problemáticas e porventura mais comuns são as situações em que o trabalhador não se apercebe que a ordem que lhe é dada implica a prática de um ilícito-típico penal. É aqui que certa doutrina reclama a atribuição de efeitos de exclusão da culpa à ordem ditada pelo superior no contexto de uma relação de direito privado, equitativo e à ordem emitida no âmbito de uma relação de direito público, pois "a formulação de uma ordem de anti-juridicidade não conhecida pelo inferior pode certamente representar um fenómeno mais frequente nas relações próprias da função pública, mas isso não significa em absoluto que nos restantes sectores tal fenómeno seja impossível. Na realidade a presunção de legalidade da ordem ditada pelo superior constitui algo característico de toda a relação hierárquica"⁽⁴⁸⁾ e essa presunção de legalidade deve repercutir-se no afastamento da responsabilidade penal, tanto no sector público, como no privado, desde que a conduta tenha sido realizada em virtude de uma subordinação hierárquica. Tese que não merece acolhimento⁽⁴⁹⁾, logo porque o pressuposto

de que parte, o da presunção da legalidade do mandado ditado pelo superior hierárquico, deve ser rejeitado. Na realidade, esta ideia de presunção da legalidade formulada para os actos estaduais tem como razão de ser a precisa circunstância de o facto ter a sua origem num órgão estadual⁽⁵⁰⁾. E por isso, mesmo que se aceite a bondade desta presunção para os actos das autoridades públicas, o que não é o nosso caso, não podem os particulares beneficiar de tal presunção, pela simples razão de que, a existir, ela se funda em razões ligadas à natureza do Estado e ao exercício do poder estadual, que lhes são absolutamente estranhas. Deste modo, nos casos em que ao trabalhador seja ordenada a prática de uma conduta típica, que venha a ser por ele executada em erro sobre as circunstâncias do facto, será o dolo afastado nos termos gerais, mas não haverá lugar a uma exclusão da culpa em virtude da obediência, ficando assim em aberto a possibilidade de punição por negligência. Na avaliação da negligência certamente deverá ser tido em conta que o trabalhador actuou sob ordens ou instruções, mas isso não é razão para, sem mais, ser excluída a responsabilidade⁽⁵¹⁾.

A favor desta posição, que rejeita a possibilidade de à obediência familiar e à obediência laboral serem apontados efeitos de exclusão da culpa, milita ainda o facto de a desculpa por obediência ser apenas prevista no art. 37.º do CP para os funcionários, pelo que não subsistindo razões que possam fundamentar uma aplicação analógica aos sujeitos de direito privado do benefício que este preceito concede aos funcionários, o silêncio da lei deve ser interpretado como intenção de fechar a porta à exclusão da culpa no domínio daquelas classes de obediência.

§ 5. (II) ORDEM FORMALMENTE LEGÍTIMA

A legitimidade da ordem depende, antes de mais, da observância das seguintes condições, de natureza formal: competência do superior e do inferior; relação de subordinação; e formalidades legais essenciais.

(48) CORDOBA RODA / RODRIGUEZ MOURULLO, *Comentarios*?, I, p. 399 e s.

(49) Nesta conclusão, mas apelando às diferenças de fins entre público e privado, QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Devida*, p. 58 e s.

(50) Cf. STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, p. 52 e ss.

(51) Neste sentido, MANTOVANI, *DP-PG*?, p. 251 e s., e VIGANO, *Codice Penale Commentato*, art. 51, n.º m. 63.

Para que da ordem da autoridade impenda um dever de obediência sobre o subordinado, deve o superior ser competente em relação ao facto ordenado (52). De há muito que a doutrina maioritária entende, correctamente, que a competência em causa é a *competência abstracta*: «só obrigam pois as ordens que, dentro da sua competência, comuniquem o superior hierárquico, e como a sua competência é limitada, já em razão da matéria, *ratione materiae*, já pela área territorial, *ratione loci*, é evidente que só no «domínio» das suas atribuições é que as suas ordens obrigam. A competência é tomada aqui num sentido *geral, abstracto* ou *formal*, significando a faculdade de praticar o acto, considerada de uma maneira geral, sem atenção aos elementos de fundo que tornem o acto ou a ordem substancialmente *legal*» (53). A questão é,

(52) COLLAÇO, Magalhães, «A Desobediência dos Funcionários Administrativos e a sua Responsabilidade Criminal», *BFDUC*, 1916, p. 84, CAERANO, Marcello, *Do Poder Disciplinar*, p. 68, FERREIRA, Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, 1940/41, p. 242 e s., e *Lições de Direito Penal*, 1992, p. 239, SILVA, Marques da, *DP-PG*, II, p. 120, LEAL-HENRIQUES, M., *Procedimento Disciplinar*, 4.ª ed., Lisboa: Rei dos Livros, 2002, pp. 28 e 114, LABAND, Paul, *Le Droit Public de l'Empire-Allemand*, II, Paris: V. Giard & E. Brière, 1901, p. 154 e s., MAYER, Max Ernst, *AT*², p. 337, MAYER, Hellmuth, «Der bindende Befehl im Strafrecht», *Festschrift für Reinhard von Franck zum 70. Geburtstag*, I, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1930, p. 602 e s., MEZGER, *LK*³, antes do § 51, 10. i), bb), MAURACH, *BT*, § 67, II, 2. a), dd), STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, p. 14 e s., e *AT*⁴, n.º m. 127, KOHLRAUSCH / LANGE, § 113, II, 2. a), SCHÖNKE / SCHROEDER¹, antes do § 51, n.º m. 23 e § 113, n.º m. 26, SCHMIDLÄUSER, *AT*, 9/26, MAURACH / ZIPF, *DP-PG*⁷, I, § 29, n.º m. 10, MAURACH / SCHROEDER / MAIWALD, *BT*^{7/2}, § 69, n.º m. 18, JESCHECK / WEIGEND, *AT*³, § 35, II, 2. a), DREIER / TRÖNDLE⁷, § 113, n.º m. 15, v. BUNNOFF, *LK*¹, § 113, n.º m. 35, LACKNER / KOHL, *Strafgesetzbuch*²², § 113, n.º m. 8 e 14, SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 84 e 87, SCH / SCH / ESER²⁶, § 113, n.º m. 31, FERRER SAMA, *Comentarios*, I, p. 257, DIAZ PALOS, «Obediencia Debidada», p. 753, CORDOBA RODA / RODRIGUEZ MOURULLO, *Comentarios*², I, p. 388 e s., MORILLAS CUEVA, *La Obediencia Debidada*, p. 59, QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Debidada*, p. 190 e s., RODRIGUEZ DE VESA / SERRANO GOMEZ, *DP-PG*¹⁸, p. 533 e ss., MIR PUIG, Santiago, *DP-PG*⁵, Lec. 18, n.º m. 62, MUÑOZ CONDE / GARCIA ARÁN, *DP-PG*⁴, p. 389, e na doutrina italiana, por todos, BETTIOL, *L'Ordine dell'Autorità*, p. 49 e s. (53) COLLAÇO, Magalhães, «A desobediência dos Funcionários Administrativos...», p. 84, na esteira de LABAND, Paul, *Le Droit Public*, II, p. 154 e s. No sentido da competência abstracta, cf. BETTIOL, *L'Ordine dell'Autorità*, p. 49 e s., seguido de muito perto por FERREIRA, Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, 1940/41, p. 242 e s., e *Lições de Direito Penal*, 1992, p. 239, e ainda MAYER, Hellmuth, «Der bindende Befehl im Strafrecht», p. 620 e s., STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*,

portanto, saber se o facto ordenado cabe na esfera de atribuições do superior e não se lhe seria reconhecido o poder para ordenar aquele concreto facto. A exigência da competência concreta constituiria uma antecipação do conteúdo do pressuposto da legitimidade material da ordem e acabaria por esvaziar o conteúdo do próprio requisito da competência, pois, como conclui Queralt i Jiménez, “ninguém é competente para ordenar a prática de um crime” (54). Além do superior, também o inferior deve ser competente para a prática do facto ordenado (55).

O dever de obediência só existe quando entre o superior e o subordinado exista uma *relação de subordinação* juridicamente reconhecida que habilite aquele a dirigir comandos que para este possam ser de cumprimento obrigatório. Esta relação de subordinação é normalmente associada à *hierarquia administrativa*, que confere ao superior hierárquico um poder de direcção sobre o subordinado, pelo qual, verificadas que sejam determinadas condições legalmente impostas, este se encontra obrigado a dar cumprimento às ordens que aquele lhe transmite.

A identificação da obediência devida com a obediência hierárquica é, porém, redutora, uma vez que o ordenamento jurídico prevê outras relações de subordinação no seio do aparelho estadual para além da subordinação hierárquica (56). Muitas vezes essa identificação é realizada com vista a contrapor a obediência que é devida pelos funcionários aos seus superiores no âmbito interno do aparelho estadual à obediência devida pelo cidadão aos agentes estaduais, a chamada obediência política. Ainda que assim seja, deve evitar-se a expressão obediência hierárquica para designar a causa de justificação do art. 31.º-2-c), pela sugestão equívocada que dessa designação decorre no sentido de que só

p. 14 e s., JESCHECK / WEIGEND, *AT*³, § 35, II, 2. a), FERRER SAMA, *Comentarios*, I, p. 258 e s., DIAZ PALOS, «Obediencia Debidada», p. 753, QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Debidada*, p. 190 e s., MIR PUIG, Santiago, *DP-PG*⁵, Lec. 18, n.º m. 62, CORDOBA RODA / RODRIGUEZ MOURULLO, *Comentarios*², I, p. 388 e s., e MUÑOZ CONDE / GARCIA ARÁN, *DP-PG*⁴, p. 389.

(54) QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Debidada*, p. 191. Nos mesmos termos, MIR PUIG, Santiago, *DP-PG*⁵, Lec. 18, n.º m. 62.

(55) Nesse sentido, entre outros, FERREIRA, Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, 1992, p. 240, QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Debidada*, p. 199, DIAZ PALOS, «Obediencia Debidada», p. 753, e MAURACH / ZIPF, *DP-PG*⁷, I, § 29, n.º m. 10.

(56) Assim, também, MORILLAS CUEVA, *La Obediencia Debidada*, p. 161.

no âmbito de uma subordinação hierárquica pode existir um dever de obediência a ordens superiores.

Além da subordinação hierárquica, o ordenamento positivo define relações de subordinação de natureza funcional, às quais é inerente a faculdade de um órgão dirigir ordens a outro, apesar de entre ambos não interceder qualquer relação hierárquica. Pense-se, por exemplo, na dependência funcional dos órgãos de polícia criminal perante o Ministério Público no contexto do inquérito em processo penal. Essa dependência funcional implica que os órgãos de polícia criminal actuem sob a direcção do Ministério Público, da qual decorre a possibilidade de este órgão lhes ordenar a prática de actos determinados, que jurídico-penalmente não podem senão ser qualificados como ordens (57). Pense-se ainda na possibilidade de as autoridades judiciárias imporem às entidades policiais a prática de factos determinados (58). Estas relações de subordinação funcional atribuem ao órgão a quem é reconhecida a

(57) Em sentido divergente, CUNHA, José Manuel Damião da, *O Ministério Público e os Órgãos de Polícia Criminal no Novo Código de Processo Penal*, Porto: Universidade Católica, 1993, p. 116 e ss., considera que a direcção do Ministério Público só se pode consubstanciar na emissão de directivas e já não de ordens, pois no seu entender “enquanto que a ordem implica um acto de mera execução (meramente aplicativo, mecânico), a directiva implica da parte do ente subordinado uma atitude valorativa, pelo menos quanto à forma e meios da sua execução”. Ainda que se pudesse aceitar os termos em que distingue entre ordens e directivas — o que não é o nosso caso, pois como explicou COLLAÇO, Magalhães, «A Desobediência dos Funcionários Administrativos...», p. 75, o subordinado não é nenhuma autónomo e “não pode rigorosamente ser considerado como uma máquina que cegamente obedeça à vontade do motor” para que se possa entender que executa as ordens de um modo mecânico sem qualquer actividade de valoração —, essa distinção de origem administrativa não impede que para efeitos penais seja considerado como ordem aquilo que para efeitos administrativos e processuais penais é visto como directiva, se o comando em causa consistir em uma manifestação de vontade de uma pessoa investida de um poder de supremacia sobre outra no sentido de lhe impor a realização ou a omissão de um comportamento concreto. Ora, como reconhece CUNHA, Damião da, *O Ministério Público*, p. 132, o Ministério Público pode impor a um órgão de polícia criminal a prática de uma diligência concreta, o que é o suficiente para que, quando essa diligência seja levada a cabo e se traduzir na prática de um facto típico, se possa afirmar em sede penal, para efeitos do art. 31.º-2-º) do CP, que o órgão de polícia criminal actuou no cumprimento de uma ordem do Ministério Público, mesmo que lhe tenha sido dada liberdade para escolher a forma e os meios de cumprir esse comando.

(58) Cf. CUNHA, Damião da, *O Ministério Público*, p. 157 e ss.

posição de supremacia o poder de dirigir ordens vinculantes ao órgão inferior e por isso, em regra, a questão da eventual justificação dos factos típicos praticados em cumprimento dessas ordens deve ser enquadrada no contexto da obediência devida.

Para que deva ser obedecida pelo subordinado, a ordem deve ser emitida com observância das *formalidades legais essenciais*. Há actos para cuja prática a lei impõe o respeito por formas e procedimentos determinados. Por isso se usa afirmar que só gera dever de obediência a ordem transmitida na forma legal (59). Princípio que se afigura correcto, mas que não deve ser levado ao extremo de implicar a cessação do dever de obediência sempre que falte o cumprimento de uma formalidade legal, por mais insignificante que ela seja. A doutrina correcta é aquela que exige somente a observância das formalidades essenciais, entendidas como aquelas que são impostas pelo legislador para garantia da posição jurídica do afectado pela execução da ordem (60). Deste modo, importa apurar em relação a cada acto qual a finalidade que determinou a exigência legal de certa forma ou procedimento. Sempre que se verifique que a formalidade se destina a proteger a esfera jurídica da pessoa sobre a qual recai a conduta de execução, deverá essa formalidade ser considerada como pressuposto indispensável para a formação do dever de obediência e em consequência para a justificação do facto ordenado.

(59) COLLAÇO, Magalhães, «A Desobediência dos Funcionários Administrativos...», p. 74 e s., CAETANO, Marcello, *Do Poder Disciplinar*, p. 68, FERRERA, Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, 1940/41, p. 242 e s., e *Lições de Direito Penal*, 1992, p. 239, SILVA, Marques da, *DP-PG*, II, p. 120, LEAL-HENRIQUES, *Procedimento Disciplinar*, p. 114, LABRAND, Paul, *Le Droit Public*, II, p. 151 e s., MAYER, Hellmuth, «Der hindende Befehl im Strafrecht», p. 603, MAYER, Max Ernst, *AT*, p. 337, DREIER / TRONDLE⁷, § 113, n.º m. 15, v. BUNNOFF, *LK*¹¹, § 113, n.º m. 35, JESCHECK / WEGEND, *AT*, § 35, II, 2, a), DIAZ PALOS, «Obediencia Debidat», p. 733 e s., MORILLAS CUEVA, *La Obediencia Debidat*, p. 59, RODRIGUEZ DEVEZA / SARRANO GOMEZ, *DP-PG*¹⁸, p. 533 e ss., MUÑOZ CONDE / GARCIA ARÁN, *DP-PG*⁴, p. 389, e ainda, pela generalidade da doutrina italiana, BETTIOL, *L'Ordine dell'Autorità*, p. 48.

(60) MEZGER, *LK*⁸, antes do § 51, 10.º i), bb), MAURACH, *BT*, § 67, II, 2, a), bb) e dd), SCHÖNKE / SCHRODER¹⁷, antes do § 51, n.º m. 23 e § 113, n.º m. 27, SCHMIDHAUSER, *AT*, § 126, MAURACH / ZIPF, *DP-PG*⁷, I, § 29, n.ºs m. 5 e 10, MAURACH / SCHRODER / MAIWALD, *BT*²⁷, § 69, n.º m. 13 e 18, LACKNER / KÜHL, *Strafgesetzbuch*²², § 113, n.º m. 9 e 14, SCH / SCH / ESER²⁶, § 113, n.º m. 31, SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 84, e FERRER SAMA, *Comentarios*, I, p. 259.

§ 6. (III) ORDEM MATERIALMENTE LEGÍTIMA

1. A generalidade da doutrina aceita, com uma ou outra diferença de pormenor, a necessidade de a justificação do facto típico cometido em cumprimento de uma ordem superior depender da efectiva verificação dos referidos pressupostos de natureza formal. Sejam esses pressupostos referidos à legitimidade da ordem, à sua eficácia⁽⁶¹⁾ ou à existência de um dever de obediência⁽⁶²⁾, o certo é que a observância de tais pressupostos é sempre colocada como condição da exclusão da ilicitude. Controvertida é a exigência de que a ordem seja materialmente legítima para que possa ser excluída a ilicitude do facto típico cometido em sua execução.

1.1. Essa dúvida não tem, todavia, razão de ser no quadro do direito positivo português, que no art. 31.º-2-c) do CP estabelece expressamente a legitimidade da ordem como condição de exclusão da ilicitude: “não é ilícito o facto praticado no cumprimento de um dever imposto por ordem *legítima* da autoridade”. Esta é a solução que, além disso, se afirma preferível no plano material. A total conformidade ao direito exigida à ordem para que a mesma possa ter eficácia justificante constitui a expressão mais capaz de promover o respeito pela legalidade na execução dos actos da autoridade, impedindo que o aparelho estadual possa contornar a lei penal por via da hierarquia. Só o facto praticado em cumprimento de uma ordem materialmente legítima constitui uma verdadeira expressão do ordenamento jurídico. Estando em causa a realização de uma conduta típica, que, por definição, lesa ou coloca em perigo bens jurídico-penais, dotados de um forte relevo social⁽⁶³⁾, apenas deverão ser juridicamente permitidas as condutas que se ajustem fielmente às condições estabelecidas pela ordem jurídica. Cremos que esta leitura é a que melhor se adequa ao estatuto do art. 271.º-3 da CRP e no

(61) QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Devida*, p. 180 e ss.

(62) STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, p. 14 e ss.

(63) Cf. DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 6.º Cap., § 14 e ss., e ANDRADE, Manuel da Costa, «A “Dignidade Penal” e a “Cautela de Tutela Penal” como Referências de uma Doutrina Teleológico-Racional do Crime», *RPPC*, 1992, Fasc. 2.º, p. 183 e ss.

art. 36.º-2 do CP, que determinam a cessação do dever de obediência sempre que o cumprimento das ordens ou instruções implique a prática de qualquer crime, cuja intenção precipua é a de impedir que uma ordem possa, sem mais, independentemente da sua conformidade ao direito, ditar a exclusão da ilicitude do facto típico cometido pelo subordinado.

Neste sentido aponta, entre nós, a doutrina dominante. Assim, considera Germano Marques da Silva, que “a ordem deve ser intrinsecamente legítima para que cumprida valha como causa de justificação. (...) Se a ordem não é legítima o seu cumprimento não constitui causa de justificação, donde há-de resultar necessariamente que aquele que recebe a ordem há-de ter o poder de sindicar a sua legitimidade. Este princípio é o único conforme aos princípios democráticos. É que o dever de obediência nos Estados democráticos só se justifica na medida em que a ordem corresponda à efectiva vontade da lei legítima e porque nestes sistemas se exalta o sentido da auto-responsabilidade”⁽⁶⁴⁾. E entende Figueiredo Dias “que, segundo o direito constitucional e o direito penal português vigentes, uma ordem ilegítima da autoridade ou de serviço que conduza à realização de um facto típico *não constitui nunca, em si e por si mesma, uma causa justificativa* daquele”⁽⁶⁵⁾.

É também deste mesmo ponto de partida, referido à legitimidade formal e material da ordem, que avança a generalidade da doutrina italiana⁽⁶⁶⁾ perante um texto legal em tudo semelhante ao português (art. 51-1 do *Codice Penale*: “L’esercizio di un diritto o l’adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica Autorità, esclude la punibilità”) e também uma parte significativamente, *infra* em texto, § 9.4.1.

(64) SILVA, Marques da, *DP-PG*, II, p. 120 e s.

(65) DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 18.º Cap., § 9. Em substância, na mesma direcção, já CORREIA, Eduardo, II, pp. 39 e s. e 116 e ss., e «Código Penal. Projecto da Parte Geral», sep. do *BML*, n.º 127, 1963, art. 38.º, § único (“Cessa o dever de obediência hierárquica quando conduz à prática de um crime”), cuja posição foi fundamentada para o actual regime constitucional e legal sobre a matéria — cf., desenvolvimente, *infra* em texto, § 9.4.1.

(66) Cf. ANTOLISEI, *Manuale*, p. 199 e ss., BETTIOL, *DP-PG*, p. 305 e ss., PADOVANI, *DP*, p. 194 e s., FIORE, *DP-PG*, p. 319 e s., VIGANÒ, *Codice Penale Commentato*, art. 51, n.º m. 62, PAGLIARO, *Principii*, p. 432 e s., ROMANO, Mario, *Commentario*, I, art. 51, n.º m. 23 e 28 e ss., FIANDACA / MUSCO, *DP-PG*, p. 239 e ss., MARINUCCI / DOLCINI, *DP-PG*, p. 186, e MANTOVANI, *DP-PG*, p. 253 e ss.

nificativa da doutrina alemã, mesmo na ausência de qualquer norma legal nesse sentido ⁽⁶⁷⁾. É porventura em Maurach que, no plano dogmático, se pode observar a expressão mais acabada deste pensamento, ao considerar que, tal como no âmbito do estado de necessidade, em que foi possível identificar umas situações de necessidade que justificam e outras que desculpam, também no plano das ordens da autoridade se impõe uma distinção: a execução de uma ordem de serviço legítima constitui uma causa de justificação da conduta do subordinado; pelo contrário, uma ordem ilegítima não pode produzir este efeito ⁽⁶⁸⁾.

1.2. É possível, todavia, configurar a exclusão da ilicitude do facto cometido pelo subordinado em execução de uma ordem abstraindo, expressa ou implicitamente, da ordem que lhe deu origem, nomeadamente da sua qualificação como legítima ou ilegítima. Entre os que adoptam esta perspectiva avulta Queralt i Jiménez, que acusa *todas* as concepções que partem daquela perspectiva que enunciamos de um "vício comum e radical: *preoccupam-se com os requisitos da ordem, mas não com os da execução*" ⁽⁶⁹⁾. Considera que "este é o aspecto básico se do que se trata é de saber quando, como e porquê se exime o subordinado de responsabilidade penal (...). A ordem — os seus requisitos e pressupostos — condiciona a actuação do subordinado; tal é inegável; mas o critério para determinar se uma conduta — sob obediência ou não — se adequa ao direito é determinado tendo em conta outros critérios — os da ilicitude —, estabelecidos em vista da conduta finalisticamente dirigida pelo agente, sem que

⁽⁶⁷⁾ Segundo SCH / SCH / LENCKNER²⁴, antes do § 32, n.º m. 87, é dominante a doutrina que considera que a ilicitude da ordem produz a ilicitude da execução — no essencial desta direcção, em todo o caso sob perspectivas e pressupostos bastante diversos, que serão explicitados infra a propósito do problema das ordens ilegítimas obrigatórias, § 9.1, MEZGER, LK⁸, antes do § 51, 10. j), bb), SCHÖNKE / SCHRODER¹⁷, antes do § 51, n.º m. 23, MAURACH / ZIMM, DP-PG⁷, I, § 29, n.º m. 7, DREIER / TRÖNDLE¹⁷, antes do § 32, n.º m. 8, OETTLER, Dietrich, «Handeln auf Befehl», JdS, 1963, p. 301 e ss., ROSTEK, Holger, «StGB § 113 (Polizeiliches Handeln auf dienstlichen Befehl)», N/W, 1972, p. 1335 e s., OSTENDORF, Heribert, «Die strafrechtliche Rechtsmäßigkeit rechtswidrigen hoheitlichen Handelns», JZ, 1981, p. 173, e ANELUNG, Knut, «Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten», JdS, 1986, p. 337.

⁽⁶⁸⁾ MAURACH, AT, § 31, I, 2.

⁽⁶⁹⁾ QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Devida*, p. 235.

um vício ou um defeito a que o agente seja alheio por terem origem noutros sujeitos possam ter a última palavra: nem outra coisa significa a pessoalidade e a incommunicabilidade da responsabilidade penal" ⁽⁷⁰⁾.

Estas observações de Queralt i Jiménez não acertam o alvo, dado que assentam em uma premissa errada, a de que as perspectivas que fazem depender a licitude do facto da legitimidade da ordem desconSIDERAM a conduta de execução do subordinado. Na verdade, não nos revemos nessa crítica, uma vez que somos da opinião de que a conduta do funcionário deve ser avaliada de acordo com *todas* os critérios que a doutrina geral do crime impõe para a qualificação de um determinado comportamento sob o ponto de vista penal. Por isso que, naturalmente, se a conduta do subordinado não assumir relevância típica, deverá a mesma ser desde logo reputada como não ilícita. Já se, pelo contrário, o subordinado realiza um facto típico, pois bem, a exclusão da ilicitude estará dependente das regras gerais das causas de justificação e do regime da dirimente obediência devida, em especial. Que a licitude da conduta do funcionário esteja dependente da verificação de uma circunstância a que, na sua génese, ele é alheio, a legitimidade da ordem, em nada deve prejudicar este entendimento. Logo porque se trata de algo que não é específico da obediência devida e pode ser observado em numerosas causas de justificação, o que é natural, atendendo ao facto de as causas de exclusão da ilicitude assumirem uma função de composição de interesses sociais conflitantes — assim, por exemplo, em matéria de legítima defesa, a licitude do auxílio necessário depende de circunstâncias e decisões que são absolutamente alheias ao terceiro que ocorre em socorro do agredido (v. g., o carácter ilícito da agressão; a vontade do agredido em ser defendido). Além disso, não deve perder-se de vista que o subordinado não é um autómato nas mãos do superior, não lhe devendo uma qualquer obediência absoluta, o que implica a concessão de um poder de examinar e avaliar a situação com que é confrontado e de, em último termo, quando verifique que a ordem conduz à prática de um crime, o direito, *rectius*, o dever de desobedecer. Por último, e decisivamente, só tornando a justificação dependente da efectiva conformidade da conduta do subordinado ao direito se poderá esperar que

⁽⁷⁰⁾ QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Devida*, p. 235 e s.

no seio do aparelho de poder estadual haja uma observância real da legalidade penal e que o equilíbrio nas relações entre o Estado e os cidadãos definido pela ordem jurídica se materialize na vida social.

2. Posto isto, reafirmado o entendimento de que a justificação por cumprimento de uma ordem superior pressupõe que o facto praticado pelo funcionário tenha sido determinado por uma ordem materialmente legítima, importa precisar quais as condições necessárias para que a legitimidade material possa ser afirmada. Analise que, atendendo à natureza justificante da obediência devida, tem necessariamente de ter em conta que a mesma só será aplicável a factos tipicamente relevantes.

Uma resposta àquela questão pressupõe, em todo o caso, uma compreensão prévia da estrutura da obediência devida.

A obediência devida assenta em dois pólos, o acto do superior e o acto do subordinado. Verifica-se que enquanto o efeito típico da obediência devida, a exclusão da ilicitude, se dirige ao acto do inferior, o pressuposto essencial para a produção desse efeito, a legitimidade material da ordem, se refere ao acto do superior. É este acto, que em geral se manifesta apenas em uma decisão e tem por isso uma dimensão imaterial, que dá sentido à conduta do subordinado e a pré-determina. Ao subordinado cabe dar uma expressão material ao acto do superior, constituindo o facto por ele praticado uma materialização da decisão deste. Assim, o acto de execução corporiza o acto decisório contido na ordem e deve manter-se dentro dos estritos limites por ela definidos. Deste modo, embora a dirimente obediência devida incida directamente sobre o facto cometido pelo subordinado não pode abstrair-se do facto praticado pelo superior, dado que é este que dá conteúdo ao seu pressuposto essencial, a legitimidade material da ordem. Porque assim é, atenta a íntima conexão entre os actos do superior e do inferior e a natureza justificante da obediência devida, a própria ordem deve estar referida a um facto típico. Pois se a obediência devida actua sobre a conduta do subordinado e esta, na medida em que se mantenha dentro do estabelecido pela ordem, não é senão por sua vez uma expressão do acto do superior, então em princípio o acto do inferior só poderá ter relevância típica se o facto que o precede e determina também a tiver. Donde, a obediência devida só poderá actuar a partir do momento em que o facto a que a ordem diz respeito, o acto do superior, tenha também relevância típica.

Desta forma, não caem no âmbito de aplicação da obediência devida os casos em que o acto do superior preenche um tipo objectivo de ilícito, mas o agente incorre em erro sobre a factualidade típica, não sendo o facto punível a título de negligência ou, ainda que o seja, o agente tenha actuado com o cuidado objectivamente devido (cf. os n.ºs 1 e 3 do art. 16.º do CP). Tendo o dolo e a negligência relevância logo ao nível do tipo, faltará ao facto o desvalor de acção e a dimensão subjectiva indispensável ao preenchimento do tipo, não podendo esse facto ser caracterizado como ilícito (71). Não configurará, assim, uma situação de obediência devida aquela em que o superior, vítima de um erro sobre a factualidade típica naquelas condições, dê uma ordem ao subordinado para a prática de um facto que corresponde à previsão objectiva de um tipo incriminador. Pois se o inferior acatar essa ordem e executar o facto ordenado sem escapar ao mesmo erro do seu superior, ser-lhe-á aplicável também aquele regime do art. 16.º do CP e a sua conduta não poderá considerar-se como típica, não constituindo, do mesmo modo, um ilícito penal.

A título de exemplo, pode supor-se o caso em que o departamento jurídico de uma Câmara Municipal deu ao vereador de obras públicas a informação de que o prédio X, sito no concelho, foi objecto de expropriação, tendo sido transferida a propriedade do mesmo para a edilidade. Tendo recebido a informação e confiado na sua correcção, o vereador deu uma ordem de demolição do dito prédio, que foi executada por uma equipa de cinco trabalhadores municipais. Mais tarde veio a ser apurado que aquela informação se encontrava errada, pois a transmissão da propriedade tinha ocorrido em relação ao prédio Y, estando ainda em curso no momento da demolição o processo de expropriação relativo ao prédio X. Com a demolição do prédio ficou preenchido o tipo de ilícito objectivo do crime de dano (art. 212.º do CP). Mas, face ao que ficou dito, nem ao vereador, que emitiu a ordem, nem aos trabalhadores, que a cumpriram, poderá ser imputada uma comissão dolosa desse facto, dado que todos actuaram em erro sobre o carácter

(71) Cf. Dias, Figueiredo, «Sobre o Estado Actual da Doutrina do Crime.

2.ª Parte: Sobre a construção do tipo-de-culpa e os restantes pressupostos da punibilidade», *RPCC*, 1992, Fasc. 1.º, p. 20, e ainda *DP-PG*, I, 2004, 13.º Cap., § 11 e ss.

alheio da coisa destruída (72) (art. 16.º-1 do CP). Não sendo o crime de dano punível sob a forma negligente (73) (art. 13.º do CP), não poderão as condutas das várias pessoas envolvidas ser qualificadas como penalmente ilícitas, sendo portanto excluída a responsabilidade penal relativamente a cada um deles. Temos pois que quando é preenchido um tipo objectivo de ilícito, mas o superior se encontra em erro sobre a facticidade típica em circunstâncias das quais resulta a exclusão da tipicidade e o subordinado é vítima do mesmo erro, a conduta deste não poderá igualmente ser qualificada como típica, concluindo-se pela sua não ilicitude penal, independentemente do recurso à dirimente obediência devida.

Coisa diferente sucederá quando, apesar do erro sobre a facticidade típica do superior, o subordinado represente integralmente todos os elementos objectivos do tipo incriminador. No exemplo dado, se quando os trabalhadores se preparavam para executar a demolição tivessem sido advertidos pelo proprietário do prédio X de que ele era ainda dono do mesmo, apresentando documentos que o confirmavam. Em situações do género o agente deverá naturalmente abster-se de praticar o facto que lhe foi ordenado (74), suspendendo a sua execução, e reportar ao superior. Se não o fizer e prosseguir com a execução, apesar de representar a factualidade típica, a imputação a título de dolo ficará em aberto, depen-

(72) Na mesma direcção, ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Coniubriense*, II, art. 212.º, § 55. A qualificação deste facto como atípico não significa qualquer tomada de posição na polémica acerca da admissibilidade ou não do consentimento como causa de exclusão da ilicitude no âmbito do crime de dano (cf. ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Coniubriense*, II, art. 212.º, § 61 e ss.), mas somente uma expressão do nosso entendimento de que, actuando os agentes na qualidade de funcionários daquela entidade pública e no interesse dela, deve considerar-se que a destruição da coisa foi realizada pelo próprio titular do direito de propriedade e portanto não constitui um facto típico de dano.

(73) Sobre esta questão, que durante certo tempo gerou alguma discussão, cf. novamente ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Coniubriense*, II, art. 212.º, § 54.

(74) Assim, na conclusão, BETTOL, *L'Ordine dell'Autorità*, p. 100, STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, p. 193⁷, OETLER, «Handeln auf Befehl», p. 302, SCHÖNKE / SCHRODER¹⁷, antes do § 51, n.º m. 23, MAURACH, AT, § 31, I, 2, MAURACH / ZIPF, DP-PG², I, § 29, n.º m. 11, LACKNER / KUHL, *Strafgesetzbuch*²², § 113, n.º m. 14, SCH / SCH / LACKNER²⁶, antes do § 32, csp. n.º m. 88, e QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Devida*, p. 278 e s.

dente do preenchimento ou não do seu elemento volitivo (dolo eventual / negligência consciente), e com isso também a qualificação da conduta como ilícita. Se a conduta se vier a revelar dolosa, não deverá, todavia, admitir-se a possibilidade de apelar à justificação por obediência devida, logo porque a situação não entra no seu domínio de aplicação. Com efeito, a ordem que desencadeia o efeito justificante em sede de obediência devida é uma ordem referida a um facto típico. Nos casos ora em exame temos que a ordem é emitida para o cometimento de um facto atípico (no exemplo, a destruição de uma coisa própria) e o funcionário realiza um facto típico doloso (no exemplo, a destruição de uma coisa alheia). Nestas hipóteses a ordem visa impor a realização de um facto atípico, pelo que não pode ser considerada como um elemento da dirimente obediência devida, já que, como vimos, esta pressupõe uma ordem dirigida à prática de um facto típico.

Este entendimento é comprovado pelas situações mencionadas no penúltimo parágrafo: facto atípico do superior / facto atípico do inferior por não verificação do tipo subjectivo. Mas também pelos casos em que a ordem se destina efectivamente à prática de um acto sem relevância típica e é executada em conformidade (no exemplo, o prédio X tinha efectivamente sido expropriado e a sua propriedade havia sido transmitida para a Câmara Municipal): facto atípico do superior / facto atípico do inferior por não verificação do tipo objectivo. Se em nenhuma destas duas hipóteses se apela à obediência devida para a exclusão da ilicitude penal, logo porque o facto do superior não tem relevo típico, a coerência impõe que quando o subordinado receba uma ordem para o cometimento de um facto atípico, mas actue com o conhecimento e vontade de realização dos elementos do tipo objectivo de um tipo legal de crime, portanto sob a forma dolosa, não poderá a obediência devida ser invocada para justificar a sua conduta e na falta de outra causa de justificação deverá a mesma ser qualificada como ilícita.

Tendo o facto praticado pelo superior adquirido relevância típica passará a poder tomar-se em consideração a aplicação da dirimente obediência devida. Para que esta produza o seu efeito justificante sobre a conduta típica do subordinado, a ordem tem de ser materialmente legítima. Como o conteúdo dessa ordem é formado pelo facto típico do superior, para que a ordem seja então legítima deve aquele facto estar necessariamente coberto por uma autorização legal, de carácter justifi-

cante. A presença dessa autorização legal exclui a ilicitude do facto típico cometido pelo superior e confere legitimidade à ordem emitida (75). Nessa medida, sendo a ordem legítima, é cumprido o pressuposto essencial da obediência devida e esta poderá justificar o acto de execução do subordinado. Deste modo, enquanto o acto do superior é justificado directamente pela autorização legal, a ilicitude do acto do inferior é excluída pela obediência devida.

3. A distinção assinalada entre as causas de exclusão da ilicitude obediência devida e cumprimento de um dever legal não deve, portanto, ocultar a íntima relação existente entre uma e outra. A justificação por autorização legal constitui uma questão prévia, como que prejudicial, à obediência devida e os seus pressupostos são também, mediamente, pressupostos desta, dado que a legitimidade substancial se refere fundamentalmente ao acto decisorio do superior, ínsito na ordem transmitida ao subordinado.

Além deste relevo em sede de obediência devida, a licitude do acto do superior produz efeitos jurídicos a outros níveis, penais e não penais. No domínio extra-penal, o campo por excelência do acto da autoridade é o dos direitos processuais (76), com forte incidência no processo penal (77), sobretudo na dimensão probatória e das medidas cautelares, assumindo natureza justificante, caso implique a prática de factos típi-

(75) Em termos análogos, DIAS, Figueiredo, *Textos de Direito Penal*, p. 285 e s.: «Há inúmeras ordens que conduzem à prática, pelo subordinado hierárquico, de factos tipicamente criminosos e que, todavia, não podem deixar de excluir a sua ilicitude — desde logo porque a legitimidade formal e substancial da ordem conduzir a que se esteja perante uma «actuação oficial» que (...) constitui uma causa de justificação. Quer isto dizer (de acordo, de resto, com o princípio assente no referido art. 31.º-2-c)), que a legitimidade da ordem justifica o facto do subordinado praticado em sua execução, ainda que ela conduza à prática, por este, de um facto tipicamente criminoso». Na mesma direcção, cf. ainda VIGANÓ, *Codice Penale Commentario*, art. 51, n.º m. 62.

(76) Cf. ROXIN, *AT*, § 17, n.º m. 1.

(77) Em todo o caso, é discutida a existência de uma linha de continuidade entre o ilícito penal e o ilícito processual penal, pelo menos em matéria de prova — cf. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 40 e ss., e SOUSA, Susana Aires de, «Agent Provocateur e Meios Enganosos de Prova. Algumas Reflexões», in: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1234 e s.

camente relevantes (78). No âmbito penal, além de naturalmente determinar a exclusão da responsabilidade do agente, o exercício legítimo da autoridade estadual inviabiliza ainda uma reacção em legítima defesa do afectado pela intervenção e é condição para a punição pelos crimes de resistência e coacção sobre funcionário (art. 347.º do CP) (79) e de desobediência (art. 348.º do CP). A circunstância de a licitude do acto oficial se repercutir em diversos domínios tem levado a que, por via

(78) Assim, ANDRADE, Costa, «Violação de Domicílio...», p. 735, que rejeita, com razão, a possibilidade de as mesmas constituírem meras causas de exclusão da tipicidade; nesta direcção, pela generalidade da doutrina alemã, cf. WESSELS, *AT*²¹, § 8, II, 1, ROXIN, *AT*³, § 17, n.º m. 1 e ss., e LACKNER / KÜHL, *Strafgesetzbuch*²², antes do § 32, n.º m. 24. No mesmo sentido, referendo-se especificamente ao poder de detenção em processo penal, PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *Direito Processual Penal*, Lisboa: AAFDL, 1998, p. 57 e s., e ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch*, 25. Aufl., München: C. H. Beck'sche, 1998, § 31.

(79) Não obstante a Reforma de 1995 do CP ter eliminado do texto legal do art. 347.º a referência à legitimidade do acto do funcionário, não pode daí inferir-se que a punição da resistência do cidadão perante actos estaduais deixou de depender da licitude destes. Com efeito, uma interpretação conforme à Constituição, em especial ao direito de resistência nela consagrado (art. 21.º), impõe o entendimento de que só será penalmente punível a resistência oposta a actos legítimos — cf. ESTEVES, Maria da Assunção Andrade, *A Constitucionalização do Direito de Resistência*, Lisboa: AAFDL, 1989, p. 217 e ss. e *passim*, GONÇALVES, Maia, *CP*¹¹, art. 347.º-4, e MONTEIRO, Cristina Urbano, *Comentário Comportamento*, III, art. 347.º, § 15 e s. No mesmo sentido, MOTA, José Luís Lopes da, «Crimes Contra a Autoridade Pública», in: *Jornadas de Direito Criminal. Revista do Código Penal: Alterações ao Sistema Sancionatório e Parte Especial*, Lisboa: CEL, 1998, p. 420, considera que «a substituição das expressões *acto legítimo* e *acto relacionado com a função* por *acto relativo à função* eliminou, também ela, a redundância referida à licitude, pois que só o acto legal da autoridade é merecedor de tutela penal».

Diversamente, na vigência do CP de 1886 e da Constituição de 1933, SANTOS, Beliza dos, *Lições*, p. 28 e ss., e FERREIRA, Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, 1940/41, pp. 239 e 279 e ss., entendiam, à luz do disposto no tipo legal de crime de resistência (art. 186.º), não ser admitida resistência contra actos da autoridade ilegítimos, precisamente porque, ao contrário do crime de desobediência (art. 188.º), o tipo legal de resistência não fazia qualquer menção à legitimidade da actuação oficial como pressuposto da respectiva punição — contra, CORREIA, Eduardo, II, p. 131 e ss., e DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude*, § 22, VI, 3. A única excepção aceite dizia respeito aos actos ilegítimos violadores das garantias individuais, em virtude do disposto no art. 19.º-8 da Constituição de 1933, que dispunha que «constituem direitos, liberdades e garantias individuais dos cidadãos portugueses: o direito de resistir a quaisquer ordens que infringjam as garantias individuais, se não estiverem legalmente suspensas».

do tratamento jurisprudencial e doutrinal das várias questões, tenha havido uma influência recíproca de umas sobre as outras. Regra geral, no sentido de atenuar as exigências legalmente colocadas à actuação do funcionário, alargando assim o campo do licitamente autorizado ao representante do Estado e, na mesma medida, estreitando o âmbito da defesa permitida ao cidadão.

De acordo com os princípios gerais relativos à ilicitude e às causas de justificação, lícito deverá ser apenas o acto da autoridade realizado com respeito objectivo e completo pelos *pressupostos gerais de intervenção estatal*, especialmente pelo princípio da proibição do excesso nas suas dimensões de necessidade, de proporcionalidade e de adequação, e pelos requisitos específicos, de natureza formal e substancial, da *autorização legal respectiva*. Por outras palavras, dito com Costa Andrade, “as autorizações só podem valer como causas de justificação nos precisos termos e na estrita medida em que estão previstas nos pertinentes ramos de direito extra-penal (...). *A justificação só pode, assim, ter lugar em caso de preenchimento integral dos pressupostos prescritos pela lei extra-penal*”⁽⁸⁰⁾. Esta posição, aparentemente indiscutível⁽⁸¹⁾ e que consideramos ser a única acertada, é todavia fortemente posta em causa por correntes jurisprudenciais e doutrinárias, sobretudo de origem alemã, que neste contexto dos actos da autoridade advogam

⁽⁸⁰⁾ ANDRADE, Costa. *Comentário Coimbraense*, III, art. 378.º, § 21. No mesmo sentido, considera Dias, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 18.º Cap., § 5, que “a actuação oficial constitui uma causa de justificação, no quadro do exercício de um direito contido no art. 31.º-2-b), apenas quando se verifica a totalidade dos pressupostos facticos e jurídicos de que a lei faz depender a concessão do respectivo direito de intervenção”.

⁽⁸¹⁾ No sentido do texto, a generalidade da doutrina italiana — cf. ANTOISE, *Manuel*¹, p. 199 e ss., BETTOL, *DP-PG*², p. 305 e ss., PADOVANI, *DP*², p. 194 e s., FIORE, *DP-PG*, p. 319 e s., PAGLIARO, *Principii*³, p. 432 e s., ROMANO, Mario, *Commentaria*, I, art. 51, n.º m. 30 e s., FIANDACA / MUSCO, *DP-PG*², p. 241, MARINUCCI / DOLCINI, *DP-PG*, p. 186, e MANTOVANI, *DP-PG*², p. 254 — e alguma, pouca, doutrina alemã: MAYER, Max Ernst, «Widerstand gegen die Staatsgewalt», *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts*, Besonderer Teil, I, Berlin: Otto Liebmann, 1906, p. 443 e ss., SCHILLHAMMER, Kurt, «Blutentnahme durch Medizinalassistenten», *NJW*, 1972, p. 319 e s., AMELUNG, «Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten», p. 334 e ss., e BACKES, Otto / RANSIEK, Andreas, «Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte», *JuS*, 1989, p. 624 e ss.

conceitos especiais de licitude. Na medida em que, todas elas, ampliam o domínio do lícito em relação àquela “teoria jurídico-material”, tais leses reflectem-se imediatamente em um alargamento da eficácia justificante da obediência devida. Entre as mesmas, a predominância é devida pela teoria do conceito de licitude penal (*strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff*), na qual é possível identificar correntes distintas, e em segundo plano aparece a teoria da eficácia (*Wirksamkeitstheorie*). A par destas teorias, surgem outras que, rejeitando embora quaisquer conceitos especiais de licitude, acabam por defender soluções dogmáticas de âmbito geral, a propósito do problema do erro sobre os pressupostos materiais de uma causa de justificação, cujos efeitos coincidem substancialmente com os que derivam da teoria do conceito de licitude penal.

§ 6.1. A teoria do conceito de licitude penal

1. A discussão alemã em torno de uma concepção especial de licitude dos actos dos funcionários estaduais é feita sobretudo a propósito do crime do § 113 do StGB, relativo à resistência contra o funcionário de execução, que no n.º 3, 1.ª parte, determina que o facto não é punível quando o acto de serviço não seja legítimo (“*rechtmäßig*”). As posições assumidas quanto ao significado desta proposição irradiaram, por sua vez, para os domínios gerais da ilicitude, da obediência devida e do erro para efeitos da punição do funcionário, e da legítima defesa para efeitos da imputação de responsabilidade penal ao terceiro que se opõe à execução do acto da autoridade.

A teoria do conceito de licitude penal, de formação eminentemente jurisprudencial, dita já tão velha quanto o próprio StGB⁽⁸²⁾, vem merecendo de há longo tempo a adesão da doutrina dominante⁽⁸³⁾, em todo

⁽⁸²⁾ SCHILLHAMMER, «Blutentnahme durch Medizinalassistenten», p. 319.

⁽⁸³⁾ KONIGAUSSCH / LANGE, § 113, II, 2, MEZGER, *Strafrecht*, II, BT⁴, § 82, III, 3, MAURACH, *BT*, § 67, II, 2, e AT, § 28, II, A, 4, WERNER, *LK*⁸, § 113, V, LENCKNER, Theodor, «Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemäßer Prüfung», *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft*, *Festschrift für Hellmuth Mayer*, Berlin: Duncker & Humblot, 1966, p. 178 e ss., SCHÖNKE / SCHRODER¹⁷, antes do § 51, n.º m. 18 e § 113, n.º m. 25 e ss., SCHMIDHAUSER, AT, 9/77, HORN, SK, § 113, n.º m. 11 e s., MAURACH /

o caso sob perspectivas e pressupostos distintos. A sua ideia rectora é a de que a legitimidade do exercício da autoridade estadual não depende da efectiva observância dos pressupostos de facto e de direito da autorização legal, bastando-se antes e apenas com uma conformidade formal⁽⁸⁴⁾. Ideia cunhada na expressão de Jellinek, sempre invocada a este propósito, de que o “Estado goza do grande privilégio de poder equívocamente”⁽⁸⁵⁾. Esse privilégio do erro manifesta-se num conceito de licitude penal especial, que recusa os critérios das leis extra-penais e aceita que, sob certas condições, o facto praticado pelo funcionário possa ser considerado como lícito, mesmo não estando objectivamente verificados os pressupostos materiais da intervenção exigidos pela lei não penal, se o funcionário actuou na convicção errada da sua observância.

Pretende-se deste modo assegurar a protecção do poder de decisão e actuação dos órgãos estaduais, que caso não tivessem a segurança de que não é qualquer erro que pode dar origem a uma reacção em legítima defesa do cidadão seriam obrigados a uma contenção que prejudicaria a sua eficiência e reflexivamente o interesse público⁽⁸⁶⁾. Leva-se ainda em linha de conta a circunstância de o próprio funcionário ser frequentemente exposto a situações perigosas ou obrigado a tomar decisões imediatas para casos em que a urgência não se compadece com demoras e em que nessa medida é potenciado o risco do erro⁽⁸⁷⁾. Considerando-se, por isso, irrazoável sujeitá-lo ainda a uma possível resistência do afectado.

/ ZIRFF, *DP-PG*⁷, I, § 26, n.º m. 19 e § 29, n.º m. 6, MAURACH / SCHROEDER / MAIWALD, *BT*²⁷, § 69, n.º m. 10 e ss., LACKNER, *Strafgesetzbuch*¹⁸, § 113, 5, v. BUBNOFF, *LK*¹¹, § 113, n.º m. 25 e ss., VITTT, Elmar, «Gedanken zum Begriff der Reichsmäßigkeit der Diensthandlung bei § 113 StGB», *ZStW*, 106 (1994), p. 592 e ss., DREIER / TRÖNDLE⁴⁷, § 113, n.º m. 11 e ss., JESCHECK / WEIGEND, *AT*⁵, § 35, I, 3, e SCH / SCH / ESER²⁶, § 113, n.º m. 21 e ss., esp. n.º m. 28.

⁽⁸⁴⁾ DREIER / TRÖNDLE⁴⁷, § 113, n.º m. 11.

⁽⁸⁵⁾ JELLINEK, Walter, *Verwaltungsrecht*³, 1931, p. 373, *apud* ROXIN, *AT*³, § 17, n.º m. 11⁵. À afirmação de Jellinek — “daß der Staat das große Vorrecht hat, sich irren zu dürfen” —, SPENDEL, *LK*¹¹, § 32, n.º m. 64, contrapõe que o privilégio é o maior inimigo do direito, invocando a palavra de Ebner v. Eschenbach: “Der größte Feind des Rechtes ist das Vorrecht”.

⁽⁸⁶⁾ Cf. LENCKNER, «Die Rechtfertigungsgründe...», *H. Mayer-FS*, p. 182.

⁽⁸⁷⁾ JESCHECK / WEIGEND, *AT*⁵, § 35, I, 3.

A licitude da conduta do funcionário dependerá sempre, todavia, do cumprimento de determinadas condições. É praticamente consensual, desde logo, que a legitimidade pressupõe que o funcionário seja, de facto, material e territorialmente competente. A competência material existe quando a medida pertence ao círculo das funções legalmente atribuídas ao funcionário⁽⁸⁸⁾. Um desvio de competência, mesmo que por equívoco do funcionário, torna a intervenção ilegítima⁽⁸⁹⁾. Mais se exige que sejam respeitadas as formalidades e procedimentos essenciais para tutela dos interesses jurídicos do afectado pelo facto. Como ainda, para alguns, deve a conduta manter-se dentro dos limites impostos pelos princípios da necessidade⁽⁹⁰⁾ e da proporcionalidade⁽⁹¹⁾, que em geral devem orientar a intromissão dos órgãos estaduais na esfera jurídica dos particulares.

Se no caso concreto estiverem reunidos os requisitos específicos da autorização legal então não haverá dúvida de que o facto se encontra justificado e é legítimo. Porém, a teoria do conceito de licitude penal equipara a esta situação aquela em que, observados os requisitos relativos à competência, às formalidades essenciais e à necessidade e proporcionalidade da conduta, o funcionário através de um exame dos factos conforme ao dever se convence que os elementos materiais do tipo autorizador estão verificados e actua determinado por essa convicção, quando na realidade não estão. Assim, decidiu a jurisprudência, com a concordância da doutrina maioritária que, v. g., nos casos em que um funcionário judicial que procedeu à penhora de bens encontrados na casa de um terceiro completamente alheio à dívida exequenda e que ele julgou tratar-se da casa do executado ou de um agente policial que deteve um indivíduo muito parecido com um procurado, convencido que dele se tratava, tendo os funcionários actuado de modo cuidadoso em ambas as situações, as respectivas condutas foram lícitas.

⁽⁸⁸⁾ Cf. WERNER, *LK*⁸, § 113, V. 1, e SCH / SCH / ESER²⁶, § 113, n.º m. 24.

⁽⁸⁹⁾ Contra, AMELUNG, «Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten», p. 335, e STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, p. 187 e s., que aceita esta consequência apenas para a incompetência que dice a nulidade do acto.

⁽⁹⁰⁾ SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 84.

⁽⁹¹⁾ SCHMIDHAUSER, *AT*, 9/26, MAURACH / ZIRFF, *DP-PG*⁷, I, § 29, n.º m. 5, JESCHECK / WEIGEND, *AT*⁵, § 35, I, 2, MAURACH / SCHROEDER / MAIWALD, *BT*²⁷, § 69, n.º m. 14, e SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 84.

Uma tendência minoritária dentro da teoria do conceito de licitude penal realiza ainda uma equiparação entre a situação em que o erro incide sobre a realidade fáctica e a situação em que o funcionário, não obstante o exame conforme ao dever, incorre num erro sobre a admissibilidade legal da intervenção, num erro de direito (92). Em ambos os casos a actuação oficial deveria ser considerada legítima, pois as razões que ditam a legitimidade do acto em caso de erro sobre a situação de facto são as mesmas que geralmente estão na base do erro sobre a situação jurídica (93). Trata-se, no entanto, de uma posição que suscita o repúdio geral, por se entender que incumbe ao Estado proporcionar aos seus funcionários uma preparação jurídica adequada às funções que desempenham (94) e pela consideração de que se está perante uma questão atinente ao erro sobre a proibição e por isso não passível de exclusão da ilicitude (95).

A caracterização do conteúdo do exame conforme ao dever permite observar uma evolução na teoria do conceito de licitude penal, no sentido de tornar esse exame mais objectivo e menos dependente da boa fé ou da capacidade do próprio funcionário. Facto que, no fundo, foi determinado pelas críticas crescentes que sobre ela se foram abatendo. Embora descrito como devendo consistir numa análise cuidada e prudente da situação de facto (96), o certo é que esse exame é concebido por um determinado sector como exercício de uma discricionariedade conforme ao dever (*Pflichtentzichte Ermessen*) (97), em relação ao qual se

(92) Cf. WERNER, *LK⁸*, § 113, V. 3. a), e v. BUBNOFF, *LK¹¹*, § 113, n.º m. 34. Na conclusão, ainda STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, p. 190, mas com base na distinção administrativa entre actos nulos e anuláveis, que o aproxima sobretudo da teoria da eficácia — cf., agora, todavia, em sentido contrário, STRATENWERTH, *AT⁹*, § 9, n.º m. 126.

(93) v. BUBNOFF, *LK¹¹*, § 113, n.º m. 34.

(94) Cf. AMELUNG, «Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten», p. 334 e s.

(95) Cf. v. g., SCH / SCH / ESER²⁶, § 113, n.º m. 29.

(96) V. g., DREHER / TRÖNDLE¹⁷, § 113, n.º m. 14.

(97) KOHLRAUSCH / LANGE, § 113, II. 2. MEZGER, *Strafrechtl.*, II, *BT⁴*, § 82, III. 3. MAURACH, *BT*, § 67, II. 2. a), cc), e *AT*, § 28, II. A. 4. WERNER, *LK⁸*, § 113, V. 3 a), SCHÖNKE / SCHROEDER¹⁷, § 113, n.º m. 28. MAURACH / ZIPF, *DP-PG⁷*, I, § 29, n.º m. 6. MAURACH / SCHROEDER / MAIWALD, *BT²⁷*, § 69, n.º m. 15, e DREHER / TRÖNDLE¹⁷, § 113, n.º m. 14.

afirma que só um erro determinado por uma culpa grosseira (98), uma negligência grosseira (99), uma actuação arbitrária, um abuso de poder (100) ou uma violação manifesta das regras de discricionariedade (101) poderá tomar ilegítima a actuação do funcionário.

É também nesta corrente da teoria do conceito de licitude penal que preconiza um exame à situação de facto de natureza eminentemente subjectiva, no fundo referida à boa fé do funcionário, que encontramos uma parte significativa daqueles que defendem, em matéria de ordens da autoridade, que a justificação do facto praticado em cumprimento de uma ordem de um superior depende da legitimidade dessa mesma ordem. A relação entre uma questão e outra é estabelecida de modo a considerar que legítima é não apenas a ordem ditada para a realização de um acto formal e substancialmente conforme ao direito, como também a ordem que se refere a um facto que, não obstante não se apresentar como materialmente correcto, foi precedido de um exame conforme ao dever e por isso é tido como lícito (102). Em ambos os casos, porque a ordem é legítima, sobre o subordinado impende um dever de obediência e a respectiva conduta de execução é também qualificada como lícita.

Na medida em que a licitude do facto levado a cabo pelo subordinado é colocada na dependência não da efectiva e completa conformidade ao direito do acto do superior, mas tão-só da confiança que este deposite na verificação dos pressupostos materiais da intervenção, será

(98) SCHÖNKE / SCHROEDER¹⁷, § 113, n.º m. 29, e também v. BUBNOFF, *LK¹¹*, § 113, n.º m. 33.

(99) LACKNER, *Strafgesetzbuch¹⁸*, § 113, 5. c), cc).

(100) WERNER, *LK⁸*, § 113, V. 3 a).

(101) MAURACH, *AT*, § 28, II. A. 4.

(102) KOHLRAUSCH / LANGE, § 113, II. 2. a), MAURACH, *BT*, § 67, II. 2. a), dd), SCHÖNKE / SCHROEDER¹⁷, antes do § 51, n.º m. 23. MAURACH / ZIPF, *DP-PG⁷*, I, § 29, n.º m. 10. MAURACH / SCHROEDER / MAIWALD, *BT²⁷*, § 69, n.º m. 18. LACKNER, *Strafgesetzbuch¹⁸*, § 113, 5. c), cc), DREHER / TRÖNDLE¹⁷, § 113, n.º m. 15. Configurando embora o exame conforme ao dever em termos diferentes, atribuindo-lhe um carácter eminentemente objectivo, como veremos infra em texto, aderem a esta ideia, LACKNER / KÜHL, *Strafgesetzbuch²²*, § 113, n.º m. 14. JESCHECK / WEIGEND, *AT⁵*, § 35, II. 4, e SCH / SCH / ESER²⁶, § 113, n.º m. 31. Contra a posição de princípio referida em texto, STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, p. 191 e ss.

a procedência desta última premissa que ditará a eventual procedência daquela asserção. Não faria sentido aceitar que o exame conforme ao dever pudesse excluir a ilicitude do acto do superior e ao mesmo tempo abandonar o subordinado à sua sorte. Em todo o caso, o problema não se chegará a colocar por ora, dado que a teoria do conceito de licitude penal deve ser recusada em toda a sua extensão ⁽¹⁰³⁾.

Logo a consideração de que o exame imposto ao funcionário se traduz num poder de discricionariedade é objecto de reservas. Tendo em conta o princípio da legalidade da administração, uma tal faculdade deve ser mantida tanto quanto possível dentro de estreitos limites ⁽¹⁰⁴⁾ e não pode ser concedida com a amplitude que poderia resultar das considerações daquele sector. Além disso, como aponta Stratenwerth ⁽¹⁰⁵⁾, esta perspectiva é incompatível com a doutrina jurídico-administrativa relativa à discricionariedade, que a considera como existente quando a lei concede ao funcionário a escolha entre diferentes soluções jurídicas.

⁽¹⁰³⁾ A teoria do conceito de licitude penal é contestada sob as mais diversas perspectivas — cf. CARVALHO, Taipa de, *A Legítima Defesa*, p. 203³⁶; ANDRADE, Costa, «Violação de Domicílio...», p. 739 e ss., e *Comentário Coniurbricense*, III, art. 378.º, § 21 e ss.; DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 18.º Cap., § 2 e ss.; SCHELLHAMER, «Blutentnahme durch Medizinalassistenten», p. 319 e s.; ROSTEK, «StGB § 113 (Polizeiliches Handeln auf dienstlichen Befehl)», p. 1335 e s.; MEYER, Wolfgang, «Der Begriff der Rechtmäßigkeit einer Vollstreckungshandlung i. S. Des § 113 Abs. 3 StGB», *JR*, 1975, p. 353 e ss.; WÄGNER, Heinz, «Zum Rechtmäßigkeitsbegriff bei § 113 Abs. 3 StGB», *JR*, 1975, p. 353 e ss.; WÄGNER, Heinz, «Die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung», *Jds*, 1975, p. 224 e ss.; OSTENDORF, «Die strafrechtliche Rechtmäßigkeit...», p. 165 e ss.; SCHÜNEMANN, Bernd, «Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars», *GA*, 1985, p. 365 e ss.; AMELUNG, «Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten», p. 334 e ss.; BACKES / RANSIEK, «Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte», p. 626 e ss.; KREY, *BT*?, § 7, n.º m. 506 e ss.; JAKOBS, *DP-PG*, 16/2 e ss.; ROXIN, *AT*?, § 17, n.º m. 4 e ss.; SPENDEL, *LK* II, § 32, n.º m. 64 e ss.; SANCHEZ GARCA, *Ejercicio Legítimo del Cargo*, p. 144 e ss.; e IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, *Fundamento y Requisitos Estrictivos de la Legítima Defensa (Consideración Especial a las Restricciones Éticas Sociales)*, Granada: Comares, 1999, p. 126 e ss.

⁽¹⁰⁴⁾ JAKOBS, *DP-PG*, 16/6.

⁽¹⁰⁵⁾ STRATENWERTH, *Veranwortung und Gehorsam*, p. 172 e ss., em crítica directamente dirigida a WERNER, *LK*?, § 113, V. Em sentido crítico, também DEHLER, «Handeln auf Befehl», p. 302; THIELE, «Zum Rechtmäßigkeitsbegriff bei § 113 Abs. 3 StGB», p. 353; e ANDRADE, Costa, «Violação de Domicílio...», p. 738 e ss., esp. nota 75.

mente equivalentes como forma de cumprimento de um determinado tipo legal. Ora, em muitos dos casos levados pela jurisprudência e pela doutrina ao exercício de um poder discricionário, como a penhora de bens não pertencentes ao devedor ou a detenção de um inocente, não há na realidade o exercício de qualquer discricionariedade, pois os respectivos tipos autorizadores estabelecem de forma inequívoca os pressupostos da intervenção ⁽¹⁰⁶⁾ e não admitem qualquer liberdade de opção entre várias soluções juridicamente equivalentes, consistindo o exame numa comprovação conforme ao dever da situação de facto.

Independentemente de saber se o exame devido constitui um poder discricionário ou tão-só uma comprovação dos factos conforme ao dever ⁽¹⁰⁷⁾, é o modo como esse exame é concebido e as exigências que a ele são feitas que verdadeiramente põem em causa este sector da teoria do conceito de licitude penal. Segundo esta corrente, só naqueles casos extremos de culpa grosseira, arbitrariedade ou abuso de poder, em que já não se possa de todo relevar ao funcionário o erro em que incorreu, será a sua intervenção qualificada como ilegítima. É sobretudo sobre esta conclusão e sobre o pensamento acerca das relações entre o Estado e o cidadão que ela reflecte que acabam por confluir as críticas, de índole político-criminal e dogmática, dirigidas à teoria do conceito de licitude penal.

A consideração de que uma intervenção estadual deve ser considerada legítima mesmo quando os pressupostos legais que a autorizariam não estão objectivamente reunidos, desde que o funcionário que a leva a cabo actue convencido do contrário, assim impondo ao cidadão afectado um dever de suportar essa intromissão na sua esfera jurídica, negando-lhe a legítima defesa e inclusive ameaçando-o com uma pena por resistência caso a ela se oponha, é própria de um Estado autoritário ⁽¹⁰⁸⁾ e não de um Estado liberal ⁽¹⁰⁹⁾ e de direito. Este caracte-

⁽¹⁰⁶⁾ Cf. AMELUNG, «Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten», p. 334.

⁽¹⁰⁷⁾ JESCHECK / WEIGEND, *AT*?, § 35, I, 3.

⁽¹⁰⁸⁾ Cf. SCHELLHAMER, «Blutentnahme durch Medizinalassistenten», p. 319, ROXIN, *AT*?, § 17, n.º m. 11, e SPENDEL, *LK* II, § 32, n.º m. 68.

⁽¹⁰⁹⁾ AMELUNG, «Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten», p. 335, considera que a intenção de introduzir o pensamento liberal no StGB, através da limitação da punição penal da resistência às acções estaduais legítimas, tem sido contrariada pela

riza-se pela submissão do Estado à lei e ao direito (arts. 2.º e 3.º-2 da CRP) (110) e pelo princípio de que as regras que ele próprio estabelece para o cidadão, a quem exige o respectivo cumprimento, também o vinculam e devem ser por si respeitadas (111). Princípio reforçado pela exigência de que actos estaduais que afectem os direitos fundamentais dos particulares só são admissíveis se e na estrita medida em que se encontrem legalmente autorizados (art. 18.º-2 da CRP), sendo vedado à Administração e aos Tribunais uma conformação autónoma que não encontre uma sustentação mínima na lei. Ao qualificar como lícito o exercício de autoridade sob a verificação de pressupostos especiais que substituem os requisitos legais, dando desse modo uma maior amplitude à intervenção permitida, com a consequente compressão acrescida dos direitos dos particulares, a teoria do conceito de licitude penal viola o princípio da reserva de lei (112). Do mesmo passo, se daí derivar a punição do cidadão por um crime de resistência ou de desobediência, viola ainda o princípio da legalidade criminal.

Esta interpretação coloca o risco do erro praticamente apenas sobre os ombros do cidadão, estabelecendo um forte desequilíbrio na relação entre este e o Estado (113). Desequilíbrio que se acentua na eventualidade de

jurisprudência no último século e invoca o contrastante exemplo inglês, em que durante esse mesmo período tem valido o princípio de que punível é apenas a resistência contra a acção estadual caracterizada como "lawfully", sem que se tenha assistido a um colapso do Estado e da sua Administração.

(110) Um Estado que, de acordo com Dias, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 3.º Cap., § 14, "mantém intocada a sua ligação ao direito, e mesmo a um esquema rígido de legalidade, e se preocupa por isso antes de tudo com a consistência efectiva dos direitos, das liberdades e das garantias da pessoa; mas que, por essa razão mesma, se deixa mover, dentro daquele esquema, por considerações de justiça na promoção e na realização de todas as condições — políticas, sociais, culturais, económicas — do desenvolvimento mais livre possível da personalidade ética de cada um". Desenvolvidamente, Dias, Jorge de Figueiredo, «Direito Penal e Estado-de-Direito Material (Sobre o método, a construção e o sentido da doutrina geral do crime)», *Revista de Direito Penal*, Vol. 31, 1982, p. 38 e ss.

(111) OSTENDORF, «Die strafrechtliche Rechtsmäßigkeit...», p. 169. Cf. ainda SCHÜNNEMANN, «Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft...», p. 366 e s.

(112) Assim também, ANDRADE, Costa, «Violação de Domicílio...», p. 742 e s., AMELUNG, «Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten», p. 335, SCHÜNNEMANN, «Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft...», p. 366, e ROXIN, *AT*, § 17, n.º m. 9, (113) ANDRADE, Costa, «Violação de Domicílio...», p. 743.

o particular dever ainda responder penalmente por desobediência ou resistência ao acto da autoridade. O que é a todos os títulos inaceitável. Por um lado, dado que não estão cumpridos os pressupostos objectivos da intervenção, a actuação do funcionário não constitui uma efectiva prossecução do interesse público e não há por isso uma verdadeira lesão ou colocação em perigo do bem jurídico respectivo, a autonomia intencional do Estado (114). Por outro lado, essa eventual punição acaba por depender da atitude assumida pelo funcionário na prática do facto, que o particular regra geral desconhece e não tem sequer obrigação de conhecer, pois "o cidadão só deve obediência à lei, não à boa fé do funcionário" (115).

Em último termo, o que está em causa na teoria do conceito de licitude penal não é saber se o agente estadual actuou ou não licitamente, mas antes se o cidadão deve ser ou não penalmente responsabilizado por resistência ao poder estadual (116). cremos que, em um Estado de direito democrático, um cidadão não pode ser punido por se defender através de um meio necessário de um acto estadual que objectivamente viola a sua esfera jurídica, derivado de um erro alheio e que ele não poderia em absoluto controlar. A aceitação do contrário, por apelo aos fundamentos e premissas da teoria do conceito de licitude penal, viola a dignidade pessoal do cidadão. Com efeito, o privilégio do erro é no essencial sustentado pela ideia de preservação da autoridade do Estado e pela promoção da eficiência e da capacidade de decisão dos órgãos estaduais. A imposição de uma pena, para defesa destes interesses, a quem reagiu contra uma actuação desconforme ao direito, depois de ter visto já a sua situação jurídica afectada por essa mesma intromissão,

(114) Assim, quanto ao tipo legal de resistência e coacção sobre funcionário (art. 347.º do CP), MONTEIRO, Cristina Libano, *Comentário Conimbricense*, III, Nótula antes do art. 347.º e art. 347.º, § 16. Não acompanhamos, porém, MONTEIRO, Cristina Libano, *Comentário Conimbricense*, III, art. 347.º, § 18, na conclusão de que "a resistência a acto ilegítimo não integra a previsão do art. 347.º, desde que a ilegitimidade do acto seja *notória ou manifesta*" [ênfase do nosso], pela clara filiação na teoria do conceito de licitude penal que revela: condição para que o particular seja punido por resistência não é a legitimidade do acto, mas tão-só a sua não evidente ilegitimidade.

(115) ZIELINSKI, AK, § 113, n.º m. 24, *apud* ANDRADE, Costa, «Violação de Domicílio...», p. 743.

(116) AMELUNG, «Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten», p. 335, e BACKEK / RANSIEK, «Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte», p. 627 e s.

representa não apenas um duplo sacrifício, como também ainda uma instrumentalização da pessoa com vista à prossecução de fins que lhe são estranhos, o que por si só constitui um desrespeito pela sua dignidade pessoal. Contra isto será inútil alegar com a necessidade da protecção da pessoa do funcionário, pois a punição do cidadão por resistência visa em primeira linha tutelar a autoridade estadual e a lesão ou colocação em perigo de interesses juridicamente protegidos do funcionário é tutelada de modo suficiente pelos tipos legais de crime referidos aos bens jurídicos respectivos e pelas regras gerais da legítima defesa. Tanto mais que decisiva para a defesa do poder decisório e de actuação dos agentes estaduais não é a concessão de um privilégio do erro, mas sim “uma legislação relativa aos actos dos funcionários e à sua responsabilidade que acatele na medida devida e precisa as condições difíceis, inadiáveis e quantas vezes imprevisíveis em que aqueles têm que actuar” (117).

Em termos dogmáticos, a teoria do conceito de licitude penal representa uma subjectivização da ilicitude que a torna indistinta da culpa (118) e limita o direito de legítima defesa muito para além do aceitável (119). Além disso, no plano sistemático, é incongruente com a maior exigência que a ordem jurídico-penal normalmente coloca sobre o funcionário por comparação com o cidadão comum e que é claramente perceptível nos crimes específicos impróprios cometidos no exercício de funções públicas (compare-se, *v. g.*, os arts. 190.º/378.º, 205.º/375.º e 195.º/383.º), em que a punição agravada corresponde a um dever intensificado que impende sobre o funcionário (120), e na ideia de exigibilidade acrescida presente nas causas de exclusão da culpa de excesso intensivo de legítima defesa (art. 33.º-2 do CP) e de estado de necessidade desculpante (art. 35.º-1 do CP), que em geral se impõe aos funcionários (121).

(117) DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 18.º Cap., § 5. Neste sentido, cf. ainda BACKES / RANSIEK, «Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte», p. 627, e ROXIN, *AT*³, § 17, n.º m. 12.

(118) Cf. SPENDEL, *LK*¹¹, § 32, n.º m. 64, e ROXIN, *AT*³, § 17, n.º m. 12.

(119) SPENDEL, *LK*¹¹, § 32, n.º m. 68.

(120) Sobre a distinção entre crimes comuns e crimes específicos, DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 11.º Cap., § 33 e ss.

(121) Cf. DIAS, Figueiredo, «Pressupostos da Punição e Causas que Excluem a Illicitude e a Culpa», *Jornadas de Direito Criminal. O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, Lisboa: Fase I, CEI, 1983, p. 80.

2. As críticas que dos mais variados quadrantes e sob as mais diversas perspectivas foram lançadas à teoria do conceito de licitude penal levaram a que no seu seio surgisse uma nova compreensão do exame conforme ao dever. Reconfirmação motivada não tanto pelas objecções de índole político-criminal contra ela avançadas, que se mantêm no essencial válidas também em relação a esta corrente, quanto pelas dificuldades sentidas perante as reservas suscitadas por uma concepção de exame conforme ao dever de pendor marcadamente subjectivo, dependente da capacidade individual do funcionário e da sua boa fé. É ainda a ideia de que cumpre preservar a capacidade de prestação dos serviços públicos e assegurar aos funcionários uma protecção reforçada no exercício da sua actividade que move esta nova tomada de posição e funda a convicção de que o conceito de licitude penal deve dispor de uma segunda oportunidade (122). São mantidas as tradicionais exigências relativas à competência material e territorial do funcionário e à observância das formalidades essenciais para a tutela do afectado, mas abandona-se a perspectiva do exame conforme ao dever de cariz subjectivo, que afere a intervenção e o exame que a determinou à luz da capacidade individual do funcionário e do que lhe seria exigível nessa concreta situação de acordo com as suas condições pessoais (123). Segundo esta nova corrente, o exame conforme ao dever tem natureza objectiva, devendo consistir numa comprovação cuidadosa da situação de facto orientada pelo critério objectivo (124) daquilo que em uma tal situação seria exigível a um funcionário médio da mesma categoria (125). Deste modo, a execução do acto de autoridade deverá depender de um razoável convencimento de que estão reunidas as condições de que a lei faz depender a autorização para actuar, não bastando a mera possibilidade de tal ocorrer (126), e de uma estrita vinculação ao princípio da proporcionalidade (127).

(122) VIT, «Gedanken zum Begriff...», pp. 591 e 593 e ss.

(123) SCH / SCH / ESER²⁶, § 113, n.º m. 27.

(124) SCH / SCH / ESER²⁶, § 113, n.º m. 27, HORN, *SK*, § 113, n.º m. 11a, e LACKNER / KOHL, *StRaggesetzbuch*²², § 113, n.º m. 12.

(125) Nesta direcção, QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Debida*, p. 214 e s.

(126) VIT, «Gedanken zum Begriff...», p. 596.

(127) VIT, «Gedanken zum Begriff...», p. 594 e ss., e SCH / SCH / ESER²⁶, § 113, n.º m. 27.

Próximas destas posições estão aquelas que, podendo embora considerar a teoria do conceito de licitude penal como desnecessária, só aparentemente se colocam à sua margem. Aqui convergem aqueles que, concordando com a necessidade pragmática de promover um funcionamento tanto quanto possível eficaz dos órgãos estaduais, apontam para a exclusão da ilicitude da conduta do funcionário e assim retiram o direito de legítima defesa ao particular atingido pelo acto estadual que não observa os pressupostos da lei extra-penal. Nesse sentido negam, porém, a necessidade de criação de um conceito de licitude especial e recorrem antes àquelas que no seu entender são as regras gerais. Assim, Lenckner, seguido de perto por Jescheck e Weigend, considera que a teoria do conceito de licitude penal aponta a direcção correcta, mas recusa a necessidade de apelar a um "privilegio do erro do Estado" e de criar uma causa de justificação especial para o funcionário (128). Avança, por isso, com uma tese de ordem geral que entronca no discutido problema acerca da admissibilidade da comprovação conforme ao dever como elemento subjectivo das causas de exclusão da ilicitude. Nomeadamente, a questão de saber se além da verificação dos pressupostos objectivos da causa de justificação e do pressuposto subjectivo geral, a representação dos elementos objectivos do tipo justificador, a exclusão da ilicitude deverá ainda depender de um exame conforme ao dever da situação de facto. Exigência antes colocada pela jurisprudência alemã relativa ao estado de necessidade justificante supra-legal (129) e da qual resultava a punição a título de dolo do agente que, embora actuando num quadro em que se verificassem os elementos objectivos da justificação, não tivesse realizado uma averiguação cuidadosa da situação de facto. Tese que, nesta aceção, é hoje com razão unanimemente rejeitada pela doutrina: se preenchidos efectivamente os requi-

(128) SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 86.

(129) ROXIN, AT³, § 14, n.º m. 81, refere que tal jurisprudência perdura ainda hoje. Um eco desta jurisprudência encontra-se em CORREIA, Eduardo, I, p. 418, e no seu «Código Penal Projecto da Parte Geral», que no art. 43.º dispõe que "se o agente julgar, por erro censurável, verificados os pressupostos de facto do exercício de um direito de necessidade, será punível no quadro da moldura penal dolosa do facto praticado, livremenente atenuável". Para uma análise desenvolvida e crítica sobre o tema, cf. DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude*, § 21, III.

sitos objectivos da causa de exclusão da ilicitude, então tanto basta para que o facto esteja justificado, mesmo que o agente os tenha tomado como existentes de modo descuidado ou leviano (130). Tal se fica a dever, por um lado, à consideração de que o desvalor de resultado é afastado pela presença dos respectivos elementos objectivos e que para a exclusão do desvalor de acção será também aqui suficiente o conhecimento dessas circunstâncias objectivas. Por outro lado, a rejeição daquela jurisprudência é motivada pelo facto de a mesma conduzir, através de uma manipulação da teoria do erro, a uma ficção do dolo na hipótese de o agente errar sobre a existência dos pressupostos materiais do obstáculo à ilicitude, em virtude da não realização ou de uma realização defeituosa do exame de circunstancialismo fáctico. Na realidade, foram situações de estado de necessidade, sobretudo respeitantes à interrupção da gravidez (131), que levaram a jurisprudência alemã a erigir a comprovação conforme ao dever como pressuposto da justificação, no sentido de evitar situações de impunidade derivadas da não punição do aborto a título negligente, contornando para isso a regra geral da exclusão do dolo em caso de erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação e aproximando-se, assim, da teoria da culpa estrita. Com efeito, como nota Roxin, se para a exclusão da ilicitude não bastar a observância dos pressupostos objectivos e a respectiva representação, sendo ainda necessária uma comprovação conforme ao dever, então por maioria de razão a aceitação equivocada da situação justificante não é suficiente para excluir a punição dolosa (132). Proposta que constitui uma "violação flagrante do princípio da culpa" (133) e recebe, por isso, um repúdio generalizado.

(130) Cf. Dias, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude*, § 21, III, ANDRADE, Manuel da Costa, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal. Uma Perspectiva Jurídico-Criminal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 357 e s., CEREZO MIR, DP-PG⁶, II, p. 200, SANCHEZ GARCIA, *Ejercicio Legítimo del Cargo*, p. 144 e ss., ESER, Albin / BURKHARDT, *Derecho Penal. Cuestiones Fundamentales de la Teoría del Delito Sobre la Base de Casos de Sentencias*, Madrid: Colex, 1995, Caso 12, n.º m. 54, ROXIN, AT³, § 14, n.º m. 82, JAKOBS, DP-PG, 1/124 e ss., JESCHECK / WEIGEND, AT³, § 31, IV, 3, STRATEN-WERTH, AT⁴, § 9, n.º m. 122, e SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 17 e ss.

(131) Cf. ESER / BURKHARDT, *Derecho Penal*, Caso 12.

(132) ROXIN, AT³, § 14, n.º m. 81.

(133) DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude*, § 21, III.

A discussão em torno do exame conforme ao dever como pressuposto subjectivo geral das causas de justificação levou Lenckner a admitir a comprovação conforme ao dever como pressuposto subjectivo de várias causas de justificação, como a prossecução de interesses legítimos, o consentimento presumido e as *actuações oficiais* (134). A necessidade de um exame conforme ao dever nestas causas de exclusão da ilicitude é sustentada a partir do pensamento do risco permitido, pela consideração de que a elas está associada uma mera autorização de actuação (*Handlungsbefugnis*), que admite uma reacção em direito de necessidade, por contraposição às restantes causas de justificação fundadas nos princípios de interesse prevalente ou da ausência do interesse, como por exemplo a legítima defesa, o direito de necessidade e o consentimento, que concedem um direito de intervenção (*Eingriffsrecht*) e implicam da parte do afectado um corresponsivo dever de suportar (135). Aquelas dirimidas são conotadas com o pensamento do risco permitido pelo facto de conterem elementos típicos de cariz indeterminado, cujo preenchimento pressupõe uma avaliação *ex ante*, em geral marcada pela incerteza quanto à sua efectiva verificação, em ordem à realização de interesses juridicamente reconhecidos. Não obstante o risco da lesão injustificada de bens jurídicos de terceiros em virtude daquela incerteza quanto à efectiva observância dos pressupostos devidos, é a circunstância de se visar a prossecução de fins que a ordem jurídica reputa como valiosos que a leva a autorizar a conduta típica e a conferir-lhe a nota de licitude mesmo que em concreto não estejam verificados os requisitos objectivos que justificariam o facto. Mas tendo em conta o risco da não verificação de tais pressupostos, essa autorização só é concedida se o agente proceder com o cuidado objectivamente devido na comprovação da situação de facto justificante, em ordem a minimizar aquele risco e a possibilidade de

(134) Cf. LENCKNER, «Die Rechtfertigungsgründe...», *H. Mayer-FS*, p. 178 e ss., SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 10 e ss., 17 e ss. e 86. Na mesma direcção, JESCHICK / WEIGEND, *AT*³, § 31, IV, e § 36, LACKNER / KÜHL, *Strafgesetzbuch*²², § 113, n.º m. 17, e, quanto à prossecução de interesses legítimos e ao consentimento presumido, ANDRADE, *Costa. Liberdade de Imprensa*, p. 356 e s.

(135) SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 10 e ss. Contra, MAURACH / ZIPF, *DP-PG*⁷, I, § 24, n.º m. 19, e ROXIN, *AT*³, § 18, n.º m. 2 — cf., todavia, ROXIN, *AT*³, § 14, n.º m. 104 e ss.

lesões inúteis ou injustificadas nos bens jurídicos afectados (136). Quando o agente erre, apesar de levar a cabo o exame conforme ao dever, então esta comprovação adquire relevo como pressuposto autónomo da causa de justificação (137), com a particularidade de *substituir* os requisitos objectivos que não foram observados e assim permitir que o facto seja considerado como lícito. Segundo Lenckner, a comprovação conforme ao dever só é assim pressuposto da causa de justificação se o agente actuar em erro, pois em caso contrário, estando dados os elementos objectivos da causa de exclusão da ilicitude (v. g., num caso de detenção ao abrigo do § 127 do StPO a suspeita de fuga é fundada, porque o detido desajava efectivamente fugir), o agente não está limitado a uma mera autorização de actuação, mas dispõe já de um autêntico direito de intervenção, razão pela qual a conduta é objectivamente permitida e o único pressuposto subjectivo é a representação da situação justificante.

Independentemente da sua eventual pertinência no domínio da prossecução de interesses legítimos e do consentimento presumido, que é, aliás, por demais discutida e controversa (138), deve recusar-se o exame

(136) Deste modo, considera ANDRADE, *Costa. Liberdade de Imprensa*, p. 356 e s., que “o dever de comprovação resulta incontornável no «circulo hermenéutico» das causas de justificação assentes no *risco permitido*. Ele configura, com efeito, um pressuposto categorial e normativo deste princípio de tolerância, que só legítima as condutas perigosas suposta a actualização dos deveres de cuidado (codificados ou não) susceptíveis de deslocar o risco para lineares sociais suportáveis. O dever de informação ou comprovação vale, assim, como a expressão tipificada daquele mais amplo e genérico «dever objectivo de cuidado exigido no tráfico»”.

(137) SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 19.

(138) Sobre a discussão relativa à prossecução de interesses legítimos, cf. ANDRADE, *Costa. Liberdade de Imprensa*, p. 344 e ss. Segundo o mesmo A., *idem*, p. 354, “a controvérsia sobre o dever de informação como pressuposto autónomo da *Prosssecução de interesses legítimos*, que continua a fazer curso na doutrina alemã, pode de algum modo considerar-se superada entre nós” em face do teor do art. 180.º-4 do CP — cf. ainda COSTA, *Fauna. Comentário Coimbraicense*, I, art. 180.º, § 54 e ss., que neste contexto se refere também ao princípio do risco permitido, em todo o caso sujeito a limites de natureza objectiva. Negando a necessidade de uma comprovação conforme ao dever em relação ao consentimento presumido, DIAS, *Figueiredo, DP-PG*, I, 2004, 17.º Cap., § 32, ROXIN, Claus, «Sul Consenso Presumibile», *Antigittiridicita e Cause de Giustificazione. Problemi di Teoria dell'Illecito Penale* (org. Sergio Moccia), Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1996 (trad. de Wetzl-FS, 1974), p. 166 e ROXIN, *AT*³, § 18, n.º m. 30. No mesmo sentido quanto à justificação da interrupção da gravidez, DIAS, *Figueiredo, Comentário Coimbraicense*, I, art. 142.º, § 65.

conforme ao dever como pressuposto da eficácia justificante das actuações oficiais e, do mesmo passo, também a possibilidade de o mesmo substituir os respectivos requisitos objectivos em caso de erro (139). À partida, não se afigura correcto o paralelismo que se procura estabelecer entre estas e aquelas dirimentes, no sentido de a todas submeter ao princípio do risco permitido. Se em relação à persecução de interesses legítimos e ao consentimento presumido se poderá talvez afirmar que os seus pressupostos são tendencialmente indeterminados e por isso se tratam de causas de justificação às quais é imanente o pensamento do risco permitido, já quanto às actuações oficiais não será possível em geral concluir o mesmo, em virtude da sua extrema diversidade (140).

Decisivas para a rejeição da tese em análise (141) são as consequências que da mesma derivam em matéria de erro, inaceitáveis tanto no plano dogmático, como no plano político-criminal. É que a aceitação da comprovação conforme ao dever como pressuposto substitutivo da verificação dos elementos objectivos da causa de justificação tem como "reverso da medalha" a punição do agente a título de dolo no caso de o seu erro sobre as circunstâncias de facto justificantes derivar da não realização de um exame conforme ao dever, como é admitido expressamente por Lenckner e por Jescheck e Weigend (142). Consequência que se contrapõe ao regime geral, que ditaria a exclusão do

(139) Neste sentido, IGLESIAS RIO, *Legítima Defensa*, p. 129, para quem "do mesmo modo que a ausência do exame conforme ao dever não converte em ilegítima uma actuação pública legítima, tão-pouco transforma em objectivamente legítima a representação subjectiva individual errônea do funcionário derivada de um exame conforme ao dever, por muito cuidadoso que este tenha sido na verificação da situação de facto".

(140) Daí que SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 86, distinga entre as actuações oficiais que são dominadas pela ideia de risco permitido, às quais aplica o regime descrito, e aquelas que não o são, que devem ser disciplinadas pelas regras gerais do erro sobre os pressupostos materiais das causas de justificação. Porém, em caso de cuidadosa comprovação, ambas as vias conduzem ao mesmo resultado, a exclusão da ilicitude, dado que Lenckner perflha a concepção, desenvolvida *infra* em texto, § 6.3, de que a actuação conforme ao dever afasta não apenas o ilícito doloso, como também o ilícito negligente.

(141) Contra esta tese se pronuncia também JAKOBS, *DP-PG*, 11/24 e ss., que a acusa de confundir a situação justificante e a via para apurar a situação justificante.

(142) SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 19, e JESCHECK / WEIGEND, *AT*, § 41, IV, 3.

dolo e a punição por negligência, nos termos gerais. Punir com a pena do crime doloso aquele que, por crer estarem verificados os pressupostos objectivos de uma causa de exclusão da ilicitude, actua sem a atitude de hostilidade ou indiferença perante o dever-ser jurídico-penal que caracteriza a culpa dolosa e merece antes e apenas a censura própria da negligência, pela atitude pessoal de descuido que demonstrou no facto, constitui, digamo-lo uma vez mais com Figueiredo Dias, uma violação clara do princípio da culpa (143). Solução que, pelo menos entre nós, se revela ainda incompatível com o regime legal do erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação (art. 16.º-2 do CP), que não abre excepções, nem permite supor soluções especiais para causas de justificação supostamente especiais: esse erro exclui o dolo (144).

Em termos político-criminais, a punição por dolo é incongruente com as preocupações que determinam a extensão às actuações oficiais do regime específico das causas de justificação associadas ao pensamento do risco permitido. São, como vimos, necessidades de índole pragmática, relacionadas com a defesa da capacidade de decisão e actuação do aparelho estadual e com a protecção da pessoa do funcionário que motivam a concessão de uma disciplina privilegiada às actuações oficiais, substanciada no conceito de licitude penal. Todavia, se o tratamento é de privilegiado caso o funcionário realize um exame conforme ao dever, já quando tal exame não seja levado a cabo, nega-se a aplicação do regime geral e preconiza-se a punição com uma pena mais severa do que a que seria devida de acordo com as regras gerais, a do crime doloso. É incompreensível que aqueles que, pelo facto de o funcionário ter com frequência de actuar em condições difíceis e perigosas, que perturbam o seu processo de decisão e lhe limitam ou retiram o discernimento imprescindível para uma correcta apreciação da realidade, advogam a justificação se o agente actuar de modo diligente, ignorem que essas mesmas circunstâncias podem também determinar no funcionário uma inca-

(143) Cf. DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude*, § 21, III e *passim*, e ainda *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 264 e s. e *passim*.

(144) Assim, na conclusão, PEREIRA, Rui Carlos, «Justificação do facto e erro em Direito Penal», *Jornadas de Homenagem ao Prof. Doutor Cavaleiro de Ferreira*, sep. RFDL, Lisboa, 1995, p. 36.

pacidade ou uma dificuldade acrescida para lançar mão das regras e procedimentos de cuidado devidos e que, por isso, a punição dolosa é injusta e constitui uma sanção pesada e violenta. Regime que pode até ser contraproducente em relação ao objectivo de promover a eficácia da prestação de serviços estaduais. Perante a ameaça da punição por dolo, que as mais das vezes constituirá a linha de separação entre a responsabilidade e a irresponsabilidade penal, e conhecida que é a ténue e tantas vezes imprecisa fronteira entre a conduta diligente e a descuidada, com as dificuldades probatórias inerentes, a tendência do funcionário será para pensar primeiro em si próprio e só depois na realização do interesse público. Assim se potenciará nos funcionários uma atitude defensiva, que ao contrário do desejado poderá materializar-se não em comportamentos diligentes, mas tão-só em inúteis formalismos de cautela, comprometedores da almejada eficiência dos serviços públicos.

A punição a título de dolo do agente que incorre em erro sobre a situação de facto justificante seria por si só suficiente para que a tese do exame conforme ao dever como pressuposto substitutivo dos requisitos objectivos da actuação oficial fosse rejeitada, pelos inconvenientes apontados. É, todavia, a sua incompatibilidade com a teoria do erro que decisivamente determina a sua improcedência. Com efeito, a sede própria da discussão dogmática do problema colocado pela teoria do conceito de licitude penal é a doutrina geral do erro (145). O funcionário que realize um facto típico na convicção errada de estarem reunidos os pressupostos materiais de um tipo autorizador actua em erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação (146). Erro que não exclui a licitude do facto, mas tão-só o dolo (art. 16.º-2 do CP), mais concretamente o dolo da culpa, subsistindo o dolo do tipo e assim a ilicitude da conduta. A razão está com Figueiredo Dias quando, acompanhando Costa Andrade, rejeita expressamente o conceito de licitude penal: "não se quer significar porém, como uma certa doutrina alemã (que se acolhe sob

(145) Nesta direcção, OSTENDORF, «Die strafrechtliche Rechtsmäßigkeit...», p. 170, THIELE, «Zum Rechtsmäßigkeitbegriff bei § 113 Abs. 3 StGB», p. 353, ROSTER, «StGB § 113 (Polizeiliches Handeln auf dienstlichen Befehl)», p. 1335 e s., e RUDOLPH, H.-J., «Die pflichtgemäße Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung», *H. Schröder-Festschrift*, p. 91 e s., apud SÁNCHEZ GARCIA, *Ejercicio Legítimo del Cargo*, p. 150.

(146) Nos mesmos termos, ANDRADE, COSTA, «Violação de Domíllio...», p. 744 e s.

o designativo de doutrina da *ilicitude penal*), que quando o agente actue em erro sobre os pressupostos da justificação o seu facto deve considerar-se *licito*. (...) Nesta hipótese o facto é dolosamente ilícito, verifica-se o tipo subjectivo de ilícito doloso, só que o agente não actua com culpa dolosa e só pode ser por isso (eventualmente) punível a título de negligência" (147).

Na verdade, também nesta segunda oportunidade, deve a teoria do conceito de licitude penal ser rejeitada. Quer aqueles que nela claramente se filiam, como Eser e Vít, quer aqueles que se dizem dela afastar, mas que com ela comungam os valores de princípio e os resultados, como Lenkner, não logram superar as objecções de fundo que a mesma suscita na versão de índole mais subjectiva. Nas palavras de Costa Andrade, dirigidas embora a Roxin, está-se ainda aqui, "*volente nolente*, a sufragar a ideia de uma licitude na cabeça ou «na alma» (Goldschmidt) do funcionário" (148) e a afirmar o privilégio do erro do Estado com a correspondiva compressão dos direitos afectados pelo acto ilegítimo e das garantias de defesa do cidadão. É que o facto de o funcionário actuar de modo objectivamente diligente não deve iludir a circunstância de ele actuar também de forma objectivamente errada.

Pouco frequentes, senão mesmo raras, serão as vezes em que ao cidadão é dada a oportunidade de acompanhar o processo de formação da decisão e de preparação da sua execução, para aferir se o funcionário terá ou não actuado de modo que ele possa julgar como razoável e

(147) DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 18.º Cap., § 6. A nossa adesão a esta posição será ainda explicitada infra, em texto, § 6.3, a propósito deste erro sobre os pressupostos materiais de uma causa de justificação.

(148) ANDRADE, COSTA, «Violação de Domíllio...», p. 744. A invocação de Goldschmidt refere-se à seguinte passagem, citada por Costa Andrade, nota 93 (a tradução é deste A.), já considerada por STRATENWERTT, *Verrantwortung und Gehorsam*, p. 189 e s., como reveladora de uma dificuldade que não pode ser negada: "A lei pode exigir do cidadão que verifique se uma acção de um funcionário está em consonância com o direito, antes de se decidir a oferecer resistência ao funcionário. Mas não pode exigir que ele indague e perscrute o estado de alma do funcionário, se ele está de boa fé, se errou de forma desculpável ou o erro era ou não facilmente evitável (...) sempre que se reconhece à boa fé do funcionário a força para, sem mais, tomar a sua acção lícita, será forçoso enfrentar a questão — uma questão que não pode encerrar-se sem um atropelo no rosto — a saber: que efeito há-de reservar-se ao erro do cidadão sobre o erro do funcionário?"

cuidados. Mas mesmo quando isso aconteça não lhe será exigível ter de examinar o exame do funcionário. Desde logo porque está a ser objecto de uma medida que afecta os seus interesses e é com estes que naturalmente ele em primeiro lugar se preocupará, mas também porque muitas vezes não terá o discernimento e a preparação técnica para reavaliar essa avaliação. Além disso, a consideração de que caberá ao cidadão elucidar o funcionário do erro em que incorre, procurando para isso estabelecer um processo comunicacional com o agente estadual, o qual constituirá por via de regra o meio adequado do direito de necessidade que lhe é concedido (149), não deve ser sobre-avaliada. Se efectivamente o particular dispuser da oportunidade para mostrar ao funcionário que labora em erro deverá fazê-lo, pois essa será a forma mais eficaz de afastar o perigo que ameaça os seus interesses e a menos gravosa para o funcionário. Mas para isso é necessário que as circunstâncias em que a intervenção se desmola o permitam e em especial que o funcionário mostre disponibilidade para o escutar, o que, para não dizer mais, nem sempre acontece no contexto português (150). A nossa realidade concreta da prática comunicacional dos órgãos estaduais nas relações de autoridade que estabelecem com os cidadãos revela um aparelho estadual em geral pouco interessado na efectiva compreensão pelos

(149) SCHI / SCHI / LEVCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 86, e ROXIN, AT⁹, § 17, n.º m. 13. O dever de esclarecimento é ainda entendido, à partida, como o meio necessário em sede de legítima defesa por aqueles que negam eficácia justificante ao exame conforme ao dever, como BACKES / RANSIET, «Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte», p. 628.

(150) Paradigmática, no pior sentido, a situação julgada pelo Ac. do STJ de 30-06-1993, *BMJ*, n.º 428, 1993, em que numa simples diligência de identificação de uma juíza e de um advogado num posto policial, um agente policial dirige palavras injuriosas, ofende corporalmente e priva ilegalmente da liberdade essa juíza, mesmo depois de informado dessa sua qualidade. Não é que um caso isolado possa ser extrapolado para caracterizar toda uma corporação ou um aparelho estadual ou que os factos em causa fossem menos graves se praticados sobre qualquer outra pessoa, mas a circunstância de o dito agente policial se ter permitido fazer o que fez a uma magistrada não pode deixar de ser considerado como um sinal preocupante. Na verdade, o tipo de comportamentos e atitudes que aquele Ac. relata e outros ainda mais graves ocorrem com demarcada frequência nos postos policiais e nas penitenciárias portuguesas — cf., v. g., os relatórios anuais da Amnistia Internacional e os artigos que esta ONG tem especialmente dedicado a Portugal: www.amnesty.org/adh/laureport/index.html e <http://web.amnesty.org/library/eng-pdl/index>, respectivamente.

particulares das comunicações que lhes dirige e, por uma razão que poderíamos designar como de reciprocidade, exige contenção na apreciação desse dever de esclarecimento que se queira impor ao cidadão.

A realidade portuguesa torna ainda particularmente desaconselhável a adopção de um tal conceito de licitude penal. Tendo em conta as reservas que esse conceito suscita, em especial o desequilíbrio que introduz na relação entre o Estado e o cidadão e o tratamento de favor que concede ao funcionário, o sinal que desse modo seria transmitido a um aparelho estadual como o nosso, que se revela ainda demasiado opaco e propenso a exacerbar a sua posição de autoridade perante o cidadão (151), seria profundamente errado e contraditório com a necessidade de promover uma cultura de rigor e de máximo respeito pelos interesses juridicamente protegidos dos particulares. Para concluir, na palavra avisada de Figueiredo Dias, “depois de quase meio século de ditadura (...) se é necessário à nova ordem jurídica «guardar as costas» de alguém, não é preferencialmente dos agentes do Estado, mas dos cidadãos” (152).

§ 6.2. A teoria da eficácia

1. Em reacção à teoria do conceito de licitude penal surgiu na doutrina alemã uma corrente minoritária, denominada teoria da eficácia (*Wirksamkeitstheorie*), que propôs uma reinterpretção do conceito de legitimidade constante do § 113.3 do StGB, à luz dos critérios do direito público, mais concretamente do direito administrativo (153). Tese que também parte da ideia de que com o crime de resistência se visa essencialmente proteger o poder de decisão do Estado e a pessoa do funcionário, mas que considera que a teoria do conceito de licitude penal não satisfaz convenientemente esses objectivos. Não os satisfaz, porque torna a legitimidade do acto oficial demasiado dependente da boa fé do

(151) Com interesse, numa perspectiva pessoal de pendur sociológico, MÓNICA, Maria Filomena, *Visitas ao Poder*, 3.ª ed., Lisboa: Quetzal Editores, 2000.

(152) DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 18.º Cap., § 5.

(153) Cf. MEYER, «Der Begriff der Rechtmäßigkeit...», p. 1845 e ss., WÄGNER, «Die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung», p. 226 e ss., e KREY, *BT*⁹, § 7, n.º m. 506 e ss. Os Autores afirmam filiar-se em B. BENDER, *Die Rechtmäßigkeit der Amtshandlung im Sinne § 113 StGB*, Freiburg, 1953.

funcionário (154) e sobretudo porque considera ilegítimos actos que, na sua perspectiva, de acordo com o direito administrativo, deveriam ser qualificados como legítimos, estreitando em demasia o espaço de legítima actuação do funcionário.

À alternativa entre acto lícito e acto ilícito, a teoria da eficácia propõe três categorias jurídicas de actos de execução, de origem administrativa: actos lícitos; actos ilícitos, mas eficazes; e actos nulos, não eficazes. Os primeiros e os últimos não suscitam quaisquer dificuldades interpretativas nem divergências de tomo em relação à teoria do conceito de licitude penal, pois é pacífico que perante actos lícitos o particular não pode oferecer oposição e se o fizer poderá ser punido pelo crime de resistência e perante actos nulos, que não produzem efeitos jurídicos, a resistência é legítima.

São os actos que embora inválidos desencadeiam efeitos jurídicos, entre nós denominados anuláveis, que constituem o ponto nodal desta teoria da eficácia. Sendo esses actos eficazes, sobre o particular passa a recair um dever de suportar e uma eventual reacção só pode ser desencadeada no quadro dos meios de impugnação legais, como recursos ou reclamações, sendo negada a autotutela (155). Legítimos para efeitos da resistência punível são assim não apenas os actos oficiais lícitos, mas também os ilícitos e eficazes. Solução que, segundo os seus partidários, é imposta pela unidade da ordem jurídica (156) e em relação à teoria do conceito de licitude penal tem a vantagem de evitar que o cidadão tenha de adivinhar o pensamento do funcionário para avaliar a legitimidade do acto oficial, já que esta é determinada por critérios de natureza objectiva (157). Daqui resulta uma maior extensão do âmbito de actuação permitido ao funcionário mesmo em comparação com o que deriva do conceito de licitude penal, que considerámos já como absolutamente irrazoável, dado que ilegítimos são somente os actos oficiais que padecem de nulidade. Assim, actos que segundo a teoria do conceito de licitude penal seriam ainda considerados ilegítimos, já não o são pela teoria da eficácia, na medida em que representam uma mera anulabilidade: *v. g.*, os actos que violam as

normas de competência ou as regras relativas à discricionariedade (158). Em suma, a resistência do cidadão só é admitida contra actos nulos; os actos anuláveis são equiparados aos actos formal e materialmente válidos e implicam um dever de tolerância do cidadão, sob pena de punição criminal por resistência.

2. Entre nós, na doutrina administrativista relativa à invalidade do acto administrativo há uma posição de princípio, que reúne um consenso alargado, próxima daquela teoria da eficácia. Na esteira da caracterização da invalidade do acto administrativo adoptada por Marcello Caetano, um dos elementos distintivos entre acto nulo e acto anulável é precisamente a sua obrigatoriedade para o particular. Ao passo que o acto nulo não produz efeitos jurídicos (159) e por isso “os particulares não devem obediência e podem legitimamente opor resistência passiva à respectiva execução, mesmo sem ele ter sido declarado nulo por qualquer autoridade ou tribunal” (160), “o acto anulável produz efeitos até à anulação: enquanto não for anulado, é um acto eficaz e obrigatório, não apenas para os funcionários mas também para os particulares a que se destine” (161). Característica esta, a da obrigatoriedade, que constitui

(158) Cf. MEYER, «Der Begriff der Rechtmäßigkeit...», p. 1846.

(159) De todo o modo, o art. 134.º-3 do CPA admite “a possibilidade de atribuição de certos efeitos jurídicos a situações de facto decorrentes de actos nulos”, os chamados efeitos putativos — cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de, «Validade (do Acto Administrativo)», in: José Pedro Fernandes (dir.), *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VII, Lisboa, 1996, p. 586 e ss., e OTERO, Paulo, *Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 1030 e ss.

(160) CAETANO, Marcello, *Manual*º, I, p. 516. No mesmo sentido, AMARAL, Freitas do, *Curso*, II, p. 405, que distingue de uma forma mais nítida entre desobediência e resistência: “os particulares e os funcionários públicos têm o direito de desobedecer a quaisquer ordens que consistem de um acto nulo. Na medida em que este não produz efeitos, nenhum dos seus imperativos é obrigatório. Se mesmo assim a Administração quiser impor pela força a execução de um acto nulo, os particulares têm o direito de resistência passiva (Constituição, artigo 21.º). Ainda neste sentido quanto aos actos nulos violadores de direitos, liberdades e garantias de natureza constitucional, mas sem se pronunciar sobre os actos anuláveis, ESTREVES, Maria da Assunção, *A Constitucionalização*, p. 236 e s.

(161) CAETANO, Marcello, *Manual*º, I, p. 518. Na mesma direcção, AMARAL, Freitas do, *Curso*, II, p. 407, MOREIRA, Víal, *Direito Administrativo* (2.ª Turma), Cap. 7,

(154) WAGNER, «Die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung», p. 225 e s.

(155) KREY, *BfJ*º, § 7, n.º m. 507.

(156) MEYER, «Der Begriff der Rechtmäßigkeit...», p. 1846 e s.

(157) WAGNER, «Die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung», p. 227.

inclusive uma das razões de ser da anulabilidade, pois, segundo Rui Machete, "se se recusassem «ab initio» efeitos ao acto anulável seria fácil perturbar a autoridade da Administração, submetendo os seus actos válidos a impugnações maliciosas ou, apenas, temerárias. Por outra parte, se o acto anulável não produzisse efeitos «medio tempore» até à sua anulação ou até esta se tornar impossível por o acto se tornar inimpugnável, o particular poderia opor legítima resistência às pretensões da Administração fundadas naquela" (162), prejudicando a eficiência da Administração e comprometendo a prossecução dos interesses públicos.

Em todo o caso, não será correcto colocar no mesmo plano estas posições defendidas por boa parte da doutrina administrativista portuguesa com as daquela teoria da eficácia alemã. As considerações dos administrativistas são desenvolvidas no quadro geral do direito administrativo e dizem respeito à realidade administrativa em toda a sua amplitude, que transcende em larga medida aquilo que é relevante para efeitos penais. A única intersecção com o direito penal tida em conta pelos autores administrativistas limita-se à questão da nulidade dos actos administrativos cujo objecto constitua crime (art. 133.º-2-c) do CPA), em termos que analisaremos infra, não sendo tecida qualquer consideração acerca da possibilidade de do não acatamento de um acto anulável pelo particular poder derivar uma punição pelos crimes de resistência ou de desobediência. Ora, é precisamente neste último plano, no contexto do crime de resistência sobre funcionário, que a teoria da eficácia se desenvolve, defendendo que só o acto nulo pode justificar a oposição do particular e que a resistência a actos anuláveis fará incorrer o agente em responsabilidade penal. É, portanto, bem nítida a distância que separa uma tese da outra: a teoria da eficácia vai mais além, não se limita a apontar efeitos jurídicos ao acto anulável e

p. 48 ("uma vez que o acto anulável produz efeitos enquanto não for anulado, ele vincula os respectivos destinatários, que não lhe poderão desobedecer, podendo tal acto ser executado, mesmo coactivamente, se possuir força executória"), e OTERO, Paulo, *Legalidade e Administração Pública*, p. 1025 ("esses actos — ainda que inválidos e anuláveis — são imperativos, gerando dever de obediência, e susceptíveis de imposição coactiva, possuindo privilégio de execução prévia").

(162) MACHETE, Rui Chancelle de, «Privilégio da Execução Prévia», in: José Pedro Fernandes (dir.), *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VI, Lisboa, 1994, p. 45421.

aponta uma responsabilização penal para o particular que com ele não se conforme e se lhe oponha.

3. Como referimos, a teoria da eficácia surgiu na doutrina alemã a propósito do conceito de legitimidade do § 113 do StGB, dirigindo-se aos actos oficiais em geral, sem que haja uma expressa transposição dos seus resultados para o plano das ordens da autoridade. Para tal basta, no entanto, dar um curto passo, como aconteceu em parte da doutrina espanhola. Em Cerezo Mir (163), Córdoba Roda (164) e Luzón Peña (165) encontramos uma defesa do recurso à regulação dos ramos do direito no âmbito dos quais as ordens sejam dadas para definir o alcance do respectivo dever de obediência. Tudo está em saber se de acordo com as regras administrativas ou processuais, conforme se esteja perante ordens dadas no seio da administração executiva ou no âmbito do sistema judicial, a ordem aparece perante o subordinado como obrigatória. Para tanto, as respectivas teorias dos vícios mostram-se decisivas, pois serão elas que, em último termo, determinarão quando o acto desconforme ao direito é ou não obrigatório. Partindo também da corrente distinção entre actos nulos, anuláveis e irregulares, afirmam que quando a ordem se traduza na prática de um acto nulo (e no campo processual também de um acto inexistente) não será obrigatória, pois carece de efeitos jurídicos. A nulidade poderá derivar de vícios relativos à competência, quando a incompetência em razão da matéria ou do território seja manifesta (166); à forma, quando o acto seja realizado em completo desrespeito pelo procedimento legalmente definido ou em

(163) Pela primeira vez, CEREZO MIR, José, «Los Delitos de Atentado Proprio, Resistencia y Desobediencia», *Problemas Fundamentales del Derecho Penal*, Madrid: Tecnos, 1982, p. 207 e ss.; e ainda recentemente, já na vigência do novo Código Penal espanhol, CEREZO MIR, *DP-PC*⁶, II, p. 223 e ss.

(164) CORDOBA RODA / RODRIGUEZ MOURULLO, *Comentarios*², I, p. 385 e ss.

(165) LUZÓN PEÑA, *Legítima Defensa*, p. 306 e ss., paradoxalmente, rejeita a teoria da eficácia quanto aos actos oficiais praticados por iniciativa própria do funcionário e aceita-a no contexto do dever de obediência.

(166) Assim, art. 62.1. b) da Lei n.º 30/1992 (Lei do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum; em diante, LPC) — cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo / Tomás-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 9.ª ed., Madrid: Civitas, 1999, p. 609 e s.

infracção às normas que contêm as regras essenciais para a formação da vontade do órgão (167); mas também, como é evidente, do próprio conteúdo da ordem, desde logo, para o que aqui nos interessa, quando constitui uma infracção penal ou seja ditada como consequência desta (168). Os actos meramente anuláveis ou irregulares, pelo contrário, produzem efeitos jurídicos e nessa medida são considerados obrigatórios.

4. A teoria da eficácia é, com razão, repudiada pela generalidade da doutrina, pelas consequências político-criminais insustentáveis que dela derivam e pelo uso incorrecto das categorias administrativas que realiza (169).

A posição em que coloca o cidadão é a da quase total passividade, dada a natureza excepcional da nulidade (170). Por isso, é justamente

(167) Cf. o art. 62.1. e), da LPC — cf. GARCIA DE ENTERRIA / RAMÓN FERNÁNDEZ, *Cursos*, I, p. 614 e ss.

(168) Cf. o art. 62.1. d), da LPC. Dispunha o art. 47.1. b), da anterior Lei do Procedimento Administrativo espanhola que o acto administrativo seria nulo quando o seu conteúdo constituísse um delito. Na actual redacção do art. 62.1. d), a palavra "delito" é substituída pela expressão "infracção penal", que engloba não só os delitos (Livro II do CP Espanhol), mas também as faltas (Livro III do CP Espanhol) — nestes termos, criticamente, GARCÍA DE ENTERRIA / RAMÓN FERNÁNDEZ, *Cursos*, I, p. 611.

(169) Na doutrina portuguesa, expressamente, DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 18.º Cap., § 2 e ss., e implicitamente, FERRERA, Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, 1992, p. 181: "contra a agressão de funcionários públicos há legítima defesa, embora a actividade que a desencadeia possa ser discutida e anulada ou anulável pelo contencioso administrativo". Contra a teoria da eficácia pronunciada-se ainda GÜNTHER, Hellmuth, «Der Begriff der Rechtmäßigkeit einer Vollstreckungshandlung I. S. d. § 113 Abs. 3 StGB», *NJW*, 1973, p. 309 e ss., TITTEL, «Zum Rechtsmäßigkeitseffekt bei § 113 Abs. 3 StGB», p. 354 e ss., OSTENDORF, «Die strafrechtliche Rechtmäßigkeit...», p. 169, AMELUNG, «Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten», p. 336, BACKES / RANSIEK, «Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte», p. 628, v. BUBENOFF, *LK11*, § 113, n.º m. 26, LENLEITER, *Der rechtswidrige verbindliche Befehl*, p. 117, VITTE, «Gedanken zum Begriff...», p. 587, ROXIN, *AT*, § 17, n.º m. 8 e 10, IGLESIAS RÍO, *Legítima Defensa*, p. 130 e ss., e PAGLIARO, *Principii*, p. 432 e s.

(170) A afirmação do carácter excepcional do acto nulo, sustentado pela doutrina alemã referida, é pertinente também face ao direito positivo português (cf. art. 133.º e ss. do CPA), como de há muito vem considerando a doutrina administrativa nacional, que aponta a anulabilidade como o regime-regra de invalidade do acto administrativo — cf. CAERANO, Marcello, *Manual*, I, p. 512 e ss., AMARAL, Freitas do, *Cursos*, II, p. 403 e ss., ANDRADE, Vieira de, «Validade (do Acto Administrativo)», p. 581 e ss., e OTERO, Paulo,

apontada como uma concepção tributária de um pensamento autoritário (171), pela obediência cega perante os actos estaduais que impõe aos cidadãos (172). Na realidade, todos os inconvenientes que apontámos à teoria do conceito de licitude penal se agudizam nesta teoria da eficácia em uma dimensão insuportável, o que seria suficiente para que a mesma fosse rejeitada.

Todavia, nem sequer no plano dogmático, da sua conformidade com o direito administrativo, a teoria da eficácia se apresenta correcta, pois confunde o plano da validade com o plano da eficácia (173). O facto de a ordem jurídica atribuir efeitos a um acto inválido não prejudica a sua natureza ilegítima. Como refere Vieira de Andrade, "quando os pressupostos reais de um acto não correspondem aos da lei — seja por erro de facto, seja por erro de qualificação dos factos —, falta a base legal para o agente actuar e o acto é, por isso, inválido" (174), sendo portanto ilegítimo, pois "todos os actos inválidos são ilegítimos" (175). É nítida "a diferença categórica entre a validade e a eficácia do acto administrativo": enquanto "a validade diz respeito a momentos intrínsecos, pondo a questão de saber se o acto comporta, ou não, vícios ou mal-formações, em face das normas que estabelecem os termos em que é possível a produção de efeitos jurídicos por via de autoridade", "a eficácia diz respeito à produtividade efectiva de um acto" (176), à "aptidão do acto para produzir os efeitos jurídicos próprios do seu tipo legal ou outros ainda que o ordenamento lhe atribui" (177). Assim, o acto praticado sem a observância dos pressupostos legais respectivos é um acto inválido e ilegítimo. A circunstância de o mesmo produzir efeitos jurídicos

Legalidade e Administração Pública, pp. 962 e ss. e 1022 e ss. Sobre as razões que detinham este regime legal, cf. MACHETE, Rui Chancelle de, «Sanção (do acto administrativo inválido)», in: José Pedro Fernandes (dir.), *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VII, Lisboa, 1996, p. 331 e s.

(171) Vitte, «Gedanken zum Begriff...», p. 587, e ROXIN, *AT*, § 17, n.º m. 11.

(172) IGLESIAS RÍO, *Legítima Defensa*, p. 131.

(173) Cf. BACKES / RANSIEK, «Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte», p. 628, e Vitte, «Gedanken zum Begriff...», p. 587 e s.

(174) ANDRADE, Vieira de, «Validade (do Acto Administrativo)», p. 585.

(175) ANDRADE, Vieira de, «Validade (do Acto Administrativo)», p. 582.

(176) ANDRADE, Vieira de, «Validade (do Acto Administrativo)», p. 582.

(177) MACHETE, Rui, «Privilegio da Execução Prévia», p. 450.

não modifica essa realidade ⁽¹⁷⁸⁾. Daí que, em sede de obediência devida, não possa considerar-se como legítima uma ordem pelo simples facto de o acto a que a mesma diz respeito se apresentar como eficaz. Do mesmo modo, como entende a doutrina maioritária alemã em relação ao § 113.3 do StGB e como deve entender-se quanto aos tipos legais de resistência e coacção sobre funcionário e de desobediência dos arts. 347.º e 348.º do CP, a eficácia do acto não é idónea a fundar uma responsabilização penal do particular. Se, de modo expresso ou implícito, tais tipos legais fazem depender a punição da resistência ou da desobediência da legitimidade do acto praticado pelo funcionário e o ordenamento jurídico realiza uma clara distinção entre acto legítimo e acto eficaz, deverá concluir-se que pressuposto da punição é a legitimidade e não a eficácia do acto.

No plano da imputação de responsabilidade penal ao funcionário, a teoria da eficácia acaba por conduzir, de forma indirecta, à exclusão da ilicitude da conduta à partida inválida, mas eficaz. Além de tal implicar uma confusão indevida entre legitimidade e eficácia, trata-se ainda de uma construção incompatível com o direito positivo português sempre que o acto oficial tenha relevância típica. Na realidade, a teoria da eficácia é inconciliável com o CPA, que, no art. 133.º-2-c), indica como nulos "os actos cujo objecto seja impossível, ininteligível ou constitua

⁽¹⁷⁸⁾ Não se afiguram, por isso, pertinentes as críticas que Mir Puig, Santiago, *DP-PC*⁵, Lec. 18, n.º m. 77, dirige à teoria da eficácia, ao considerar que, na realidade, dado o princípio da executoriedade dos actos administrativos, tanto os actos nulos como os anuláveis apesar de invalidade são, de facto, eficazes e só é possível distingui-los quanto ao procedimento pelo qual se faz cessar a sua eficácia — enquanto que para os primeiros basta uma declaração de eficácia, de natureza declarativa, para os segundos é já necessária uma anulação, de natureza constitutiva — e, assim, também os actos nulos, desde que não manifestamente ilegais, são obrigatórios e devem ser por isso ser executados. CEREZO MIR, *DP-PC*⁶, II, p. 2256l, responde afirmando, com razão, que a circunstância de "o acto nulo desencadear *de facto* alguma eficácia, enquanto não se declare a sua nulidade ou a sua validade não for impugnada pelo particular, não afecta a sua radical falta de obrigatoriedade", pois "a nulidade pode ser alegada pelo particular a qualquer momento e os seus efeitos retroagem ao momento em que o acto foi realizado". Ainda assim, na medida em que, como é dito em texto, a validade não se confunde com a eficácia e é da validade que depende a legitimidade do acto oficial e da ordem a ele associada, essa resposta em nada contribui para aliviar os verdadeiros dados do problema.

crime" ⁽¹⁷⁹⁾. A doutrina vem considerando que a norma se refere aos actos que por si só constituem um crime e ainda aos actos que mediatamente impliquem o cometimento de um crime, devendo-se a nulidade a uma "radical incompatibilidade com a ordem jurídica substantiva" ⁽¹⁸⁰⁾. Neste caso, em relação à ilicitude administrativa, a lei inverte a normal correlação de efeitos entre o ordenamento jurídico-penal e os demais ramos da ordem jurídica. Regra geral, dado o princípio de unidade da ordem jurídica e a natureza subsidiária do direito penal, é a licitude penal que está dependente da valoração atribuída a um determinado comportamento pelo resto do ordenamento, no sentido de que aquilo que é lícito de acordo com uma qualquer parte do ordenamento não poderá ser penalmente ilícito. Porém, no domínio administrativo a lei impõe um regime diferente: é a licitude administrativa que depende da licitude penal. No âmbito relativo à validade do acto administrativo, a lei indica que é nulo o acto que implique a prática de um crime. Ora,

⁽¹⁷⁹⁾ Como referido supra, é esse também o sentido do disposto no art. 62.1, d), da actual LPC espanhola, que substituiu o art. 47.1, b), da anterior Lei do Procedimento Administrativo. Apesar de, como defendemos em texto, ser ilógico e materialmente incorrecto tornar a licitude de um facto penalmente típico dependente da sua qualificação administrativa como nulo, deve reconhecer-se que, em um primeiro momento, CEREZO MIR, «Los Delitos de Atentado...», p. 233¹¹³ e s., se mostrou consequente ao considerar que "ao não ser obrigatório para o funcionário o acto antijurídico que constitui delito ou falta, a eximiente da obediência devida não pode, no direito penal *commun* espanhol, basear-se senão em ordens lícitas". Todavia, mais tarde, CEREZO MIR, «La Eximiente de Obediencia Debida...», p. 181, passa a admitir que para efeitos de obediência devida não está excluída a hipótese da existência de ordens antijurídicas obrigatórias. Entram neste domínio as ordens materialmente lícitas, mas que padecem de um vício de competência ou de forma, não manifesto ou absoluto, ficando de fora as ordens cujo conteúdo seja ilegítimo. O A. salienta que, em tais situações, a ordem será simplesmente anulável ou irregular e, por isso, obrigatória. Embora não seja afirmado de forma expressa, do pensamento do A. resulta que, na medida em que é mantida a ideia de que será nula e não obrigatória a ordem dada para a prática de um facto que materialmente constitui um delito, estas hipóteses são concebidas sobretudo para os casos em que esteja em causa uma acção oficial executada em violação dos procedimentos formais legalmente prescritos. Por outras palavras, casos em que a ordem é ditada ao abrigo de uma concreta autorização legal, que só por si justificaria o facto se os respectivos requisitos materiais e formais fossem respeitados, mas em que não se dá cumprimento a algum dos requisitos de competência ou forma exigidos.

⁽¹⁸⁰⁾ ANDRADE, Vieira de, «Validade (do Acto Administrativo)», p. 588.

se um dos critérios legais de distinção entre o acto nulo e o acto anulável é a circunstância de o mesmo envolver ou não o cometimento de um crime, então não poderá considerar-se que a qualificação de um facto como crime depende de o acto que está na sua origem ser ou não anulável. Em termos lógicos, uma vez que é a própria lei a estabelecer que aquilo que possa significar o cometimento de um facto criminoso constitui um acto nulo e não um acto anulável, a consideração de uma conduta como crime, que pressupõe a existência de ilicitude penal, tem de ser prévia à caracterização do acto como nulo ou anulável. Assim sendo, se primeiro se decide se há ou não crime e só depois e em face disso mesmo, se qualifica o acto respectivo como nulo ou anulável, deve concluir-se que a formação da ilicitude penal é completamente independente da nulidade ou anulabilidade do acto.

Tudo o que leva à conclusão de que nem *de jure constituto*, nem *de jure condendo*, a teoria da eficácia se mostra defensável e apresenta propostas válidas para explicar a exclusão da ilicitude de actos oficiais tipicamente relevantes e atribuir legitimidade às ordens da autoridade dirigidas à prática de factos típicos.

§ 6.3. As teorias da exclusão da ilicitude pela inexistência do desvalor de acção

A licitude da conduta típica do funcionário que não observa a totalidade dos pressupostos de facto e de direito da autorização legal tem sido ainda afirmada a partir dos princípios gerais da dogmática penal. Por aí se pode contrariar aquela ideia de que a qualificação do facto como legítimo representa um privilégio a favor do Estado e dos seus funcionários e se pode afirmar a exclusão da ilicitude como uma consequência que não deriva senão do regime geral e é por isso aplicável a qualquer pessoa. As diferentes correntes que defendem a possibilidade de uma exclusão da ilicitude do facto típico, mesmo que não estejam objectivamente verificadas os pressupostos da autorização legal respectiva, louvam-se em um fundamento comum, a inexistência do desvalor de acção. Algumas delas não se referem de modo expresso à questão que nos ocupa, sendo mais frequentes as referências à legítima defesa, mas as premissas em que assentam e as conclusões que delas retiram são transponíveis para as actuações oficiais e, assim, para a definição do que

seja uma ordem legítima para efeitos da justificação por obediência devida.

1. À exclusão da ilicitude em caso de erro objectivamente inevitável sobre os pressupostos materiais de uma autorização legal chega Roxin, que acaba assim por defender uma solução que, paradoxalmente, como o mesmo reconhece, produz um resultado próximo das soluções da jurisprudência que havia considerado como próprias de um Estado autoritário e passíveis de crítica por violarem o princípio da reserva de lei e contrariarem todas as regras da dogmática penal (181). Para isso, entende, basta prescindir de um conceito de ilicitude manipulado. Como se desta forma, como que por um truque de magia, desaparecessem todos os inconvenientes justamente assinalados à teoria do conceito de ilicitude penal. Nota Costa Andrade que Roxin "acaba de algum modo por abrir a janela para dar guarida ao que antes expulsara pela porta, a saber: a possibilidade de a comprovação cuidadosa dos pressupostos legais operar como sucedâneo normativo da sua verificação efectiva" (182). Roxin funda a sua posição do seguinte modo: ao realizar um exame conforme ao dever, o funcionário actua com o cuidado objectivamente exigido no tráfico e por isso a sua conduta não apresenta qualquer desvalor de acção, não sendo, dessa forma, ilícita. Nestes termos, sustenta que o particular não dispõe de um direito de legítima defesa. A sua defesa deverá ser realizada no quadro do direito de necessidade defensivo, sem violência, através do esclarecimento da situação ou, quando muito, de uma resistência defensiva (183).

Por um momento, Roxin parece esquecer o princípio do domínio da política-criminal sobre a dogmática penal que ele próprio contribuiu fortemente para erigir como pilar de um novo sistema penal. Transcendência que tem como consequência que "as categorias ou conceitos

(181) ROXIN, AT³, § 17, n.º m. 13 e s.

(182) ANDRADE, Costa, «Violação de Domicílio...», p. 744.

(183) Cf. ainda SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 86, que considera a possibilidade de justificação pelo § 34 do StGB (direito de necessidade) quando o interesse do particular for de valia superior ao prosseguido pela actuação oficial, o dano for irreparável e o perigo para o ofendido não puder ser removido de outro modo, v. g., através de um esclarecimento da situação ou de um recurso legal.

básicos da dogmática jurídico-penal” devam “ser não simplesmente «penetrados» ou «influenciados» por considerações político-criminais: eles devem ser *determinados* e *cunhados* a partir de proposições político-criminais e da função que por estas lhe é assinalada no sistema” (184). Num Estado de direito material, a necessidade de assegurar a capacidade de prestação dos órgãos estaduais tem como limites a salvaguarda da liberdade dos cidadãos e a observância estrita da lei, valores neste contexto sublinhados por Roxin (185).

A posição de Roxin deriva essencialmente das suas concepções relativas à legítima defesa, em especial da caracterização do requisito da ilicitude da agressão, e ao erro sobre as causas de justificação (186). Roxin considera que não pode reagir em legítima defesa aquele que sofre uma agressão que embora comporte um desvalor de resultado, deva considerar-se lícita por derivar de uma causa de justificação (187). O duplo fundamento, protecção individual e afirmação do direito, hoje dominante, que assinala à legítima defesa (188), repercute-se na caracterização da agressão ilícita para efeitos desta causa de justificação. A agressão contra a qual se pode responder em legítima defesa deve exprimir um ilícito pessoal, não sendo suficiente a mera ameaça ou lesão de um bem jurídico. Ao desvalor de resultado deve associar-se, assim, um desvalor de acção, manifestado por uma vontade de realização de um facto que seja valorado pela ordem jurídica como ilícito (dolo) ou por uma violação do cuidado exigido no tráfico (negligência) (189). Desse modo e

(184) Dias, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 3.º Cap., § 26.

(185) ROXIN, *AT*³, § 17, n.º m. 11.

(186) ROXIN, *AT*³, § 15, n.º m. 14 e s., e § 14, n.º m. 51 e ss.

(187) ROXIN, *AT*³, § 14, n.º m. 109.

(188) ROXIN, *AT*³, § 15, n.º m. 1 e ss. Cf. ainda, desenvolvimentos, CARVALHO, Taipa de, *A Legítima Defesa*, p. 409 e ss.; IGLESIAS RIO, *Legítima Defesa*, p. 7 e ss., e DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 15.º Cap., § 1 e ss., que na esteira de KARCIC, Walter, «Die intersubjektive Begründung und Begrenzung der Notwehr», *ZStW*, 110 (1998), p. 39 e s., e de STRATENWERTH, *AT*⁴, § 9, n.º m. 57, aponta todavia à legítima defesa um fundamento intersubjectivo: a preservação do Direito na pessoa do agredido.

(189) ROXIN, Claus, «Der durch Menschen ausgeübte Deliktivstand», *Festschrift für Hans-Heinrich Jeschek zum 70. Geburtstag*, Vol. I, Berlin: Duncker & Humblot, 1985, p. 457 e ss., e *AT*³, § 14, n.º m. 71, e § 15, n.º m. 14 e ss.

como reflexo da também maioritária concepção dualista do ilícito, que faz depender a qualificação de um facto como penalmente típico tanto da existência de um desvalor de resultado, como de um desvalor de acção, uma conduta que, embora formalmente subsumível em um tipo de crime, seja levada a cabo com a diligência devida não é típica, em virtude da ausência do desvalor de acção. Destarte, a agressão assim reatizada não é ilícita, pelo que não é possível repeli-la em legítima defesa, mas somente em estado de necessidade justificante (190). Roxin vai mais além e à hipótese em que a agressão não adquire relevância típica equipara a situação de realização dolosa de um tipo objectivo de ilícito determinada por um erro objectivamente inevitável sobre os pressupostos de uma causa de justificação. Equiparação que vale não apenas para o problema da admissibilidade da legítima defesa contra legítima defesa putativa, que tem estado no centro da discussão neste contexto (191), mas também para as restantes causas de justificação, entre as quais as

(190) No mesmo sentido, pelo menos quanto a factores atípicos por falta de desvalor de acção, CARVALHO, Taipa de, *A Legítima Defesa*, p. 186 e ss. e *passim*, DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 15.º Cap., § 18, VALDÁGUA, Maria da Conceição, «Legítima Defesa y Legítima Defensa Putativa», in: J. M. Silva Sánchez (ed. Española), B. Schuttemann / J. de Figueiredo Dias, *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*, Barcelona: J. M. Bosch, 1995, p. 201 e ss.; IGLESIAS RIO, *Legítima Defensa*, p. 72 e ss.; MAURACH / ZIPF, *DP-PG*², I, § 26, n.º m. 14 e ss.; JAKOBS, *DP-PG*, 12/14 e ss.; SCH / SCH / LENCKNER²⁶, § 32, n.º m. 19 e ss.; ESER / BURKHARDT, *Derecho Penal*, Caso 10, n.º m. 16; BAUMANN / MITSCH, *AT*¹⁰, § 17, n.º m. 17; STRATENWERTH, *AT*⁴, § 9, n.º m. 69; LACKNER / KÜHL, *Strafgesetzbuch*²², § 32, n.º m. 5, e GRAUL, Eva, «Legítima Defensa o Defensa Putativa?», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, 1999, n.º 3, p. 191 e ss.

Contra, CORREA, Eduardo, II, p. 38 e ss.; FERRERA, Cavaleiro de, *Ligões de Direito Penal*, 1992, p. 180 e s.; SILVA, Marques da, *DP-PG*, II, p. 94; GONCALVES, Mana, CPII, art. 32.º-2, LEAL-HENRIQUES / SIMAS SANTOS, *CP*², art. 32.º-1, MEZGER, *Tratado*², § 31, III, 1, b), GALLAS, Wilhelm, «La Struttura del Concetto di Illecito Penale», *RIDPP*, 1982, p. 456²¹; WESSIELS, *AT*²¹, § 8, V, 1, JESCHECK / WEIGEND, *AT*³, § 32, II, 1, c), SPENDL, *LK*¹¹, § 32, n.º m. 60 e ss., e a generalidade da doutrina italiana — cf. VIGANO, Francesco, *Stato di Necessità e Conflitti di Doveri. Contributo alla Teoria delle Cause di Giustificazione e delle Scusanti*, Milano: Giuffrè, 2000, p. 311 e ss.

(191) ROXIN, *AT*³, § 15, n.º m. 15. Para uma análise deste debate, cf. GRAUL, Eva, «Legítima Defensa o Defensa Putativa?», Entre nós, no sentido preconizado por Roxin, PALMA, Maria Fernanda, *A Justificação por Legítima Defesa*, p. 232 e ss.; VALDÁGUA, Conceição, «Legítima Defensa y Legítima Defensa Putativa», p. 201 e ss., e, numa linha próxima, CARVALHO, Taipa de, *A Legítima Defesa*, p. 186 e ss.

actuações oficiais. A compreensão desta asserção é dada pela construção efectuada em sede de erro sobre as causas de justificação (192).

As categorias da acção, da tipicidade e da antijuridicidade são aglutinadas por Roxin no ilícito (193), que pressupõe, pelo menos, o desvalor de acção (194). Assim, contra a teoria da culpa estrita, considera que aquele erro exclui o dolo, nomeadamente o dolo do ilícito (*Unrechtsvorsatz*). Com efeito, o ilícito-típico doloso pressupõe não apenas um dolo do tipo (*Tatbestandsvorsatz*), mas também aquele dolo do ilícito (195), que além da representação da factualidade típica compreende ainda a não suposição de circunstâncias justificantes. Quando o agente erra sobre a existência dos elementos materiais de um obstáculo à ilicitude, a sua conduta é determinada por uma vontade não desconforme à ordem jurídica, isto é, o agente, de acordo com a sua representação da realidade, quer praticar um facto que se identifica com um facto juridicamente autorizado e, desse modo, não lhe pode ser imputado um ilícito de acção doloso (196). O afastamento do ilícito doloso, devido a uma eli-

(192) ROXIN, *AT*³, § 14, n.º m. 62 e ss.

(193) Assim, já WEIZEL, *DP-PG*^{II}, § 10, II, que caracterizava a antijuridicidade "como um «juízo negativo de valor» ou como um «juízo de desvalor» sobre a conduta típica. (...) A antijuridicidade é uma mera relação (uma contradição entre dois membros de uma relação); o ilícito, pelo contrário, é algo substancial: a conduta antijurídica propriamente dita. A antijuridicidade é um predicado, o ilícito um substantivo" — sobre esta distinção, cf. ainda ROSA, Manuel Cortes, «La Función de la Delimitación de Injusto y Culpeabilidad en el Sistema del Derecho Penal», in: J. M. Silva Sánchez (ed. Española), *B. Schuttenmann / J. de Figueiredo Dias, Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*, Barcelona: J. M. Bosch, 1995, p. 2471.

(194) ROXIN, *AT*³, § 10, n.º m. 88, e § 14, n.º m. 3.

(195) ROXIN, *AT*³, § 14, n.º m. 68. Também Mir Puig, Santiago, *DP-PG*⁵ Lec. 10, n.º m. 69, adota esta bipartição: "o dolo típico não esgota o *dolo natural*, que também compreende o dolo referido à ausência dos pressupostos típicos de uma causa de justificação". Neste sentido, cf. ainda BOLEA BARDÓN, Carolina, «El Exceso Intensivo en la Legítima Defensa Putativa», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 3, 2001 (<http://criminelujes/recpce/03-01.html>), 6.2.2.

(196) No mesmo sentido, STRATENWERTH, Günter, «Zur Relevanz der Erfolgsunwert im Strafrecht», in: *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag*, Göttingen: Verlag Otto Schwartz & Co., 1975, p. 178 e ss., e *AT*⁴, § 9, n.º m. 158 e s., ESER / BURKHARDT, *Derecho Penal*, Caso 15, n.º m. 29., e ainda SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 21, em relação às causas de justificação não presididas pelo pensamento do risco permitido. Nesta direcção, cf. agora também CARVALHO, Taipa de, *DP-PG*, II, § 627 e ss.

minação do desvalor de acção doloso (197), não significa que o facto seja ilícito sem mais. Pois subsiste a possibilidade da existência de um ilícito fundado em um desvalor de acção negligente se o erro do sujeito for evitável e derivar de uma violação do cuidado obiectivamente devido. Porém, quando o agente, não obstante actuar com a diligência devida, cair num erro sobre uma situação justificante, por se tratar de um erro obiectivamente inevitável, deverá considerar-se excluído o ilícito de acção negligente. Neste caso, não há nem desvalor de acção doloso, nem desvalor de acção negligente, faltando assim o substrato pessoal próprio do ilícito, que por essa razão deverá ser negado (198). Nessa medida, não pode repelir-se em legítima defesa a agressão determinada por erro inevitável sobre os pressupostos materiais de uma causa de justificação, uma vez que o agressor actua sem desvalor de acção e, assim, licitamente (199). Transposta para o contexto das acções oficiais, esta concepção leva Roxin a concluir que não dispõe do direito de legítima defesa o afectado por uma conduta do funcionário que observe o cuidado exigido no tráfico, dado que a mesma não revela qualquer desvalor de acção e não é por isso ilícita — mas, porque o erro inevitável do funcionário não atribui qualquer direito de intervenção, aquele poderá responder em estado de necessidade defensivo (200).

2. Há ainda uma outra via para chegar a esta conclusão de que não é ilícito o facto cometido em erro inevitável sobre os pressupostos de um tipo justificador. Para tanto deverão os requisitos da dirimente ser ava-

(197) STRATENWERTH, *AT*⁴, § 9, n.º m. 159.

(198) Assim, também, SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 21, e na conclusão LEHLEITER, *Der rechtswidrige verbindliche Befehl*, p. 121 e ss. Na mesma direcção, na doutrina espanhola, Mir Puig, Santiago, *DP-PG*⁵, Lec. 6, n.º m. 60, e Lec. 16, n.º m. 23, e BOLEA BARDÓN, «El Exceso Intensivo en la Legítima Defensa Putativa», 6.2.2.

(199) ROXIN, *AT*³, § 14, n.º m. 109, SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 21, e, entre nós, VALDAGUA, Conceição, «Legítima Defensa y Legítima Defensa Putativa», p. 204, que afirma que "nas situações de legítima defesa putativa em que o defensor putativo não viola uma norma de cuidado (...) não é produzida qualquer agressão ilícita: ao facto falta tanto o dolo (segundo o art. 16.º-2 do Código Penal português), como a negligência (art. 16.º-3 do Código Penal português), pelo que não se vulnera nenhuma norma de cuidado e falta, portanto, uma condição essencial para a existência de uma agressão ilícita".

(200) ROXIN, *AT*³, § 17, n.º m. 13.

liados sob uma perspectiva objectiva *ex ante*: o facto deverá considerar-se justificado, mesmo que na realidade não estejam verificados os elementos justificantes, se, de acordo com uma ponderação objectiva, qualquer indivíduo razoável colocado na posição do agente devesse também considerar estar perante uma situação justificante.

Trata-se de uma tese que de há longo tempo vem fazendo curso na doutrina e jurisprudência espanholas. Assim, entendem Muñoz Conde e García Arán que “quem actua *ex ante* dentro das margens admitidas socialmente ao apreciar o pressuposto de uma causa de justificação, actua justificadamente, ainda que depois, em uma avaliação *ex post*, se conclua que a sua percepção da realidade foi objectivamente errada. O verdadeiro erro juridicamente relevante começará a colocar-se quando o sujeito ultrapasse na sua apreciação os limites do risco permitido, do razoável e do adequado socialmente” (201). Também na jurisprudência, ao nível do Tribunal Supremo, chegou a ser dominante, sobretudo em sede de legítima defesa, a tese de que em caso de erro sobre a situação de facto justificante deveria a mesma ser apreciada tal como se o pressuposto em falta tivesse estado efectivamente presente, se o erro em que o agente incorreu pudesse considerar-se como fundado e racional (202).

Se ao nível da jurisprudência esta corrente parece ter perdido o fulgor de outros tempos (203), a verdade é que parte significativa da doutrina actual vem ainda adoptando este ponto de vista (204), com par-

(201) MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *DP-PC⁴*, p. 358.

(202) Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco, «“Legítima” Defensa Putativa? Un Caso Límite entre Justificación y Exculpación», in: J. M. Silva Sánchez (ed. Española), B. Schünemann / J. de Figueiredo Dias, *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*, Barcelona: J. M. Bosch, 1995, p. 190 e ss.

(203) Sobre a evolução da jurisprudência do Tribunal Supremo relativa à legítima defesa putativa, cf. BOLEA BARDÓN, «El Exceso Intensivo en la Legítima Defensa Putativa», 6 2.3. A A. assinala que a partir de finais da década de 1960 a jurisprudência começou a deixar de equiparar a legítima defesa putativa à legítima defesa real e a tratar essas situações em sede de erro, ora como erro sobre o tipo, ora como erro sobre a proibição, parecendo ser este último enquadramento o que obtém hoje maior acolhimento.

(204) Cf., com fundamentações diversas, QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Debida*, pp. 229 e ss. e 262 e s.; MUÑOZ CONDE, «“Legítima” Defensa Putativa?», p. 192 e ss., COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *DP-PC⁴*, p. 429 e s., CARBONELL MATEU, *Comentarios*, I, art. 20.7.º, 4.2.1., MORALES PRATS, *Comentarios*º, art. 20.7.º, p. 196, e MUÑOZ

ticular incidência em matéria de actos de autoridade. É o caso de Carbonell Mateu e de Morales Prats, que sujeitam a avaliação da dirimente cumprimento de um dever a uma perspectiva *ex ante* (205). Fazem-no em termos muito semelhantes aos propostos por Lenckner. Só que enquanto Lenckner adopta essa posição apenas quanto às actuações oficiais sujeitas ao princípio do risco permitido, defendendo a perspectiva *ex post* como regra geral, aqueles não limitam o alcance da apreciação *ex ante* e estendem-na a todas as situações de justificação por cumprimento de um dever, nos termos assim propostos por Morales Prats: “é preciso recorrer a uma sequência valorativa «ex ante», que deve situar-se no momento em que o agente toma a decisão quanto ao cumprimento ou não do dever de actuar; a ponderação de interesses deve ser assim sujeita a um adiantamento lógico na valoração do facto de o sujeito ter levado a cabo uma ponderação dos factores e circunstâncias existentes que o levou à convicção racional quanto à necessidade de uma actuação em cumprimento de um dever; nesses casos procederá a justificação da conduta (...) porque o agente realizou o que a doutrina denomina «exame conforme ao dever»” (206).

É na doutrina alemã, no pensamento de autores como Armin Kaufmann ou Rudolph (207), que se encontra a sustentação teórica mais acabada da ideia de que a verificação dos requisitos de uma causa de justificação deverá ser aferida em relação ao momento da conduta. O ponto de união desta corrente, que pode afirmar-se minoritária, é a concepção da norma jurídica como norma de natureza imperativa e o entendimento de que o cumprimento da determinação nela ínsita pressupõe que a avaliação dos respectivos pressupostos se realize sob um ponto de

CONDE / GARCÍA ARÁN, *DP-PC⁴*, p. 356 e ss. No mesmo sentido, já SUAREZ MONTES, *Consideraciones Críticas en torno a la Doctrina de la Antijuricidad en el Finalismo*, Madrid, 1963, p. 33 e ss., apud SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo*, p. 100.

(205) CARBONELL MATEU, *Comentarios*, I, art. 20.7.º, 4.2.1., e MORALES PRATS, *Comentarios*º, art. 20.7.º, p. 196.

(206) MORALES PRATS, *Comentarios*º, art. 20.7.º, p. 196.

(207) RUDOLPH, Hans-Joachim, «Rechtfertigung im Strafrecht. Ein Beitrag zur Funktion, Struktur und den Prinzipien der Rechtfertigung», in: *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1989, p. 381 e ss., refere que se deve fundamentalmente a Armin Kaufmann, in: *Wetzlar Festschrift*, p. 401 e ss., a tese de que os elementos do tipo justificador devem ser apreciados segundo uma perspectiva *ex ante*.

vista *ex ante* (208). Segundo Rudolph, a função de determinação da norma jurídico-penal impõe que a mesma seja considerada como norma de proibição de criação de perigo para o bem jurídico (209). Penalmente proibidas são apenas as condutas que de acordo com uma avaliação *ex ante* comportam a possibilidade, a simples probabilidade ou a probabilidade a raiz as margens da certeza de afectar um bem jurídico penalmente protegido. Pensamento que Rudolph estende às causas de justificação, no sentido de as conceber como excepções à proibição de criação de perigo, como autorizações de condutas perigosas para um crime bem jurídico (210). Assim, é rejeitada a tese dominante de que a apreciação da verificação dos pressupostos materiais dos tipos justificadores deve ser efectuada *ex post* (211). O âmbito do penalmente permitido resulta da conjugação das normas penais de proibição ou de imposição (aquelas relativas aos crimes de acção e estas aos crimes de omissão) com as normas de autorização, contribuindo ambas para indicar aos destinatários das normas o seu espaço de liberdade. Ora, este objectivo de dirigir de forma clara as condutas humanas em situações de conflito e desse modo evitar limitações desnecessárias da liberdade só é alcançável quando todos os pressupostos das normas de conduta rele-

(208) RUDOLPH, «Rechtfertigung im Strafrecht...», p. 378.

(209) Cf. em termos aproximados, WOLTER, Jürgen, «Impunición objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la aberratio iuris», in: Bernd Schünemann (comp.), *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*, Madrid: Tecnos, 1991, p. 109 e ss.; e Mir Puig, Santiago, *DP-PG¹*, p. 143, que afirma "a necessidade de criar em conteúdo do ilícito não o resultado, nem a conduta que *a posteriori* se demonstre que efectivamente poderia produzir o resultado, mas sim os comportamentos perigosos que apareçam como tais no momento em que são levados a cabo". Contra, COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *DP-PG¹*, pp. 275 e s. e 429, que embora adoptem uma perspectiva *ex ante* em sede de justificação, rejeitam-na ao nível da definição positiva do ilícito, quanto ao tipo incriminador, "poiquanto implica um adiantamento da linha de defesa penal e, em última instância, uma redução do âmbito da liberdade que, em um Estado democrático, deve apenas ser sujeita aos limites imprescindíveis".

(210) Nesta direcção, cf. também WOLTER, Jürgen, «Impunición objetiva y personal a título de injusto», p. 112 e s. Contra, numa posição inversa à de Cobo del Rosal e Vives Antón, SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo*, pp. 78 e ss. e 97 e ss., que em sede de fundamentação do ilícito adere à posição de Rudolph, mas a rejeita ao nível da exclusão da ilicitude, por entender que o "valor de resultado" é determinante para a justificação.

(211) RUDOLPH, «Rechtfertigung im Strafrecht...», p. 381 e ss.

vantes, portanto também os relativos às normas de autorização, sejam aferidos tendo em conta os limites inultrapassáveis do conhecimento humano. Daqui deriva a conclusão de que tanto os pressupostos das normas de proibição e de imposição, como os elementos das normas de justificação devem ser avaliados no momento da conduta e não *a posteriori*, pois uma apreciação *ex post* não se coaduna com a impossibilidade real de o homem, o destinatário da norma, poder adivinhar o rumo futuro dos acontecimentos: a sua previsão sobre o decurso ulterior dos factos só pode ser feita numa base de possibilidade ou de probabilidade. Ao que acresce o facto de mesmo em relação a pressupostos ditos *hic et nunc*, que ou estão verificados no momento da conduta ou não estão, poder dar-se a circunstância de, na perspectiva do agente, a questão acerca da sua real verificação no momento da conduta escapar inevitavelmente ao conhecimento humano, que só os poderá conceber também em termos de possibilidade ou probabilidade. Deste modo, a consonância da situação de facto com os pressupostos do tipo justificador deve ser aferida *ex ante*, de acordo com um critério individual-objectivo, reportado aos conhecimentos de um observador qualificado (212). Transposta esta perspectiva para o concreto problema das actuações oficiais, nomeadamente para as situações em que se conclua em uma apreciação *ex post* que o funcionário se equivocou quanto à efectiva verificação dos respectivos pressupostos, mas por outro lado se comprove que o agente colocou na realização do facto o cuidado objectivamente devido, deverá considerar-se em uma perspectiva *ex ante* que tais pressupostos estão reunidos. Em consequência, a causa de justificação produz o seu efeito imediato, a exclusão da ilicitude, e o facto típico praticado pelo funcionário é qualificado como lícito.

3. A esta mesma conclusão chegam ainda aqueles, como Zielinski (213) ou Taipá de Carvalho, que por caminhos mais ou menos

(212) RUDOLPH, «Rechtfertigung im Strafrecht...», p. 387 e ss. Na mesma direcção, PALMA, Maria Fernanda, *A Justificação por Legítima Defesa*, p. 679 e ss., que apela ao critério da "definição social (não impugnável) da realidade", e GRAUL, Eva, «Legítima Defesa o Defensa Putativa?», p. 202 e ss.

(213) ZIELINSKI, Dietrich, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss*, Berlin: Duncker & Humblot, 1973, pp. 126 e s. e 268 e ss.

comuns, perspectivavam também a norma jurídica como norma de determinação, mas acentuavam sobretudo a dicotomia desvalor de acção / desvalor de resultado, no sentido de construir a ilicitude como categoria que abstrai do desvalor de resultado e é formada unicamente pelo desvalor de acção. Com efeito, é por via directa da ausência do desvalor de acção que, entre nós, Taipa de Carvalho sustenta que o erro objectivamente inevitável sobre os pressupostos materiais de uma causa de justificação exclui a ilicitude do facto (214).

A partir da concepção da norma jurídica como norma de determinação (215), Taipa de Carvalho caracteriza a ilicitude como um produto exclusivo do desvalor de acção. As normas são vistas como imperativos, como um “conjunto de proibições de condutas adequadas a lesar os bens jurídicos, de imposições de condutas adequadas a evitar a ocorrência de lesões destes bens, e ainda das exigências de cuidado na prática de condutas que a experiência demonstra serem susceptíveis de reduzir os riscos que aquelas contêm” (216). Tal configuração da norma jurídica leva à conclusão de que a ilicitude, consubstanciada na violação da norma, só é concebível como violação do imperativo que a mesma contém. Nisso vai implicada uma consideração da ilicitude perspectivada sob o prisma do destinatário da norma, o receptor da respectiva determinação. Onde, só a conduta humana poderá qualificar-se como lícita ou ilícita. Do mesmo passo, o desvalor de resultado, entendido como lesão do bem jurídico, em nada conta para a formação da ilicitude (217), dado

(214) Cf. CARVALHO, Taipa de, *A Legítima Defesa*, p. 186 e ss.

(215) CARVALHO, Taipa de, *A Legítima Defesa*, p. 79 e ss.

(216) CARVALHO, Taipa de, *A Legítima Defesa*, p. 83.

(217) Na mesma direcção, ZIEJUNSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert*, pp. 121 e ss. e 128 e ss.; QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Debidá*, p. 232, e Mir Puig, Santiago, *DP-PG*³, p. 143: “O Direito não pode proibir que se produzam resultados danosos — não pode proibir que os homens morram ou adoecem! — mas apenas que os cidadãos levem a cabo voluntariamente comportamentos capazes de ocasionar tais resultados. Um resultado não pode em si mesmo infringir as normas jurídicas, nem ser, portanto, contrário ao Direito — por muito que possa supor a lesão de um bem jurídico protegido juridicamente”. Por isso, Mir Puig, Santiago, *DP-PG*³, p. 145, considera também que o “resultado não pode condicionar a proibição do facto, nem integrar, portanto, o ilícito do mesmo, mas sim a sua punibilidade”.

Deve, porém, ser assinalada a mudança radical que entretanto Mir Puig operou na sua teoria da norma, abandonando uma concepção em que a norma era caracterizada por

ser absolutamente alheio ao cumprimento da proibição ou da imposição derivada da norma, e é degradado à condição de pressuposto da punição no ilícito negligente e à de obstáculo à atenuação da sanção no ilícito doloso. Deste modo, “o ilícito penal é constituído exclusivamente pelo desvalor da conduta, isto é, pela acção ou omissão violadora da norma de determinação (ou de cuidado), violação que pressupõe a susceptibilidade, a perigosidade ou adequação (geral ou concreta) da conduta para lesar o bem jurídico, para cuja protecção a norma foi criada. Onde que sem desvalor da conduta não há ilícito penal, e este afirma-se e identifica-se sempre com o desvalor da conduta” (218).

Aplicando esta construção ao âmbito da justificação do facto, Taipa de Carvalho associa as “normas de permissão (as causas de justificação)” às “normas de proibição/imposição”, considerando-as também como normas jurídicas de conduta. Por apelo à ideia de complementaridade funcional entre tipo e ilícito, como que funde a norma incriminadora e a norma justificadora em uma norma global, que dá o sentido do ilícito e do ilícito, orientando assim a conduta do respectivo destinatário (219).

uma dimensão imperativa e passando a aceitar que a norma comporta um sentido de valor decisivo para a formação do juízo de ilicitude, o que o leva agora a considerar que o resultado é parte integrante do ilícito — cf. Mir Puig, Santiago, «Valoraciones, Normas y Antijuridicidad Penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 6, 2004, (<http://criminel.ucg.es/revce/06/revce06-02.pdf>), p. 1 e s.: “Hoye creio, pelo contrário, que nem a categoria da ilicitude penal, nem qualquer outra da teoria do delito pode ser compreendida adequadamente só a partir da sua relação com a norma imperativa, mas antes a partir do reconhecimento de que as diferentes categorias do delito supõem valorações jurídicas específicas distintas à da infracção daquela norma”. Nessa medida, afirma (p. 15): “actualmente partilho da ideia de que é preferível incluir o resultado no ilícito do facto e afirmar que o imputável profundo e o que actua em erro de proibição inevitável também podem actuar ilicitamente. Mas ambas as coisas só podem ser defendidas se se abandona a premissa de que a ilicitude penal exige a infracção da norma primária imperativa. E então falará outro critério para manter em pé o conceito de ilicitude penal. Este critério não se encontra no campo dos imperativos, mas antes no campo das valorações”.

Também CARVALHO, Taipa de, *DP-PG*, II, § 470, parece ter abandonado a posição outrora defendida e que é descrita em texto, advogando agora que “tanto o desvalor de acção como o desvalor de resultado pertencem ao ilícito, são componentes do ilícito”.

(218) CARVALHO, Taipa de, *A Legítima Defesa*, p. 143.

(219) CARVALHO, Taipa de, *A Legítima Defesa*, p. 147 e ss.

Entendimento que se reflecte no tratamento do erro objectivamente in-viável sobre os pressupostos materiais de uma causa de justificação. Sendo o erro objectivamente inevitável, não poderá falar-se de violação do dever objectivo de cuidado, sem o qual não há desvalor de acção. Se assim é, a agressão em que se traduz o facto típico não pode qualificar-se como ilícita (220), estando excluído o direito de legítima defesa. Raciocínio que Taipa de Carvalho desenvolve a propósito da legítima defesa putativa, mas que tidos em conta os fundamentos em que assenta vale para todas as causas de justificação putativas: “o erro objectivamente inevitável exclui a ilicitude da agressão mas não justifica esta agressão”, sendo por isso admitido tão-somente o direito de necessidade defensivo.

4. As várias teses que vimos analisando equiparam, pelo menos ao nível dos efeitos, os casos em que o facto típico praticado pelo agente está plenamente coberto por uma causa de justificação, por estarem reunidos os respectivos pressupostos materiais, aos casos em que não estando esses requisitos verificados, o agente actua confiando que sim, por erro objectivamente inevitável sobre a situação de facto justificante. Em ambas as situações é excluída a ilicitude e contra o agente não pode reagir-se em legítima defesa, dada a inexistência de uma agressão ilícita. O elo de ligação entre as várias perspectivas é o entendimento de que a exclusão da ilicitude da conduta radica na ausência de um desvalor de

(220) Na mesma conclusão, cf. LUZÓN PEÑA, *Legítima Defensa*, p. 295: “Não só a detenção, mas também qualquer acto da autoridade — como, por exemplo, a penhora de bens realizada por um agente judicial, a dispersão de uma manifestação perturbadora da ordem pela polícia — fundado na crença de que estão verificados os pressupostos que fundam a intervenção, quando tal crença se baseia em um exame das circunstâncias realizado com a diligência objectivamente devida, isto é, realizado tal como qualquer funcionário cumpridor, diligente e cuidadoso o faria, não pode constituir uma agressão ilícita: (...) a acção realizada com a diligência objectivamente devida não pode ser uma acção proibida, dado que é realizada precisamente como o Direito quer e exige que as pessoas se comportem; é, portanto, uma acção conforme ao Direito. Ilícita e não uma agressão antijurídica. Devido ao erro será causado um mal, um resultado ilícito (por exemplo, a detenção de um inocente), haverá um desvalor de resultado, mas como a exclusão foi irrepreensível não há qualquer desvalor de acção e tal basta para que se considere justificada a conduta”.

acção, em virtude de, não obstante o preenchimento consciente de um tipo objectivo de ilícito, o agente estar convencido, em função de uma comprovação conforme ao dever, de que estão reunidos os pressupostos materiais de um tipo justificador. A relevância concedida ao desvalor de acção — seja de um modo directo, como em Taipa de Carvalho, seja de um modo indirecto ou mediato, como em Roxin ou na corrente que postula a aferição dos pressupostos justificantes sob um ponto de vista *ex ante* — é, pois, o pólo aglutinador deste conjunto de perspectivas e constitui o cerne do problema em discussão.

Uma análise crítica destas soluções implica, assim, que se questione o conteúdo que atribuem ao desvalor de acção, o seu relevo no sistema do facto punível e as consequências que daí derivam. Tarefa que, todavia, transcende em larga medida o objecto da presente investigação. Desta forma, a abordagem que consideramos pertinente é a de partir de concepções que, por um lado, se apresentem como suficientemente sedimentadas e sistematicamente válidas e, por outro lado, forneçam as soluções mais aptas a uma justa ponderação e solução dos problemas colocados pela realidade concreta. Assim ancorados, procuraremos demonstrar a improcedência daquelas posições e a validade da conclusão de que a conduta típica levada a cabo em erro sobre os pressupostos materiais de uma causa de justificação constitui um facto penalmente ilícito. Por outras palavras, que actua ilicitamente o funcionário que pratica um facto típico sem que estejam dados os pressupostos materiais legitimadores da actuação oficial, ainda que realize um exame conforme ao dever da situação de facto ou que incorra em um erro objectivamente inevitável sobre a mesma.

4.1. Com a doutrina hoje dominante, entendemos que a ilicitude penal se caracteriza pela coexistência de um desvalor de resultado e de um desvalor de acção (221). Aquele entendido como colocação em

(221) Assim, entre outros, DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 11.º Cap., § 6 e ss., MONIZ, Helena, «Aspectos do Resultado no Direito Penal», in: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 548 e ss., STRATHEWERTI, «Zur Relevanz der Erfolgswert im Strafrecht», p. 177 e ss., GALLAS, «La Struttura del Concetto di Illecito Penale», p. 447 e ss., ROXIN, *AT* 3, § 10, n.º m, 88 e ss., JESCHECK / WEIGEND, *AT* 3, § 24, III, LACKNER / KÜHL, *Strafgesetzbuch* 22, antes do § 13,

perigo ou lesão de um bem jurídico e este como expressão de um acto próprio de uma pessoa (222).

O ilícito de índole objectiva, dominado exclusivamente pelo desvalor de resultado, constitui a matriz do pensamento normativista, assim expresso por Mezger, em consonância com a doutrina dominante do seu tempo: "uma acção é antijurídica quando contradiz as normas objectivas do Direito. Este é concebido como uma ordenação objectiva da vida e o ilícito, consequentemente, como a lesão do dito ordenamento. O Direito existe para garantir uma convivência externa ordenada daqueles que lhe estão sujeitos. Objecto da vontade jurídica ordenadora é a determinação do que é conforme à ordem jurídica e do que a contradiz. Esta determinação é realizada pelas normas do Direito, que dessa forma aparecem como normas objectivas de valoração, como juízos sobre determinados acontecimentos e estados sob o ponto de vista do Direito. (...) A esta concepção do Direito corresponde a de antijuridicidade, a de ilícito, como uma contração objectiva com os preceitos jurídicos, como uma lesão objectiva das normas jurídicas de valoração" (223). Um il-

n.º m. 18 e ss., e QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS / PRATS CANNUT, *DP-PG*, p. 247 e ss. Todavia, como bem observa VIGANÒ, *Stato di Necessità*, p. 185 e s., e é aliás evidente atentas as várias posições (v. g., de Lenckner, Roxin, Rudolphi ou Stratenwerth) que temos vindo a referir quanto ao erro inevitável sobre os pressupostos materiais de uma causa de justificação, "não obstante as repetidas garantias da doutrina alemã hoje dominante sobre a essencialidade do desvalor de resultado na estrutura do ilícito, esse desvalor não é de facto... essencial: única condição, esta sim necessária e suficiente, para a subsistência do ilícito (pelo menos, doloso) é o desvalor de acção".

(222) Nestes termos, DIAS, Figueiredo, *Temas Básicos*, p. 226, afirma que "é exacto que a essência da antijuridicidade se revela decisiva na determinação dos elementos do tipo. Mas daqui só se pode retirar a conclusão de que importa tomar em conta, para além do desvalor de resultado do comportamento, os elementos configuradores do desvalor da acção, através do qual esta surja como obra de uma pessoa ou, neste sentido, ligada a um 'centro ético de imputação'. Para tanto não é indispensável porém fazer apelo ao dolo ou, sequer, à categoria da finalidade. O desvalor da acção fica constituído logo que a realização típica era objectivamente dominável ou evitável, ou que o agente violou um dever objectivo de cuidado, ou que ultrapassou os limites do risco permitido". Sublinhando a importância de uma definição rigorosa e precisa dos conceitos de desvalor de resultado e de desvalor de acção, CARVALHO, Taipa de, *A Legítima Defesa*, p. 108¹⁶⁹.

(223) MEZGER, *Tratado*, § 19. Nesta linha, entre nós, implicitamente CORREIA, Eduardo, II, p. 38 e s. e *passim*, e «Unidade e Pluralidade de Infracções», in: *A Teoria do Concurso em Direito Criminal*, 2.ª reimpr., Coimbra: Almedina, 1996, p. 67 e ss., e de

cito composto somente pelo desvalor de resultado é, todavia, incompatível com a existência de numerosos tipos legais compostos por elementos de cariz subjectivo, como intenções, motivações e outros elementos da atitude interna (224). A par da inapelável reconformação do contexto cultural e jurídico em que esta perspectiva se formou, decisiva para sua superação, pelo menos na sua pureza, foi a reconpreensão finalista da norma, já não aceite como norma de valoração, mas antes concebida como imperativo, como norma de determinação, cujo destinatário só pode ser uma pessoa, impondo o facto ilícito como uma obra pessoal, deixando assim o ilícito de poder ser valorado como pura objectividade (225).

As perspectivas inversas, filiadas em maior ou menor grau na doutrina da acção final, que compreendem o ilícito unicamente pelo desvalor de acção também não se mostram adequadas. Na realidade, "na grande maioria dos casos não pode ver-se nos elementos objectivos do crime, nomeadamente no resultado, momentos estranhos à valoração da ilicitude" (226). Com efeito, o desvalor de resultado é condição essencial para ponderar a gravidade do ilícito, pela sua inextricável conexão ao bem jurídico, objecto de protecção da norma incriminadora. Do mesmo passo, um ilícito que abstraía do desvalor de resultado não só "não tem corresponsabilidade ou aderência às expressões normativas do ordenamento

formais" expressa COSTA, Faria, *O Perigo*, p. 409¹⁰⁵: "o ordenamento penal partilha de uma dimensão objectiva. O que quer traduzir que a norma penal é fundamentalmente uma norma de valoração e que, portanto, o ilícito deve ser olhado pela óptica objectiva, porquanto ele também se postula na dimensão objectiva".

(224) Assim, WEIZEL, *DP-PG*, I, § 11, I, 2: "Com o descobrimento dos elementos subjectivos do ilícito abriu-se uma brecha profunda nessa separação aparentemente clara do externo e do interno, do objectivo e do subjectivo e na afirmação do ilícito como externo e da culpa como interno". Contra, COSTA, Faria, *O Perigo*, p. 409¹⁰⁵.

(225) Cf. CARVALHO, Taipa de, *A Legítima Defesa*, p. 82 e ss., que dá como definitivamente encerrada a fase da perspectiva objectivista do ilícito. Contra, considera COSTA, José de Faria, «Ilícito-típico, Resultado e Hermenéutica (ou o Retorno à Limpeza de Essencial)», in: Maria da Conceição Valdágua (coord.), *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, Lisboa: Universidade Lusitana Editora, 2002, p. 31, que a defesa do "desvalor de resultado como pedra angular do ilícito-típico não vai, nem de longe, nem de perto, ao arripio da modernidade, nem muito menos em contra-corrente a uma leitura firme e plural do exacto sentido daquilo que defende um direito penal liberal-social".

(226) DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 11.º Cap., § 8.

penal vigente” (227), como ignora a interdependência entre a lesão ou colocação em perigo do bem jurídico e a necessidade de estabilização das expectativas comunitárias na validade da norma violada, finalidade precípua da pena (228). Sendo certo ainda que o desvalor de resultado é condição essencial para permitir uma distinção material e axiológica entre o crime consumado e o crime tentado (229).

A concepção dualista do ilícito permite não só evitar os erros de qualquer uma das concepções extremadas, como ainda colher aquilo que cada uma tem de melhor, sem que de todo se caia em contradição insanável ou, na expressão de Figueiredo Dias, em “uma qualquer via *per mezo* entre as concepções normativista e finalista” (230). Esta opção pode ainda fundar-se numa lógica consequencial, político-criminalmente orientada. Um sistema categorial-classificador, que por definição é integrado por diversas categorias distintas, só tem razão de ser, sob pena de tudo não passar de um puro exercício de especulação teórica, se às diferentes categorias se ligarem consequências também elas diversas. No mesmo sentido, referindo-se concretamente à ilicitude e à culpa, considera Cortes Rosa, pleno de razão, que a distinção entre uma categoria e outra “não deixaria de ser descabida em um sistema jurídico(-penal), se a diferenciação dos conceitos não desempenhasse qualquer função no seio do sistema, isto é, se não se pudessem determinar consequências jurídicas cuja produção (...) exigisse a verificação de um facto ilícito, mas não a culpa do agente” (231).

(227) COSTA, Faria, *O Perigo*, p. 409. No mesmo sentido, VIGANÒ, *Stato di Necessità*, p. 188 e ss., referindo-se ao sistema penal alemão.

(228) Nesta direcção, VIGANÒ, *Stato di Necessità*, p. 199 e s., e PALMA, Maria Fernanda, *A Justificação por Legítima Defesa*, p. 84, mas por referência à “retribuição penal”. Contra, CARVALHO, Taipa de, *A Legítima Defesa*, pp. 86 e 116 e s. 188 — toda-via, sem razão, pois que, a menos que se adopte um pensamento preventivo-geral de índole puramente normativa, à maneira de JAKOBS, *DP-PG*, 2/1 e ss., uma prevenção-geral dita “realista”, à maneira de DIAS, Figueiredo, *Temas Básicos*, p. 106 e s., só tem razão de ser pela sua conexão ao bem jurídico e não lhe pode ser, assim, indiferente o destino que a conduta lhe impõe.

(229) QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS / PRATS CANUT, *DP-PG*, p. 249 e s.

(230) DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 10.º Cap., § 25.

(231) ROSA, Cortes, «La Función de la Delimitación...», p. 247 e s., e na mesma direcção, VIGANÒ, *Stato di Necessità*, p. 310.

Uma ilicitude integrada por um desvalor de resultado e por um desvalor de acção é a mais apta a realizar um justo equilíbrio nas consequências derivadas da qualificação de um facto como ilícito e ao mesmo tempo a assegurar uma efectiva distinção material entre a ilicitude e a culpa.

São essencialmente as seguintes as consequências da qualificação de um facto como ilícito, independentemente da sua relevância em sede de culpa: a possibilidade de contra o agressor ser dirigida uma resposta em legítima defesa (art. 32.º do CP); e a aplicabilidade de uma medida de segurança (art. 91.º-1 do CP; e arts. 100.º e 101.º do CP, apenas quando a ausência de culpa derive de uma falta de imputabilidade) (232). Efeitos que podem ameaçar seriamente bens jurídicos do agente. A sujeição à legítima defesa expõe o agressor a uma resposta que não se encontra, em geral, limitada por uma exigência de proporcionalidade entre os bens agredidos e os bens daquele que terão de ser lesados para repelir a agressão (233), pelo que a qualificação da sua conduta como ilícita permite que a sua esfera jurídica seja objecto de uma lesão de gravidade superior ou até muito superior àquela que a sua actuação com-

(232) CORREIA, Eduardo, II, p. 13 e ss. Cf. ainda, desenvolvidamente, ROSA, Cortes, «La Función de la Delimitación...», p. 247 e ss., e VIGANÒ, *Stato di Necessità*, p. 311 e ss.

(233) Assim, na doutrina portuguesa, CORREIA, Eduardo, II, p. 45, VALDÁGUA, Maria da Conceição, «Aspectos da Legítima Defesa no Código Penal e no Código Civil», *Jornadas de Homenagem ao Prof. Doutor Cavaleiro de Ferreira*, sep. da *RFDL*, 1995, p. 235-285, BELEZA, Teresa Pizarro, «Legítima Defesa e Género Feminino: Paradoxos da “Feminist Jurisprudence”», *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 31, 1991, p. 149, SILVA, Marques da, *DP-PG*, II, p. 98 e s., ANDRADE, Costa, «O princípio constitucional...», p. 134 e ss., e ainda, mas de uma forma temperada, FERREIRA, Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, 1992, p. 183 e ss., através da ideia da defesa racional, e DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 15.º Cap., § 27 e ss., pelo critério da necessidade da defesa. CARVALHO, Taipa de, *A Legítima Defesa*, p. 434, também considera que “não há qualquer ilegitimidade ético-jurídica na negação da exigência da proporcionalidade dos bens”, mas a “sua” legítima defesa é um produto derivado de vários “filtros” (v. g., só para bens jurídicos de natureza individual (p. 475 e ss.), desvalor de acção da agressão (p. 186 e ss.), agressão dolosa (p. 243 e ss.)) e nessa medida tem um campo de aplicação muito mais reduzido que o da legítima defesa que mereceu consagração legal. Contra, PALMA, Maria Fernanda, *A Justificação por Legítima Defesa*, p. 253 e ss. e *passim*, e BARTO, Teresa Quinicha de, *O Direito de Necessidade e a Legítima Defesa no Código Civil e no Código Penal*, Lisboa: Lex, 1994, p. 31 e ss.

porta para o agredido. A caracterização da conduta típica como ilícita torna ainda o agente inimpunível passível de aplicação de uma verdadeira sanção criminal, a medida de segurança de internamento, que se traduz numa limitação muito forte dos seus direitos fundamentais, consubstanciada na privação da liberdade e em um eventual tratamento compulsivo (234).

A gravidade destas consequências para a pessoa cuja conduta seja qualificada como ilícita deve, além das demais condições que em função dessa mesma gravidade são exigidas para a respectiva aplicação (v. g., entre outras, para a legítima defesa a necessidade do meio; e para as medidas de segurança o princípio da proporcionalidade (235)), impor à ilicitude um carácter pessoal, uma natureza penetrada por um desvalor que exprima o facto ocorrido como obra de uma pessoa, em suma, pelo desvalor de acção (236).

Um ilícito puramente objectivo, conotado somente com o desvalor de resultado, do qual derive a exposição do sujeito àquele tipo de consequências em função de factos por ele causados, mas que de todo lhe possam ser imputados como pessoa, poderá representar uma intromissão

(234) Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português. Parte Geral, II, As Consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa: Aquilinas / Editorial Notícias, 1993, §§ 692 e ss. e 723 e ss., e na sua direcção, RODRIGUES, Anabela Miranda, «Sistema Punitivo Português. Principais Alterações no Código Penal Revisto», *Sub Judice*, 11, 1996, p. 37, e BRANDÃO, Nuno, «Limites de Duração da Medida de Segurança de Internamento», *RPCC*, 2000, Fasc. 4.º, p. 623 e s.

(235) Cf. DIAS, Figueiredo, *Direito Penal Português*, § 705 e ss., RODRIGUES, Anabela, «Sistema Punitivo Português...», p. 37, que tem o princípio da proporcionalidade "por referencem constitucional obrigatório", e ANTUNES, Maria João, *Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimpunível em Razão de Anomalia Psíquica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 172 e ss. Princípio, de que ANTUNES, Maria João, «O Passado, o Presente e o Futuro do Internamento de Inimpunível em Razão de Anomalia Psíquica», *RPCC*, 2003, Fasc. 3.º, p. 356 e s., e JORGE BARREIRO, Agunstín, «A Crise Actual do Dualismo no Estado Social e Democrático de Direito», *RPCC*, 2001, Fasc. 4.º, p. 552 e ss., discordam quando referido ao facto do inimpunível, tal como se dispõe nas leis portuguesa (art. 40.º-3 do CP) e espanhola (art. 6.2 do CP).

(236) Conclusão em parte convergente, quanto à legítima defesa, com a de PALMA, Maria Fernanda, *A Justificação por Legítima Defesa*, p. 141: "a agressão ilícita não pode ser caracterizada objectivamente, porque isso não justificaria a desproporcionalidade da correspondente defesa, devido à igualdade na protecção dos sujeitos".

injusta e intolerável na sua esfera jurídica, comprometedora da sua dignidade pessoal. E dizemos "poderá representar" e não "representa", dado que, naturalmente, em um sistema cuja ilicitude funcione em pura objectividade podem ser sempre criados contrapesos que aplaquem a dureza daquelas consequências. Disso constitui exemplo a evolução do *versari in re illicita* para o crime preterintencional, operada no âmbito da culpa, ou o aparecimento da teoria da causalidade adequada como tentativa de corrigir os resultados injustos que a teoria das condições equivalentes produzia no âmbito dos crimes preterintencionais, já no campo da tipicidade (237). De todo o modo, dificilmente tais contrapesos poderão substituir a coerência sistemática proporcionada pelo desvalor de acção e dotar o sistema dos benefícios de um ilícito pessoal, como revelou a superação do normativismo.

Se a natureza pessoal do ilícito se apresenta hoje como uma aquisição insubstituível, não deve a mesma ser exacerbada ao ponto de aniquilar a dimensão objectiva do juízo de ilicitude. Além das objecções, mencionadas supra, que uma tal concepção suscita, é a própria compreensão categorial-classificatória do sistema que é posta em causa se as suas premissas forem tomadas em consideração de um modo consequente. O seu efeito é o de, através de uma apropriação do conteúdo da culpa pela ilicitude, diluir os limites entre uma e outra categoria de um modo tal que a distinção entre ambas se torna quase impraticável e deixa de assumir relevância significativa. Com a subjectivação extrema do ilícito, a exclusão da responsabilidade penal em relação a uma parte substancial do núcleo de problemas geralmente associado à culpa deixa de assentar na não censurabilidade e passa a fundar-se em uma ausência de desvalor de acção, sendo assim antecipada da culpa para a ilicitude (238). O esvaziamento da culpa (239) compromete o sistema cate-

(237) Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Responsabilidade pelo Resultado e Crimes Preterintencionais*, diss. polic., Coimbra, 1961, p. 126 e ss.; DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 12.º Cap., § 1211, CORREIA, Eduardo, I, p. 439 e ss., e COSTA, José de Faria, «Aspectos Fundamentais da Problemática da Responsabilidade Objectiva no Direito Penal Português», sep. *BFDUC, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, 1981, p. 18 e ss.

(238) Assim sucede na questão objecto da nossa atenção relativa ao erro inevitável sobre os pressupostos materiais das causas de justificação, como também, v. g., em

gorial-classificador, pois representa, por um lado, o abandono da estrutura categorial a partir do patamar da ilicitude e, por outro lado, impede-o de cumprir uma das suas finalidades, a atribuição de consequências diversas aos diferentes estratos em que se encontra organizado. E se o produto que deriva de uma tal construção é questionável quanto ao relevo da culpa, não o será menos quanto ao significado do ilícito. Poder-se-á duvidar da idoneidade do sistema do facto punível para assegurar uma efectiva observância do princípio da culpa, cuja *ratio* de protecção da dignidade pessoal, enquanto limite ao exercício do poder punitivo estadual, exige para a culpa um conteúdo material (240). Mas poder-se-á também questionar, com Roxin (241), se um ilícito assim concebido não se degradará em uma expressão de um direito penal da atitude interior e não se tomará assim imprestável.

4.2. As considerações anteriores são suficientes para compreender a nossa rejeição de posições, como a de Taipa de Carvalho, que sustentam um ilícito caracterizado única e exclusivamente pelo desvalor de acção. A recusa destas teses funda-se ainda na recusa do seu ponto de referência. A concepção de norma jurídica como pura norma de determinação. Vista a questão sob o ponto de vista da teoria das normas, só uma perspectiva que se coloque fora dessa lógica da norma como norma de determinação será procedente no sentido de contestar a identificação do ilícito com o valor de acção. Embora apontando às normas jurídicas uma função de indicar quais os bens jurídicos merecedores de tutela jurídico-penal (242), as correntes subjectivistas desvalorizam por completo essa dimensão da norma para efeitos de determinação do conteúdo do ilícito penal. Porém, a verdade é que, sob um ponto de vista lógico, a função de valoração da norma, traduzida na definição dos bens jurídicos e das condutas que com eles colidam, tem prioridade sobre a função de deter-

Mir PUIG, Santiago, *DP-PG*⁵, Lec. 21, n.º m. 22 e s. e QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Debida*, p. 421¹⁷⁵, quanto ao erro sobre a proibição.

(239) VIGANO, *Stato di Necessità*, p. 191.

(240) Nesta direcção, DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 10.º Cap., § 23.

(241) ROXIN, *AT*³, § 10, n.º m. 99.

(242) Cf. CARVALHO, Taipa de, *A Legítima Defesa*, p. 82 e s., e ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert*, p. 121 e ss.

minação (243), pois “se o direito ordena um determinado comportamento e proibe um outro isso implica, necessariamente e a todas as luzes, que houve uma valoração anterior” (244). Daqui não resulta que a função de valoração da norma deva apagar a sua natureza imperativa (245), devendo antes concluir-se, com Gallas, que a norma reguladora da conduta humana se funda em duas dimensões, de valoração e de determinação (246): como imperativo, desempenhando a função de motivação dos cidadãos; como norma de valoração, dando às acções por ela proibidas um sinal de reprovação jurídica e às acções por elas permitidas um sinal de aprovação jurídica.

Como vimos, a tese subjectivista pretende assimilar a norma de permissão, em que assenta a justificação, na norma de proibição ou de imposição constante do tipo incriminador (247). Todavia, é o procedimento contrário, o de considerar que as normas de permissão mantêm autonomia face às normas de proibição ou de imposição, que se mostra mais conforme à teoria geral do direito (248) e mais apto a exprimir o “distinto significado teleológico ou material das causas de justificação face às normas incriminadoras” (249), permitindo “evidenciar plasticamente o conflito entre os interesses tutelados pelas duas normas; e exprimir, pela prevalência de uma ou outra norma, a prevalência do interesse tutelado, na óptica da totalidade do ordenamento” (250). Como refere Figueiredo

(243) MAURACH / ZIPF, *DP-PG*⁷, I, § 19, n.º m. 29.

(244) COSTA, Faria, *O Perigo*, p. 409¹⁰⁵. Na mesma direcção, mas a propósito da possibilidade de da norma considerada como imperativo poder derivar a consequência de a falta de consciência da ilicitude redundar em uma exclusão da responsabilidade penal, DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilcitude*, § 6, 3., afirma que “a norma imperativa ou de determinação supõe sempre logicamente uma norma de valoração que a antecede ou, quando menos, coexiste com aquela, sendo a determinação proposta, uno acto, com a valoração”.

(245) Como pretende COSTA, Faria, *O Perigo*, p. 409¹⁰⁵, em ordem a sustentar a sua concepção objectiva do ilícito.

(246) GALLAS, «La Struktur del Concepto de Illeccio Penal», p. 450 e s. e *passim*, e na mesma direcção, JESCHECK / WEIGEND, *AT*⁵, § 24, II, 2.

(247) Cf. CARVALHO, Taipa de, *A Legítima Defesa*, p. 147 e ss.

(248) PALMA, Maria Fernanda, *A Justificação por Legítima Defesa*, p. 698 e ss. Deste modo, cf. ainda JESCHECK / WEIGEND, *AT*⁵, § 31, I.

(249) VIGANO, *Stato di Necessità*, p. 231.

(250) VIGANO, *Stato di Necessità*, p. 231 e s. Em termos próximos, PALMA, Maria Fernanda, *A Justificação por Legítima Defesa*, p. 702 e ss.

Dias, a justificação “opera sempre em uma situação conflitual, em que se debatem interesses contrapostos que, em concreto, almejam a prevalência. Assim se compreende que, teleológica e funcionalmente, a justificação resulte da ponderância jurídica, em situação, de um interesse perante o outro ou, como costuma dizer-se numa fórmula mais curta, da prevalência do interesse juridicamente mais relevante. Por isso a situação implica sempre um «sopeso jurídico» dos interesses conflitantes” (251).

Pela afirmação da autonomia da norma justificadora e da sua dupla função de valoração e de determinação compreende-se que não estando dados os pressupostos materiais do tipo justificador este não possa eliminar o sentido de ilicitude que o preenchimento do tipo incriminador comporta, devendo o facto ser qualificado como ilícito. A absorção da norma justificante na norma incriminadora leva a que a norma de permissão produza o seu efeito típico, a exclusão da ilicitude, em circunstâncias em que os seus pressupostos de aplicação não estão verificadas, o que é metodologicamente errado e contrário à valoração que encerra. Na realidade, dando como certo que essa dimensão de valoração da norma do tipo justificador exprime, regra geral, uma opção da ordem jurídica entre interesses contrapostos em uma situação conflituante, fruto de uma ponderação sobre os mesmos, o seu efeito de exclusão de ilicitude só deverá ocorrer quando os requisitos materiais da justificação estiverem presentes. Tudo o que leva a concluir pela improcedência da tese que atribui ao erro objectivamente inevitável sobre a situação de facto justificante um efeito de exclusão da ilicitude por ausência do desvalor de acção.

Desta forma, poderá considerar-se que *não actua ilicitamente* aquele que, com o cuidado objectivamente devido, lesa ou coloca em perigo um bem jurídico em virtude de um erro sobre os pressupostos materiais de um tipo *incriminador*, por ausência de desvalor de acção, dado não lhe ser imputável uma comissão a título de dolo, nem de negligência (252). Se, por um lado, é posto em causa o estado de coisas que a valoração ínsita na norma visa tutelar, por outro lado, o agente não viola o impe-

(251) DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 14.º Cap., § 13.

(252) Cf. STRATENWERTH, «Zur Relevanz der Erfolgsunwert im Strafrecht», p. 178, e DIAS, Figueiredo, «Sobre o Estado Actual da Doutrina do Crime. 2.ª Parte», p. 20.

rativo que a mesma contém e não está assim verificada a dimensão de determinação que a norma de proibição ou de imposição pressupõem. Onde, essa norma, a norma do tipo incriminador, não produz efeitos.

Coisa diferente sucede quando o agente, sob a forma de dolo ou negligência, preenche um tipo objectivo de ilícito e actua em um quadro em que não estão de facto reunidos os elementos de um tipo *justificador*, mesmo que a sua actuação seja determinada pela errónea convicção, por mais fundada que seja, de que esses pressupostos estão verificados. Nesta situação, estando dados os requisitos da norma presente no tipo incriminador, o sentido de ilicitude que este encerra só não se converterá em um juízo definitivo de ilicitude se a norma de permissão produzir o seu efeito justificante. Todavia, se a convicção, ainda que errada, do agente na existência de uma situação de facto justificante pode significar a prossecução do imperativo que a norma contém, a efectiva inexistência de uma tal situação revela que a valoração compreendida na norma não teve uma expressão real. Assim, estando ausente uma das suas dimensões, a norma de permissão não poderá produzir efeitos e o sentido de ilicitude que acompanha o tipo incriminador é confirmado, *formando-se então um juízo definitivo de ilicitude*. Juízo este que se funda tanto em um desvalor de resultado, em virtude da lesão ou colocação em perigo do bem jurídico, como em um desvalor de acção, pela razão de o agente ter actuado sob a forma dolosa ou negligente e o facto por ele praticado não poder deixar de lhe ser imputado como um acto dele, como uma obra pessoal (253).

4.3. Do mesmo modo, não deverá ser aceite a posição de Roxin e outros que chegam também à exclusão da ilicitude em caso de erro objectivamente inevitável sobre os pressupostos materiais de um tipo justificador, com base na ideia da exclusão do ilícito doloso, complementada pelo afastamento do ilícito negligente. Desde logo porque, como acabámos de afirmar, não deve considerar-se como eliminado o desvalor de acção. O agente

(253) Nesta direcção, JESCHECK / WEIGEND, *AT* 7, § 41, IV, 1. a) e d), que consideram que o desvalor de acção do facto doloso não desaparece pela simples consciência da justificação, pois depende ainda da verificação da situação justificante. A repressação da justificação determina apenas uma diminuição do desvalor de acção e não a sua eliminação.

que incorre em um erro daquele tipo não exprime nesse facto uma personalidade contrária ao dever-ser penal e por isso não lhe é dirigida qualquer censura dolosa. Mas se o agente representa e dirige a sua vontade à prática desse facto, deve considerar-se que o facto cometido é a expressão de um acto da sua pessoa e nessa medida comporta um desvalor de acção.

A justificação de Roxin para impor nestes casos a exclusão do dolo natural e assim a eliminação do desvalor de acção doloso, assenta em uma artificiosa construção do dolo do ilícito. Um dolo que, nas palavras críticas de Armin Kaufmann, “não consiste já em um conhecimento e vontade de realização do tipo, mas em parte em um conhecimento e vontade e em parte em um não conhecimento (e uma não vontade?)” (254). Na realidade, Roxin, como referimos supra, considera esse dolo do ilícito preenchido pela não representação das circunstâncias justificantes. Posição que, com Figueiredo Dias, se poderá caracterizar como uma “aceitação exasperada da teoria dos elementos negativos do tipo” (255), “pela recusa de toda a distinção e qualquer autonomia entre

(254) KAUFMANN, Armin, «Tatbestandserschönkung und Rechtfertigung», *JZ*, 1955, p. 38.

(255) Dias, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilícitude*, § 21, I, 3, b). Ao contrário, v. g.: de SCHÜNEMANN, «Die deustisprachige Strafrechtswissenschaft...», p. 350 e ss., e «La Función de Delimitación de Injusto y Culpabilidad», in: J. M. Silva Sánchez (ed. Española), B. Schünemann / J. de Figueiredo Dias, *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*, Barcelona: J. M. Bosch, 1995, p. 236 e ss., hoje talvez o mais acérrimo defensor da teoria dos elementos negativos do tipo, Roxin, que em tempos foi seu partidário, pretende agora, à semelhança da doutrina maioritária, afastar-se desta tese, avançando inclusive um longo requisito contra a mesma (cf. *ATZ*, § 10, n.º 19 e ss.). Contudo, como vimos, partilha com a teoria dos elementos negativos do tipo a ideia de que ao erro sobre as causas de justificação se aplica o regime do erro sobre a factualidade típica, que exclui o dolo. O único ponto que separa ambas as teses diz respeito ao modo de aplicação do § 16, I, do StGB, pois enquanto para ROXIN, *ATZ*, § 14, n.º m. 62 e 70, esta norma se deve aplicar analogicamente ao erro sobre o tipo justificador, para a teoria dos elementos negativos do tipo o § 16, I, do StGB terá aplicação directa e imediata. Os resultados de uma e outra posição são, pois, exactamente os mesmos e por isso a razão está com GALLAS, «La Estructura del Concepto de Ilícito Penal», p. 463⁵⁶, quando considera que substancialmente se reconduzem à teoria dos elementos negativos do tipo todas as tentativas para qualificar o erro sobre a situação justificante como um erro sobre a factualidade típica excluyente do dolo por aplicação analógica do § 16 do StGB. Para uma análise crítica desta doutrina, cf., entre tantos outros, Dias, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilícitude*, § 4, III, 3, b), e GALLAS, Wilhelm, *La Teoría del Delito en su Momento Actual*, Barcelona: Bosch, 1959, p. 39.

elementos do tipo incriminador e elementos do tipo justificador” (256), e que segundo alguma doutrina, “além de constituir uma «impossibilidade psicológica», conduziria sem dúvida a um «dolo monstruoso»” (257). As afirmações de Figueiredo Dias são proferidas no contexto da defesa da sua posição de que “no plano da aferição da culpa jurídico-penal (...) o significado do erro sobre a factualidade típica e do erro sobre os pressupostos de um obstáculo à ilicitude é exactamente o mesmo” (258), em ordem a contrariar aquelas acusações de que esta construção poderia constituir uma “impossibilidade psicológica” e conduzir a um “dolo monstruoso”. Porém, nessa defesa vai deixando cair críticas à equiparação entre erro sobre o tipo e erro sobre obstáculos à ilicitude realizada na base de uma identificação entre tipos justificadores e tipos incriminadores, como já na altura Roxin sustentava, ancorado em uma co-consciência imanente à acção da inexistência dos pressupostos da justificação (259). Fundamentação reputada por Figueiredo Dias como insubsistente, pois “neste enquadramento, com efeito, não poderá logicamente deixar de se exigir o conhecimento da inexistência dos obstáculos; e um «conhecimento» que não prescinda, pelo menos, de uma qualquer ligação à consciência-intencional do agente e que, por isso, nem sempre poderá considerar-se que resulta automaticamente da própria situação” (260).

A construção de Roxin, além de assentar neste equívoco dolo do ilícito, representa ainda uma desconsideração completa do desvalor de resultado como elemento constitutivo do ilícito. Mesmo que, por hipótese, se admitisse que o desvalor de acção deveria ser eliminado, nem por isso se deveria excluir a ilicitude do facto típico doloso cometido em erro inevitável sobre os pressupostos de uma causa de justificação.

(256) Dias, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilícitude*, § 21, I, 3, b).

(257) Dias, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilícitude*, § 21, I, 3, b).

(258) Dias, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilícitude*, § 21, I, 2.

(259) Como ainda agora, aliás: cf. ROXIN, *ATZ*, § 14, n.º m. 69.

(260) Dias, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilícitude*, § 21, nota 44. Alinham nesta crítica, JESCHKE / WEIGEND, *ATZ*, § 41, IV, 1, a). Também ESER / BURKHARDT, *Derecho Penal*, Caso 15, n.º m. 23 e 29, consideram questionável esta construção do dolo, mas, paradoxalmente, acabam por defender que em caso de erro sobre os pressupostos materiais de um tipo justificador é excluído o ilícito doloso.

Aceitamos como válida a compreensão da ilicitude como “valoração autónoma da ordem jurídica através da qual se liga a um certo comportamento um sentido de desvalor jurídico” (261). Daí resulta que as causas de justificação se apresentam como instrumentos de que o ordenamento se serve para a formação de um juízo de ilicitude e são por isso portadoras de uma decisão político-criminal de preferência entre interesses conflitantes em uma concreta situação da vida (262). Decisão que se funda em uma ponderação determinada por critérios objectivos e por isso produz efeitos gerais (263), recaindo um dever de suportar sobre o titular do interesse pretérito pela ordem jurídica. Por aqui também se compreende que a par de uma função de determinação, a norma presente no tipo justificador possua uma indispensável função de valoração. A dimensão de valoração é expressa pela ordem jurídica através de uma tomada de posição a favor de um dos interesses em disputa e compreende o valor de resultado que permite neutralizar o desvalor de resultado decorrente do preenchimento do tipo incriminador.

Tendo em conta esta função de valoração da norma de permissão, pela qual só a produção de um valor de-resultado poderá levar a que a mesma desencadeie o seu efeito justificante, ainda que, por mera hipótese, se conceda que o agente actua sem desvalor de acção, não se poderá concluir que a ilicitude deva ser excluída. A inexistência do desvalor de acção, desacompanhada de uma correspondente neutralização do desvalor de resultado, não é suficiente para afastar a ilicitude do *facto típico*. Se a ordem jurídica faz depender a justificação do cumprimento de certos pressupostos — e, como vimos supra, a habilitação legal é imprescindível no âmbito das actuações oficiais, sob pena de violação dos princípios da reserva de lei e da legalidade da administração — e os mesmos não se verificam no caso concreto, então o interesse que a norma tem em vista não é em concreto prosseguido e o valor

(261) DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude*, § 4, III, 3.

(262) JESCHKE / WEIGEND, *AT*, § 25, III, 2, a).

(263) Assim, HIRSCH, Hans Joachim, «Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus deutscher Sicht», in: Albin Esler / Walter Perron (Herausg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, III, Freiburg i. Br.: Max-Planck-Inst., 1991, p. 29 e s.

social (264), o *plus*, que legitimaria a intervenção do agente em prejuízo dos interesses tutelados pelo tipo incriminador não é efectivamente alcançado, com o que no sistema social subsiste somente o desvalor da danosidade consubstanciada na lesão ou colocação em perigo do bem jurídico atingido pela conduta típica do agente. Decisiva para a exclusão da ilicitude é a real prossecução do interesse tutelado pela norma de autorização (265), numa palavra, a eliminação do desvalor de resultado, porque é esse interesse que legitima essa norma e lhe dá razão de ser. Na síntese de Sánchez García, “em um direito penal orientado para a protecção de bens jurídicos, não pode determinar-se uma exclusão da ilicitude quando as expectativas de criação de um resultado valioso para o direito não se concretizaram” (266). O facto de a justificação depender ainda e também da ausência de um desvalor de acção, não autoriza a extrapolação de Roxin, que implicitamente prescinde da neutralização do desvalor de resultado como condição de exclusão da ilicitude. Assim, retomando o exposto supra, em caso de erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação, a norma de permissão, autónoma face à norma de proibição ou de imposição, não poderá produzir o seu efeito justificante, pela razão, formal, de os respectivos requisitos não estarem realmente verificados e por, materialmente, não se verificar a prossecução do interesse que essa norma visa tutelar, não estando assim presente a sua dimensão de valoração.

(264) Expressão esta, “valor social”, que não deve ser lida à luz da discussão relativa à questão de saber se o comportamento justificado comporta uma valorção positiva, uma aprovação, ou uma mera valoração não negativa, uma tolerância, pela ordem jurídica — sobre o assunto, cf. LARRAURI, Elena, «Causas de Justificación: Criterios de Identificación», in: HASSEMER, Winfried / LARRAURI, Elena, *Justificación Material y Justificación Procedimental en el Derecho Penal*, Madrid: Tecnos, 1997, p. 49 e s. Neste contexto, cremos assistir traço a DIAS, Figueiredo, *Textos de Direito Penal*, p. 161 e s., na consideração de que “para efeitos de ilicitude jurídico-penal esta só pode ser afirmada ou negada, devendo neste último caso considerar-se completamente indiferente, em termos de consequência jurídica, que o comportamento respectivo seja ‘aprovado’ ou apenas ‘suportado’ pelo Direito”, e a ROXIN, AT, § 14, n.º m. 1, que, do mesmo modo, entende que a afirmação de uma causa de justificação não implica uma valoração positiva da conduta justificada, pois ao direito penal não cabe emitir juízos de valoração positivos de factos não desaprovados pela ordem jurídica.

(265) No mesmo sentido, cf. PADOVANI, DP2, p. 196.

(266) SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo*, p. 101.

Contra a tese da exclusão do ilícito em caso de erro inevitável sobre uma causa de justificação por via da eliminação do dolo do ilícito e da negligência do ilícito deve ainda avançar-se com a insolúvel confusão que pode introduzir no plano das relações sociais. Objeção a que não escapam também a tese de que os pressupostos do tipo justificador devem ser apreciados sob uma perspectiva *ex ante* e a doutrina que afasta a ilicitude por via directa da eliminação do desvalor de acção.

Todas as posições, ao conduzir à exclusão da ilicitude, negam a legítima defesa àquele que é vítima da agressão desse agente que incorre em erro apesar de empregar o cuidado objectivamente devido. Quando muito, o agredido poderá responder em estado de necessidade. Porém, é perfeitamente natural que a reacção do primeiro agredido vá além do que é admitido em estado de necessidade, com o que o agredido por sua vez se transforma em agressor. Ora, as mais das vezes, tal acontecerá porque o primeiro agredido julga erradamente ter perante si uma situação de legítima defesa, em virtude de crer que a agressão de que é alvo constitui um facto ilícito, o que, segundo todas aquelas posições, não corresponde à realidade, uma vez que o primeiro agressor actua em erro inevitável. Mas se assim é, a contra-agressão do primeiro agredido também não é ilícita, dado que o seu erro, por uma questão de justiça e equidade, também será em princípio considerado como inevitável. O primitivo agressor e agora contra-agredido também não disporá, portanto, de qualquer direito de legítima defesa, podendo exercer somente um direito de necessidade. Pelo que, em último caso, se poderá configurar uma situação de legítima defesa putativa contra legítima defesa putativa, que redundará em um estado de necessidade contra outro estado de necessidade (267).

A equiparação da justificação putativa à justificação real não só comporta em si mesma uma contradição normativa insanável, nos termos já evidenciados, como distorce de forma irremediável a realidade ao parificar a conduta do que actua erradamente com a do que actua de modo conforme ao direito, inclusive com a conduta do que não visa senão defender-se do acto que em termos ilegítimos viola a sua esfera jurídica (268). Parificação que desvirtua a função de mediação entre

interesses conflitantes na vida social atribuída à ilicitude e que, além de representar uma desconsideração da função de valoração, revela também uma visão unilateral sobre a dimensão de determinação da norma de permissão. É que, por via da absorção da norma de autorização na norma de proibição, ou de imposição, acaba-se por aplicar àquele um modelo hermenéutico que só é válido para esta. Se é correcto considerar que destinatário da norma de proibição ou de imposição, ínsita no tipo incriminador, é o agente que comete o facto típico, pois o tipo legal comporta somente uma decisão de valoração abstracta (269), já no plano do tipo justificador, que traduz uma valoração em concreto entre interesses conflitantes, destinatários da norma de permissão são todos os titulares desses interesses contrapostos (270). Pois se esta norma confere um direito ou um dever de agir também impõe um correspondente dever de suportar. O imperativo contido na norma não se dirige apenas ao sujeito activo e por isso o aspecto de determinação da norma não pode ser perspectivado apenas sob o prisma desse sujeito, como fazem as teorias subjectivistas que identificam o valor de acção com a finalidade do agente, como consequência da identificação do desvalor de acção com o desvalor de intenção (271). Essa finalidade deve ser acompanhada pela verificação efectiva da situação justificante (272): só assim a norma produzirá um imperativo pelo qual impõe ao sujeito passivo um verdadeiro dever de suportar. Se, pelo contrário, se nega a vertente de valoração da norma de permissão e se foca a sua dimensão de determinação somente no sujeito que se quer valer do tipo justificador, altera-se a seu favor a relação de equilíbrio entre os interesses contrapostos definida pela ordem jurídica e esse sujeito adquire uma posição

(267) HIRSCH, «Die Stellung von Rechtfertigung...», p. 306.

(270) Todavía, segundo WOLTER, Jürgen, «Impugnación objetiva y personal a título de injusto», p. 111 e s., já com referência ao tipo incriminador e à fundamentação do ilícito, deve a vítima ser colocada no centro da doutrina do ilícito e da imputação e a norma de proibição deve conceber-se tanto sob a perspectiva do agente que realiza o facto, como da vítima, que é ameaçada. Consideração que de acordo com o A. deve ser transposta para o plano das normas de permissão das causas de justificação, que reflectem tal como uma imagem reflectida num espelho as relações surgidas no plano da fundamentação do ilícito.

(271) Cf. GALIAS, «La Estructura del Concepto de Ilícito Penal», p. 447 e ss.

(272) JESSIECK / WEIGEND, AT², § 41, IV, 1, a).

(267) Cf., por todos, CARVALHO, Taipa de, *A Legítima Defesa*, p. 186 e ss., e GRAU,

Eva, «Legítima Defensa o Defensa Putativa?», p. 183 e ss.

(268) Cf. HIRSCH, «Die Stellung von Rechtfertigung...», p. 34.

jurídica que o ordenamento não lhe quis atribuir, em prejuízo do titular do interesse que a ordem jurídica estabeleceu como prevalente.

A ilicitude perde dessa forma a sua função reguladora das relações sociais e em vez de assumir um papel de orientação na vida em sociedade torna-se em fonte de inarredáveis dúvidas e confusões. Assiste inteira razão a Taipa de Carvalho quando considera que “é, nas situações de conflito, humanamente provocadas ou naturalmente surgidas, que mais se faz sentir a necessidade de uma orientação clara de qual os interesses é considerado pela ordem jurídica como mais valioso” (273) e que “o que não pode, de maneira nenhuma, aceitar-se é que as causas de justificação (tipos justificadores) passem, na prática, de normas de orientação e de autorização da acção, numa situação de conflito, a normas de desorientação, a fontes de perplexidades, a factores de potencição de conflitos mais graves do que aqueles que elas pretendem e têm por função resolver” (274). Afirmações proferidas a propósito da aplicabilidade do corolário da determinabilidade do princípio da legalidade penal às causas de justificação, mas que se aplicam como uma luva ao problema do erro sobre a situação de facto justificante. Não pode, sob pena de insanável incoerência, assinalar-se como precíqua função político-criminal da ilicitude a de estabelecer normas claras de conduta e de definir de um modo limpo e inequívoco as fronteiras do permitido e do proibido, e ao mesmo tempo adoptar-se uma construção dogmática do facto punível que se alheia por completo daquela função e a põe materialmente em causa. Incoerência que deve ser apontada não apenas a Taipa de Carvalho, mas também a todos aqueles, como Roxin ou Rudolph, que em determinadas circunstâncias equiparam a justificação putativa à justificação real ao nível dos seus efeitos. Também aqui se contraria a apreçoada transcendência da política criminal sobre a dogmática penal.

4.4. Tudo quanto foi dito permite compreender a nossa discordância em relação à admissibilidade da exclusão da ilicitude do facto típico em razão da eliminação do ilícito doloso de acção e do ilícito negligente de acção em caso de erro inevitável sobre a situação de facto

justificante. Cremos que o exposto é suficiente para fundar também a nossa rejeição da tese que advoga a avaliação de todos os pressupostos do tipo justificador sob um ponto de vista *ex ante*. Posição recusada pela doutrina dominante — que abrange um largo espectro e compreende não só aqueles para os quais a justificação tem uma ineliminável dimensão objectiva (275), como também aqueles que acabam por preconizar soluções que produzem resultados idênticos senão mesmo iguais aos dessa concepção *ex ante* (276) —, que como regra geral defende uma apreciação *ex post*. A perspectiva *ex ante* desvaloriza a dimensão de valorção da norma de permissão, subjectiviza o juízo de ilicitude e se, como referimos, numa corrente moderada desemboca em insolúveis e inaceitáveis situações de estado de necessidade contra estado de necessidade, levada às últimas consequências pode conduzir inclusive a estranhas situações de legítima defesa contra legítima defesa (277). Deve, por isso, com a doutrina maioritária, afirmar-se que, em geral, a verificação dos pressupostos de uma causa de justificação se avalia *ex post*.

5. As razões avançadas contra as várias correntes que, sustentadas de modo mais ou menos explícito no conceito de desvalor de acção, apontam um efeito de exclusão da ilicitude ao erro inevitável sobre os elementos materiais de um tipo justificador, são em definitivo confirmadas pelas conclusões da teoria do erro sobre as causas de justificação dominante entre nós, próxima da teoria da culpa limitada referida às consequências jurídicas (*rechtsfolgenreinshrankende Schultheorie*) que reconhece um apoio significativo na doutrina alemã.

(275) Cf. PEREIRA, Rui, «Justificação do facto e erro em Direito Penal», p. 36 e s., GALLAS, «La Struttura del Concetto di Illecito Penale», pp. 459⁷ e ss. e 474, e SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo*, p. 97 e ss.

(276) Cf. ROXIN, AT³, § 14, n.º m. 85 e ss., esp. nota 115, SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 9 e ss., MIR PUIG, Santiago, *DP-PC⁵*, Lec. 16, n.º m. 25, BOLEA BARÓN, «El Exceso Intensivo en la Legítima Defensa Putativa», 6.2.3, e, propondo critérios de distribuição do risco do erro, JAKOBS, *DP-PC*, 11/8.

(277) Admitindo, todavia, que possam existir situações de legítima defesa contra legítima defesa, MUÑOZ CONDE, «“Legítima” Defensa Putativa?», p. 190 e ss., e PALMA, Maria Fernanda, *A Justificação por Legítima Defesa*, p. 684 e ss. Contra, VALDÁCUA, Conceição, «Legítima Defensa y Legítima Defensa Putativa», p. 203, e CARVALHO, Taipa de, *A Legítima Defesa*, p. 191³¹⁸.

(273) CARVALHO, Taipa de, *A Legítima Defesa*, p. 168.

(274) CARVALHO, Taipa de, *A Legítima Defesa*, p. 168.

De há longo tempo que a doutrina portuguesa que se tem debruçado sobre este erro (278) afasta a questão do campo da ilicitude e a coloca no âmbito da culpa. Para Eduardo Correia “a errônea aceitação da factualidade que conduziria à verificação de uma causa que exclui a ilicitude, ou da relevância justificativa de uma circunstância, reconduz o problema do domínio da ilicitude para o domínio do dolo e do erro, e, portanto, para o plano da culpa” (279). Também Figueiredo Dias, apesar de a sua concepção do problema ser toda uma outra, conclui que “a exclusão do dolo em caso de erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação opera a nível da culpa e não da ilicitude” (280). Não estando verificado os pressupostos da causa de justificação, a mesma não poderá ter qualquer eficácia justificante e o erro sobre tais requisitos em nada afecta a ilicitude do facto, podendo ter apenas relevo em sede de culpa. Nas palavras de Zipf, “nesses casos jamais pode ocorrer a justificação da acção típica e só resta questionar a possibilidade de eliminação da reprovação que há-de ser dirigida ao agente e, assim, da sua culpa” (281).

Decisivo para esse efeito é o entendimento acerca da localização sistémica do dolo, do seu conteúdo e da sua função. Reputamos correcta a construção do dolo como entidade complexa que releva em parte ao nível do tipo de ilícito e noutra parte ao nível do tipo de culpa (282). O

(278) Como é sabido, a partir da teoria da culpa limitada, o erro sobre as causas de justificação pode ser analisado em uma dupla perspectiva: como erro sobre os pressupostos e como erro sobre a existência ou limites da mesma. Só a primeira aceção agora nos interessa.

(279) CORREIA, Eduardo, II, p. 14.

(280) DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 14.º Cap., § 31. Cf. ainda Dias, Figueiredo, «Sobre o Estado Actual da Doutrina do Crime. 2.ª Parte», p. 19: “sempre defendi que a temática do erro é, em todas as suas formas de relevância, um problema de culpa jurídico-penal, radicando aquelas diversas formas e a sua diferenciação, em último termo, em considerações de culpa material. [nota 169-1] Podendo talvez mesmo afirmar ser esta e não qualquer outra a «tese» por excelência que defendi no meu estudo citado na nota 3 [a sua dissertação de doutoramento, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*]”.

(281) MAURACH / ZIPF, *DP-PG*, I, § 26, n.º m. 36. No mesmo sentido, JESCHECK / WEIGEND, *AT*, § 31, IV, e SÁNCHEZ GARCÍA, *Ejercicio Legítimo del Cargo*, p. 101. (282) Admitimos, pois, à construção de Dias, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 10.º Cap., § 58 e ss. Próxima desta concepção, conduzindo a resultados idênticos em matéria de

dolo do tipo de ilícito refere-se aos elementos objectivos do tipo, é composto por um elemento intelectual que se traduz na representação da factualidade típica (283), não sendo formado pelo conhecimento da existência de elementos de facto justificantes. Por isso, bastante para a afirmação do dolo e materialmente do desvalor de acção é a representação e vontade de realização do tipo objectivo de ilícito. A confiança errônea, ainda que inevitável, quanto à existência de uma situação de facto justificante não é suficiente para afastar a imputação do dolo e não é idónea a excluir a ilicitude do facto. O dolo objecto de exclusão é, portanto, não o dolo do tipo, mas sim o dolo da culpa (284). Conclusão que se mostra em perfeita coerência com a função da ilicitude no sistema do facto punível, pois permite que esta categoria desempenhe de forma cabal a sua função político-criminal de regulação de interesses em situa-

erro sobre as causas de justificação, está aquela que valora o dolo no tipo e reflexamente na culpa — assim, já GALLAS, *La Teoría del Delito*, pp. 45 e ss. e 61 e ss. (p. 62 e s.: “Culpa é pois reproavabilidade do acto em alieção ao ânimo (*Gestinnig*) juridicamente desaprovado que nele se manifesta. (...) Assim, pois, em um sistema final, a diferença entre ilícito e culpa pode ser apenas, a nosso ver, a que medeia entre *desvalor de acção* e *desvalor de ânimo* do acto correspondente. A este respeito verifica-se que com o desvalor de acção do acto cometido dolosamente se dá também por regra o desvalor de ânimo”, e «La Sutura del Concepto de Ilícito Penal», p. 464, e JESCHECK / WEIGEND, *AT*, § 24, III, 5.

(283) DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 13.º Cap., § 15: “A razão desta exigência deve ser vista à luz da função que este elemento desempenha: o que com ele se pretende é que, ao actuar, o agente conheça tudo quanto é necessário a uma correcta orientação da sua consciência ética para o desvalor que concretamente se liga à acção intentada, para o seu carácter ilícito”.

(284) Assim, DIAS, Figueiredo, «Sobre o Estado Actual da Doutrina do Crime. 2.ª Parte», p. 19 e s., *Temas Básicos*, p. 298 e ss., *Textos de Direito Penal*, p. 155 e ss., e *DP-PG*, I, 2004, 14.º Cap., § 29, PEREIRA, Rui, «Justificação do facto e erro em Direito Penal», p. 34 e s., e ANDRADE, Costa, «Violação de Domicílio...», p. 744 e s. Parecem colocar-se também nesta direcção, BELEZA, Teresa Pizarro / PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *O Regime Legal do Erro e as Normas Penais em Branco (Ubi lex distinguit...)*, Coimbra, 1999, p. 23 e s., quando afirmam que “no art. 16.º-1, o objecto do erro é uma realidade que transcende o facto típico (pois incide sobre os pressupostos de facto de uma causa de exclusão da ilicitude ou da culpa) mas o seu regime segue materialmente o regime do erro sobre o facto típico (art. 16.º-1), pelo menos quanto às consequências jurídicas: por se tratar de um erro de natureza intelectual ele possui um efeito idêntico ao erro sobre o facto típico, isto é, exclui o dolo, ou melhor, exclui a imputação do facto doloso ao agente” (italico nosso).

ções de conflito, bem assim como se mantenha claramente distinta em relação à culpa. É ainda a solução que melhor se coaduna com o pensamento da culpa, dado que nestas circunstâncias o agente não dispõe ao nível da sua consciência psicológica de todos os elementos de que a realidade se forma e não pode desse modo realizar um juízo sobre a ilicitude plenamente informado, pelo que não revela uma atitude de contrariedade ou indiferença perante o dever-ser jurídico-penal (285). Afirmando o dolo do tipo e a ineficácia da causa de justificação, sendo o erro inevitável, a exclusão da responsabilidade penal assentará ainda na ausência de censura a título de negligência, pela razão de o agente não revelar uma atitude de desleixo ou descuido perante o dever-ser penal. Assim devem ser interpretados os n.ºs 2 e 3 do art. 16.º do CP, que a nosso ver oferecem a base legal necessária a sustentar esta perspetiva (286).

Esta tese corresponde, no essencial, à defendida na doutrina alemã pela chamada teoria da culpa limitada referida às consequências jurídicas (287). Na realidade, embora esta teoria se mova em um quadro interpretativo (erro sobre o tipo / erro sobre a proibição) diferente daquele que, por exemplo, entre nós é adoptado por Figueiredo Dias (erro de

(285) DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilcitude*, § 21 e *passim*.

(286) Neste sentido, DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 14.º Cap., § 29 e ss., PEREIRA, Rui, «Justificação do facto e erro em Direito Penal», p. 31 e ss., e ANDRADE, Costa, «Violação de Domicílio...», p. 744 e s.

(287) Cf. GALLAS, «La Struttura del Concetto di Illecito Penale», p. 464, JESCHECK / WEIGEND, *AT*³, § 41, IV, 2, d), MAURACH / ZIPF, *DP-PG*², I, § 37, n.ºs m. 23 e 43, BAUMANN / WEBER, *AT*¹⁰, § 21, n.º m. 31, WESSELS, *AT*²¹, § 11, III, 1, DREHER / TRÖNDELER¹⁷, § 16, n.º m. 27, LACKNER / KUNL, *Strafgesetzbuch*²², § 17, n.º m. 15., e referindo-se directamente às actuações oficiais, OSTENDORF, «Die strafrechtliche Rechtsmäßigkeit...», p. 170 e s., e THIELE, «Zum Rechtsmäßigkeitbegriff bei § 113 Abs. 3 StGB», p. 353. Em termos próximos desta teoria da culpa limitada referida às consequências jurídicas, com ela coincidindo nos resultados, encontramos a posição de JACOBS, *DP-PG*, 11/53 e ss., que adota a teoria, por si denominada, da culpa dependente (da pena da negligência), baseada na ideia de que subsistindo o carácter doloso da realização do tipo, ao agente se imputa também uma culpa dolosa, mas a pena prevista para o crime doloso deve ser reduzida para os limites da pena do crime negligente e só será aplicável se a negligência for penalmente punível — tese que não se afigura, porém, compatível com o direito positivo português, dado que o art. 16.º-2 do CP determina expressamente a exclusão do dolo.

conhecimento / erro de valoração), os fundamentos em que assenta e os resultados a que chega são substancialmente os mesmos. Os partidários desta teoria consideram também tratar-se de uma questão a ser resolvida no domínio da culpa e que o dolo do tipo se mantém intocado, apesar do erro do agente. É, portanto, apenas negada a culpa dolosa, subsistindo a ilicitude do facto. Para tal recorrem ao § 16, I, do StGB, mas somente quanto à consequência jurídica resultante da exclusão do dolo. Em aberto fica a possibilidade de punição por negligência, em função da inevitabilidade do erro.

A crítica cerrada a que teoria da culpa limitada referida às consequências jurídicas foi sujeita fê-la perder a dominância que chegou a conhecer. A oposição que lhe foi movida centrou-se na incongruência entre ilícito doloso, ilícito negligente e culpa negligente e na efectiva inexistência de vantagens afirmadas pelos seus defensores em sede de participação (288). Se a segunda crítica em nada belisca o fundo material desta teoria, pois diz respeito somente às suas consequências, já a primeira, porque se dirige às estruturas em que assenta, impõe uma análise mais detida, que permitirá, todavia, que se conclua pela sua improcedência.

A primeira reserva dirigida a esta teoria desdobra-se em duas condições que lhe são apontadas, consoante o erro seja evitável ou não evitável.

Quanto ao erro inevitável, observa-se que se o erro não pode ser evitado ainda que o agente empregue o cuidado objectivamente devido terá de ser excluído o ilícito negligente. Circunstância que, desde logo, encerraria uma contradição, a de afirmar a existência do ilícito mais grave em que se consubstancia o ilícito doloso e a de negar a produção do ilícito menos grave como é o negligente (289). Em relação ao erro evitável, diz-se que o ilícito em causa tem uma natureza negligente, por se consubstanciar na falta de atenção que caracteriza o ilícito de acção negligente, e não dolosa. Além disso, não só a teoria da culpa limitada referida às consequências jurídicas qualifica como doloso um facto que

(288) ROXIN, *AT*³, § 14, n.º m. 71 e ss., SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 21, SCHÖNEMANN, «Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft...», p. 350 e s., e GRAUL, Eva, «Legítima Defesa o Defensa Putativa?», p. 187 e s.

(289) GRAUL, Eva, «Legítima Defesa o Defensa Putativa?», p. 187 e s.

é negligente, como ainda funda a punição negligente sobre um ilícito doloso, contrariando o princípio de que os conceitos jurídicos se devem definir pelas suas consequências jurídicas: facto doloso é a conduta que corresponde à descrita na lei para uma pena por dolo, carecendo de sentido indicar como dolosa uma forma de consciência à qual se aplica a pena correspondente ao crime negligente ⁽²⁹⁰⁾.

Não é procedente a objecção de Roxin de que o facto em causa não constitui um ilícito doloso. Esta observação deriva de uma diferente concepção do dolo do facto, em relação à qual manifestámos já o nosso desacordo. Deve, na verdade, considerar-se que o agente actua com dolo natural e que, não podendo a causa de justificação produzir o seu efeito, dada a não verificação de todos os seus elementos objectivos, o facto é ilícito.

A crítica à teoria da culpa limitada referida às consequências jurídicas dirige-se ainda à possibilidade de ao agente ser aplicada a pena correspondente ao crime negligente apesar de não existir um ilícito negligente. Reserva à qual se deveria dar razão se a pena do crime negligente fosse aplicada de forma automática, independentemente dos critérios gerais de punição da negligência, quer em relação à sua previsão legal, quer aos elementos da negligência exigidos pela dogmática do crime negligente. Em todo o caso, a crítica falhará o alvo se se fizer depender a sanção do crime negligente do respeito por aqueles critérios, como acontece entre nós, em observância do disposto no art. 16.º-3 ⁽²⁹¹⁾. Por isso, como refere Gallas, “no plano estrutural não há necessidade de conceber a situação em análise como uma combinação de ilícito doloso e de culpa negligente. Na realidade, esta última, se não for considerada infundada, pressupõe que subsista no âmbito do ilícito a violação de um dever objectivo de cuidado. O facto apresenta-se sob o duplo perfil de ilícito doloso e ilícito negligente, e assim, na medida em que falte o carácter *culposo* do dolo, a punição funda-se somente sobre a comissão negligente (a qual em geral é punível só em termos subsidiários ao facto doloso)” ⁽²⁹²⁾. Justificação plenamente compatível com a actual

⁽²⁹⁰⁾ ROXIN, *AT*³, § 14, n.º m. 71.

⁽²⁹¹⁾ Cf. Dias, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 13.º Cap., § 26.

⁽²⁹²⁾ GALLAS, «La Struttura del Concetto di Illecito Penale», p. 466 e s.

concepção da negligência, para a qual “o facto negligente não é, simplesmente, uma forma atenuada ou menos grave de aparecimento do respectivo facto doloso: é «outra coisa», é «outro facto», em suma é um *aliud* relativamente ao facto doloso correspondente — mesmo que se não considere de todo incorrecto afirmar que entre dolo e negligência intercede uma «gradação do ilícito»” ⁽²⁹³⁾ ⁽²⁹⁴⁾.

O que agora está em causa já não é a caracterização do facto como ilícito, que demos como assente em virtude da subsistência do ilícito doloso, mas tão-só a da bondade de uma punição por negligência. A qual só poderá suceder se além da possibilidade de ao agente ser dirigida a censura própria da negligência, pela “violação de um dever pessoal de cuidado, informação, esclarecimento ou diligência” ⁽²⁹⁵⁾, essa censura for acompanhada pela prévia verificação de um tipo-de-ilícito negligente. Aqueles críticos defendem que nesses casos, se o agente realizar um exame conforme ao dever à situação justificante ou o erro for inevitável, deverá ser excluído o ilícito negligente, pela ausência de um desvalor de acção negligente. Todavia, esta conclusão só é possível através, uma vez mais, de uma fusão redutora do tipo incriminador com o tipo justificador, pela qual o dever de cuidado deixa de se referir ao tipo incriminador e passa a ser aferido em relação aos elementos do tipo justificador. Se, pelo contrário, for guardada a autonomia entre um e outro, será difícil configurar uma hipótese em que *em concreto* o agente realize um tipo objectivo de ilícito e represente essa realização sem que simultaneamente perfeccione um tipo incriminador sob a forma negligente do tipo legal de crime correspondente. Para tal não se terá sequer de cair no erro de considerar que *em abstracto* o dolo compreende em si a violação do dever de cuidado próprio da negligência ⁽²⁹⁶⁾. Aquela conclusão pode chegar-se partindo inclusive das concepções daqueles críticos relativas à negligência, nomeadamente da de Roxin. Pois se o tipo objec-

⁽²⁹³⁾ Como considera Roxin, *AT*³, § 24, n.º m. 70 e ss., que, com a doutrina dominante, afirma existir entre o dolo e a negligência uma “relação de gradação normativa”.

⁽²⁹⁴⁾ DIAS, Figueiredo, *Temas Básicos*, p. 351 e s.

⁽²⁹⁵⁾ DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilícitude*, § 21, I, 3, b), e no mesmo sentido, JESCHECK / WEIGEND, *AT*³, § 41, IV, 2, d).

⁽²⁹⁶⁾ Cf. Dias, Figueiredo, *Temas Básicos*, p. 356 e ss.

tivo dos crimes negligentes, na medida em que não contenha uma descrição adicional da conduta, se preenche através dos critérios da teoria da imputação objectiva⁽²⁹⁷⁾ (que, em geral, se aplicam também aos crimes dolosos) e o tipo subjectivo na negligência consciente (e só desta curamos, pela razão de só esta conter um elemento imprescindível do dolo, o intelectual) consiste na representação de todas as circunstâncias típicas como um perigo não permitido e na confiança na não realização do tipo⁽²⁹⁸⁾, não vemos como *em concreto* poderá existir uma situação em que o dolo do tipo deva ser afirmado e o tipo negligente deva ser negado. Desta forma, não assiste razão a quem acusa a teoria da culpa limitada referida às consequências jurídicas de, nos casos em que o erro seja inevitável, fundar uma censura negligente sobre um ilícito negligente inexistente.

Temos assim como certo que é ilícito o facto típico cometido pelo agente que incorre em erro, inevitável ou não, sobre os pressupostos materiais de uma causa de justificação. Deve, portanto, concluir-se que não resulta dos princípios gerais da dogmática penal relativos às causas de exclusão da ilicitude e ao erro qualquer indicação no sentido de ser considerada lícita a actuação do funcionário que, apesar de levar a cabo um exame conforme ao dever à situação de facto, se equivooca quanto à existência dos elementos objectivos de uma autorização legal.

§ 6.4. Tomada de posição

1. Expostas as principais correntes doutrinárias directa ou indirectamente envolvidas na discussão acerca da legitimidade dos actos de autoridade e feita uma análise crítica das mesmas, cumpre agora deixar expressa a nossa posição sobre o problema. Como vimos, o debate doutrinário tem estado centrado sobretudo no contexto da categoria da ilicitude, pois é aí que se dita a palavra definitiva sobre a legitimidade

⁽²⁹⁷⁾ ROXIN, AT³, § 24, n.º m. 10. Diversamente, DIAS, Figueiredo, *Temas Básicos*, p. 356 e ss.

⁽²⁹⁸⁾ ROXIN, AT³, § 24, n.º m. 66. Sobre a questão, DIAS, Figueiredo, *Temas Básicos*, p. 371 e ss., e SANTANA, Selma Pereira de, «A Negligência Grosseira: Contributo para Discussão Sobre sua Autonomia Material», in: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 589 e ss.

da actuação oficial. Todavia, cremos ser oportuno, para efeitos de compreensão global do problema, alargar o quadro de análise, de modo a abranger questões prévias à ilicitude. Tanto mais que não devemos perder de vista que este exame sobre a licitude do acto oficial se insere no contexto mais amplo do estudo da legitimidade material da ordem para efeitos da justificação por obediência devida.

No domínio jurídico-penal importa sobretudo ter em conta as condutas que poderão motivar uma responsabilização penal dos respectivos agentes. Actos sem relevo nesse sentido poderão ter, no entanto, consequências localizadas no âmbito penal, como em sede de legítima defesa ou de preenchimento de determinados tipos legais como a resistência ou coacção sobre funcionário ou a desobediência. Vimos já inclusive que conclusões retiradas no seio destas questões específicas têm exercido uma influência decisiva sobre importantes sectores doutrinários quanto ao entendimento acerca da ilicitude como categoria do sistema do facto punível. Porém, deixámos já também expresso o que de errado essas concepções encerram. Discórdância que não se dirige à existência desses fluxos de recíproca influência, pois cremos que um sistema dogmático político-criminalmente orientado não se pode alhear das consequências que derivam do conteúdo atribuído às suas categorias, mas sim quanto ao sentido que em geral aquelas posições adoptam, de beneficiar a posição do funcionário em detrimento do cidadão afectado pelo acto oficial.

A exposição que se segue terá como objecto de análise os factos sobre os quais pode ser fundada uma responsabilidade penal do agente ou agentes que os cometem no contexto de uma relação de subordinação. A desconsideração, por ora, dos actos que não configuram ilícitos penais, mas podem ser antijurídicos para outros ramos do direito, não é devida a qualquer desvalorização da sua importância, pois os mesmos podem ter um relevo fundamental nas matérias indicadas. Tal fica a dever-se, por um lado, à circunstância de a esses ilícitos não penais, quando transportados para dentro do direito penal por via dessas matérias, ser geralmente reservado um tratamento dogmático análogo ao dos ilícitos penais e, por outro lado, ao facto de o direito positivo português dispor de um regime jurídico especial para a obediência a ordens dirigidas à prática de ilícitos não penais que será objecto da nossa análise no domínio do problema das ordens ilegítimas obrigatórias.

Importa retomar de forma muito sintética algumas condições estabelecidas supra para que a obediência devida possa ser validamente invocada e conduzir à exclusão da ilicitude do acto típico do subordinado. Vimos que apesar de incidir directamente sobre a conduta daquele que executa a ordem, a obediência devida tem como pressuposto essencial a legitimidade material de um outro acto que não esse, o daquele que a ordem comporta, o acto do superior. Todavia, este acto só desencadeará a intervenção da obediência devida na esfera do inferior quando for típico. É que quando esse facto não tenha relevância típica, também o facto do subordinado que se mantenha no quadro de actuação definido pela ordem não a terá e a ilicitude penal será negada pela ausência de tipicidade, sem necessidade de apelo a qualquer causa de justificação, nomeadamente à obediência devida. Daí que, tendo a obediência devida como pressuposto a existência de uma ordem legítima que se refira a um facto típico, a legitimidade material dessa ordem dependa da presença de uma autorização legal que justifique o acto do superior. Autorização legal que poderá conferir legitimidade à ordem e, mediatamente, permitir a exclusão da ilicitude do acto de execução do subordinado, através da obediência devida.

Razão pela qual abordámos a questão relativa à exclusão da ilicitude dos actos de autoridade, analisando quer as teorias que se referem directamente às actuações oficiais, quer várias correntes doutrinárias de carácter mais amplo, relativas às causas de justificação em geral. Onde o problema gera maior debate e controvérsia é, naturalmente, em matéria de erro sobre os pressupostos de facto de um tipo justificador. Na realidade, se o funcionário realiza um facto típico sem que estejam verificadas os pressupostos de qualquer causa de justificação e sem que, ao nível da sua consciência psicológica, conceba a existência de uma situação justificante, o facto será ilícito sem mais. Tal como, na hipótese inversa, se o facto típico é praticado a coberto de uma situação justificadora, representada pelo agente⁽²⁹⁹⁾, não haverá qualquer dúvida em lhe creditar a exclusão da ilicitude pela verificação da causa de jus-

⁽²⁹⁹⁾ À excepção da abordagem de pendor normativista, que atribui ao ilícito um carácter eminentemente objetivo — assim, na doutrina portuguesa, CORREIA, Eduardo, II, pp. 13 e 15, FERREIRA, Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, 1992, p. 190, e SILVA,

tificação respectiva. É, pois, no domínio do erro que a questão entra em crise, sendo possível identificar posições completamente díspares.

Deixámos já expressa a nossa oposição perante qualquer solução que, nos efeitos, equipare a existência efectiva de uma causa de justificação com a sua verificação apenas na consciência psicológica do agente, por mais inevitável que seja. A actuação oficial só será lícita se forem observados de modo efectivo e integral os pressupostos materiais da autorização legal respectiva e ainda os pressupostos gerais de intervenção estadual.

2. Em todo o caso, cumpre realizar um esclarecimento adicional quanto a um ponto específico, que em nada modifica aquela conclusão: a aferição dos elementos de prognose ou de suspeita dos tipos justificadores.

Merece a concordância da doutrina majoritária a consideração de que em geral a apreciação sobre a real verificação dos pressupostos de uma causa de justificação numa dada situação concreta deve ser realizada *a posteriori*. Esta perspectiva *ex post*, que julgamos correcta, recolhe a preferência geral por ser a que melhor se coaduna com a circunstância de a justificação depender da afirmação de um valor de resultado que neutralize o desvalor de resultado do facto típico e com a dimensão de

Marques da, *DP-PG*, II, p. 100 e s. —, a tendência maioritária e que julgamos acertada é a de em geral admitir a exclusão da ilicitude apenas quando o agente actue sabendo que está a coberto da causa de justificação, uma vez que só assim será eliminado o desvalor de acção: o agente que preenche o tipo incriminador e não representa os elementos objetivos da justificação revela uma vontade em tudo idêntica à daquele que actuando tipicamente não beneficia de qualquer causa de justificação. O facto assim praticado é ilícito, por subsistir o desvalor de acção. Neste sentido, entre nós, desenvolve-se e com amplas referências bibliográficas, ANDRADE, Costa, *Consentimento e Acordo*, p. 521 e ss., DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 14.º Cap., § 14 e ss., PALMA, Maria Fernanda, «A Teoria do Crime como Teoria da Decisão Penal (Reflexões sobre o Método e o Ensino do Direito Penal)», *RPCC*, 1999, Fasc. 4.º, p. 581 e ss., e PEREIRA, Rui Carlos, «Justificação do facto e erro em Direito Penal», p. 38 e ss., mas com res- trições. Para uma síntese sobre o estado da questão na experiência espanhola, alemã e portuguesa, VALLE MÚÑIZ, José Manuel, «La Naturaleza Graduable de lo Injusto y la Actuación en Desconocimiento del Presupuesto Objetivo de una Causa de Justificación», in: J. M. Silva Sánchez, *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona: Bosch, 1997, p. 439 e ss.

valoração da norma de permissão. A aceitação geral de que o ponto de vista *ex post* deve ser a regra, não impede a afirmação, que reúne um largo consenso, de que sempre existirão domínios onde uma perspectiva *ex ante* se impõe⁽³⁰⁰⁾. Aí entrará, por exemplo, segundo alguns, as causas de justificação que participam do pensamento do risco permitido⁽³⁰¹⁾, o direito de necessidade quanto à situação de perigo⁽³⁰²⁾ e vários casos resultantes de uma distribuição do risco do erro⁽³⁰³⁾, numa dimensão tão lata e sujeita a condições tão variáveis que dificilmente poderão ser aceites em toda a sua extensão. De todo o modo, não temos dúvidas em acompanhar a doutrina praticamente unânime em relação a um núcleo de figuras estreitamente ligadas às actuações oficiais, os chamados tipos de perigo e tipos de suspeita.

Na realidade, numerosas autorizações legais contêm elementos típicos que se referem a conceitos como os de perigo, suspeitas, necessidade, indícios ou conveniência. Quando o tipo justificador contiver elementos deste género, a avaliação destes requisitos deve ser realizada sob uma perspectiva *ex ante*, de natureza objectiva. Nos tipos de perigo, aqueles que integram elementos de prognose, a impossibilidade de, no momento da conduta, se prever se o perigo se materializará ou não em um dano decorre da própria natureza das coisas, da simples razão de a ninguém ser dada a oportunidade de espreitar o futuro⁽³⁰⁴⁾. Nos tipos

(300) Cf. PEREIRA, Rui, «Justificação do facto e erro em Direito Penal», p. 36 e s., ANDRADE, Costa, «Violação de Domicílio...», p. 737 e ss., e *Comentário Combinado*, III, art. 378.º, § 23, SANCHEZ GARCIA, *Ejercicio Legítimo del Cargo*, p. 97 e ss., HORN, SK, § 113, n.º m. 10, OETTLER, «Handeln auf Befehl», p. 302, GALLAS, «La Struttura del Concetto di Illecito Penale», p. 4597, OSTENDORF, «Die strafrechtliche Rechtsmängeltheorie...», p. 173, THIELE, «Zum Rechtsmängelbegriff bei § 113 Abs. 3 StGB», p. 353, AMELUNG, «Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten», p. 336, MAURACH / ZIPF, *DP-PG*, I, § 27, n.º m. 15, JAKOBS, *DP-PG*, 11/7 e ss., ROXIN, *AT*, § 14, n.º m. 85 e s., JESCHECK / WEIGEND, *AT*, § 31, IV, 3, SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 9 e ss., SCH / SCH / ESER²⁶, § 113, n.º m. 30, e STRATENWERTH, *AT*, § 9, n.º m. 126.

(301) SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 9 e ss., e JESCHECK / WEIGEND, *AT*, § 31, IV, 3 e § 36, em termos em relação aos quais manifestámos a nossa discordância.

(302) MAURACH / ZIPF, *DP-PG*, I, § 27, n.º m. 15.

(303) JAKOBS, *DP-PG*, 11/7 e ss., PEREIRA, Rui, «Justificação do facto e erro em Direito Penal», p. 36 e s.

(304) SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 10a.

de suspeita, muito comuns na actividade policial e no processo penal verifica-se a emissão no presente de um juízo sobre a ocorrência de um facto no passado, pelo que devendo as suspeitas ou indícios reportar-se ao momento em que o agente actua, será em relação a esse momento que tais elementos do tipo justificador deverão ser apreciados. O exemplo proposto por Jakobs ilustra bem essa realidade: será ilícita a detenção realizada sem que sobre o detido recaia qualquer suspeita de um crime, mesmo que depois se prove que o detido foi o agente desse crime⁽³⁰⁵⁾.

Não procede a crítica de Rui Pereira, que não concorda com a formulação de um juízo *ex ante* nos casos em que a justificação se fundamenta no perigo, por se tratar de um entendimento “tributário de uma concepção subjectivista do perigo”, considerando que se “o perigo constitui uma realidade objectiva e não é, simplesmente, um «filho da nossa ignorância», a sua existência é determinável *ex post*, com independência da efectiva produção do dano”⁽³⁰⁶⁾. E não procede porque ignora a relação existente nestes casos entre o perigo e o tipo justificador, em que se constata ser a própria causa de justificação a impor um juízo de perigo no momento da conduta. Por isso é que a avaliação sobre a verificação desse elemento tem de ser realizada *ex ante*, sob pena de esse conceito de perigo deixar de ter sentido útil⁽³⁰⁷⁾.

Nestes tipos justificadores, o perigo ou a suspeita têm de existir efectivamente⁽³⁰⁸⁾, ou seja, não podem ter uma dimensão meramente subjectiva, tendo antes de aparecer como fundados⁽³⁰⁹⁾, “segundo padrões objectiva e racionalmente sustentáveis”⁽³¹⁰⁾. A justificação só se verifica quando o juízo de perigo ou de suspeita em que a conduta se baseia corresponda ao que, perante as circunstâncias existentes no momento da conduta, um observador razoável faria, de acordo com as

(305) JAKOBS, *DP-PG*, 11/12.

(306) PEREIRA, Rui, «Justificação do facto e erro em Direito Penal», p. 37.

(307) Nesta direcção, JAKOBS, *DP-PG*, 11/12, ao afirmar que perante elementos como perigo ou suspeita a lei escolhe a perspectiva *ex ante*, pois os mesmos perdem o seu conteúdo em uma consideração *ex post*.

(308) BACKES / RANSTK, «Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte», p. 628.

(309) STRATENWERTH, *AT*, § 9, n.º m. 126.

(310) ANDRADE, Costa, «Violação de Domicílio...», p. 738.

regras da experiência comum. Para que possa considerar-se o acto como justificado não é necessário que *ex post* o perigo se materialize em dano ou que a suspeita venha a ser confirmada, por exemplo, em uma sentença condenatória. Mesmo que nada disso aconteça, o facto ter-se-á como lícito se, no momento em que foi praticado, o perigo ou a suspeita deveriam considerar-se como fundados de acordo com uma avaliação objectiva. A não confirmação *ex post* não prejudica a conclusão de que os pressupostos da dirimente se devam considerar como verificados e não suscita qualquer questão de erro.

Assim, se numa busca domiciliária a casa de um arguido, indiciado da prática de um crime doloso punível com prisão superior a 3 anos, os agentes policiais encontram um bilhete de avião para o Brasil, que indica o nome daquele indivíduo e cujo embarque está marcado para essa noite, documentos bancários que revelam que nos dias anteriores foram transferidas largas somas de dinheiro das suas contas pessoais para aquele país e ainda uma mala cheia de roupa e de objectos que se costumam transportar em viagem, será legítima a ordem de detenção ditada pela autoridade policial presente na operação, nos termos previstos no art. 257.º do CPP. Se mais tarde se vier a concluir que na viagem seguiria não o arguido mas o seu pai, cujo nome próprio e apelido são iguais, e o dinheiro se destinava à concretização de um negócio naquele país, que o seu pai iria assinar como seu representante e, portanto, que aquele sujeito não tinha realmente intenção de fugir, nem por isso se poderá negar a justificação à detenção efectuada. Na verdade, no momento em que o arguido foi privado da liberdade, tanto o juízo de perigo de fuga, como de perigo de demora se mostraram fundados. O que, por si só, é suficiente para que se devam dar como observados os pressupostos elencados no n.º 2 do art. 257.º do CPP e se possa considerar como justificado o facto típico de sequestro (art. 158.º-1 do CP) cometido.

Deste modo, quando da própria norma legal de permissão resulte que a aferição dos respectivos pressupostos deva reportar-se ao momento da conduta, não poderá adotar-se senão um ponto de vista *ex ante* no juízo de ponderação acerca da verificação desses elementos.

Não será já, porém, legítimo estender essa perspectiva aos requisitos das causas de justificação que não comunguem das características assinaladas aos tipos de perigo e aos tipos de suspeita. Quanto a esses

deverá manter-se a regra da apreciação *ex post*. A constatação *a posteriori* de que a situação de facto justificante na realidade não ocorreu, ao contrário do representado pelo agente, importará a aplicação do regime do erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação, que, como vimos, deixa intacta a ilicitude do facto e apenas poderá relevar em sede de culpa.

3. A exclusão da ilicitude do acto de autoridade está, portanto, sujeita às regras gerais das causas de justificação, só podendo ser aceite quando *in casu* sejam respeitados todos os pressupostos formais e materiais, de facto e de direito, da autorização legal. Só nestes termos poderá também a ordem ditada pelo superior ao subordinado para a prática de um facto típico ser considerada formal e materialmente legítima e justificar a conduta de execução do subordinado⁽³¹¹⁾, nos termos previstos pelo art. 31.º-2-c) do CP.

(311) Nesta direcção, cf., de novo, Dias, Figueiredo, *DP-PG*, 1, 2004, 18.º Cap., § 5.º e SILVA, Marques da, *DP-PG*, II, p. 119 e ss.

CAPÍTULO II

A EXCLUSÃO DA ILICITUDE POR CUMPRIMENTO DE ORDENS ILEGÍTIMAS

No capítulo anterior procedemos à análise da causa de justificação insita no art. 31.º-2-c) do CP, tendo visto que o legislador definiu a legitimidade material da ordem como o pressuposto fundamental da eficácia justificante da obediência devida. Exigência que, em nosso entender, se revela necessária para a promoção de um efectivo respeito pela legalidade no exercício do poder estadual e se mostra a mais conforme ao princípio constitucional de que cessa o dever de obediência quando a ordem implicar a prática de qualquer crime. A solução legal é, a nosso ver, a que se afigura preferível no plano dos princípios, tendo por isso merecido a nossa concordância. Nesse sentido, procurámos de seguida determinar quais as condições necessárias para que a ordem do superior possa ser considerada materialmente legítima e concluímos que a legitimidade material só pode ser afirmada se houver uma congruência total entre o acto oficial e a autorização legal pela qual a sua realização se torna juridicamente admissível.

Poderia pensar-se que assim estaria resolvido o problema das ordens da autoridade no domínio da ilicitude. Existem, todavia, variadas correntes doutrinárias que expressa ou implicitamente prescindem da legitimidade material da ordem para determinar a exclusão da ilicitude do facto típico levado a cabo em cumprimento da mesma. Essas correntes podem ser agrupadas em três grupos, tendo em conta o fundamento que invocam para excluir a ilicitude.

O primeiro grupo entende que, em princípio, só a ordem legítima tem eficácia justificante. Todavia, considera como legítimas ordens que efectivamente não o são, através de conceitos de ilicitude especiais. Atento o modo como a justificação é fundamentada, concretamente através da transformação da natureza da ordem, entendemos pertinente

designar este modelo de fundamentação da exclusão da ilicitude como modelo da transformação.

O segundo grupo adota uma abordagem em que o facto cometido pelo subordinado é avaliado independentemente da legitimidade da ordem que o motivou. Em geral, na medida em que a questão só se coloca perante situações em que não estão reunidos os pressupostos legais que determinariam a imediata justificação da actuação do funcionário, esta via depara-se com um problema de erro, mais concretamente, porque estão em causa factos típicos, de um erro sobre os pressupostos materiais de um tipo justificador. Será, por isso, adequado denominar como modelo do erro esta via fundamentadora da justificação.

O terceiro grupo assenta a exclusão da ilicitude nas chamadas ordens ilegítimas obrigatórias. Regra geral, nesta corrente a justificação é sustentada a partir do direito positivo, pela invocação de normas que impõem ao subordinado um dever de obediência a ordens do superior que conduzam à prática de factos ilícitos, inclusive de natureza penal. A existência de normas com esse conteúdo leva à consideração de que o facto é levado a cabo pelo subordinado em cumprimento de um dever, o dever de obediência, e está por isso justificado. Este é o modelo das ordens ilegítimas obrigatórias.

Em traços gerais, abstraindo das nuances de que daremos conta, são estes os modelos usados para fundamentar a exclusão da ilicitude dos actos praticados em cumprimento de ordens ilegítimas. De seguida explicaremos os termos em que a justificação é sustentada em cada um dos modelos referidos e procederemos à sua análise crítica.

§ 7. O MODELO DA TRANSFORMAÇÃO

O modelo da transformação compreende as correntes que fundam a justificação da execução de uma ordem ilegítima a partir da transformação da natureza da própria ordem, convertendo aquela que é uma ordem efectivamente ilícita em uma ordem legítima.

A exclusão da ilicitude do facto típico praticado pelo subordinado em cumprimento de uma ordem na realidade ilegítima é defendida sobretudo a partir da teoria do conceito de licitude penal. Como vimos supra,

esta teoria caracteriza-se por considerar justificado o acto oficial, praticado pelo funcionário competente com observância dos procedimentos e formalidades legais, em relação ao qual não estão verificados os pressupostos materiais da intervenção. Para tal seria suficiente, numa primeira fase, que o erro em causa não tivesse sido determinado por uma culpa grosseira, considerando-se agora necessário que não seja possível evitar esse erro através de uma comprovação conforme ao dever da situação de facto. Transposto o conceito de licitude penal para o âmbito das relações de subordinação facilmente se compreende como pode uma ordem ilegítima excluir a ilicitude do facto típico levado a cabo pelo inferior. Estando verificadas aquelas condições em relação ao acto decisivo do superior, então não só a esse acto, com também à ordem para a sua execução dirigida ao subordinado deve atribuir-se uma nota de legitimidade. Desse modo, sendo a ordem legítima, o subordinado não actua ilicitamente quando lhe dá cumprimento (312).

Tal só não acontecerá quando o subordinado saiba, em virtude de um conhecimento especial, que o superior incorreu em erro ou quando entre a emissão da ordem e a sua execução tenha ocorrido uma alteração da situação de facto de que o subordinado tenha tido conhecimento (313). Nestas circunstâncias cessa o dever de obediência e se o subordinado pratica a conduta ordenada fá-lo por sua conta e risco, actuando ilicitamente, com as consequências que daí possam decorrer, nomeadamente a susceptibilidade de ser penalmente punido e de poder ser objecto da legítima defesa do particular afectado.

A conduta do subordinado é ainda considerada ilícita no caso em que o superior se tenha absterido de realizar o exame à situação de facto ou tendo-o feito não tenha procedido nos termos devidos. Quando isso acontece, a ordem é qualificada como ilegítima e essa ilicitude comunica-se à execução do subordinado, mesmo que este actue na con-

(312) Cf. KOHLRAUSCH / LANGE, § 113, II, 2, a), MAURACH, BT, § 67, II, 2, a), dd), SCHÖNKE / SCHROEDER¹⁷, antes do § 51, n.º m. 23, MAURACH / ZIPF, DP-PG⁷, I, § 29, n.º m. 10, MAURACH / SCHROEDER / MAIWALD, BT2⁷, § 69, n.º m. 18, LACKNER, Strafgesetzbuch¹⁸, § 113, 5, c), ee), LACKNER / KÜHL, Strafgesetzbuch²², § 113, n.º m. 14, e JESCHECK / WEIGEND, AT³, § 35, II, 4.

(313) JESCHECK / WEIGEND, AT³, § 35, II, 4, acrescentam ainda a hipótese de o erro do superior ser evidente.

vicção de que o superior actuou com o cuidado exigido pela situação (314), o que representa uma clara discriminação do subordinado face ao superior, que beneficia da aplicação de critérios especiais na avaliação da legitimidade da sua conduta (315).

O modelo da transformação reconduz-se à definição dos pressupostos da legitimidade de uma ordem e nessa aceção foi já objecto do nosso juízo crítico e da nossa rejeição: só uma ordem que observe integralmente os pressupostos formais e materiais previstos na autorização legal respectiva pode ser considerada legítima. Cremos, por isso, não ser necessário levar mais longe a nossa apreciação a este modelo.

§ 8. O MODELO DO ERRO

No modelo do erro enquadraram-se as teses que advogam a exclusão da ilicitude do facto típico cometido em execução de uma ordem ilegítima através de uma deslocação do enfoque da ordem para a conduta do subordinado. A justificação deixa de estar relacionada com a efectiva legitimidade da ordem e passa a estar na dependência da avaliação da conduta do subordinado, em especial da circunstância de esta comportar ou não um desvalor de acção. Verifica-se aqui uma transposição de algumas das várias perspectivas que admitem, perante a ausência do desvalor de acção, a exclusão da ilicitude do facto típico em caso de erro sobre os pressupostos objectivos de uma causa de justificação. Através dessa transposição, complementada com a afirmação de especificidades próprias das ordens da autoridade, como a presunção de legalidade dos actos estaduais e/ou a inexistência de um dever de exame à legitimidade da ordem que impenda sobre o subordinado, conclui-se pela possibilidade de exclusão da ilicitude do facto típico cometido em cumprimento de uma ordem superior ilegítima.

1. O impulso doutrinal fundamental para a formação desta corrente foi dado por Stratenwerth, na sua obra *Verantwortung und Gehorsam*, a partir

(314) SCHÖNKE / SCHRODER¹⁷, antes do § 51, n.º m. 24. Contra, v. BUBNOFF, *LK*¹¹, § 113, n.º m. 35.

(315) Cf., neste sentido, a crítica de QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Debida*, p. 346 e s., e CARVALHO, *Taipa de, A Legítima Defesa*, p. 212³⁵⁰.

do ponto de vista do conflito de deveres e da afirmação do princípio da presunção da legalidade dos actos estaduais e da respectiva negação da existência de um dever de exame à situação de facto a cargo do subordinado.

Stratenwerth adopta o princípio de que os actos estaduais ilícitos são obrigatórios no limite da presunção de legalidade (316), fundada na autoridade do Estado, em virtude da sua legitimidade (317). O dever de obediência cessa no ponto em que sejam ultrapassados os limites da presunção de legalidade. Por isso considera que a obrigatoriedade de um acto estadual não depende da sua efectiva legitimidade, derivando antes da sua presunção de legalidade.

É sobre esta presunção da legalidade dos actos estaduais conjugada com a afirmação da ausência de um dever de exame que Stratenwerth funda a sua posição de que não actua ilicitamente o subordinado que cumpre uma ordem ilegítima dirigida à prática de um tipo incriminador desconhecendo que não estão reunidas as circunstâncias de facto que justificariam a sua conduta.

Tem como assente o princípio de que *entre o dever de obediência e o dever de não cometer factos penalmente puníveis a prevalência neste caso é de deveres cabe ao segundo*. A questão é saber sob que condições a execução de uma ordem pode contrariar a lei penal (318). A dificuldade com que se debate é a de explicar como pode uma ordem dada para o cumprimento de um facto típico excluir a ilicitude da conduta do subordinado nos casos em que este actua com dolo e em que por isso revela à partida um desvalor de acção, se não estão verificados os pressupostos materiais da intervenção. Para tal, em uma primeira abordagem, coloca a hipótese de recorrer ao conceito de legitimidade do acto de autoridade desenvolvido pela teoria do conceito de licitude penal, acabando por recusá-lo, dado que, como assinalámos supra, o acusa de incompatibilidade com o conceito de discricionariedade elaborado pela doutrina administrativista. Avança, por isso, com uma fundamentação alternativa, que, aliás, não encontrou seguidores e acabou por ser abandonada por ele próprio (319).

(316) STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, p. 165.

(317) STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, p. 99 e ss.

(318) STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, p. 169.

(319) Cf. STRATENWERTH, *AT*⁹, § 9, n.º m. 124 e ss.

Começa por excluir a possibilidade de a eliminação da ilicitude ser fundada nos princípios gerais da dogmática penal, dado que, sob o seu ponto de vista, um erro sobre a situação de facto justificante pode excluir o conhecimento da proibição, mas não a ilicitude da conduta. A explicação, entende, deve ser encontrada na singularidade do acto de autoridade (320). Nega, contra Welzel, a unidade da ilicitude e defende a existência de uma ilicitude especificamente penal de índole finalista. Ao contrário da ilicitude geral, que é formada apenas por um desvalor de resultado, a ilicitude penal exige um desvalor de acção, constituído por uma conduta humana finalisticamente determinada: a ilicitude penal distingue-se da simples ilicitude por exigir sempre um desvalor de acção e só o ilícito pessoal é penalmente ilícito (321).

Transpondo estas premissas para o problema dos actos de autoridade, Stratenwerth começa por considerar que a situação em que o funcionário se encontra é distinta da de um agente "normal", de um particular, uma vez que este deve obediência a normas de proibição (*Verbotnorm*), que o obrigam a não realizar condutas típicas, ao passo que o funcionário está vinculado a normas de imposição (*Gebotsnorm*), que o obrigam a cometer factos típicos. Por isso, a responsabilização do funcionário, além do conhecimento da realização de um ilícito-típico penal, pressupõe ainda, pelo menos, que a sua intervenção seja realizada em virtude de uma violação do cuidado devido. Se, com base num exame conforme ao dever, o funcionário actuar na convicção de que a sua intervenção é materialmente fundada, então a mera representação do tipo objectivo de ilícito não será suficiente para caracterizar a sua conduta como penalmente ilícita, uma vez que não há qualquer desvalor de acção. Com o que conclui que um acto de autoridade realizado com a diligência conforme ao dever nunca pode ser qualificado como penalmente ilícito, dado que nos actos oficiais o desvalor de acção pressupõe não somente a representação do facto típico, como também a violação do cuidado devido (322).

O problema com que se depara de seguida é o da possibilidade de aplicar esta solução, pensada para os casos em que o funcionário actua

(320) STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, p. 171 e s.

(321) STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, p. 175.

(322) STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, p. 177.

por iniciativa própria, às situações em que o funcionário actua em cumprimento de uma ordem. Pois se quando a actuação do funcionário é determinada por uma decisão do mesmo se justifica que lhe seja imposto o cuidado de verificar se estão reunidos os pressupostos que autorizam a intervenção, tal poderá não acontecer quando o funcionário actue sob uma ordem de um superior, executando uma decisão alheia. Por outras palavras, se é o cumprimento do dever de exame que permite excluir a ilicitude do acto típico praticado pelo agente que actua autonomamente, a questão é saber se esse critério será válido para a conduta do subordinado. Para tal seria necessário atribuir também a ele um dever de exame sobre a situação de facto. O que merece uma resposta negativa de Stratenwerth, que *afasta a possibilidade de ao subordinado ser imposto um dever de exame* (323).

Retorna a ideia de que a presunção de legalidade se estende a todas as ordens da autoridade na medida em que não sejam manifestamente ilícitas. Daí que considere que o subordinado adstrito ao dever de obediência pode, no âmbito de validade da presunção de legalidade, confiar que os pressupostos materiais do acto oficial ordenado estão verificados. Ao contrário do funcionário que actua por decisão própria, o subordinado não está obrigado a confirmar se a ordem se mostra materialmente fundada, sob pena de subversão do dever de obediência. A admissão de um dever de exame ilimitado traduz-se em uma negação da posição de autoridade do superior e do mesmo passo do próprio fundamento do dever de obediência. Este não pode, na verdade, coexistir com um dever de exame ilimitado. Conclusão que vale mesmo nos casos em que possa estar em causa um facto penalmente relevante (324). O subordinado só poderá, desde modo, apreciar a legitimidade do que lhe é ordenado em função das circunstâncias que conhece e já não das que lhe são desconhecidas. Por isso que um dever de exame só é concebível quando, sob o seu ponto de vista e de acordo com o seu conhecimento da situação de facto, a ordem se revele infundada. Uma suspensão da execução da ordem, para se se certificar da sua procedência, só é então admissível nos casos em que as circunstâncias conhecidas pelo agente se

(323) STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, p. 178 e ss.

(324) STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, p. 179.

mostrem incompatíveis com a sua legitimidade. Trata-se, no seu entender, do “único ponto de partida possível para um dever de exame” (325). Uma mera dúvida sobre o carácter justificante da situação de facto não é suficiente para desencadear um dever de exame, dado que uma tal dúvida é sempre possível, exigindo-se para isso que a decisão se apresente como inequivocamente infundada. Em todo o caso, “o dever de exame diz respeito somente à valoração jurídica da situação de facto e nunca à situação de facto propriamente dita” (326).

Negada a existência de um dever de exame do subordinado, não pode então um tal dever ter qualquer relevância para a avaliação da ilicitude da sua conduta. Desconhecendo o subordinado as circunstâncias que ditam a ilicitude da conduta ordenada no caso concreto, não há lugar para qualquer censura fundada em uma ausência de cuidado, em virtude da inexistência desse dever de exame. Tendo ele, pelo contrário, conhecimento da situação de facto, é merecedor de uma censura, não por ter descuidado um dever de exame sobre as circunstâncias, que não existe, mas antes por ter actuado apesar de representar essa situação. Assim, ao passo que num acto oficial ilegítimo fundado em uma decisão do próprio funcionário se dá um desvalor de acção penal quando o funcionário se abstém de realizar um exame conforme ao dever, num caso de obediência, não basta a inexistência desse exame para afirmar o desvalor de acção, porque o subordinado não está a ele obrigado. A conduta do subordinado só é penalmente ilícita quando ele detiver um conhecimento positivo da situação de facto, em virtude da qual a conduta de execução tipicamente relevante se apresente como ilícita.

Somente nestas condições se poderá, assim, afirmar que a execução de um acto oficial em cumprimento de uma ordem viola a lei penal e que se verifica uma colisão entre o dever de obediência e o dever de não cometer um facto penalmente punível (327).

Conclusão que, transposta para o plano da resistência punível dos particulares contra os actos oficiais, leva Stratenwerth a considerar que, para esse efeito, sendo o acto levado a cabo por um subordinado, o

mesmo só não deverá ser qualificado como legítimo quando padecer de nulidade ou o agente tiver um conhecimento positivo das circunstâncias que determinam a ilicitude do facto típico em execução (328). O seu entendimento é de que o ponto de partida para a interpretação do elemento “*rechtmäßig*” do § 113.3 do StGB não deve ser o de exigir que a ordem seja efectivamente legítima, mas sim obrigatória (329). Aqui lança mão das premissas de que a resistência só é admissível quando o dever de não cometer um facto penalmente punível se sobrepõe ao dever de obediência do funcionário e que esta colisão de deveres a favor do primeiro só se verifica quando o subordinado tenha um conhecimento positivo da situação de facto. Deste modo, quando o subordinado desconhece essa situação, a ordem é para ele obrigatória e ele deve obedecer, não podendo a sua conduta ser qualificada como ilícita. Essa obrigatoriedade, por sua vez, também se dirige ao cidadão atingido pela execução, pois o dever de obediência do funcionário de execução constitui um verdadeiro dever jurídico, que se impõe perante terceiros estranhos à relação entre o superior e o subordinado. Deste modo, o cidadão só pode legitimamente opor resistência perante actos nulos, dado que estes nunca são obrigatórios, e actos relativamente aos quais o subordinado saiba que não estão verificados os pressupostos materiais da intervenção.

2. A posição de Stratenwerth aproxima-se, como o próprio reconhece, da posição à época perfilhada pela jurisprudência alemã a propósito do facto praticado pelo subordinado em execução de uma ordem, desenvolvida também a partir do § 113.3 do StGB (330). Se, para os casos em que o acto oficial deriva de uma decisão do próprio funcionário que o executa, a jurisprudência esteve na origem do conceito de licitude penal, em relação à conduta do subordinado adoptou o seguinte critério: o subordinado não está em regra nem autorizado, nem obrigado a examinar a legitimidade da ordem recebida e, por isso, actua licitamente quando cumpre a ordem do superior em matéria de serviço confiando de boa fé na sua legitimidade (331).

(325) STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, p. 179.

(326) STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, p. 180.

(327) STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, p. 180.

(328) STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, p. 194.

(329) STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, p. 192.

(330) STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, p. 193.
(331) Cf. WERNER, *LK⁸*, § 113, V. 3. b).

Um pouco à semelhança do que aconteceu no contexto da teoria do conceito de licitude penal, que conheceu uma evolução no sentido de tornar a avaliação da conduta do funcionário menos dependente da sua boa fé, também aqui é possível observar alterações na doutrina e jurisprudência alemãs mais recentes, que permitem concluir haver agora uma menor indulgência para com o subordinado na hora de apreciar a licitude da sua conduta (332).

A jurisprudência, continuando embora a afirmar que o subordinado não tem o direito, nem o dever de proceder a um exame sobre a legitimidade da ordem, deixou de considerar que a licitude do facto praticado depende somente da observância das formalidades devidas e da mera confiança do subordinado na legitimidade da ordem, e vem entendendo que actua licitamente o funcionário que obedece a uma ordem emitida em matéria de serviço, com as formalidades prescritas, por um superior territorial e materialmente competente confiando na sua legitimidade, desde que — e está aqui a diferença essencial em relação à jurisprudência anterior — essa ordem não seja *manifestamente* ilegítima (333). Não basta, pois, que o subordinado não saiba que a ordem é ilegal para que a sua conduta seja qualificada como lícita. Exige-se, além disso, que a ordem não seja claramente ilegal. Assim, se o subordinado souber que a ordem é ilegítima ou se a ilegalidade da ordem for evidente, a execução é ilícita (334). Se, pelo contrário, o agente não tiver conhecimento da situação de facto que determina a desconformidade da ordem com o direito penal e essa ilegitimidade não for manifesta, a sua actuação é considerada lícita, mesmo que a ilegitimidade derive de um erro evitável ou de um abuso de poder do superior (335).

(332) Cf. SCH / SCH / ESER²⁶, § 113, n.º m. 31, que critica a jurisprudência anterior pelo privilégio que concede à boa-fé cega do funcionário de execução.

(333) Cf., v. g., *Kammergericht, NJW*, 1972, p. 781 e s., com anotação crítica de ROSTEK, «StGB § 113 (Polizeiliches Handeln auf dienstlichen Befehl)», p. 1335 e s. No mesmo sentido da jurisprudência, cf. v. BUNNOFF, *LK¹¹*, § 113, n.º m. 35, que refere que de acordo com a jurisprudência actual ao nível dos *Obergerichte* é indiferente a natureza do erro em que o superior incorre, não sendo o erro de direito obstáculo à afirmação da licitude da conduta do subordinado.

(334) Assim, também, v. BUNNOFF, *LK¹¹*, § 113, n.º m. 35.

(335) Cf. a análise crítica de ROSTEK, Holger, «Der unkritische Befehlsempfänger», *NJW*, 1975, p. 863.

Na doutrina, Lenckner chega a um resultado idêntico ao desta jurisprudência, assentando-o, todavia, em bases diferentes (336). Como vimos supra, quando analisámos as condições sob as quais uma ordem pode ser considerada legítima, em matéria de erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação, não estando em jogo dirimentes dominadas pelo pensamento do risco permitido, Lenckner adota uma posição semelhante à de Roxin, admitindo a exclusão da ilicitude fundada em uma eliminação do ilícito de acção doloso e do ilícito de acção negligente (337). É precisamente esta a fundamentação aqui usada por Lenckner para excluir a ilicitude da conduta do subordinado que dá cumprimento a uma ordem ilegítima.

Não estando reunidos os pressupostos materiais de um tipo justificador juridicamente existente, entende Lenckner que se o subordinado desconhecer a situação de facto em uma posição de boa fé, a sua conduta não é penalmente ilícita se o erro não derivar de uma violação do cuidado objectivamente devido, dado que tanto o ilícito de acção doloso, como o ilícito de acção negligente são afastados. Assim, para a caracterização do facto realizado pelo subordinado é indiferente o erro em que o superior tenha eventualmente incorrido, pois é sobre o superior e não sobre o subordinado que recai um dever de exame à situação de facto. Daqui resulta que a execução de uma ordem ilegítima só é considerada ilícita quando o subordinado conhece as circunstâncias de facto efectivamente existentes, por se verificar um ilícito de acção doloso, ou quando a ilegitimidade pudesse ser reconhecida sem mais, isto é, sem qualquer exame especial por um funcionário diligente colocado na sua posição, pois neste caso poderá ser afirmado um ilícito de acção negligente. Ao contrário de Stratenwerth, para quem a ilicitude só seria afirmada no primeiro caso, por haver um conhecimento positivo da situação de facto, para Lenckner o facto deve igualmente ser considerado ilícito se a ilegitimidade da ordem puder ser reconhecida sem qualquer dificuldade, ou seja, quando for manifesta (338).

(336) SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 88.

(337) SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 21 e 86.

(338) Em termos semelhantes, a partir da consideração de que a ilicitude penal pressupõe um desvalor de acção, que não pode ser afirmado quando o subordinado actue com o cuidado devido, LENKNER, *Der rechtswidrige verbindliche Befehl*, pp. 132 e ss. e 194.

Uma perspectiva de combinação do ponto de vista da teoria do conceito de licitude penal com a abordagem a partir da conduta do subordinado, observada em Stratenwerth e Lenckner, é a tentada por Eser. Por um lado, perfilha a conclusão a que chegam aqueles que colocam a licitude da execução do subordinado na dependência da legitimidade da ordem e adoptam a teoria do conceito de licitude penal: sendo o superior material e territorialmente competente, a ordem expedida com as formalidades essenciais e o seu conteúdo se mantiver dentro de uma margem de apreciação objectivamente justificável, a ordem é legítima e assim também a sua execução ⁽³³⁹⁾. Por outro lado, aceita que a actuação do subordinado possa ser lícita, mesmo no caso de a ordem ser ilegítima. É neste ponto que se aproxima de Lenckner, em todo o caso colocando uma nota de maior exigência na avaliação do facto realizado pelo subordinado, fruto de uma concessão quanto ao dever de exame do subordinado. Enquanto aquele se mantém fiel à ideia tradicional de que ao subordinado não é autorizado, nem imposto um dever de exame, Eser admite-o em certo tipo de relações entre o superior e o subordinado. Distingue, assim, entre os casos em que o funcionário de execução se encontra em uma pura relação de subordinação com o superior e aqueles em que a dependência face ao superior não é tão estrita e rigorosa ⁽³⁴⁰⁾. Nas relações do primeiro tipo, em que o subordinado está isento de um dever de exame, considera, à semelhança de Lenckner, que o acto de execução só é ilícito quando o erro em que o funcionário incorre fosse reconhecível sem necessidade de qualquer exame especial à situação de facto ou de direito. Nas relações em que o vínculo de dependência é menos estreito, o facto do subordinado só é tido como *lícito* quando o agente não possa reconhecer a ilegitimidade da ordem através de um exame às circunstâncias que lhe dizem respeito. Eser toma esta posição no contexto da análise do crime de resistência contra o funcionário de execução do § 113 do StGB, no sentido de determinar em que casos a execução de uma ordem pelo subordinado

⁽³³⁹⁾ SCH / SCH / ESER²⁶, § 113, n.º m. 31.

⁽³⁴⁰⁾ Nesta linha se coloca, de há muito, a generalidade da doutrina italiana, por referência ao art. 51-4 do *Codice Penale*, dividindo-se, no entanto, quanto às suas consequências. Enquanto uns, à semelhança de Eser, apontam para a exclusão da licitude, outros só admitem uma exclusão da culpa — cf. *infra*, § 9.2.

deve ser considerada lícita. Por isso, as situações em que considera que o subordinado actua licitamente reflectem-se numa eventual punição do cidadão a título de resistência.

Embora, como veremos, o modelo do erro ora analisado não esteja limitado somente à doutrina alemã, é nesta que conhece a sua maior expressão. No contexto alemão, tendo em conta a forte adesão suscitada pelo modelo da transformação e as tomadas de posição no domínio do modelo do erro, conclui-se, aliás, que são claramente dominantes as correntes que aceitam o princípio de que uma ordem para a prática de um facto típico que não observe os pressupostos materiais de uma autorização legal não produz necessariamente a ilicitude da respectiva conduta de execução. Em regra, só não admitem essa possibilidade aquelas que rejeitam simultaneamente a teoria do conceito de licitude penal e as teorias que conduzem à exclusão da ilicitude por ausência do desvalor de acção em caso de erro objectivamente inevitável sobre os pressupostos materiais de uma causa de justificação ou, na nossa terminologia, o modelo da transformação e o modelo do erro ⁽³⁴¹⁾. A posição de princípio do modelo da transformação é a de que a ordem pode ser considerada legítima mesmo quando não o é efectivamente, se emitida na forma legal pelo superior competente e desde que o erro não tenha sido determinado por uma culpa grosseira ou, pelo menos, que tenha sido precedido de um exame conforme ao dever da situação de facto. Verificadas que sejam essas condições, a ordem torna-se legítima e justifica o facto típico praticado pelo subordinado. A outra tendência doutrinária, que forma o modelo do erro, corre no sentido de que a ilegitimidade da ordem não constitui obstáculo à exclusão da ilicitude da conduta típica do subordinado desde que este não tenha conhecimento da situação que a determina ou ainda que essa ilegitimidade não seja manifesta, pelo facto de nessas circunstâncias não poder ser afirmado o desvalor de acção essencial para a formação da ilicitude. Em resumidas contas, em

⁽³⁴¹⁾ Cf. SCHELLHAMMER, «Blutentnahme durch Medizinalassistenten», p. 319 e s., ROSTEK, «StGB § 113 (Polizeiliches Handeln auf dienstlichen Befehl)», p. 1335 e s., THIELE, «Zum Rechtsmäßigkeitbegriff bei § 113 Abs. 3 StGB», p. 357 e s., OSTENDORF, «Die strafrechtliche Rechtsmäßigkeit...», p. 165 e ss., AMELUNG, «Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten», p. 334 e ss., BACKES / RANSIEK, «Widerstand gegen Vollstreckungsbeamten», p. 626 e ss., e SPENDEL, *LK¹¹*, § 32, n.º m. 64 e ss. e 90 e ss.

regra, para o modelo da transformação o subordinado só actua ilicitamente quando não estão reunidos os pressupostos materiais da intervenção e o superior tenha violado o cuidado devido na avaliação da situação e para o modelo do erro quando a não observância desses requisitos seja manifestada a partir da posição do subordinado ou ainda só quando seja por este conhecida. O modelo da transformação é assim mais restritivo na aceitação da exclusão da ilicitude, pois não só não deixa a porta aberta para a justificação nos casos em que o superior actua de má-fé ou com desleixo, como ainda a nega quando, não obstante a ordem ser considerada legítima em virtude daqueles critérios especiais, o subordinado se aperceba da sua ilegalidade.

3. Entre nós, Maria Fernanda Palma defende também a exclusão da ilicitude da conduta do subordinado determinada por uma ordem ilegítima em sentido idêntico à doutrina alemã do modelo do erro, aproximando-se sobretudo de Lenckner. Com efeito, para Maria Fernanda Palma, que analisa a questão no contexto da legítima defesa, um dos *topoi* em que pode assentar a relação entre a cessação do dever de obediência e a agressão ilícita, para efeitos daquela causa de justificação, é o da relevância, em sede de exclusão da ilicitude, do erro de quem cumpre uma ordem que se refira aos pressupostos da mesma, nomeadamente do erro sobre os pressupostos de facto da legitimidade da ordem⁽³⁴²⁾. No seu entender, na medida em que se trata de um erro sobre um tipo justificador é aplicável o art. 16.º2 do CP, sendo excluído o dolo. Ao que acresce, se o erro for inevitável, uma exclusão da negligência, nos termos do art. 16.º3. Ao contrário daquela que considerámos supra ser a interpretação mais adequada destas normas — a de que em causa estaria somente a exclusão da culpa dolosa, subsistindo o ilícito doloso; conclusão que em nosso entender, e contra o que parece decorrer da exposição de Maria Fernanda Palma⁽³⁴³⁾, em nada prejudica a rele-

⁽³⁴²⁾ PALMA, Maria Fernanda, *A Justificação por Legítima Defesa*, p. 232.

⁽³⁴³⁾ Cf. PALMA, Maria Fernanda, *A Justificação por Legítima Defesa*, p. 232. Do confronto entre a perspectiva que Maria Fernanda Palma avança neste contexto do erro do funcionário sobre os pressupostos materiais de um tipo justificador em matéria de obediência, que, aliás, de forma mediana acaba por relevar na definição da agressão ilícita no âmbito da legítima defesa, e a perspectiva defendida no domínio do erro sobre a situa-

vância do dolo tanto ao nível da culpa, como do tipo-de-ilícito — Autora considera que aquele que age “sem dolo, nem negligência, devi a erro inevitável sobre um elemento essencial da factualidade típica mesmo sobre um pressuposto de uma causa de justificação”⁽³⁴⁴⁾ n actua ilicitamente. É que, “apesar de o facto, no seu resultado, ser absolutamente desvalioso, a óptica do desvalor de acção implica uma modificação do seu valor, devido à direcção da vontade do instrumentador da sua execução”⁽³⁴⁵⁾. Em todo o caso, considera que “a relativização do valor do facto ofensivo na perspectiva da vontade do executor, não é subjectivização do valor e desmembramento do significado valorativo global do facto, mas tão-somente, o reconhecimento de que o desvalor da acção, se não modifica a medida do sofrimento causado, muda as exigências colocadas ao princípio da igual protecção de todos os sujeitos jurídicos”⁽³⁴⁶⁾. Daí resulta uma exclusão do direito de legítima defesa por parte do afectado pela conduta de execução levada a cabo pelo subordinado. Mas porque “a igualdade na protecção exige também a persistência de um certo direito de defesa do agredido”⁽³⁴⁷⁾, a este deve ser reconhecido um direito de resistência, que deve representar “uma medida moderada de defesa”⁽³⁴⁸⁾ em relação à legítima defesa.

4. O modelo do erro compreende ainda a fundamentação da exclusão da ilicitude da execução de uma ordem ilegítima a partir de uma perspectiva *ex ante*. Esta via encontra a sua principal expressão na doutrina espanhola, tendo sido Queralt i Jiménez quem levou esse critério às últimas consequências em matéria de obediência, numa defesa intrar-

ção de legítima defesa (p. 679 e ss.) é notória a discrepância entre a fundamentação expressa num caso e no outro para concluir pela exclusão da ilicitude. Se ali vale um ponto de vista *ex post*, pois nada é dito em contrário e é o que deriva da própria exposição do problema e da solução apresentada, aqui a agressão ilícita define-se *ex ante*. Claro que, no fim da linha, o resultado acaba por ser o mesmo em ambas as situações: a exclusão da ilicitude. O que, todavia, não é suficiente para que a pergunta sobre o porquê desta divergência deixe de subsistir. Pois a isso a Autora não responde.

⁽³⁴⁴⁾ PALMA, Maria Fernanda, *A Justificação por Legítima Defesa*, p. 234.

⁽³⁴⁵⁾ PALMA, Maria Fernanda, *A Justificação por Legítima Defesa*, p. 235.

⁽³⁴⁶⁾ PALMA, Maria Fernanda, *A Justificação por Legítima Defesa*, p. 235.

⁽³⁴⁷⁾ PALMA, Maria Fernanda, *A Justificação por Legítima Defesa*, p. 237.

⁽³⁴⁸⁾ PALMA, Maria Fernanda, *A Justificação por Legítima Defesa*, p. 238.

sigente da sua natureza justificante. Para esta perspectiva, a constatação *ex post* da não verificação dos pressupostos materiais da autorização legal que tomariam legítimas a ordem e a conduta de execução não é sequer vista como uma questão de erro se *ex ante* esses pressupostos se devessem dar como verificados, pois o facto é logo à partida considerado como lícito. Todavia, para quem, como nós, defende em regra uma perspectiva *ex post*, estes casos não podem configurar senão casos de erro sobre os pressupostos de um tipo justificador e o ponto de vista *ex ante* como uma solução de fundamentação da exclusão da ilicitude nessas circunstâncias. Por isso, enquadrámos no modelo do erro a tese justificacionista de Queralt i Jiménez.

Para Queralt i Jiménez a natureza justificante da obediência a ordens ilegítimas ⁽³⁴⁹⁾ tem como fundamento, no âmbito de um Estado de Direito democrático e social, a necessidade de assegurar a capacidade de prestação de serviços públicos ⁽³⁵⁰⁾ e assenta em pressupostos de ordem dogmática e político-criminal. Queralt rejeita um dos principais argumentos que levaram parte considerável da doutrina a afastar a possibilidade da justificação, o de não ser aceitável que a ordem, por si só possa transformar o que é ilícito em lícito. Segundo Queralt, tal modo de perspetivar o problema é fruto de uma abordagem errada, que ignora a necessidade de avaliar separadamente a questão nos dois planos em que ela se apresenta: de um lado, a conduta do superior, do outro a do subordinado. Só mediante esta dupla valoração — “o que interessa é (...) saber se, independentemente de a ordem ser ou não ilícita, a execução o é e como” ⁽³⁵¹⁾, pois “a responsabilidade do superior só lhe diz respeito a ele: o subordinado será avaliado, por sua vez, de acordo com a forma como levou a cabo a sua actividade” ⁽³⁵²⁾ — se poderá dar uma resposta justa e adequada aos problemas levantados neste contexto e só assim se respeitará o princípio da individualidade da responsabilidade penal.

Decisiva para a valoração como lícito ou ilícito do facto levado a cabo pelo inferior é, pois, não a substância da ordem, mas antes a sua

eficácia sobre o subordinado. É da sua obrigatoriedade para o inferior e não da sua legitimidade que depende a exclusão da ilicitude da sua conduta ⁽³⁵³⁾. A eficácia da ordem funda-se essencialmente em uma presunção de legitimidade dos actos estaduais, que assenta em um factor de índole sociológica, a confiança em que as expectativas prescritas pelo ordenamento vão, em princípio, ser satisfeitas ⁽³⁵⁴⁾. Para tal é suficiente que a ordem se apresente, sob uma perspectiva *ex ante*, como uma daquelas a que o subordinado deve em geral obediência, se inscreva na classe de ordens própria da relação de subordinação existente entre o superior e o inferior, pois quando tal aconteça não lhe pode ser apurado qualquer desvalor de acção e o facto é considerado lícito: “a classe da ordem erige-se, pois, em critério central para determinar se existe desvalor de acção em termos jurídico-penais” ⁽³⁵⁵⁾.

Com efeito, Queralt é firme na defesa de uma perspectiva *ex ante*, pela qual decisiva para efeitos da qualificação penal da conduta do subordinado será a fase da emissão da ordem e da sua recepção pelo funcionário e não o momento que se lhe segue, o da execução e cumprimento, no pressuposto de não existir um excesso na execução da ordem: “uma perspectiva *ex ante* da ilicitude é a única que se mostra adequada para estabelecer razoavelmente se uma determinada actuação é lícita, com independência de que *a posteriori*, tendo em conta todo o decurso histórico de uma actividade, cumpria afirmar que o resultado é incorrecto, que é, em suma, contrário ao direito. Mas não é consequente com uma concepção preventiva do direito penal, que é a que considero acertada, misturar, consciente ou inconscientemente, a perspectiva *ex ante* com a que se efectua *ex post*. O processo de motivação da conduta humana rege-se pelos conhecimentos que, no momento em que actua, tem ou deve ter o sujeito e não pela valoração que mereça o facto histórico, já perfeito” ⁽³⁵⁶⁾.

A rejeição das posições que em caso de cumprimento de uma ordem ilegítima admitem somente uma exclusão da culpa e não da ilicitude, que no seu ponto de vista são fruto de uma doutrina do crime

⁽³⁴⁹⁾ QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Debida*, p. 395 e *passim*.

⁽³⁵⁰⁾ QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Debida*, pp. 63 e ss. e 413 e ss.

⁽³⁵¹⁾ QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Debida*, p. 231.

⁽³⁵²⁾ QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Debida*, p. 340.

⁽³⁵³⁾ QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Debida*, p. 395 e ss.

⁽³⁵⁴⁾ QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Debida*, p. 419 e ss.

⁽³⁵⁵⁾ QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Debida*, p. 235.

⁽³⁵⁶⁾ QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Debida*, p. 208 e s.

de pendor causalista e objectivo que coloca o desvalor de resultado como elemento matriz da ilicitude, assenta ainda no seu entendimento acerca da ilicitude como produto exclusivo do desvalor de acção: “o resultado não está compreendido na norma — pois, caso contrário, a tentativa não seria punível — mas opera antes como critério político-criminal delimitador dos bens jurídicos e cumpre uma função de garantia, na medida em que com a sua emergência se demonstra que a conduta do agente era realmente lesiva (...). Se o resultado danoso se produz, muito embora o agente tenha empregado a diligência que o facto requeria, tal produção não pode fundamentar a ilicitude da conduta” (357). Neste sentido, Queralt considera que não pode a ordem jurídica qualificar como ilícito um comportamento precedido e determinado por uma conscienciosa e prudente análise da conformidade do facto com o direito. Na realidade, se a actuação é levada a cabo de acordo com as regras do tráfico que regem a esfera de actividade do agente e se é a própria ordem jurídica que, dados tais pressupostos, impõe a execução do facto como um dever a cumprir, não pode a conduta deixar de considerar-se justificada.

Assim, se a ordem apresentar, em termos objectivos, não para o funcionário que em concreto a recebeu, mas para qualquer outro funcionário colocado em idênticas condições e com os mesmos conhecimentos, uma aparência de legalidade, será eficaz e vinculante e deverá, em consequência, ser obedecida. Não é que a ordem crie o dever de obediência. Este dever existe na relação de subordinação que une o superior e o inferior, tendo a ordem a simples função de actualizar esse dever e desencadear a actividade do subordinado (358). Este deverá obedecer nos casos em que a ordem se integre na classe de ordens a que, de acordo com o seu estatuto, está obrigado a obedecer, excepto quando tenha um conhecimento positivo das circunstâncias que determinam a ilegitimidade da ordem (359). Se, através de um exame conforme ao dever, o subordinado verificar que a ordem emitida é uma do género a

(357) QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Debida*, p. 418¹⁶².

(358) QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Debida*, p. 232 e ss.

(359) QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Debida*, pp. 208 e 231 — como o próprio Queralt reconhece (p. 232¹¹⁸), há aqui uma evidente afinidade com a construção de Stralenwerth.

que deve em geral obediência (360), poder-se-á então afirmar que a ordem beneficiará da presunção de legalidade normalmente associada aos actos estaduais (361) e deverá, por isso, ser cumprida (362). O dever de exame a cargo do subordinado tem, pois, como única finalidade averiguar se o que lhe é imposto corresponde à classe de ordens a que está adstrito: “a ordem jurídica atribui expressamente aos funcionários um dever de exame — que não um direito, pois é absurdo falar do direito a não cometer delitos ou outra infracção —, dado que esse sujeito é responsável pelo exercício das funções que estão a seu cargo. Mas esse dever não se estende a todas as particularidades da ordem, mas apenas às que afectam a sua presunção de legalidade, isto é, o *dever de exame não constitui uma instância de revisão* dos actos dos superiores, limitando-se, na generalidade dos casos, a verificar que a ordem seja da classe a que se fez referência. Se a ordem aparece *ex ante* ao *obediente inserida nessa*

(360) QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Debida*, p. 422. É a partir do conceito de classe de ordem que Queralt aponta a solução para a questão das chamadas ordens manifestamente ilegais, que, segundo a generalidade dos autores, não devem ser obedecidas e caso o sejam podem determinar a responsabilidade do subordinado. Considera (*La Obediencia Debida*, p. 463 e s.) que em uma perspectiva *ex ante*, a ostensibilidade da ilegitimidade não é um critério viável para fundar a eficácia ou ineficácia da ordem. Assim, entende QUERALT I JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Barcelona: Atelier, 2002, p. 786, que “não se trata de um problema nem de ostensibilidade física, nem de gravidade em si: (...) a ostensibilidade da ilegitimidade há-de partir da ideia de classe de ordem. Determinar esta questão não será sempre tarefa fácil, *maxime* quando se trate de funcionários executivos (policiais, funcionários de prisões...). (...) O obediente quer amparar-se na obediência devida (...), apesar de ter executado crimes execráveis como torturas, violações, assassinatos, sequestros... Este tipo de acções nunca faz parte do conteúdo do círculo competencial dos funcionários e, portanto, a emissão destas ordens não gera dever de obediência pelas mesmas serem, pelas razões apontadas, manifestamente contrárias à legalidade”.

(361) QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Debida*, pp. 207 e ss. e 225 e ss.

(362) Nesta direcção também, MIR PUIG, Carlos, *Los Delitos Contra la Administración Pública en el Nuevo Código Penal*, Barcelona: Bosch, 2000, p. 120: “as ordens derivadas de resoluções judiciais, decisões e ordens emanados de uma autoridade competente e ditados dentro do âmbito da sua competência respectiva, com as formalidades legais e dirigidos a funcionários públicos competentes para a sua execução, em princípio e em uma perspectiva *ex ante* (no momento da execução) gozam de uma presunção de legalidade, de modo que devem ser obedecidas (...), pois *ex ante* tais ordens não são anti-jurídicas”.

classe, será plenamente eficaz para actualizar o dever de obediência e deverá ser executada” (363). Deste modo, sendo a obediência devida, não poderá ser imputada qualquer responsabilidade penal ao agente, porque excluída a ilicitude do facto, dado ter este sido produzido no cumprimento de um dever. Uma avaliação *ex post* do cumprimento da ordem, pela qual se conclua que a execução deu origem à produção de um facto tipicamente relevante, consubstanciado na lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico penalmente tutelado, não será idónea a afectar aquela conclusão e, por isso, não faz sequer sentido falar em ordens ilícitas obrigatórias: se a ordem é obrigatória, a sua execução nunca poderá ser ilícita (364).

Finalmente, são também exigências político-criminais que ditam a opção de Queralt i Jiménez pela via da exclusão da ilicitude. As teses contrárias, que deixam persistir a ilicitude do facto praticado pelo subordinado, assentam em grande medida na necessidade de proporcionar ao terceiro afectado pela execução da ordem condições para acautelar os interesses ameaçados, nomeadamente uma resposta em legítima defesa. É precisamente esta faculdade que Queralt considera como político-criminalmente indesejável. Queralt não vai ao extremo de querer obrigar o terceiro a suportar de forma absolutamente passiva a intromissão estadual indevida na sua esfera jurídica, pois admite a possibilidade de uma resposta ao abrigo do estado de necessidade objectivo (365), mas não aceita que sobre o funcionário que actua no cumprimento de um dever se possa abater uma reacção em legítima defesa, que não está limitada pela proporcionalidade. Tal admissão revelaria, desde logo, pouca aderência à realidade, já que não pode dizer-se que os funcionários no exercício da sua actividade corrente estejam avisados para uma possível resposta do particular com um carácter eventualmente desproporcional, como se admite em legítima defesa. Isso significaria ainda desvalorizar a actuação zelosa e conforme ao dever do funcionário e, em último termo, desvirtuar a normal repartição de poderes, transformando o cidadão, em vez dos tribunais, na entidade com o poder final e decisivo para determinar a ilicitude do facto (366).

(363) QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Debida*, p. 463.

(364) QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Debida*, p. 262 e s.

(365) QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Debida*, p. 435 e ss.

(366) QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Debida*, p. 378 e s.

A concepção de Queralt i Jiménez teve pouco eco na ciência penal do seu país, tendo sido objecto de pouca atenção na doutrina que se lhe seguiu. Para isso terá contribuído o facto de Queralt se ter praticamente alheado da discussão em torno do tipo legal de crime de desobediência de funcionário que tem estado no centro do debate espanhol acerca da obediência devida, que analisaremos infra no âmbito do modelo das ordens ilegítimas obrigatórias. Com efeito, preferiu, em uma abordagem certamente mais perene, assentar as soluções do problema na função que no seu entender deve ser apontada ao direito penal e na sua concepção do sistema geral do facto punível, em especial da categoria da ilicitude (367). Não deve, porém, ignorar-se que a quase totalidade daqueles que hoje, em função da posição manifestada a propósito do crime de desobediência de funcionário e das chamadas ordens ilegítimas obrigatórias, são associados à via desculpacionista em sede de obediência devida, convergem com Queralt na conclusão de que a ilicitude da conduta típica do funcionário deve ser excluída quando o subordinado desconheça a ilegitimidade da ordem e tal seja objectivamente inevitável, pois em geral adoptam também uma perspectiva *ex ante* na avaliação dos pressupostos das causas de justificação (368).

5. Expostas as várias construções dogmáticas que autonomizam a avaliação da conduta típica do subordinado da natureza da ordem do superior, cumpre ponderar a sua procedência. A nossa apreciação dessas concepções está já de algum modo condicionada pelas nossas anteriores tomadas de posição. Além de, em regra, prescindirem da legitimidade material da ordem, estas concepções defendem a justificação do facto praticado pelo subordinado em cumprimento de uma ordem ilegítima a partir de perspectivas que admitem a possibilidade de exclusão da ilicitude do facto típico em caso de erro sobre os pressupostos materiais de uma causa de justificação. Nessa medida, denominámos esta corrente como modelo do erro. Dado que, pelas razões já explanadas, consideramos que só a ordem legítima poderá justificar a conduta típica realizada em seu

(367) Cf. QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Debida*, p. 261-201.

(368) Cf. COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *DP-PG²*, p. 429 e s., CARBONELL MATEU, *Comentarios*, I, art. 20.7.º, 4.2.1. e MORALES PRATS, *Comentarios* 2.º, art. 20.7.º, p. 196.

cumprimento e que não aceitamos que através da doutrina do erro se possa equiparar nos efeitos as situações em que estão efetivamente verificados os pressupostos de uma causa de justificação e as situações em que não estão, é sem mais evidente a nossa discordância perante este modelo do erro.

5.1. Além destas divergências de fundo, não aceitamos ainda as especificidades que estas concepções apontam ao problema das ordens da autoridade e com as quais procuram sustentar ou alargar o âmbito da exclusão da ilicitude, nomeadamente a presunção de legalidade dos actos estaduais e a ausência de um dever de exame do subordinado à legitimidade da ordem. Com efeito, Stratenwerth e Queralt i Jiménez assentam toda a sua concepção no princípio da presunção de legalidade e é dele que retiram a consequência da inexistência de um dever de o subordinado controlar a conformidade ao direito do acto que lhe é ordenado. Já Lenckner, Esler e a jurisprudência alemã consideram sem mais que esse dever não existe e daí retiram, de modo mais ou menos imediato, a conclusão de que a ilicitude deve ser excluída desde que a ilegitimidade não seja manifesta.

A presunção de legalidade dos actos estaduais corresponde a um conceito de Estado como *potentior persona* hoje ultrapassado⁽³⁶⁹⁾. Com efeito, em termos substanciais, o princípio da presunção da legalidade dos actos estaduais coincide com a velha ideia do privilégio do erro de Jel-linek. Ao nível das consequências, tanto daquele princípio, como desta ideia resulta a qualificação como legítimo de um acto que na realidade não o é. Em última análise, o que leva as concepções do modelo do erro a defender a exclusão da ilicitude é tão-só a necessidade de evitar que o subordinado esteja sujeito à legítima defesa do particular. A justificação não é verdadeiramente motivada pela necessidade de evitar que o inferior incorra em responsabilidade penal pela comissão do facto, pois o funcionário sempre poderia ser salvaguardado dessa consequência por via da exclusão da culpa nos casos em que o modelo do erro defende uma

exclusão da ilicitude. Solução que decorreria, aliás, de uma normal aplicação das categorias da ilicitude e da culpa do sistema do facto punível e evitaria forçar o conteúdo da ilicitude, nela inserindo elementos que em regra lhe são estranhos, como é notório na construção de Stratenwerth. Por isso, materialmente, não é na esfera da responsabilidade do subordinado que a presunção de legalidade se repercute, mas sim na posição jurídica do particular afectado pela execução do acto oficial.

Tal como acontece no conceito de licitude penal, através da presunção de legalidade não é o funcionário que arca com o risco do erro, mas sim o particular. A consequência directa da presunção de legalidade é a de impor ao cidadão o dever de suportar o acto do funcionário, que é objectivamente ilegítimo. Indirectamente, na medida em que a conduta do subordinado é vista como lícita, ao cidadão é retirado o direito de legítima defesa. Desse modo, caso o particular se oponha à prática do acto estadual e não esteja amparado pelo estado de necessidade objectivo, a presunção de legalidade do acto estadual transforma-se numa *presunção de ilegalidade do acto de resistência do particular*, fazendo-o incorrer na punição pelo crime de resistência⁽³⁷⁰⁾ e pelos crimes correspondentes aos demais factos típicos que realizar. Circunstância que por si só é suficiente para considerar inaceitável a concessão do benefício da presunção de legalidade aos actos estaduais. As consequências desta presunção são ainda insuperáveis no plano processual penal. Com efeito, se transposta para o domínio processual penal, no contexto de um processo penal motivado pela imputação desses crimes ao particular, essa presunção de legalidade reduzida em um ónus da prova sobre o arguido, que viola o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 32.º da CRP). Não espanta que o princípio da presunção da legalidade seja hoje fortemente questionado no domínio do direito administrativo⁽³⁷¹⁾, sobretudo pelas suas conse-

⁽³⁷⁰⁾ Neste sentido, expressamente, STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, p. 191 e ss.

⁽³⁷¹⁾ Entre nós, contra a presunção de legalidade dos actos administrativos, cf. MACHETE, Rui Chancelle de, «Algunas Notas sobre a Chamada Presunção da Legalidade...», p. 717 e ss., ANDRADE, Vieira de, «Validade (do Acto Administrativo)», p. 586, e MOREIRA, Vital, *Direito Administrativo* (2.ª Turna), Cap. 5, p. 16 e s. A favor, OTERO,

⁽³⁶⁹⁾ Cf. MACHETE, Rui Chancelle de, «Algunas Notas sobre a Chamada Presunção da Legalidade dos Actos Administrativos», in: *Estudios em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez*, I, Coimbra: Almedina, 2000, p. 717 e ss.

quências processuais, e seja agora ignorado por Stratenwerth, outora o seu principal paladino no direito penal (372).

5.2. A justificação é ainda fundamentada por estas concepções com base na inexistência de um dever de controlo de legitimidade da ordem a cargo do subordinado. Considera-se que a atribuição ao inferior do poder de examinar a conformidade legal daquilo que lhe é ordenado pelo superior constituiria uma inversão da estrutura hierárquica em que assenta a organização da Administração e ameaçaria a autoridade do superior. A questão do dever de exame é de há muito discutida pela doutrina administrativista, estando no centro do debate acerca do dever de obediência do subordinado a ordens ilegítimas do superior. A negação categórica do dever de exame é sustentada por esta doutrina penal em termos semelhantes à desenvolvida no sector administrativo pelas chamadas correntes hierárquicas, que conferem preponderância ao princípio da autoridade sobre o princípio da legalidade. A estas opõem-se as correntes legalistas, que nunca aceitaram que o subordinado fosse privado de um poder de controlo sobre a legitimidade material da ordem. A inexistência de uma faculdade de examinar a legitimidade da ordem é tudo menos um dado perfeitamente adquirido e inquestionável, como pretendem as concepções penais do modelo do erro.

Retirar ao funcionário o poder de controlar a legalidade da ordem é tratá-lo não como uma pessoa autónoma e responsável, mas sim como um sujeito menor, um simples instrumento da vontade do superior (373), que quando não a cumpre se torna num empecilho. Essa opção responde, além disso, a uma visão estática do funcionamento do aparelho estadual. As tomadas de decisão nem sempre seguem um percurso

Paulo, *Legalidade e Administração Pública*, p. 1023 e s., e a jurisprudência constante do Supremo Tribunal Administrativo, que vem decidindo que a presunção de legalidade abrange tanto os pressupostos de facto, como de direito do acto administrativo.

(372) Cf. STRATENWERTH, *ATV*, § 9, n.º m. 127.

(373) Há já quase um século, em face de um outro tempo, de um outro Estado e de uma outra sociedade, afirmava COLLAÇO, Magalhães, «A desobediência dos Funcionários Administrativos...», p. 75, que "hoje, só é rigorosa a doutrina de que o agente tem a faculdade de apreciar a legalidade da ordem que lhe é dada, devendo recusar-se a cumpri-la, embora procedendo sob sua responsabilidade, sempre que se convença de que ela é ilegal".

linear de cima para baixo. O procedimento que precede uma decisão é com frequência levado a cabo pelo próprio funcionário que é depois encarregado do cumprimento da ordem respectiva, tal como é bem possível que o subordinado detenha um melhor conhecimento da situação de facto a que o acto ordenado diz respeito do que o próprio superior e em certos casos quem recebe a ordem é, no fundo, quem promove a sua emissão junto do superior. Não é, por isso, razoável considerar o subordinado como um sujeito em todas as circunstâncias completamente alheio ao processo de decisão e adoptar essa suposição como a regra geral e inquebrantável para todos os casos de obediência a ordens superiores como acontece com as correntes do modelo do erro.

Também não é razoável que o cidadão seja obrigado a suportar a execução de actos materialmente ilegítimos que lesam ou colocam em perigo bens jurídico-penais pela simples razão de aos funcionários encarregados do seu cumprimento não ser dada a oportunidade de verificar a sua legalidade. Quando está em causa uma intervenção do Estado em prejuízo do cidadão que afecta bens jurídicos com dignidade penal é inadmissível que aquilo que o agente estadual possa *em concreto* fazer seja determinado pelo modo de organização interna do aparelho estadual. Nesta relação entre o Estado e o cidadão, os limites da actuação estadual só podem ser definidos pela lei. Se o aparelho estadual deve conformar a sua organização e funcionamento de modo a não se intrrometer indevidamente na esfera dos cidadãos, é incompreensível que possa admitir-se que esse funcionamento se baseie numa regra, a exclusão da possibilidade de o subordinado examinar a legitimidade das ordens que lhe são transmitidas, cuja consequência normal é a de permitir que actos estaduais penalmente ilegítimos apareçam perante o cidadão como legítimos e lhe possam ser impostos, inclusive sob a ameaça da pena do crime de resistência.

Mesmo quando não esteja em causa a prática de um acto que afecte a esfera jurídica de um concreto cidadão há ainda razões para entender que ao subordinado que recebe a ordem para a execução desse acto deve ser concedida a oportunidade de examinar a sua legitimidade. Em muitos casos só desse modo se poderá evitar o cometimento de um ilícito penal. Se o subordinado for obrigado a acatar toda e qualquer ordem desde que emanada do superior competente na forma legal, na esmagadora maioria dos casos dificilmente se poderá obstar a que seja

dada execução a actos penalmente ilegítimos ditados por má-fé ou por negligência do superior. Não significa isto que o subordinado se deva transformar em uma espécie de fiscal ou polícia do superior, mas tão-só o reconhecimento de que o poder de o subordinado examinar a legitimidade da ordem constitui um importante factor para a promoção da legalidade penal.

A nosso ver, as concepções do modelo do erro falham no tipo de relação que estabelecem entre a responsabilidade e o dever de exame. *A responsabilidade é colocada na dependência do dever de exame, quando a relação deve ser precisamente a contrária:* dado que o subordinado é um sujeito autónomo e passível de imputação de responsabilidade penal pelos actos cometidos em cumprimento de ordens superiores, *não lhe pode ser negada a possibilidade de verificar a conformidade legal daquilo que lhe é ordenado.*

Entendimento que cremos ser o que melhor se coaduna com os princípios em que se funda o Estado de direito material e o único compatível com o que a este propósito dispõe a nossa lei fundamental. No n.º 1 do art. 271.º da Constituição estabelece-se expressamente que os funcionários e agentes do Estado são responsáveis civil, criminal e disciplinarmente pelas acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício de que resulte violação dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos. O n.º 2 desse preceito determina que a responsabilidade do funcionário se mantém mesmo quando actue no cumprimento de ordens ou instruções emanadas de legítimo superior hierárquico e em matéria de serviço. Na verdade, o n.º 2 só admite a exclusão da responsabilidade do subordinado caso este tenha previamente reclamado da ordem ou tiver exigido a sua transmissão ou confirmação por escrito (374). Excepção que, todavia, não vale, de acordo com o n.º 3, quando o cumprimento da ordem implique a prática de qualquer crime. Deste regime constitucional resulta claramente a susceptibilidade de o subordinado ser objecto de responsabilida-

ção pelo cumprimento de ordens superiores cuja execução viole direitos ou interesses legalmente protegidos do cidadão e uma proibição absoluta de obediência quando da ordem derive o cometimento de um crime.

Se a Constituição e a lei estabelecem que o dever de obediência cessa quando a ordem conduza à prática de um crime, impondo assim ao subordinado um verdadeiro dever de desobediência quando a ordem se dirija ao cometimento de um facto penalmente punível (375) (art. 271.º-3 da CRP, art. 36.º-2 do CP e art. 10.º-5 do EDF), e que o funcionário pode ser responsabilizado pela prática de ilícitos de natureza não penal se não representar a ilegitimidade da ordem perante o superior (art. 271.º-2 da CRP e art. 10.º-1 do EDF), ao subordinado deverá ser necessariamente reconhecida a faculdade de examinar a legitimidade formal e substancial da ordem.

Na realidade, se não lhe fosse atribuído esse poder essas normas seriam esvaziadas de sentido. O subordinado só poderá cumprir o dever de não obedecer a ordens penalmente ilegítimas se tiver a possibilidade de apreciar o conteúdo da ordem. Além disso, a única forma de poder evitar ser responsabilizado pela comissão de ilícitos não penais, a representação da ilegalidade perante o superior, pressupõe a faculdade de controlar a legalidade material da ordem. Pode, portanto, considerar-se "existir no direito português um princípio geral que confere ao subalterno a faculdade de examinar a legalidade das ordens e instruções recebidas" (376).

Em face do regime constitucional e legal, *não só não deve negar-se a existência da faculdade de examinar a ordem, como não podem ser colocados limites à extensão do exame. O controlo pode incidir sobre todos os elementos, de índole formal e material, dos quais dependa a conformidade legal da ordem, e respeitar tanto à situação de facto, como ao seu enquadramento jurídico.*

O exercício deste controlo não implica a paralisção do aparelho estadual, nem qualquer ameaça à autoridade do superior. Como referi-

(374) No mesmo sentido, CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, *CRP Anotada*, p. 953, afirmam que "quanto à responsabilidade civil, o dever de obediência só a exclui quando o funcionário tenha reclamado da ordem ou tenha exigido a sua transmissão por escrito. Na ausência deste requisito, o funcionário não está isento de responsabilidade pelos actos que praticar, mesmo que por ordem do superior hierárquico".

(375) Assim, também OTERO, Paulo, *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 174.

(376) OTERO, Paulo, *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, p. 172, e *Legalidade e Administração Pública*, p. 704. Na mesma direcção, SILVA, Marques da, *DP-PG*, II, p. 120 e s., e AMARAL, Freitas do, *Cirroso*², I, p. 636.

mos, o exame tem uma função de promoção da legalidade. Se, através do exame, o subordinado concluir que o facto cuja prática lhe é ordenada constitui um crime, não deve obediência à ordem do superior, dado que a Constituição e a lei afirmam a prevalência da legalidade penal sobre a autoridade do superior. Se a ordem implicar o cometimento de um ilícito de outra natureza, o exame poderá permitir que o subordinado se aperceba dessa ilegalidade e, regra geral, se não houver perigo na demora, dela dê conhecimento ao superior antes de a cumprir. Desta forma, se o superior concordar com o subordinado e retirar a ordem, poderá evitar-se o cometimento de um facto ilícito. Se, apesar das objecções do subordinado, o superior reiterar a ordem, há em princípio dever de obediência e o subordinado está obrigado a cumpri-la. O exame não põe assim em causa a autoridade do superior, pois este tem sempre a última palavra, mas poderá contribuir para evitar a prática de um facto ilícito.

A afirmação da inexistência de um dever de exame a cargo do subordinado realizada pelas concepções do modelo do erro mostra-se assim improcedente. Além dos vários inconvenientes que lhe apontámos, que seriam suficientes para rejeitar esse ponto de vista, é manifesta a sua incompatibilidade com o direito português, expresso na lei fundamental e na legislação ordinária. Construções dogmáticas como a de Stratenwerth ou de Queral i Jiménez, em que a exclusão da ilicitude do facto típico praticado em cumprimento de uma ordem ilegítima é fundamentada a partir da ausência do dever de exame, revelam-se assim incompatíveis com o direito positivo português. Nos casos em que a negação do dever de exame contribui não para fundamentar, mas para alargar o âmbito da exclusão da ilicitude, como na concepção de Lenckner, é o critério especial de evitabilidade do erro que dela deriva que é posto em causa. Aceite a possibilidade de o subordinado controlar a legitimidade da ordem, a inevitabilidade objectiva do erro passaria a ser avaliada nos termos gerais e deixaria de coincidir com a ilegalidade manifestada da ordem. Esta é, no fim de contas, a tese de Maria Fernanda Palma. Tese que, no entanto, deve ser também recusada, pois constitui uma expressão da teoria do erro sobre os pressupostos materiais de uma causa de justificação que produz a exclusão da ilicitude.

Como é óbvio, a possibilidade de o subordinado examinar a legitimidade da ordem não impede que na prática o inferior acabe por obe-

decer a ordens ilegítimas convicto da sua conformidade legal. Erro que frequentemente é mesmo objectivamente inevitável. Uma avaliação tão cuidada quanto possível da situação de facto pode revelar-se infrutífera no sentido de apurar a ilicitude da ordem. Em todo o caso, mesmo que na avaliação da ilicitude da conduta do subordinado não se tenha em conta a ilegitimidade da ordem, sendo praticado um facto típico, a justificação estará dependente do cumprimento dos pressupostos da autorização legal respectiva. Ora, se o facto é típico e os pressupostos do tipo justificador não estão verificados — se estivessem não haveria nenhuma dificuldade, pois o facto estaria sempre justificado, pela ordem ou directamente pela autorização legal —, o erro, por mais inevitável que seja, não pode excluir a ilicitude do mesmo.

§ 9. O MODELO DAS ORDENS ILEGÍTIMAS OBRIGATÓRIAS

Se a exclusão da ilicitude do facto típico praticado em cumprimento de ordens ilegítimas pode ser alcançada através do modelo da transformação e do modelo do erro, a verdade é que o problema da justificação é sobretudo associado ao modelo das ordens ilegítimas obrigatórias. A admissibilidade desta espécie de ordens e as suas consequências jurídicas concitam a generalidade das atenções da doutrina penal no domínio das ordens da autoridade. Em geral, a obrigatoriedade da ordem é afirmada a partir de normas do direito positivo, interpretadas no sentido de que impõem um dever de obediência apesar da ilegitimidade da ordem. Por isso, não obstante existirem inegáveis pontos de contacto entre as diversas doutrinas, em cada ordenamento o tratamento dogmático da questão apresenta especificidades determinadas por concretas disposições legais. Não nos parece possível dissociar a análise de uma determinada concepção do modelo das ordens ilegítimas obrigatórias da base legal em que a mesma assenta. Circunstância que obriga a uma apreciação separada das correntes doutrinais que defendem uma exclusão da ilicitude pelo cumprimento de uma ordem ilegítima obrigatória formadas em cada um dos ordenamentos e das reacções que suscitaram. Além do português, escolhemos para objecto de análise do modelo das ordens ilegítimas obrigatórias os sistemas alemão, italiano

e espanhol. Escolha ditada pelas conhecidas afinidades dogmáticas entre esses sistemas e o nosso e pela sua influência no modo como entre nós foi sendo pensada e resolvida a questão das ordens ilegítimas obrigatórias.

§ 9.1 O sistema alemão

A exposição do modelo da transformação e do modelo do erro revelou a existência de uma forte propensão da doutrina e jurisprudência alemãs para admitir a exclusão da ilicitude de factos típicos praticados em cumprimento de ordens ilegítimas. Na doutrina alemã há quem considere que as concepções que englobámos nos modelos da transformação e do erro correspondem às respostas dogmáticas a uma das faces da questão das ordens da autoridade no sistema alemão, a do modo normal de aparecimento do problema, para a qual se apela às regras gerais da dogmática penal. A outra face da questão é precisamente a das ordens antijurídicas obrigatórias (*rechtswidrigen verbindlichen Befehl*)⁽³⁷⁷⁾.

O debate acerca da admissibilidade das ordens ilegítimas obrigatórias e dos respectivos efeitos, justificantes ou desculpantes, não tem hoje a amplitude que conheceu até meados do século passado. No pós-guerra, o legislador alemão estabeleceu, quer no domínio civil, quer no domínio militar, o princípio de que não é devida obediência quando da ordem resulte a prática de um crime. Por isso que, actualmente, a questão das ordens ilegítimas obrigatórias não tem o carácter genérico de outros tempos, estando balizada pelas disposições legais que definem o estatuto jurídico dos funcionários civis e militares⁽³⁷⁸⁾.

1. Foi a doutrina alemã dos finais de oitocentos e da primeira metade do século passado que traçou as linhas gerais da actual discussão relativa às ordens ilegítimas obrigatórias. Foi nela que apareceu a divisão entre a tese da justificação e a tese da exclusão da culpa que ainda hoje marca a análise deste problema nos vários ordenamentos.

Como é evidente, a questão de uma eventual exclusão da responsabilidade daquele que actua em cumprimento de uma ordem ilegítima sempre foi objecto de estudo e debate pela ciência jurídica. Simplesmente, foi esta doutrina que, ao definir as traves mestras do sistema do facto punível que hoje conhecemos, nele enquadrou a questão da obediência a ordens ilegítimas e nessa medida condicionou todo o debate penal que se lhe seguiu. Por essa razão já se afirmou que “a corrente justificacionista nasceu dogmaticamente com a própria teoria do delito”⁽³⁷⁹⁾.

Na realidade, a tendência inicial da doutrina foi a de considerar que o acto praticado em execução de uma ordem deveria ser qualificado como lícito desde que a obediência fosse devida, independentemente da legitimidade da ordem. Existindo domínios em que a ordem jurídica imponha a obediência apesar da desconformidade ao direito do acto ordenado⁽³⁸⁰⁾, então o facto cometido em cumprimento desse dever só pode ser visto como legítimo, não obstante o resultado antijurídico a que dá origem⁽³⁸¹⁾. Contra as vozes contrárias que logo de imediato se fizeram sentir, Belling replica que considerar que o subordinado actua ilicitamente é desconhecer que a emissão da ordem e a execução da ordem constituem duas acções claramente distintas⁽³⁸²⁾. É o próprio ordenamento jurídico que atribui força vinculante a essa ordem e dispensa o seu destinatário de verificar a presença dos pressupostos em geral necessários. E fá-lo com plena consciência de que daí pode resultar a execução de uma ordem ilícita, mas por considerar que esta possibilidade constitui o menor dos males em comparação com a desgraça que seria atribuir ao subordinado um poder de decisão. Nessa medida, a conduta do subordinado que cumpre uma ordem ilegítima deve ser reputada lícita, sendo inadmissível o uso de legítima defesa contra a actuação

⁽³⁷⁹⁾ QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Devida*, p. 396.

⁽³⁸⁰⁾ A doutrina costumava ilustrar a existência de ordens ilegítimas obrigatórias a partir do § 47 do anterior Código Penal Militar alemão (MStGB: *Militärstrafgesetzbuch*, de 20 de Junho de 1872) e dos §§ 34, 41 e 85 do Regulamento dos Marinheiros.

⁽³⁸¹⁾ Cf. BELLING, Emsl, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1906, p. 177 e s., e LISZT, Franz v., *Tratado*²⁰, § 35, I.

⁽³⁸²⁾ BELLING, Emsl, *Grenzfällen zwischen Recht und Unrecht in der Ausübung der Strafrechtspflege*, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1913, p. 24.

⁽³⁷⁷⁾ Cf. SCHI / SCHI / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 88 e s.

⁽³⁷⁸⁾ ROXIN, AT³, § 17, n.º m. 15.

desse funcionário e punível nos termos do § 113 do StGB a resistência contra ele oposta (383).

Uma abordagem semelhante foi a adoptada por Hellmuth Mayer, que, embora se refira ao cumprimento de uma ordem ilegal obrigatória como um fenómeno unitário, entende que o mesmo carece de uma dupla valoração, dirigida por um lado ao superior e por outro lado ao subordinado (384). No que diz respeito ao superior, a lei emite um claro e inequívoco juízo de desvalor, que se traduz na qualificação da sua conduta como ilícita e na sua responsabilização como autor mediato pelo facto praticado (385). Uma valoração diferente, em sentido favorável, é a dirigida ao subordinado, pois este actua em execução de uma ordem cujo cumprimento lhe é exigido. O subordinado age em conformidade com o seu dever de obediência e por isso a sua conduta é declarada lícita.

Pela justificação se pronunciou também Engisch, que na sua lição sobre a unidade da ordem jurídica tomou as ordens ilegítimas obrigatórias como exemplo da aparente possibilidade de haver contradições normativas no ordenamento jurídico, caracterizadas pela existência de normas que concorrem para a definição de uma concreta conduta contrariando-se reciprocamente: a mesma conduta concreta aparece ao mesmo tempo como proibida e imposta ou, pelo menos, autorizada (386). Contradição que, em última análise, o ordenamento não autoriza, não existindo condutas que sejam simultaneamente proibidas e impostas ou proibidas e autorizadas (387). Engisch não concorda que em ordem a explicar uma tal eventual contradição se possa admitir que uma mesma conduta seja proibida em um sentido e autorizada ou imposta em um outro sentido. Exemplo deste pensamento é a aceitação de que o subordinado possa estar autorizado e obrigado a realizar uma conduta penalmente punível em função do cumprimento de uma ordem e ao mesmo tempo proibido de rea-

lizar essa mesma conduta pela violação da esfera jurídica de terceiros que ela possa representar. Doutrina que, no seu entendimento, teria efeito diabólicos. Deste modo, como em uma autêntica colisão de deveres, om a realização de uma acção ou de uma omissão surja como um dever cumprir que tem como consequência necessária a violação de um outro dever, um dos deveres tem forçosamente que ceder. Por isso que não pode ser ilícita a execução de uma ordem absolutamente obrigatória para a realização de um facto penalmente punível. A conduta daque que cumpre um dever em virtude de uma obediência incondicionalmente devida tem de ser considerada lícita, não sendo razoável que agente deva poder aspirar somente a uma mera desculpa (388).

Apesar das diferentes vias adoptadas para demonstrar a natureza justificante das ordens ilegítimas obrigatórias, é claramente identificável o mínimo denominador comum que agrega todas estas concepções justificacionistas: a conduta do subordinado é lícita porque ele actua no cumprimento de um dever legalmente imposto, o dever de obediência (389).

Um das primeiras vozes que se fizeram ouvir contra a tese justificacionista foram as de Max Ernst Mayer e de Graf zu Dohna, que afirmam peremptoriamente que a execução de uma ordem ilegítima é ilícita quaisquer que sejam as circunstâncias (390), fundamentalmente a partir da ideia de que o ordenamento jurídico não contempla a possibilidade de existirem ordens ilegítimas que sejam simultaneamente obrigatória, legitimidade e obrigatoriedade são, na perspectiva de M. E. Mayer, termos alternativos, que se excluem mutuamente (391), pelo que uma ordem ilegítima pode determinar somente uma exclusão da culpa, fundada no erro (392).

A ideia de que uma ordem ilegítima jamais pode ser obrigatória foi, porém, objecto de rejeição generalizada, mesmo por aqueles que

(383) BELING, *Grenzzlinien zwischen Recht und Unrecht*, p. 25. Também v. LISZT,

Franz, *Tratado*²⁰, § 33, II, 1, a), considerava que quando um subordinado actua por ordem de um superior só é possível a legitima defesa contra este e já não contra aquele.

(384) MAYER, Hellmuth, «Der bindende Befehl im Strafrecht», p. 620 e s.

(385) MAYER, Hellmuth, «Der bindende Befehl im Strafrecht», p. 618.

(386) ENGISCH, Karl, *Die Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg: Carl Winters,

1935, p. 50 e s.

(387) ENGISCH, *Die Einheit der Rechtsordnung*, p. 53.

(388) Cf. ENGISCH, *Die Einheit der Rechtsordnung*, p. 53+.

(389) Neste sentido, STRAUENWEERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, p. 4 e s.

(390) Cf. MAYER, Max Ernst, «Widerstand gegen die Staatsgewalt», p. 447 e s e AT², p. 334 e ss., e DOHNA, Alexander Graf zu, *Recht und Irrtum. Zwei Kernprobleme der Verbrechenlehre*, Mannheim/Berlin/Leipzig: J. Bensheimer, 1925, p. 9 e s.

(391) MAYER, Max Ernst, AT², p. 335.

(392) MAYER, Max Ernst, AT², p. 336 e ss.

partilhavam a conclusão de que uma ordem ilegítima não pode justificar o subordinado, como Mezger, que considerava essa posição de M. E. Mayer incompatível com o direito positivo ⁽³⁹³⁾. A recusa da solução da justificação deveria antes assentar, segundo Mezger, na natureza objectiva da ilicitude. *Por mais obrigatória que seja uma ordem, nunca ela pode eliminar a ilicitude objectiva da conduta do subordinado* ⁽³⁹⁴⁾. O princípio a seguir deve ser o de que a ordem legítima e obrigatória cobre o subordinado e a ordem ilegítima, mesmo que obrigatória, não o protege ⁽³⁹⁵⁾. A ordem legítima justifica sempre, a ilegítima nunca. Nesse sentido depõe ainda a circunstância de a realização da ordem constituir um fenómeno único, que não pode ser objectivamente ilícito para o superior e ao mesmo tempo lícito para o subordinado ⁽³⁹⁶⁾. Consideração que corresponde substancialmente ao denominado argumento da transformação frequentemente lançado contra as teorias justificacionistas, assim expresso por Hellmuth von Weber: "jamais pode a ordem de um superior tornar lícita uma conduta que é ilícita" ⁽³⁹⁷⁾. Ao contrário de Mezger, que se mostra indiferente perante o facto de o ordenamento permitir que ordens ilegítimas possam ser obrigatórias, von Weber não vê essa circunstância com bons olhos, mas não encontra nenhuma alternativa. Com efeito, considera que o superior só deve transmitir ordens legítimas, mas admite que por erro ou por má-fé possa emitir uma ordem desconforme ao direito, que seja, no entanto, conforme à lei, no sentido de que pode dar origem a um dever de obediência. Nessa medida, entende que qualquer consideração acerca da imputação de responsabilidade pelo cumprimento de uma ordem deve partir da possibilidade da existência desta discrepância entre legitimidade (*Rechtmäßigkeit*) e legalidade (*Gesetzmäßigkeit*) da ordem, pela qual

⁽³⁹³⁾ MEZGER, *Tratado*², § 30, II, 2, nota 6.

⁽³⁹⁴⁾ MEZGER, *Tratado*², § 30, II, 2. É também com base na natureza objectiva da ilicitude que JAGUSCH, *LK*⁸, § 53, 2., O, entende que não recai um dever de suportar sobre aquele que sofre uma agressão em virtude da execução, mesmo que de boa fé, uma ordem ilegítima, mas obrigatória.

⁽³⁹⁵⁾ MEZGER, *LK*⁸, antes do § 51, 10, i), bb).

⁽³⁹⁶⁾ MEZGER, *LK*⁸, antes do § 51, 10, i), bb), B.

⁽³⁹⁷⁾ WEBER, Hellmuth von, «Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf Befehl», *MDR*, 1948, p. 37.

pode o subordinado estar obrigado ao seu cumprimento, apesar da ilicitude da conduta ordenada. A ordem não deve ser dada, mas, se o for, o subordinado tem o dever de lhe obedecer. Ao contrário do que é regra, aqui a norma de valoração não coincide com a norma de determinação e é esta que, na conclusão de von Weber, cede perante aquela, dado que o dever de obediência não confere um nota de ilicitude à execução do subordinado, eliminando antes a sua responsabilidade pessoal.

A fundamentação da recusa da solução justificacionista a partir do carácter objectivo do ilícito é a encontrada ainda em Eberhard Schmidt e Sauer. Neste contexto, Eberhard Schmidt começa logo por afirmar que a ilicitude de uma conduta deve ser avaliada sob um ponto de vista objectivo ⁽³⁹⁸⁾. Por isso, a legitimidade de uma actuação não pode depender do facto de o agente ter sido determinado por uma ordem para ele vinculante. É que a ilicitude de uma conduta não pode ser eliminada somente pelo facto de se cumprir uma ordem, pois caso contrário qualquer um estaria autorizado a anular o ordenamento jurídico através da transmissão de uma ordem ⁽³⁹⁹⁾. Sauer invoca o argumento da transformação, considerando que o ilícito nunca pode dar lugar a um acto lícito a partir de uma ordem e de um dever de disciplina. Acentua ainda que as consequências danosas derivadas da execução da ordem devem ser suportadas em primeiro lugar pelo superior, depois pelo subordinado e só por último pelo terceiro afectado ⁽⁴⁰⁰⁾.

Também Maurach se pronuncia contra a exclusão da ilicitude em caso de execução de uma ordem ilegítima, mas com base na relação que intercede entre a ordem do superior e o ordenamento jurídico ⁽⁴⁰¹⁾. A razão está no facto de a ordem só poder justificar a respectiva execução quando constituir uma genuína expressão do ordenamento jurídico. É a conformidade ao direito da ordem legítima que funda a sua eficácia justificante. Assim, na medida em que a ordem jurídica não esclarece de modo expresso a consequência jurídica das ordens ilegítimas obrigatórias, deve considerar-se que se a ordem não representar fiel-

⁽³⁹⁸⁾ Cf. LISZT, Franz v. / SCHMIDT, Eberhard, *Lehrbuch*²⁶, § 33, II, 1, a), p. 1943.

⁽³⁹⁹⁾ LISZT, Franz v. / SCHMIDT, Eberhard, *Lehrbuch*²⁶, § 35, I, p. 2101.

⁽⁴⁰⁰⁾ SAUER, Wilhelm, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 3. Aufl., Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1955, § 18, B, II, 2.

⁽⁴⁰¹⁾ MAURACH, BT, § 67, II, 2, a), dd), e AT, § 31, 1, 2.

mente a vontade do ordenamento não pode transformar em lícito um facto originariamente ilícito.

Tal como a ideia do cumprimento do dever une as posições que formam a corrente justificacionista, que entretanto, pela forte adesão à oposição que lhe foi movida, se tomou na doutrina minoritária, *o elemento que agrega a generalidade das posições que rejeitam a justificação é a natureza eminentemente objectiva da ilicitude*. O conteúdo desta é dado pelo desvalor de resultado, que não é eliminado pelo simples facto de a ordem ser obrigatória para o subordinado. A consequência jurídica que a obrigatoriedade da ordem pode produzir é a exclusão da culpa do subordinado, pois não seria razoável que o ordenamento lhe impusesse um dever de obediência e o censurasse pelo seu cumprimento (402). O estado anti-jurídico causado pela execução da ordem ilegítima funda a sua ilicitude e em consequência autoriza uma resposta em legítima defesa (403). O subordinado encontra-se na posição mais delicada, pois está sujeito à coacção quer do superior, quer do terceiro, devendo obediência àquele e devendo suportar a resistência que esse possa oferecer (404). Em conclusão, na palavra de Mezger, o ordenamento jurídico obriga o subordinado a correr o risco da legítima defesa (405).

2. Os termos da discussão doutrinária em torno das ordens ilegítimas obrigatórias alteraram-se substancialmente a partir do momento em que o legislador alemão, no pós-guerra, veio definir com maior precisão os limites do dever de obediência dos funcionários, no âmbito civil e militar. No que ao direito penal diz directamente respeito, foi estabelecido que o dever de obediência não cobre a prática de factos penalmente puníveis. Regime legal que passou, naturalmente, a condicionar as reflexões doutrinárias neste contexto. Por isso, a compreensão dos termos

(402) Cf. LISZT, Franz v. / SCHMIDT, Eberhard, *Lehrbuch*²⁶, § 42, V, p. 288, WEBER, Hellmuth von, «Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf Befehl», p. 37 e ss., SAUER, *Allgemeine Strafrechtstehre*³, § 18, B, II, 2, e MEZGER, *LK*⁹, antes do § 51, 10, 1), bb), B.

(403) Cf. JAGUSCII, *LK*⁸, § 53, 2., D, e MAURACH, *AT*, § 28, II, 4, segundo o qual, para efeitos de legítima defesa, uma agressão é ilícita quando seja objecto de uma valorção objectiva negativa pela ordem jurídica.

(404) SAUER, *Allgemeine Strafrechtstehre*³, § 18, B, II, 2.

(405) MEZGER, *Tratado*², § 30, II, 2.

em que a doutrina alemã actual discute o alcance e os efeitos das ordens ilegítimas obrigatórias pressupõe o conhecimento das várias disposições legais em torno das quais decorre esse debate.

Os preceitos em causa são aqueles que limitam o dever de obediência a ordens superiores legalmente imposto. A lei prevê dois tipos de limitações ao dever de obediência dos funcionários:

Um primeiro grupo de disposições, que consta da lei dos funcionários federais (§ 56, II, 3, da BFG), da lei-quadro para a uniformização do regime jurídico dos funcionários (§ 38, II, 2, da BRRG) e do regime de vários *Länder*, estabelece que o subordinado não deve obediência se a conduta ordenada violar a dignidade humana ou for penal ou contra-ordenacionalmente punível e essa punibilidade penal ou contra-ordenacional for para ele reconhecível (406).

(406) Bundesbeamtengesetz (BBG) — § 56:

I — (...)

II — 1. Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit dienstlicher Anordnungen hat der Beamte unverzüglich bei seinem unmittelbaren Vorgesetzten geltend zu machen. 2. Wird die Anordnung aufrechterhalten, so hat sich der Beamte, wenn seine Bedenken gegen ihre Rechtmäßigkeit fortbestehen, an den nächsthöheren Vorgesetzten zu wenden. 3. Bestätigt dieser die Anordnung, so muss der Beamte sie ausführen, sofern nicht das ihm aufgetragene Verhalten strafbar oder ordnungswidrig und die Strafbarkeit oder Ordnungswidrigkeit für ihn erkennbar ist oder das ihm aufgetragene Verhalten die Würde des Menschen verletzt; von der eigenen Verantwortung ist er befreit. Die Bestätigung hat auf Verlangen schriftlich zu erfolgen.

III — Verlangt der unmittelbare Vorgesetzte die sofortige Ausführung der Anordnung, weil Gefahr im Verzuge besteht und die Entscheidung des nächsthöheren Vorgesetzten nicht rechtzeitig herbeigeführt werden kann, so gilt Absatz 2 Satz 3 und 4 entsprechend.

Beamtenrechtsrahmengesetz (BRRG) — Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts) — § 38:

I — (...)

II — 1. Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit dienstlicher Anordnungen hat der Beamte unverzüglich auf dem Dienstwege geltend zu machen. 2. Bestätigt ein höherer Vorgesetzter die Anordnung, so muß der Beamte sie ausführen und ist von der eigenen Verantwortung befreit; dies gilt nicht, wenn das dem Beamten aufgetragene Verhalten strafbar oder ordnungswidrig und die Strafbarkeit oder Ordnungswidrigkeit für ihn erkennbar ist oder das ihm aufgetragene Verhalten die Würde des Menschen verletzt.

III — Wird von dem Beamten die sofortige Ausführung einer Anordnung verlangt, weil Gefahr im Verzuge besteht und die Entscheidung eines höheren Vorgesetzten nicht rechtzeitig herbeigeführt werden kann, so gilt Absatz 2 Satz 2 entsprechend.

Um segundo grupo de preceitos, presente quer em diplomas de âmbito civil, como a lei que regula o exercício de coacção directa pelos funcionários de execução (§ 7, I e II, da UZwG), quer em diplomas relativos ao domínio militar, como a lei que define o estatuto jurídico dos militares (§ 11 da SoldG) e a lei penal militar (§ 5, I, da WStG), dispõe que não há desobediência quando não seja cumprida uma ordem que viole a dignidade humana ou que não seja emitida para fins de serviço e ainda que cessa o dever de obediência perante uma ordem da qual resulte o cometimento de um facto penalmente punível. Em relação a este último caso, estabelece-se ainda que, se a ordem for cumprida, o subordinado só tem culpa se souber ou se for evidente de acordo com as circunstâncias por ele conhecidas que a ordem conduz à prática de um crime (407).

(407) Gesetz über den unmittelbaren Zwang bei Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes (UZwG) — § 7:

I — 1. Vollzugsbeamte sind verpflichtet, unmittelbaren Zwang anzuwenden, der im Vollzugsdienst von ihren Vorgesetzten oder einer sonst dazu befugten Person angeordnet wird. 2. Dies gilt nicht, wenn die Anordnung die Menschenwürde verletzt oder nicht zu dienstlichen Zwecken erteilt worden ist.

II — Eine Anordnung darf nicht befolgt werden, wenn dadurch eine Straftat begangen würde. Befolgt der Vollzugsbeamte die Anordnung trotzdem, so trifft ihn eine Schuld nur, wenn er erkennt oder wenn es nach den ihm bekannten Umständen offensichtlich ist, daß dadurch eine Straftat begangen wird.

Soldatengesetz (SoldG) — Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten) — § 11 (Gehorsam):

I — 1. Der Soldat muss seinen Vorgesetzten gehorchen. 2. Er hat ihre Befehle nach besten Kräften vollständig, gewissenhaft und unverzüglich auszuführen. 3. Ungehorsam liegt nicht vor, wenn ein Befehl nicht befolgt wird, der die Menschenwürde verletzt oder der nicht zu dienstlichen Zwecken erteilt worden ist; die irrtige Annahme, es handele sich um einen solchen Befehl, befreit den Soldaten nur dann von der Verantwortung, wenn er den Irrtum nicht vermeiden konnte und ihm nach den ihm bekannten Umständen nicht zuzumuten war, sich mit Rechtsbehelfen gegen den Befehl zu wehren.

II — 1. Ein Befehl darf nicht befolgt werden, wenn dadurch eine Straftat begangen würde. 2. Befolgt der Untergebene den Befehl trotzdem, so trifft ihn eine Schuld nur, wenn er erkennt oder wenn es nach den ihm bekannten Umständen offensichtlich ist, dass dadurch eine Straftat begangen wird.

Wehrstrafgesetz (WStG) — § 5 (Handeln auf Befehl):

I — Befehl ein Untergebener eine rechtswidrige Tat, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht, auf Befehl, so trifft ihn eine Schuld nur, wenn er erkennt,

2.1. No âmbito deste quadro legal, considera-se que o dever de obediência dos funcionários se funda na obrigatoriedade da ordem, que por sua vez não depende da sua legitimidade (408). Tudo está, pois, em saber quais são as ordens que de acordo com o regime legal são vinculantes para o subordinado.

Em relação às ordens que impliquem a prática de *ilícitos não penais*, como ilícitos civis, disciplinares ou contra-ordenacionais, o entendimento é de que na medida em que esses ilícitos não estão contemplados nos limites que a lei estabelece ao dever de obediência (409) o subordinado está obrigado a acatá-las (410).

Controvertida é a questão da obrigatoriedade das ordens que impliquem a prática de um *ilícito penal*.

A doutrina maioritária considera que da lei resulta que a comissão de um crime constitui sempre um limite legal ao dever de obediência.

daß es sich um eine rechtswidrige Tat handelt oder dies nach den ihm bekannten Umständen offensichtlich ist.

II — Ist die Schuld des Untergebenen mit Rücksicht auf die besondere Lage, in der er sich bei der Ausführung des Befehls befand, gering, so kann das Gericht die Strafe nach § 49 Abs. 1 des Strafgesetzbuches mildern, bei Vergehen auch von Strafe absehen.

(408) Cf. JESCHICK / WEIGEND, AT⁷, § 35, II, 1, e AMBOS, Kai, «Zur strafrechtlichen Wirkung des "Handeln auf Befehl" aus deutscher und völkerstrafrechtlicher Sicht», JR, 1998, p. 222. Contra, SPENDEL, LK¹¹, § 32, n.º m. 91, que considera que "pressuposto objectivo da obrigatoriedade de uma ordem em matéria de serviço é a sua legitimidade" e, por isso, discorda frontalmente dos termos em que esta questão é discutida e resolvida pela generalidade da doutrina.

(409) A única excepção prende-se com as contra-ordenações, em relação às quais se verifica um limite para os funcionários abrangidos pela BBG e pela BRG — cf. WESSELS, AT⁷, § 10, VII, 4, BAUMANN / WEBER, AT¹⁰, § 23, n.º m. 51, JESCHICK / WEIGEND, AT⁷, § 35, II, 2, e JAKOBS, DP-PG, 16/13, que refere não ser perceptível a razão que leva o legislador a realizar uma distinção entre os funcionários de execução e militares, impondo-lhes um dever de obediência a ordens para o cometimento de contra-ordenações, e os demais funcionários, que não devem obediência perante essas ordens.

(410) Cf. DREIER, Eduard, «Das neue Wehrstrafrecht», JZ, 1957, p. 395 e s., ROXIN, Claus, «Weitere Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe», in: Albin Eser / Walter Petron (Herausg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, III, Freiburg i. Br.: Max-Planck-Inst., 1991, p. 361 e ss., e AT⁷, § 17, n.º m. 15 e ss., WESSELS, AT⁷, § 10, VII, 4, DREIER / TRONDLE¹⁷, antes do § 32, n.º m. 16, JESCHICK / WEIGEND, AT⁷, § 35, II, 1 e s., LEHLEITER, *Der rechtswidrige verbindliche Befehl*, p. 148 e ss., AMBOS, «Zur strafbefreienden Wirkung...», p. 222, JAKOBS, DP-PG, 16/11 e ss., e SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 89. Contra, SPENDEL, LK¹¹, § 32, n.º m. 99 e ss.

Deste modo, nunca é obrigatória a ordem dirigida à prática de um facto penalmente punível (411). Caso a ordem seja executada, o facto típico daí resultante é qualificado como ilícito (412), mesmo que o subordinado tenha confiado na sua obrigatoriedade (413).

(411) Com a eliminação, em 1975, da categoria das contraordens (*Übertretungen*) do sistema penal alemão, a discussão acerca da possibilidade da existência de ordens ilegítimas obrigatórias com relevância penal perdeu o seu objecto. A partir do pós-guerra, o legislador alemão deu corpo a um programa político-criminal de descriminalização, que passou pela abolição da imputação de origem francesa entre crimes (*Verbrechen*), delitos (*Vergehen*) e contraordens (*Übertretungen*) e pela substituição destas por contra-ordenações (*Ordnungswidrigkeiten*), de natureza administrativa — sobre esta evolução, no direito alemão, ROXIN, *AT³*, § 2, n.º m. 4 e 49 e ss., § 9, n.º m. 1 e ss., e ANDRADE, Manuel da Costa, «Contributo para o Conceito de Contra-ordenação (A Experiência Alemã)», *Revista de Direito e Economia*, 6/7, 1980/1981, p. 81 e ss.; e no direito português, Dias, Jorge de Figueiredo, «O Movimento da Descriminalização e o Ilícito de Mera Ordenação Social», *Jornadas de Direito Criminal: O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, 1, 1983, Lisboa: CEI, p. 324 e ss., e COSTA, José de Faria, «A Importância da Recorrência no Pensamento Jurídico. Um Exemplo: A Distinção entre o Ilícito Penal e o Ilícito de Mera Ordenação Social», *Revista de Direito e Economia*, 9, 1983, p. 3 e ss.

Era em relação às *Übertretungen* que se admitia a possibilidade de que ordens ilegítimas sob o ponto de vista penal pudessem ser obrigatórias para algumas categorias de funcionários, nomeadamente os militares, pois numa redacção anterior do § 11, II, 1, da SoldG e do § 5, I, da WStG era estabelecido como limite do dever de obediência apenas o cometimento de *Verbrechen* e *Vergehen*, mas já não de *Übertretungen* — cf. STRATEWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, pp. 182 e 204, SCHMIDHÄUSER, *AT*, 9/39, e SCHÖNKE / SCHRODER¹⁷, antes do § 51, n.º m. 25, que apontavam natureza justificante às ordens dirigidas à prática de contraordens, e ainda WEIZEL, *DP-PGII*, § 15, II, 2.º que, no entanto, só admitia a exclusão da culpa. A hipótese de o dever de obediência poder suplantar o dever de não cometer factos penalmente relevantes, mas de baixa gravidade, reflecta-se às *Übertretungen*. Com a eliminação destas do direito positivo, a doutrina dominante deixou de admitir excepções na prevalência do dever de não praticar factos penalmente puníveis sobre o dever de obediência.

(412) Cf. DREIER, Eduard, «Das neue Wehrstrafrecht», p. 395 e ss. OETTLER, «Handeln auf Befehl», p. 302 e ss., WEIZEL, *DP-PGII*, § 15, II, 2.º, THIELE, «Zum Rechtsmängelbegriff bei § 113 Abs. 3 StGB», p. 358, SCHMIDHÄUSER, *AT*, 9/39, SCHÖNKE / SCHRODER¹⁷, antes do § 51, n.º m. 24 e s., KÜPER, Wilfried, «Grundsatzfragen der "Differenzierung" zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung. Notstand, Pflichtenkonflikte, Handeln auf dienstliche Weisung», *JuS*, 1987, p. 91, BAUMANN / WEBER, *AT¹⁰*, § 23, n.º m. 51, WESSELS, *AT²¹*, § 10, VII, 4, DREIER / TRÖNDLE⁴⁷, antes do § 32, n.º m. 16 e § 113, n.º m. 15, MAURACH / ZIPF, *DP-PG²*, I, § 34, n.º m. 20 e ss., JAKOBS, *DP-PG*, 16/12 e 19/51, STENDEL, *LK¹¹*, § 32, n.º m. 86 e 93, e JESCHIECK / WEIGEND, *AT⁵*, § 35, II, 2, e § 46, I, 2.

(413) OETTLER, «Handeln auf Befehl», p. 304, JESCHIECK / WEIGEND, *AT⁵*, § 35, II, 2, e § 46, I, 2, e JAKOBS, *DP-PG*, 16/12.

Uma doutrina minoritária defende, porém, que do primeiro grupo de preceitos referido (§ 56, II, 3, da BGG e § 38, II, 2, da BRGG) deriva um dever de obediência para o subordinado quando a ordem conduz à prática de um facto penalmente punível se a ilicitude penal não for reconhecível para o funcionário em causa (414). Lenckner considera que este regime impõe uma justificação fundada numa mera impossibilidade subjectiva de reconhecimento da efectiva situação de facto em caso de erro sobre a factualidade típica ou de erro sobre o tipo justificador e ainda num critério subjectivo de inevitabilidade em caso de erro sobre a proibição relativo à obrigatoriedade da ordem (415). Apesar de considerar que se trata de um regime incorrecto em termos sistémáticos, sob o ponto de vista penal e material, segundo Lenckner não é admissível outra interpretação, competindo ao legislador resolver esta situação (416). Refere, além disso, que estes preceitos têm significado prático em um outro sentido, o de indicar que na dúvida prevalece a decisão do superior. Com efeito, quando a ordem ofereça dúvidas ao subordinado quanto à sua legitimidade, respeitantes à verificação dos respectivos

(414) Cf. SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 89, ROXIN, *AT³*, § 17, n.º m. 16, e AMBOS, «Zur strafbefreienden Wirkung...», p. 222/6.

(415) SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 89.

(416) Assim, também ROXIN, *AT³*, § 17, n.º m. 16, seguindo de muito perto a exposição de Lenckner, considera que o direito positivo, através, v. g., do § 56, II, 3 da BGG, ainda impõe um dever de execução de condutas penalmente puníveis em cumprimento de ordens superiores, pois quando a punibilidade penal não puder ser reconhecida pelo subordinado, a ordem penalmente ilegítima permanece obrigatória. ROXIN, *AT³*, § 17, n.º m. 20, revela, por isso, falta de coerência quando no mesmo contexto, com vista a fundamentar a sua discordância perante a solução desculpacionista e a mostrar a validade da tese da justificação, avança com o argumento de que, entre outras razões, a exclusão da ilicitude não será demasiado penalizadora para o cidadão pelo facto de logo à partida não serem obrigatórias as ordens ilegítimas que afectem bens jurídicos penalmente protegidos. A partir do momento em que se aceita que a ilicitude penal pode ser excluída em caso de cumprimento de uma ordem dirigida à prática de um facto típico, ainda para mais com base em um critério de natureza subjectiva como é o da possibilidade de o subordinado reconhecer a ilegitimidade da ordem, não pode mais afirmar-se que sempre estará vedado ao inferior o cumprimento de ordens que impliquem a lesão de bens jurídicos com relevância penal. É que, como bem assinala Mir Puig, Santiago, *DP-PG⁵*, Lec. 18, n.º m. 67, «em muitos casos um crime, ainda que grave, pode ser de difícil apreciação para o subordinado no momento em que recebe a ordem, e vice-versa uma ilegitimidade menor pode aparecer como evidente desde o primeiro instante».

pressupostos materiais ou à sua admissibilidade legal, e não houver perigo na demora, pode ele representar essas dúvidas ao superior. De qualquer modo, a palavra final cabe ao superior e caso este reitere a ordem o subordinado deve cumpri-la, mesmo que as suas dúvidas não tenham sido dissipadas. Disciplina que representa uma manifestação da estrutura hierárquica da administração e se funda na suposição de que, quando comparado com o subordinado, o superior detém uma maior competência para a apreciação factual e jurídica da situação (417). Lenckner conclui que, neste domínio normativo, o limite do dever de obediência do subordinado deve ser estendido até ao ponto em que a decisão do superior seja ainda justificável e a partir do qual a ordem em causa não possa já ser vista como própria de uma Administração de um Estado de direito (418).

2.2. Assente os termos em que uma ordem ilegítima pode ser obrigatória e dando ainda como certo que por essa razão o subordinado não poderá ser responsabilizado pela sua execução (419), coloca-se de seguida a questão da *natureza jurídica dessa exclusão de responsabilidade*. É neste ponto que a doutrina recupera a velha querela acerca do efeito jurídico das ordens antijurídicas obrigatórias, se justificante, se meramente desculpante, continuando a dividir-se entre a solução da justificação e a solução da exclusão da culpa.

2.2.1. Parte significativa da doutrina actual inclina-se para a *tese da justificação*, no sentido de que *a ordem ilegítima obrigatória constitui uma causa de justificação que exclui a ilicitude do facto cometido pelo subordinado em sua execução*. O modelo explicativo em geral invocado é o do conflito de deveres, nos termos propostos por Stratenwerth (420). Como vimos supra, de acordo com Stratenwerth, a obri-

(417) Cf. SCHI / SCHI / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 89, e ROXIN, AT³, § 17, n.º m. 16. Uma argumentação semelhante, também no contexto da fundamentação da remissão e dos seus méritos, foi a usada, entre nós, por VALENTE, Cunha, *A Hierarquia Administrativa*, p. 200 e ss.

(418) SCHI / SCHI / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 89, e, aderindo à sua posição, ROXIN, AT³, § 17, n.º m. 16.

(419) Assim, ROXIN, AT³, § 17, n.º m. 18.

(420) Cf. STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, pp. 7 e ss. e 165 e ss. Como o próprio Stratenwerth refere, a perspectiva do conflito de deveres havia já sido

gatoriedade de um acto estadual não depende da sua efectiva legitimidade, mas antes da presunção da sua legalidade. Em todo o caso, essa presunção de que a ordem possa beneficiar não remove por si só a sua ilegitimidade, pelo que continua a impender sobre o subordinado o dever de respeito pela norma cuja violação a ordem ameaça. Por isso, quando o subordinado é confrontado com a execução de um acto estadual obrigatório que contraria o dever jurídico geral de respeito pelas normas do ordenamento, forma-se um conflito entre por um lado o dever de obediência e por outro lado o dever jurídico geral (421). Esse conflito de deveres não surgirá quando a ordem for manifestamente ilegítima, pois se o for a sua presunção de legalidade é ilidida e perde a sua obrigatoriedade (422). Não sendo esse o caso, presumindo-se a legalidade da ordem, dá-se então um conflito entre o dever de obediência e o dever jurídico geral, que só o direito positivo pode resolver. Se e quando o dever de obediência for valorada como prevalente sobre o dever jurídico geral, a ordem justifica o respectivo acto de execução (423). É o que acontece precisamente com o dever de obediência a ordens que não

explorada por variados autores antes de si. De todo o modo, é o modelo de Stratenwerth que hoje a doutrina alemã invoca neste contexto. AMELUNG, «Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten», p. 337, considera mesmo que foi a obra de Stratenwerth, pela adesão que suscitou, que determinou a dominância actual da tese justificacionista.

(421) Cf. STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, p. 165 e s.; SCHÖNKE / SCHRÖDER¹⁷, antes do § 51, n.º m. 25; SCHMIDHAUSER, AT, 9/39, JAKOBS, DP-PG, 16/11, JESCHECK / WEIGEND, AT⁵, § 35, II, 3; LENLEITER, *Der rechtswidrige verbindliche Befehl*, p. 188, e AMBOS, «Zur strafbefreienden Wirkung...», p. 222. Segundo ROXIN, «Weitere Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe», p. 362, e AT³, § 17, n.º m. 19²⁶, não se trata de uma situação de conflito de deveres no sentido próprio do termo, pois esta pressupõe uma colisão entre dois deveres de acção e o que aqui temos é um confronto entre um dever de acção e um dever de omissão, mas antes de estado de necessidade objectivo, a resolver nos termos do § 34 do StGB. De qualquer modo, coincide no essencial com o ponto de vista do conflito de deveres, afirmando que aquela correção é sobretudo de índole terminológica.

(422) STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, p. 165, e AT⁴, § 9, n.º m. 127. Na mesma direcção, JESCHECK / WEIGEND, AT⁵, § 35, II, 2.

(423) Cf. STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, pp. 10, 182 e 209, e AT⁴, § 9, n.º m. 127; SCHMIDHAUSER, AT, 9/39; SCHÖNKE / SCHRÖDER¹⁷, antes do § 51, n.º m. 25; JAKOBS, DP-PG, 16/11 e ss.; ROXIN, «Weitere Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe», p. 361 e s., e AT³, § 17, n.º m. 19, e JESCHECK / WEIGEND, AT⁵, § 35, II, 3.

comportem uma infração da lei penal, de acordo com a legislação dos funcionários referida (424).

Estando em causa infracções de pouca gravidade, regra geral, de índole contra-ordenacional, civil ou disciplinar, o legislador confere maior peso ao dever de obediência. Perante ordens que violem a dignidade humana, bens jurídico-penais ou, em casos excepcionais, até determinados valores de mera ordenação social — em suma, que substanciem uma ilicitude qualificada (425) —, o dever de obediência cede perante o dever de não infringir as normas que os tutelam (426). Deste modo, se em termos legais é conferida preponderância ao dever de obediência e o cumprimento da ordem aparece como uma obrigação juridicamente imposta ao subordinado, a única solução dogmática admissível é a da justificação (427), pois “não é aceitável que o funcionário esteja vinculado à execução de uma ordem e que ao mesmo tempo essa conduta conforme ao dever seja qualificada como ilícita e o funcionário fique exposto aos efeitos da legítima defesa” (428). Em todo o caso, sempre se admite que, embora excluído o direito de legítima defesa, poderá o particular afectado pela conduta de execução oferecer uma resistência defensiva em direito de necessidade (429). Nesta base são rejeitados os tradicionais argumentos de que a justificação transforma o ilícito em il-

(424) Cf. STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, p. 197 e s., SCHMIDHÄUSER, *AT*, 9/39, SCHÖNKE / SCHRODER¹⁷, antes do § 51, n.º m. 25, e JESCHICK / WEIGEND, *AT*, § 35, II, 2.

(425) AMBOS, «Zur strafbefreienden Wirkung...», p. 222.

(426) Cf. SCHMIDHÄUSER, *AT*, 9/39, ROXIN, «Weitere Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe», p. 362, e *AT*, § 17, n.º m. 19, JESCHICK / WEIGEND, *AT*, § 35, II, 3, e ainda VITTT, «Gedanken zum Begriff...», p. 601, por referência ao princípio da proporcionalidade.

(427) Cf. SCHMIDHÄUSER, *AT*, 9/39, SCHÖNKE / SCHRODER¹⁷, antes do § 51, n.º m. 25, JESCHICK / WEIGEND, *AT*, § 35, II, 3, HORN, *SK*, § 113, n.º m. 11a, WESSELS, *AT*, § 10, VII, 4, VITTT, «Gedanken zum Begriff...», p. 598, JAKOBS, *DP-PG*, 16/11 e ss., ROXIN, *AT*, § 17, n.º m. 18, LEHLETTNER, *Der rechtswidrige verbindliche Befehl*, pp. 171, 188 e 194 e s., AMBOS, «Zur strafbefreienden Wirkung...», p. 222, e SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 89.

(428) ROXIN, *AT*, § 17, n.º m. 18.

(429) ROXIN, *AT*, § 17, n.º m. 20, JESCHICK / WEIGEND, *AT*, § 35, II, 3, LEHLETTNER, *Der rechtswidrige verbindliche Befehl*, pp. 188 e 195, e SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 89.

cito e constitui um obstáculo à responsabilização do superior, contrapondo-se que é possível uma avaliação em separado das condutas do superior e do subordinado (430) e que aquele pode responder pela ordem ilegítima que emitiu como autor mediato (431).

Além de considerar que a justificação é a única solução aceitável sob o ponto de vista dogmático, esta doutrina aponta-a também como aquela que melhor se adequa à prossecução das finalidades de que a Administração é incumbida. Se assim não fosse, diz-se, a eficiência da Administração seria posta em causa (432). O subordinado, perante qualquer ordem, com o fim de evitar uma eventual responsabilização pela sua execução, sentiria a necessidade de comprovar a sua conformidade legal. O exercício das suas funções seria assim entorpecido, com prejuízo do interesse público. Não se afiguraria ainda justo gravar o subordinado com o peso de uma responsabilidade massiva, a de poder ter de prestar contas por todos os actos que lhe são ordenados, em relação aos quais não tem em muitos casos nem qualificações, nem condições para exercer um cabal controlo de legalidade (433). Tanto mais que, em último termo, a decisão da prática do acto não lhe cabe a ele, mas sim ao superior, devendo ser este a arcar com as consequências da sua ilegitimidade, pois “os custos da organização hierárquica devem ser suportados por aquele que se serve da hierarquia (o superior como autor mediato), não por aquele de quem esta se serve (o subordinado está justificado)” (434).

(430) SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 89, e ROXIN, «Weitere Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe», p. 362, e *AT*, § 17, n.º m. 20.

(431) STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, p. 10 e s., e *AT*, § 12, n.º m. 58, JAKOBS, *DP-PG*, 16/14, LEHLETTNER, *Der rechtswidrige verbindliche Befehl*, p. 188, e SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 89.

(432) Cf. JESCHICK / WEIGEND, *AT*, § 35, II, 3, ROXIN, *AT*, § 17, n.º m. 20, e VITTT, «Gedanken zum Begriff...», p. 599 e ss. Parte substancial dos argumentos avançados para sustentar a bondade desta solução é um eco da interminável discussão no seio do direito administrativo entre a via legalista e a via hierárquica, tendo sido entre nós objecto de uma funda ponderação por VALENTE, Cunha, *A Hierarquia Administrativa*, p. 148 e ss.

(433) VITTT, «Gedanken zum Begriff...», p. 599 e s.

(434) JAKOBS, *DP-PG*, 16/14. Nestes termos, também VITTT, «Gedanken zum Begriff...», p. 600, e AMBOS, «Zur strafbefreienden Wirkung...», p. 222.

A isto se acrescenta que não seria razoável impor ao subordinado o risco da legítima defesa. Embora a ordem seja ilegítima, o seu cumprimento decorre de um dever legal, com força *erga omnes*, que diz respeito não apenas ao subordinado, mas também à comunidade, incluindo o particular afectado pela execução ⁽⁴³⁵⁾. A prevalência do dever de obediência é esta-belecida no interesse da própria comunidade ⁽⁴³⁶⁾. De acordo com Elmar Vitu, que deste modo procura também rebater os argumentos daqueles que negam efeitos justificantes às ordens ilegítimas obrigatórias a partir da con-traposição, que analisaremos infra, entre efeitos internos e externos da ordem, a hierarquia não é um fim em si mesma, não tendo sido inventada para uma mera optimização das funções do aparelho administrativo. A he-rarquia funda-se no princípio de que os graus superiores têm de apresentar melhores qualificações que os inferiores, sendo aqueles a quem, pela sua maior experiência e preparação, deve ser confiado o poder de decisão. O superior, em virtude da sua posição mais elevada na escala hierárquica, dispõe também em princípio de uma melhor visão de conjunto sobre os inte-resses a que o acto diz respeito e sobre os factos. O que leva a conside-rar que a comunidade só tem a ganhar com a preponderância que é atribuída à decisão do superior hierárquico ⁽⁴³⁷⁾.

Não obstante a ampla aceitação do efeito justificante das ordens ilegítimas obrigatórias, o certo é que *é mais o que divide do que o que une esta doutrina que se reúne sob a denominação de teoria justificacionista*. É que tão ou mais importante que a definição da consequên-cia jurídica dessas ordens é a definição do seu conteúdo. Ora, não pode ser ignorada a funda divergência existente neste sector doutrinal quanto à delimitação do âmbito dessas ordens antijurídicas obrigatórias, em virtude de uma distinta interpretação do disposto no § 56, II, 3, da BBG e no § 38, II, 2, da BRGG. Como referimos, ao passo que uma parte dominante deste sector entende que esses preceitos afastam o dever de obediência quando esteja em causa uma ordem que conduza à prática de um facto penalmente punível, seja a sua não obrigatoriedade conhecida

ou não pelo subordinado, uma corrente minoritária defende que nos limites ao dever de obediência previstos naquelas disposições não está previsto o caso de uma ordem cuja ilegitimidade penal não seja reco-nhecível pelo concreto subordinado que a recebeu.

Temos assim que, seguindo esta interpretação de Lenckner e Roxin, a ordem do superior pode produzir por si mesma a justificação do facto típico cometido pelo subordinado em sua execução. Por efeito da apli-cação daquelas disposições, Lenckner alarga, em relação aos funcioná-rios a elas submetidos, o âmbito da exclusão da ilicitude que admite, em geral, para os actos praticados sob ordens, pois a ilicitude da conduta do inferior fica na dependência de um critério subjectivo, de a ilegitimidade penal da ordem ser para ele reconhecível. No seu entender, as regras gerais determinam uma exclusão da ilicitude do facto praticado pelo subordinado quando não estejam verificados os requisitos da autorização legal que legitimaria a execução se o inferior actua no desconhecimento da não observância desses pressupostos e se a ilegitimidade não puder ser reconhecida sem dificuldade por um funcionário médio colocado na sua posição, dado que nessas circunstâncias falam o ilícito de acção doloso e o ilícito de acção negligente necessários para a formação da illi-citude. Em face da consideração de que os preceitos referidos consti-tuem uma causa de justificação nos casos em que a ilegitimidade não seja reconhecível para o funcionário que leva a cabo o facto típico, Lenckner restringe ainda mais o campo do ilícito, uma vez que o critério para a ava-liação da ilicitude deixa de ter dimensão objectiva (o padrão do funcio-nário médio) e passa a ter carácter subjectivo (o padrão do concreto fun-cionário que recebe a ordem), que por regra só é admissível em sede de culpa. Critério de validade duvidosa tanto mais quanto se aplica não aos funcionários de execução ou aos militares, mas antes aos funcioná-rios comuns, ditos de secretária, cuja possibilidade de se aperceberem e ponderarem a ilegitimidade da ordem é regra geral superior à daqueles.

Atenta a indefinição existente na corrente justificacionista quanto ao conteúdo das ordens ilegítimas obrigatórias, pode considerar-se que acordo só existe quanto à aceitação de que *ordens ilegítimas sob o ponto de vista não penal* podem excluir a ilicitude civil, contra-orde-nacional, disciplinar ou outra do facto praticado pelo inferior. O relevo penal desta justificação é bastante circunscrito, incidindo, pelo menos, sobre a legítima defesa a que o agredido pudesse eventualmente recor-

⁽⁴³⁵⁾ STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, p. 186 e s., e VITT, «Gedank-ken zum Begriff...», p. 600.

⁽⁴³⁶⁾ SCHMIDHÄUSER, *AT*, 9/39.

⁽⁴³⁷⁾ Cf. VITT, «Gedanken zum Begriff...», p. 600.

ref, no sentido da sua negação, e sobre eventuais tipos legais de crime que coloquem a legitimidade do acto como pressuposto da punição. Em relação às *ordens penalmente ilegítimas*, aquelas que mais importam para efeitos penais, pois são as únicas que podem fundar a imputação de responsabilidade penal quer ao superior, quer ao subordinado, a divisão existente neste sector dito justificacionista quanto à possibilidade de essas ordens poderem ser consideradas obrigatórias e assim produzir efeitos justificantes, leva à conclusão de que aqueles que negam essa hipótese, e que são a maioria, convergem afinal com o chamado sector desculpacionista. Na medida em que recusam que uma ordem que conduza à prática de um crime possa ser considerada obrigatória, não admitem que a mesma possa justificar a conduta típica de execução ⁽⁴³⁸⁾. Não é outra, senão esta a conclusão a que chega a corrente desculpacionista no âmbito das ordens penalmente ilegítimas, como veremos de seguida.

2.2.2. *A negação de eficácia justificante a uma ordem ilegítima obrigatória* é levada a cabo sob três perspectivas distintas. Uma entronca na doutrina desculpacionista tradicional, outra funda-se em uma nova linha argumentativa assente na distinção administrativa entre a relação interna superior/subordinado e a relação externa Administração/cidadão e uma última rejeita a própria existência de ordens ilegítimas que sejam obrigatórias. As correntes que contestam a possibilidade de uma ordem ilegítima excluir a ilicitude da conduta de execução usa-se atribuir a designação de *teorias desculpacionistas*, pela razão de que o único efeito jurídico que admitem à ordem ilegítima obrigatória, caso admitem a sua existência, é eventualmente a exclusão da culpa do subordinado. De qualquer modo, mais do que na exclusão da culpa e da sua fundamentação, é na afirmação da ilicitude que, regra geral, este sector concentra os seus esforços.

Perante o direito positivo vigente, parte da doutrina mantém uma posição de princípio que representa a *continuidade do pensamento desculpacionista tradicional* ⁽⁴³⁹⁾: o cumprimento de uma ordem jamais

⁽⁴³⁸⁾ Cf. SCHMIDHAUSER, AT, 9/39, SCHÖNKE / SCHROEDER¹⁷, antes do § 51, n.º m. 24 e ss., WESSELS, AT²¹, § 10, VII, 4, JESCHKECK / WEGEND, AT², § 35, II, e § 46, I, e JAKOBS, DP-PG, 16/12 e 19/51.

⁽⁴³⁹⁾ Cf. OEHLER, «Handeln auf Befehl», p. 304 e ss., WELZEL, DP-PG¹⁴, § 15, II, 2, MAURACH / ZIPF, DP-PG⁷, I, § 29, n.º m. 7 e ss., BAUMANN / MITSCH, AT¹⁰, § 17,

representa por si só uma causa de exclusão da ilicitude ⁽⁴⁴⁰⁾. Zipf, mantendo-se fiel ao pensamento inicial de Maurach ⁽⁴⁴¹⁾, considera que as disposições legais, como o § 56 da BfG, o § 11 da SoldG ou o § 5 da WStG, que regulam os efeitos da execução de ordens em matéria de serviço, só resolvem uma parte do problema das ordens da autoridade, nomeadamente a que diz respeito à libertação da responsabilidade pessoal do subordinado ⁽⁴⁴²⁾. Já quanto à questão relativa à possibilidade de uma ordem ilegítima transformar a respectiva execução, levada a cabo pelo subordinado vinculado disciplinarmente ao seu cumprimento, em um acto lícito, entende que o direito positivo não dispõe de uma solução de âmbito geral ⁽⁴⁴³⁾. Nessa medida, o problema da justificação em virtude do cumprimento de uma ordem deve ser resolvido tendo em conta os fins a que o aparelho estadual está juridicamente vinculado. Ora, a ordem legítima constitui uma causa de justificação porque representa a expressão da vontade do próprio ordenamento jurídico, o meio pelo qual este comunica a sua vontade ao órgão de execução. Uma ordem ilegítima não constitui uma manifestação da vontade do ordenamento e, por isso, o facto que dela deriva não é conforme ao direito, não podendo ser considerado como um facto lícito. Desta forma, se a ordem se apresenta desconforme em relação ao ordenamento jurídico, não pode a execução da mesma encontrar-se justificada somente pela razão de aquele que esteve na origem dessa ilegitimidade se ter servido de um instrumento. Se tal fosse aceite teria de concluir-se que uma ordem seria tanto mais legítima, quanto por mais escalões hierárquicos irresponsáveis passasse e que quanto mais burocrático e autoritário fosse o aparelho estadual, mais infalível se tornaria o acto estadual ilegítimo ⁽⁴⁴⁴⁾. Assim, uma ordem ilegítima, ainda que obrigatória, nunca exclui a ilicitude do facto rea-

n.º m. 139, MAURACH / SCHROEDER / MAIWALD, BTZ²⁷, § 69, n.º m. 18, e DREIER / TRÖNDLE⁴⁷, antes do § 32, n.º m. 8 e 16.

⁽⁴⁴⁰⁾ Assim, MAURACH / ZIPF, DP-PG⁷, I, § 26, n.º m. 20, e BAUMANN / WEBER, AT¹⁰, § 23, n.º m. 50.

⁽⁴⁴¹⁾ Cf. MAURACH, AT, § 31, I, 2.

⁽⁴⁴²⁾ MAURACH / ZIPF, DP-PG⁷, I, § 29, n.º m. 8.

⁽⁴⁴³⁾ Neste sentido, também KÜPER, «Grundsatzfragen der "Differenzierung" zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung», p. 91.

⁽⁴⁴⁴⁾ MAURACH / ZIPF, DP-PG⁷, I, § 29, n.º m. 8.

lizado em sua execução, podendo (não-só) levar à exclusão da culpa do subordinado (445).

A recusa da natureza justificante das ordens ilegítimas obrigatórias parte actualmente ainda de uma *outra perspectiva*, a de *confinar o âmbito de influência dessas ordens à relação entre o superior e o subordinado* (446). A delimitação destes dois círculos de relações tem origem na doutrina administrativa, tendo sido Rupp quem lançou as bases deste modelo teórico (447). Segundo Amelung, a exclusão da ilicitude determinada pelo conflito de deveres defendida por Stratenwerth resulta da transformação de um dever que diz respeito à organização interna da Administração e que impende sobre o subordinado, o dever de obediência ao superior, em um dever com efeitos externos, que vincula o próprio cidadão, pois estando a conduta de execução justificada através do conflito de deveres, o cidadão está obrigado a suportá-la e impedido de lhe oferecer resistência (448). Assim, normas de direito interno, no sentido de que se destinam a regular o funcionamento interno da Administração, são transformadas em normas de autorização com efeitos no direito externo, pelas quais se legitimam intervenções na esfera jurídica do cidadão. Amelung rejeita que das normas que definem o dever de obediência dos funcionários derive uma preponderância desse dever com efeitos no direito externo. Essas normas, diz, limitam-se a tomar partido pelo superior em caso de divergência com o subordinado no âmbito interno do serviço. Deste modo, ainda de acordo com Amelung, o conflito de deveres com que o subordinado é confrontado não justifica a execução de uma ordem ilegítima, podendo quando muito constituir uma causa de exclusão da culpa. Solução que considera a mais adequada a compatibilizar os interesses contrapostos nos casos de ordens

(445) Cf. MAURACH / ZIPF, *DP-PG* 7, I, § 38, n.º m. 24 e ss.

(446) Cf. OSTENDORF: «Die strafrechtliche Rechtsmäßigkeit...», p. 173, AMELUNG, «Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten», p. 337, KÜPER, «Grundsatzfragen der „Differenzierung“ zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung», p. 91 e s., e BACES / RANSIEK, «Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte», p. 629.

(447) Cf. RUPP, Hans Heinrich, *Grundfragen der heutigen Verwaltungslehre. Verwaltungsform und Verwaltungsverhältnis*, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1965, pp. 44 e ss. e 54 e ss.

(448) AMELUNG, «Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten», p. 337.

ilegítimas obrigatórias, na medida em que o cidadão, que é completamente alheio à formação do acto estadual ilícito, não vê a sua esfera jurídica limitada, o subordinado, apesar de suportar o risco da legítima defesa, não é responsabilizado e o superior permanece responsável pelo acto ilícito a que deu origem.

Uma outra linha argumentativa, ainda no contexto da contraposição entre relações internas e relações externas, no sentido de contestar a possibilidade de uma ordem ilegítima obrigatória justificar a respectiva conduta de execução é a adoptada pelos defensores da denominada teoria da eficácia (449). Recorde-se que esta teoria surge no âmbito da definição da legitimidade do acto oficial a propósito do crime de resistência contra funcionário do § 113 do StGB e, apelando à distinção administrativa entre actos nulos e actos anuláveis, considera que ilícitos são apenas os actos feridos de nulidade. Foram, aliás, os partidários da teoria da eficácia que primeiro transpuseram para o domínio penal a divisão entre direito interno e direito externo elaborada por Rupp. No entanto, a oposição da teoria da eficácia à justificação por ordens ilegítimas obrigatórias é mais aparente do que real. Na verdade, à semelhança do que acontece com a aplicação do conceito de licitude penal às ordens da autoridade, para a teoria da eficácia o acto anulável é um acto legítimo e, por isso, a ordem que se dirija à prática de um acto anulável é considerada legítima, excluindo a ilicitude do facto praticado pelo subordinado. Analisada a teoria da eficácia sob este perfil, logo se conclui que a mesma não constitui uma real oposição à eficácia justificante de ordens efectivamente ilegítimas. Além disso, a pretensa recusa em conferir legitimidade à execução de uma ordem ilícita obrigatória não é senão uma consequência lógica daquele raciocínio. Afirma-se que a obrigatoriedade das ordens ilegítimas não alcança o plano das relações externas da Administração com o cidadão e nessa medida não pode justificar o subordinado (450). Mas essa conclusão deriva precisamente do próprio conteúdo da teoria da eficácia, pois é consequência necessária da circunstância de considerar que legítimo é o acto que produz efeitos

(449) MEYER, «Der Begriff der Rechtmäßigkeit...», p. 1845 e ss., WAGNER, «Die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung», p. 226 e ss., e KREY, *BT* 9, § 7, n.º m. 506 e ss.

(450) MEYER, «Der Begriff der Rechtmäßigkeit...», p. 1847, WAGNER, «Die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung», p. 225 e s., e KREY, *BT* 9, § 7, n.º m. 524.

jurídicos, o acto válido e o acto anulável, que por definição se pode impor nas relações externas. Se a legitimidade do acto é definida pela sua eficácia, então todo e qualquer acto que não tenha força para se impor na relação da Administração com o cidadão é ilícito e por isso pode afirmar-se que uma ordem ilegítima obrigatória não justifica o facto cometido pelo subordinado. Tudo somado, é de concluir que a teoria da eficácia não constitui uma efectiva tomada de posição contra a possibilidade de uma ordem ilegítima justificar a respectiva conduta de execução.

Finalmente, um *terceiro exame crítico* à eficácia justificante das ordens ilegítimas obrigatórias é o desenvolvido por Spendel (451). A crítica que este leva a cabo dirige-se, porém, não apenas ao ponto de vista justificacionista, como também às perspectivas ora referidas que se lhe opõem, por entender que *todas as posições enferman do mesmo vício, o de admitirem que possam existir ordens ilegítimas que sejam também obrigatórias* e adoptarem essa premissa como ponto de partida da análise do problema (452).

Spendel entende que é possível formar três tipos de construções, correspondentes às três pessoas em regra envolvidas no conflito de interesses gerado pela emissão de uma ordem ilegítima, cada uma delas onerando uma pessoa diferente: a que prejudica o particular afectado pela execução da ordem, impondo-lhe um dever de suportar e impedindo-o de reagir em legítima defesa; a que onera o subordinado, obrigando-o a obedecer, concedendo-lhe a exclusão da culpa, mas sujeitando-o à legítima defesa do agredido; e a sua, que coloca sobre o superior o custo da emissão de uma ordem ilegítima, desobrigando o subordinado do dever de obediência e atribuindo ao particular o direito de legítima defesa (453).

A primeira concepção corresponde, naturalmente, à solução justificacionista e nela Spendel engloba a exclusão da ilicitude por via da teoria do conceito de licitude penal e por via da prevalência do dever de obediência sobre o dever jurídico geral de não realizar factos ilícitos na solução do conflito de deveres (454). Em ambas o subordinado está

obrigado a obedecer e de ambas resulta a justificação da execução e a correspondente negação do direito de legítima defesa, não obstante tanto numa como na outra estar em causa o cumprimento de uma ordem ilegítima. Spendel rejeita esta concepção pela sua subjectivização do ilícito e pela sua incompatibilidade com o sistema do facto punível em geral e com o direito de legítima defesa em particular (455). Nesse sentido, recuperando o antigo argumento da transformação do ilícito em lícito das teorias desculpacionistas, acusa a doutrina que adopta esta construção de não conseguir explicar como pode uma intervenção ilícita no resultado perder essa qualidade somente pelo facto de o superior ter usado o subordinado como um instrumento e não ter levado a cabo essa intervenção por si próprio. Crítica que se estende ao facto de a essa transformação se poder seguir uma outra, no caso em que o subordinado por má-fé execute a ordem com conhecimento da sua ilegitimidade. O acto que começou ilícito e se tornou lícito volta a ser ilícito novamente, numa dupla transformação que Spendel qualifica como grotesca (456). Por último, considera que o primado da relação hierárquica em detrimento do direito de legítima defesa do cidadão expressa um pensamento autoritário hoje ultrapassado e inaceitável.

A segunda concepção, em que regra geral se reúnem os críticos da teoria justificacionista, é aquela que aceita a existência de ordens ilegítimas obrigatórias, mas ao mesmo tempo recusa que as mesmas possam operar uma transformação na natureza do facto praticado pelo subordinado (457). Assim, sendo a ordem objectivamente ilícita, então ilícita será também a sua execução e o subordinado poderá somente esperar uma exclusão da culpa se a ordem for obrigatória ou, caso não seja obrigatória, a sua ilegitimidade não for por ele conhecida ou reconhecível. Este modelo leva o subordinado a arcar com todo o peso do conflito de

(451) SPENDEL, *LK^{II}*, § 32, n.º m. 74 e ss.

(452) Cf. SPENDEL, *LK^{II}*, § 32, n.º m. 90.

(453) SPENDEL, *LK^{II}*, § 32, n.º m. 75.

(454) SPENDEL, *LK^{II}*, § 32, n.º m. 76 e ss.

(455) Spendel aborda a questão das ordens da autoridade no contexto da legítima defesa, a propósito da ilicitude da agressão como pressuposto desta causa de justificação, entendendo que a mesma tem natureza puramente objectiva. Por isso se compreende imediatamente que Spendel se oponha de um modo terminante não só ao conceito de ilicitude penal, como à justificação em virtude do cumprimento de uma ordem ilegítima.

(456) SPENDEL, *LK^{II}*, § 32, n.º m. 80. No mesmo sentido, já antes ROSTEK, «Der unkritische Befehlsemphänger», p. 863.

(457) Cf. SPENDEL, *LK^{II}*, § 32, n.º m. 82 e ss.

interesses. Com efeito, o subordinado não só fica obrigado a obedecer a ordens ilegais do superior, como ainda a suportar o perigo de uma resistência legítima do particular afectado. A injustiça desta solução, que além do mais é de duvidosa compatibilidade com o direito vigente por pressupor que possam existir ordens ilegítimas de cumprimento obrigatório, revela um privilégio da autoridade estadual e da disciplina funcional sobre o direito e impõe ao subordinado um respeito maior pelo superior do que pela lei, o que é inaceitável à luz da compreensão actual do direito e do Estado.

Tudo o que leva Spendel a defender um modelo que onere o superior, a quem deve ser imputada a responsabilidade pela ilegitimidade da ordem, e não o cidadão ou o subordinado ⁽⁴⁵⁸⁾. Solução que pressupõe que ao inferior não seja imposto o risco de uma resposta em legítima defesa em caso de cumprimento de ordens superiores e que ao particular não seja negado o direito de responder em legítima defesa contra uma ordem ilegítima. Nesse sentido defende que o princípio fundamental neste domínio é o de que *pressuposto objectivo da obrigatoriedade de uma ordem em matéria de serviço é a sua legitimidade*. *O subordinado não deve obediência perante uma ordem ilegítima*. Deste modo, a ordem ilícita não é obrigatória e, caso seja obedecida, ao particular afectado deve ser reconhecido o direito de legítima defesa, quer contra a sua emissão pelo superior, quer contra a sua execução pelo subordinado. Spendel considera que esta concepção não só é a preferível no plano dos princípios, como é a que resulta do direito positivo, que não contempla a possibilidade da existência de ordens ilegítimas que sejam obrigatórias. No seu ponto de vista, é indiscutível a não obrigatoriedade de ordens que conduzam à prática de factos que infrinjam a lei penal, as normas do direito internacional público e as normas constitucionais que tutelam a dignidade humana. Deverão, no entanto, contra a doutrina dominante, através de uma correcta interpretação do direito vigente, considerar-se ainda não obrigatórias as ordens para o cometimento de contra-ordenações e de ilícitos civis. Assim, não existindo qualquer obrigatoriedade legal de dar execução a uma ordem ilegítima, o subordinado não deve obediência perante uma ordem dessa natu-

reza e dela se não poderá louvar para excluir a ilicitude do facto desconforme ao direito que eventualmente praticar em seu cumprimento.

2.3. A análise ora realizada à discussão alemã sobre as ordens ilegítimas obrigatórias permite formar uma *síntese conclusiva* sobre as variadas posições que a este propósito têm sido avançadas.

Em relação às *ordens ilegítimas sob a perspectiva não penal*, a doutrina divide-se de forma equilibrada ⁽⁴⁵⁹⁾ entre a solução da justificação e a solução da exclusão da culpa. Em todo o caso, há uma tendência de aproximação entre uma tese e a outra ao nível das respectivas consequências ⁽⁴⁶⁰⁾, pois do lado da justificação há quem admita a possibilidade de o afectado pela conduta de execução lançar mão de uma defesa limitada em direito de necessidade ⁽⁴⁶¹⁾ e do lado da exclusão da culpa há quem entenda que o direito de legítima defesa reconhecido ao agredido deve ser exercido dentro de estreitos limites ⁽⁴⁶²⁾.

Quanto às *ordens penalmente ilegítimas*, a doutrina maioritária vai no sentido de que as mesmas não produzem a justificação do facto típico realizado em sua execução, uns por considerarem que essas ordens não são obrigatórias para o subordinado e outros por defenderem que as ordens ilegítimas obrigatórias nunca podem excluir a ilicitude do facto.

Não deve, porém, ignorar-se que parte significativa da doutrina que nega a justificação num caso e/ou no outro é a mesma que, na outra face do problema das ordens da autoridade, forma o modelo da transformação, defendendo conceitos especiais de ilicitude pelos quais considera como legítimas ordens que efectivamente não o são e a partir daí afasta a ilicitude da respectiva conduta de execução. Há uma clara tendência da doutrina alemã para proteger o funcionário do risco do erro. Doutrina que se mostra, no entanto, regra geral, mais propensa a justificar

⁽⁴⁵⁹⁾ Jeschek / Weigend, *AT*⁵, § 35, II, 3¹⁶, e Spendel, *LK*¹¹, § 32, n.º m. 78158 e 82, referem, no entanto, que a tese da exclusão da culpa é a dominante. Em sentido contrário, considerando que a tese da justificação se tornou maioritária, Küper, «Grund-satzfragen der "Differenzierung" zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung», p. 91.

⁽⁴⁶⁰⁾ Sch / Sch / Lenckner²⁶, antes do § 32, n.º m. 89.

⁽⁴⁶¹⁾ Jeschek / Weigend, *AT*⁵, § 35, II, 3, Sch / Sch / Lenckner²⁶, antes do § 32, n.º m. 89, e Roxin, *AT*³, § 17, n.º m. 20.

⁽⁴⁶²⁾ Amelung, «Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten», p. 335 e ss.

⁽⁴⁵⁸⁾ Spendel, *LK*¹¹, § 32, n.º m. 90 e ss.

o superior do que o subordinado. A jurisprudência vai ainda mais longe e no plano da realização concreta do direito como que cria uma blindagem que torna tanto o superior, como o subordinado praticamente imunes às normais consequências do erro. Ao primeiro concede o privilégio do conceito de licitude penal e ao segundo outorga a justificação sempre que actue confiando na legitimidade de uma ordem não manifestamente ilegítima emitida em matéria de serviço pelo superior competente na forma devida. Jurisprudência definida no âmbito do tipo legal de crime de resistência contra o funcionário e da qual deriva não só a exclusão do direito de legítima defesa do particular, como ainda o preenchimento do tipo de ilícito desse crime de resistência e a consequente possibilidade de aplicação de uma pena por esse crime.

§ 9.2. O sistema italiano

No direito italiano, a doutrina actual reparte-se entre aqueles que admitem que uma ordem ilegítima pode produzir a justificação da conduta típica do subordinado e aqueles que só aceitam uma eventual exclusão da culpa, sendo difícil apontar qual das duas teses é a dominante. Não obstante, existe um larga uniformidade quanto ao modo como este problema é abordado, em especial quanto à configuração do dever de exame e dos seus limites, surgindo a divisão apenas no momento de determinar a natureza jurídica da exclusão da responsabilidade.

A parte geral do CP italiano dispõe de um preceito em tudo semelhante ao do art. 31.º-2-c) do CP português, o art. 51-1, que determina a exclusão da punição quando o agente actue em cumprimento de uma ordem legítima da autoridade. Nesse sentido, o *Codice Penale* estabelece ainda, no art. 51-3, primeira parte, que o subordinado que cumpre uma ordem ilegítima responde juntamente com o superior, o que representa a assunção de que o funcionário que actua em cumprimento de ordens é um sujeito autónomo e responsável e não mero instrumento nas mãos do superior (463).

A afirmação da responsabilidade do inferior comporta, todavia, dois

(463) Nestes termos, VIGANÒ, *Codice Penale Commentato*, art. 51, n.º m. 91. Cf. ainda, no mesmo sentido, ROMANO, Mario, *Commentario*, I, art. 51, n.º m. 33.

limites (464). O primeiro figura na segunda parte do n.º 3 do art. 51, que estabelece a exclusão da responsabilidade do subordinado quando o cumprimento da ordem ilegítima do superior seja determinado por um erro de facto. O segundo consta do n.º 4 do art. 51, que tem a seguinte redacção: "non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato su la legittimità dell'ordine". Quanto à situação de erro prevista na segunda parte do n.º 3 do art. 51, a doutrina discute o respectivo campo de aplicação: erro de facto sobre o tipo incriminador e/ou erro sobre uma situação de facto justificante. Trata-se, porém, de um erro que não se repercute sobre a ilicitude do facto, que continua a ser afirmada, tendo relevância somente ao nível da culpa, assumindo para uns a natureza de causa de exclusão do dolo (465) e para outros de causa de exclusão da culpa (466).

É antes em torno do art. 51-4 que se dividem as opiniões quanto à possibilidade de uma ordem ilegítima justificar a conduta típica do inferior. Existe, todavia, como referimos, um consenso geral quanto às condições de aplicação desta norma, surgindo controversia somente quanto à sua consequência jurídica. Foi Bettiol, na sua obra *L'Ordine dell'Autorità nel Diritto Penale*, de 1934, quem definiu as linhas gerais da interpretação daquele art. 51-4 que vem sendo sucessivamente reiterada pela doutrina italiana. Muito embora o ordenamento legal italiano actual apresente diferenças de tomo em relação ao momento em que Bettiol expôs o seu pensamento sobre o problema das ordens da autoridade, não ao nível do Código Penal, mas da legislação avulsa, que em diversos domínios estabelece um dever de desobediência perante ordens criminosas ou manifestamente criminosas (467),

(464) Assim, PADOVANI, Tullio, «Ordine Criminoso e Obbedienza Gerarchica nel Diritto Penale Italiano», *Dei Delitti e Delle Pene*, 1987, n.º 3, p. 477 e s., e VIGANÒ, *Codice Penale Commentato*, art. 51, n.º m. 91.

(465) ANTOLISEI, *Manuale*, p. 201, MARINUCCI / DOLCINI, *DP-PG*, p. 188 e s., e MANTOVANI, *DP-PG*, p. 254 e s.

(466) Cf. FIORE, *DP-PG*, p. 416, VIGANÒ, *Codice Penale Commentato*, art. 51, n.º m. 92 e ss., e BARTOLO, Pasquale, «Il Caso Priebke e la Sentenza della Corte Militare di Appello di Roma», *L'Indice Penale*, 1999, p. 1064 e ss.

(467) Cf., a título de exemplo, os preceitos referidos por PADOVANI, «Ordine Criminoso...», p. 482 e ss.: o art. 17-3 do Estatuto dos Empregados Civis do Estado (d.P.R. 3/1957), o art. 4-5 das Normas de Princípio sobre a Disciplina Militar (L. 382/1978) e o art. 66-4 do Estatuto da Polícia do Estado (L. 121/1981).

a verdade é que a compreensão daquele art. 51-4 é ainda em boa medida determinada pelo pensamento de Bettiol.

1. Bettiol estabelece uma correlação entre a sindicabilidade da ordem e a possibilidade de responsabilizar penalmente o subordinado pela execução de uma ordem ilegítima. Assim, se ao funcionário for reconhecido o direito de examinar a correspondência da ordem com os pressupostos substanciais que a conformam, a obediência só é devida perante ordens legítimas. Já se, pelo contrário, a faculdade de examinar a legitimidade substancial da ordem for objecto de restrições, o dever de obediência compreende também as ordens ilegítimas (468). Uma norma como a do art. 51-4 do CP italiano (469), ao admitir que possa ser negado ao subordinado qualquer direito de exame à legalidade da ordem, implica necessariamente a admissão de ordens penalmente ilegítimas obrigatórias e que, portanto, “a lei penal não representa sempre um limite ao dever de obediência do subordinado” (470). Nessa medida, uma eventual exclusão da responsabilidade penal funda-se não na norma jurídica que, caso a ordem fosse legítima, daria a justificação da conduta de execução, precisamente porque não estão verificados os respectivos pressupostos, mas antes na norma que impõe o dever de obediência.

Torna-se, pois, necessário apurar em que circunstâncias se exclui a faculdade de o inferior sindicatar a legitimidade da ordem e quais os limi-

(468) BETTIOL, *L'Ordine dell'Autorità*, p. 55. Em sentido próximo, GALATERIA, Luigi, «Ordine Amministrativo», *Novissimo Digesto Italiano*, XII, Torino: Editrice Torinese, 1965, p. 108, afirma que em matéria de dever de obediência a ordens superiores “o ponto crucial não é constituído pelos limites do dever de obediência à ordem, mas pela natureza e pelos limites da avaliação à própria ordem”.

(469) No momento em que BETTIOL, *L'Ordine dell'Autorità*, se pronunciou sobre a questão, o disposto no actual art. 51-4 constava da segunda parte do n.º 2 desse artigo. (470) BETTIOL, *L'Ordine dell'Autorità*, p. 57. Admitem também a existência, neste contexto, de ordens ilícitas obrigatórias, VIGANO, *Codice Penale Commentato*, art. 51, n.º m. 96 e ss., PAGLIARO, *Principii*, p. 433, e MARINUCCI / DOLCINI, *DP-PG*, p. 187 e s. Já FIANDACCA / MUSCO, *DP-PG*, p. 242 e s., entendem que pode “davidar-se que no actual ordenamento italiano uma tal categoria [de ordens ilegítimas obrigatórias] tenha um real direito de cidadania”. Negando, em definitivo, a existência dessas ordens, PADOVANI, *DP*, p. 302 e ss., MANTOVANI, *DP-PG*, p. 254 e s., e FIORE, *DP-PG*, p. 418, que precisamente por isso se contam entre os que rejeitam eficácia justificante ao art. 51-4 do *Codice Penale*.

tes dessa exclusão. O facto de o legislador ter estabelecido que pode a lei não consentir ao subordinado que examine a legitimidade da ordem significa que em regra esse direito é reconhecido ao inferior (471). A exclusão do direito de exame constitui, assim, uma situação de carácter excepcional. Por isso, em geral, se a ordem não for legítima, pela não verificação de um pressuposto de natureza formal ou substancial, sobre o subordinado não recai um dever de obediência, o que poderá determinar a sua responsabilização penal caso lhe dê cumprimento. Resta então saber quais são essas situações excepcionais em que não há um direito de exame à legalidade da ordem. A resposta a essa questão está, segundo Bettiol, no tipo ou categoria de funcionário incumbido de executar a ordem, sendo necessário distinguir entre o funcionário a quem é reconhecido um poder de decisão e o funcionário ao qual é atribuída uma função de mera execução (472). Se à categoria do funcionário está associada uma faculdade de tomada de decisão isso pressupõe que ele possa sindicatar a interpretação e aplicação da lei levada a cabo pelo órgão superior, o que traduz um direito de examinar a legitimidade material da ordem. Se, pelo contrário, o subordinado tem uma função de mera execução não lhe deverá ser conferido o direito de apreciar a legalidade do

(471) BETTIOL, *L'Ordine dell'Autorità*, p. 66, e *DP-PG*, p. 308, ROMANO, Mario, *Commentario*, I, art. 51, n.º m. 33, VIGANO, *Codice Penale Commentato*, art. 51, n.º m. 100, FIANDACCA / MUSCO, *DP-PG*, p. 241, FIORE, *DP-PG*, p. 416 e s., e MARINUCCI / DOLCINI, *DP-PG*, p. 187.

(472) BETTIOL, *L'Ordine dell'Autorità*, p. 67, e *DP-PG*, p. 308. Na mesma direcção, RANELLETTI, Oreste, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 6.ª ed., Padova: CEDAM, 1937, p. 431 e s., que exemplifica com as atribuições dos Reitores universitários em relação às matriculas dos alunos. É ao Rector que, em último termo, cabe a decisão sobre a matrícula de um estudante na sua Universidade e, por isso, caso receba do Ministro da Educação uma ordem a esse propósito, tem o poder de a examinar e, achando-a ilegítima, de lhe desobedecer, uma vez que lhe é atribuída uma responsabilidade na tomada da decisão, que não pode ser coberta pela ordem do superior. Cf. ainda, no mesmo sentido, SANTORO, *L'Ordine del Superiore*, p. 236 e ss., DELTRVA, «Adempimento di un Dovero», p. 570, ANTOLISER, *Manuale*, p. 200 e s., PADOVANI, *DP*, p. 302 e s., PAGLIARO, *Principii*, p. 433, VIGANO, *Codice Penale Commentato*, art. 51, n.º m. 100, FIANDACCA / MUSCO, *DP-PG*, p. 242 e s., FIORE, *DP-PG*, p. 416 e s., MARINUCCI / DOLCINI, *DP-PG*, p. 187 e s., e MANTOVANI, *DP-PG*, p. 255. Para uma crítica desta doutrina, cf. GALATERIA, Luigi, *Teoria Giuridica degli Ordini Amministrativi*, p. 205 e ss., e VALENTE, Cunha, *A Hierarquia Administrativa*, p. 195 e ss.

mandado e, nessa medida, não responderá penalmente pela sua execução. Constituem exemplos desses funcionários meramente executores os militares, os bombeiros, os agentes policiais e os demais funcionários a quem “o dever de obediência é imposto de modo particularmente rigoroso” (473).

A circunstância de a esses funcionários de execução não ser atribuído o direito de examinar a legitimidade da ordem não significa que sobre eles recaia um dever de obediência absoluto, pois sempre se deverão reconhecer dois limites à exclusão do direito de exame e correção: o afastamento da responsabilidade, que se prendem com a comprovação da legalidade formal da ordem e com as ordens manifestamente ilegais.

Assim, a nenhum funcionário pode ser negado o direito de examinar a legitimidade formal da ordem, pois “de outro modo a ordem e a segurança pública seriam irremediavelmente comprometidas” (474). Nessa medida, a exclusão do direito de os funcionários de execução examinarem a legalidade da ordem só diz respeito à sua validade intrínseca. Em matéria de legitimidade formal os funcionários de execução têm plenos poderes de exame, não se podendo resguardar na ordem do superior em caso de vício de competência ou de forma.

A outra restrição não tem a ver com o exame à legalidade do mandado, mas antes com a possibilidade de o subordinado ser responsabilizado mesmo no caso de não lhe ser atribuído um direito de exame. Tal acontece quando a ordem seja manifestamente ilegal (475). Perante uma

(473) ANTOUSEI, *Manuale*⁴, p. 201.

(474) BETTIOL, *L'Ordine dell'Autorità*, p. 66, e *DP-PG*⁸, p. 308 e s. Assim, também SANTORO, *L'Ordine del Superiore*, p. 230 e ss.; DEUTRALA, «Adempimento di un Dovero», p. 570, ANTOUSEI, *Manuale*⁴, p. 201, PELLEGRINO, Bruno, «Nuovi Profili in Tema di Obbedienza Gerarchica», *RIDPP*, 1978, p. 151 e s., ROMANO, Mario, *Commentario*, I, art. 51, n.º m. 36, PAGLIARO, *Principi*⁷, p. 433, VIGANÒ, *Codice Penale Commentato*, art. 51, n.º m. 101, FIANDACA / MUSCO, *DP-PG*⁴, p. 243, FIORE, *DP-PG*, p. 416, e MARI-NUCCI / DOLCINI, *DP-PG*, p. 187. Ainda neste sentido, mas impondo limites ao exame à legalidade formal da ordem, MANTOVANI, *DP-PG*⁴, p. 255, e PADOVANI, *DP*², p. 302.

(475) A doutrina italiana costuma indicar como exemplo de ilegalidade manifesta a ordem de disparar sobre uma praça que os transcuntes percorrem de modo perfeitamente pacífico. No domínio militar, VENDRI, Rodolfo, *Il Diritto Penale Militare nel Sistema Penale Italiano*, 7.ª ed., Milano: Giuffrè, 1997, p. 188, aponta “as atrocidades nazis

ordem cuja ilegitimidade é evidente, cessa o dever de obediência, o inferior não deve dar cumprimento ao que lhe for ordenado e se o fizer poderá responder juntamente com o superior. Não há, todavia, consenso no que toca à definição do que seja uma ordem claramente ilegítima, podendo identificar-se três interpretações.

Para uns a ilegalidade manifesta que determina a cessação do dever de obediência é aquela que pode ser reconhecida sem a menor dificuldade por qualquer pessoa, mas não compreende as situações em que, não obstante a ilegitimidade não seja evidente, o subordinado tem dela conhecimento (476).

No outro extremo encontram-se aqueles, como BETTIOL, para quem a ilegalidade manifesta se traduz em ilegalidade substancial conhecida pelo subordinado (477). A evidência identifica-se com o conhecimento efetivo da ilegalidade da ordem, que poderá resultar da circunstância de o inferior ter um conhecimento mais preciso da situação de facto ou de, em face do desenrolar da execução da medida ordenada, o agente se convencer de que a ordem é ilegítima. Quando o subalterno fique ao corrente da ilegitimidade material da ordem deverá desobedecer, sob pena de também ser responsabilizado pela sua execução. Se, no entanto, apesar de a ilegalidade da ordem ser reconhecível sem qualquer dificuldade por qualquer pessoa, o subordinado dela não se apercebe, subsiste o dever de obediência.

Entre aquelas duas posições, surge uma interpretação maximalista, que afasta o dever de obediência e abre a porta à responsabilização do subordinado tanto nos casos em que ele não se apercebeu da ilegitimidade da ordem, apesar de qualquer um no seu lugar dela se pudesse ter apercebido sem quaisquer dificuldades, como nos casos em que o inferior sabe que a ordem é ilegal, mesmo que a ilegalidade em causa não seja evidente (478). É que se o limite da manifesta

nos campos de extermínio, os massacres de populações civis inofensivas (e a este nível um trágico exemplo é o «caso Calley» ocorrido em 1970 durante a guerra no Vietname, em que militares americanos massacraram civis vietnamitas na aldeia de My Lai), os supostos cometidos por ódio étnico pelos militares sérvios durante a guerra da Bósnia, etc.”.

(476) ANTOUSEI, *Manuale*⁴, p. 201, e FIANDACA / MUSCO, *DP-PG*⁴, p. 243.

(477) BETTIOL, *L'Ordine dell'Autorità*, p. 69 e s., e *DP-PG*⁸, p. 310.

(478) Cf. SANTORO, *L'Ordine del Superiore*, p. 235 e s.; DEUTRALA, «Adempimento di un Dovero», p. 570 e s.; PADOVANI, «Ordine Criminoso...», p. 482 e ss., e *DP*².

ilegalidade tem como fito evitar que o subordinado cometa um crime quando tal seja evidente, não há razão para não impor também o dever de desobediência quando seja certo o conhecimento desse facto ⁽⁴⁷⁹⁾. É que, diz-se ainda, assentando o dever de obediência em uma presunção de legalidade, em qualquer uma daquelas situações há razões para considerar ilidida essa presunção ⁽⁴⁸⁰⁾: na primeira, porque não se pode presumir legítima uma ordem que à vista de todos se apresenta como inválida; na segunda, porque tendo o subordinado ficado ciente de que a ordem é ilegal, acaba por cair a presunção de legalidade de que a ordem pudesse beneficiar.

2. Definido o âmbito do direito de exame à legalidade da ordem autorizado pelo art. 51-4 do CP italiano, a doutrina confronta-se de seguida com a questão da natureza jurídica da exclusão da responsabilidade penal que decorre desse preceito.

O modo como este problema foi resolvido por uma parte da doutrina reflecte uma certa incomodidade perante a aceitação de que sob determinadas condições possa ser imposta ao subordinado a obrigação de cumprir ordens penalmente ilegítimas e a necessidade de compatibilizar essa solução com o carácter eminentemente objectivo que é apon-tado à ilicitude no sistema do facto punível. Parte da doutrina, uma vez mais encabezada por Bettiol, responde a esta dificuldade com uma

p. 303 e s., VIGANÒ, *Codice Penale Commentario*, art. 51, n.º m. 102 e s., MARINUCCI / DOLOMINI, *DP-PG*, p. 187 e s., FIORE, *DP-PG*, p. 418 e s., e VENDITTI, *Il Diritto Penale Militare?*, p. 187 e ss.

⁽⁴⁷⁹⁾ SANTORO, *L'Ordine del Superiore*, p. 235 e s.

⁽⁴⁸⁰⁾ Cf. VIGANÒ, *Codice Penale Commentario*, art. 51, n.º m. 102 e s., e MARINUCCI / DOLOMINI, *DP-PG*, p. 187 e s. A uma presunção, mas em um sentido completamente diverso, se refere também PADOVANI, «Ordine Criminoso...», p. 486 e s.: "na prática, a referência à «manifesta» ilegalidade penal da ordem constitui um critério preliminar de prova acerca do efectivo conhecimento do subordinado (sendo para ele impossível negar a percepção de uma realidade macroscopicamente evidente); mas onde a prova do conhecimento seja, no entanto, certa, seria absurdo que o critério presuntivo estabelecido para a sua determinação acabe por negar o seu próprio fundamento lógico, jogando a favor do agente em prejuízo da realidade da sua representação subjectiva". Nesta direcção, cf. ainda VENDITTI, *Il Diritto Penale Militare?*, p. 187 e ss., para quem "a «manifesta ilegalidade criminal» tem, no fundo, uma função sintomática do conhecimento".

solução verdadeiramente singular no quadro geral do problema das ordens da autoridade e que, aliás, encontrou algum eco entre nós ⁽⁴⁸¹⁾. A tese avançada é a de que a ordem ilegítima obrigatória não constitui nem uma causa de justificação propriamente dita, no sentido normal do termo, nem uma causa de exclusão da culpa, mas antes uma circunstância *sui generis* de exclusão da responsabilidade penal, caracterizada por excluir a ilicitude da acção do subordinado e deixar subsistir a ilicitude do resultado ⁽⁴⁸²⁾.

A ordem ilícita obrigatória não pode constituir uma mera causa de exclusão da culpa, uma vez que seria incongruente impor ao subordinado um dever de obediência e qualificar a sua conduta como ilícita ⁽⁴⁸³⁾. A acção do inferior é tida como lícita, dado que o subordinado actua em conformidade com a norma jurídica que lhe impõe a obrigação de obedecer à ordem do superior. Todavia, a ordem não se traduz numa pura causa de justificação. É que, se o fosse, tornar-se-ia difícil fundar a responsabilidade do superior e ao particular afectado pela execução da ordem deveria ser negado o direito de legítima defesa, o que é rejeitado por esta corrente doutrinária. Considera-se que, na execução de uma ordem ilegítima, "o evento que é produzido pela acção do subordinado não é valorado favoravelmente pelo ordenamento jurídico, porque o superior que deu a ordem deve responder pela comissão do resultado ilícito" ⁽⁴⁸⁴⁾. Ora, se o direito positivo, no art. 51-2 do CP italiano, determina que o superior que emitiu a ordem é sempre responsável quando da mesma resulte a prática de um crime, isso significa que a valoração jurídica do resultado é diferente da valoração jurídica da acção que esteve na sua origem ⁽⁴⁸⁵⁾. Fenómeno de natureza excepcional, é certo,

⁽⁴⁸¹⁾ Cf. SANTOS, *Beleza dos Lígdes*, p. 110 e s., e CORREA, Eduardo, II, p. 120 e s.

⁽⁴⁸²⁾ Cf. BETTIOL, *L'Ordine dell'Autorità*, p. 71 e s., e VIGANÒ, *Codice Penale Commentario*, art. 52, n.º m. 30.

⁽⁴⁸³⁾ BETTIOL, *L'Ordine dell'Autorità*, p. 71 e s.; SANTORO, *L'Ordine del Superiore*, p. 247, e VIGANÒ, *Codice Penale Commentario*, art. 51, n.º m. 97 e ss.

⁽⁴⁸⁴⁾ BETTIOL, *L'Ordine dell'Autorità*, p. 74. DELTRAVA, «Adempimento di un Dover», p. 570, parece inclinar-se também para esta solução quando afirma que "a ordem ilegítima não é, na verdade, a concretização de um comando contido em uma norma e consequentemente quem a executa não realiza uma lesão querida ou consentida pelo ordenamento jurídico. Todavia, a sua acção é lícita, se ele estava obrigado à execução da ordem".

⁽⁴⁸⁵⁾ BETTIOL, *L'Ordine dell'Autorità*, p. 76.

mas que deve ser reconhecido no domínio das ordens ilícitas obrigatórias e se traduz no seguinte: "a acção do subordinado levada a cabo por dever de obediência é uma acção lícita, enquanto que o evento derivado da acção é típico e lesivo de interesses penalmente protegidos e, como tal, postula a punição do superior que emitiu a ordem" (486).

A tese de que o cumprimento de uma ordem ilegítima vinculante constitui uma acção lícita que produz um resultado ilícito é ainda justificada pela necessidade de garantir o direito de legítima defesa ao cidadão afectado pela execução dessa ordem. Levadas às últimas consequências, as teorias que apontam efeitos justificantes às ordens ilegítimas obrigatórias negam ao particular o direito de reagir em legítima defesa contra a execução levada a cabo pelo subordinado e só admitem essa resposta face ao superior. Ora, esta trata-se de uma consequência que Bettiol e seus seguidores não estão dispostos a aceitar (487). É que "o direito de opposição à acção do superior, que se materializa na emissão da ordem ilegítima, não produz nenhum resultado prático, porque as vezes das vezes esta acção não representa para o terceiro o perigo actual de uma agressão ilícita, enquanto que este perigo está sempre presente na acção do inferior" (488). Não é, porém, razoável exigir do terceiro afectado pelo cumprimento da ordem que se mantenha passivo perante uma lesão dos seus interesses, imputável à Administração, que, além do mais, deve pautar a sua actuação pelo respeito dos limites impostos pela lei. Desse modo, muito embora a acção do subordinado seja lícita, o resultado por ele produzido deve reputar-se ilícito e, nessa medida, ao particular deve ser reconhecido o direito de legítima defesa.

Esta construção proposta por Bettiol não merece o acolhimento da doutrina actual. Regra geral, aqueles que atribuem uma natureza justi-

(486) BETTIOL, *L'Ordine dell'Autorità*, p. 79. Contra, SANTORO, *L'Ordine del Superiore*, p. 247, que considera que esta construção deixa de fora os crimes de mera actividade.

(487) Cf. VIGANÒ, *Codice Penale Commentato*, art. 52, n.º m. 30. Embora afirme rejeitar a concepção de Bettiol, SANTORO, *L'Ordine del Superiore*, p. 250, coincide com ele nesse domínio, admitindo o uso de legítima defesa contra o subordinado, apesar de atribuir natureza de causa de justificação ao art. 51-4 do CP italiano. Também JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, VI, n. 1847, p. 812, considera que "Santoro não difere, em substância, das fórmulas de Bettiol e de outros autores — como Franck — que se empenham em perspectivar os problemas como se a antijuridicidade fosse fracionável".

(488) BETTIOL, *L'Ordine dell'Autorità*, p. 131 e s.

ficante às ordens ilegítimas obrigatórias não encontram qualquer impedimento à responsabilização do superior pela circunstância de ser excluída a ilicitude da conduta do subordinado, atribuindo-lhe uma natureza pessoal ou apelando às figuras da autoria mediata ou da instigação, e não vêem qualquer inconveniente em negar a legítima defesa ao particular ofendido pela execução da ordem ilegítima, bem pelo contrário, entendem ser essa a melhor opção. Em último termo, nas consequências, a posição de Bettiol aproxima-se mais das teses desculpacionistas do que das justificacionistas, pois como aquelas, aponta também para uma responsabilidade exclusiva do superior e afirma a legítima defesa do particular atingido. Todavia, afigura-se preferível sustentar estas conclusões a partir de uma exclusão da culpa, que, por comparação com a exclusão da ilicitude, se adequa melhor ao princípio de que o dever de obediência cessa quando conduza à prática de um crime, hoje maioritariamente aceite, e tem a vantagem de se adequar perfeitamente ao sistema categorial-classificador da doutrina do facto punível, evitando recorrer a uma figura híbrida que não se encaixa em nenhuma das suas categorias e que o próprio Bettiol não se coibiu de considerar como estranha (489).

A doutrina italiana de hoje deixou, por isso, cair essa construção e divide-se entre aqueles que apontam ao art. 51-4 do Codice Penale a natureza de causa de justificação e aqueles que o consideram como uma causa de exclusão da culpa.

A justificação é defendida com base no facto de ser o próprio ordenamento jurídico que impõe o cumprimento de uma ordem ilícita (490).

(489) BETTIOL, *L'Ordine dell'Autorità*, p. 132: "A ordem ilegítima vinculante constitui uma aparição muito estranha no campo do direito, que naturalmente dá azo a fenómenos jurídicos estranhos: como o dc. por um lado, levar a admitir a possibilidade que de uma acção lícita derive um resultado ilícito e, por outro lado, que seja admissível legítima defesa contra uma acção juridicamente lícita".

(490) Cf. ANTOULISEI, *Manuale*, p. 201, VIGANÒ, *Codice Penale Commentato*, art. 51, n.º m. 97 e ss., e *Stato di Necessità*, p. 316, BARTOLO, «Il Caso Próbke...», p. 1068 e ss., e MARINUCCI / DOLCINI, *DP-PG*, p. 187 e s.

Tanto MARINUCCI / DOLCINI, *DP-PG*, p. 187 e s., como VIGANÒ, *Stato di Necessità*, p. 317 e ss., caracterizam, porém, a ordem ilegítima obrigatória como uma causa de justificação pessoal, com vista a fundar a responsabilidade do superior, no que se aproxima de Bettiol. Contra a existência de causas de justificação pessoais, em virtude da

Não faria sentido que, em virtude de uma disposição do direito positivo, o subordinado fosse obrigado a acatar uma ordem e o facto por ele praticado em execução dessa ordem fosse qualificado como ilícito. Segundo Viganò, "o legislador *resoluiu* o conflito entre o dever, que impende sobre qualquer cidadão, de respeitar a lei penal e o dever do subordinado de obedecer às ordens dos seus superiores, conferindo prevalência — no caso em exame — a este último dever, com vista a assegurar a pronta execução das ordens que se presumem, em todo o caso, legítimas" (491).

Contra a natureza justificante do art. 51-4 do CP italiano pronunciam-se aqueles que, embora admitindo que em virtude deste preceito seja negada a um determinado tipo de funcionários a faculdade de examinar a legalidade da ordem, nos termos que em linhas gerais deixámos expostos, entendem que essa circunstância não implica que existam no sistema italiano ordens ilegítimas obrigatórias (492). Em abono da negação do

natureza objectiva da ilicitude, pronuncia-se ROMANO, Mario, «Cause di Giustificazione, Cause Scusante, Cause di Non Punibilità», *RIDPP*, 1990, p. 66. Afirmam MARINUCCI / DOLCINI, *DP-PG*, p. 187, que "a execução das ordens pelos militares ou dos membros da polícia do Estado não poderá considerar-se anti-jurídica, constituindo o objecto de um específico dever do agente; e tal dever operará como causa de justificação, fundada na prevalência do interesse a um pronto cumprimento das ordens dos superiores em relação aos interesses tutelados pelas normas incriminadoras de quando em quando violadas. Trata-se de uma causa de justificação «pessoal», no sentido que a ilicitude só resulta à conduta do subordinado (o único sujeito obrigado a executar a ordem) e não se comunica nem a quem emitiu a ordem, nem ao terceiro que espontaneamente coopere na comissão do facto pelo subordinado". Não parece, no entanto, que MARINUCCI / DOLCINI, *DP-PG*, pp. 176 e s., 188 e 192 e s., adiram à tese de Betiol em matéria de legítima defesa, dado que, tendo considerado o facto como justificado, não aludem à possibilidade de um terceiro poder reagir em legítima defesa contra a agressão do subordinado que actua em cumprimento de uma ordem ilegítima obrigatória. Tendo primeiro adido à ideia de Betiol e depois passado a excluir nestes casos o direito de legítima defesa, VIGANÒ, *Codice Penale Commentario*, art. 52, n.º m. 30, e *Stato di Necessità*, p. 316, respectivamente.

(491) VIGANÒ, *Codice Penale Commentario*, art. 51, n.º m. 97. No mesmo sentido, MARINUCCI / DOLCINI, *DP-PG*, p. 187 e s.

(492) Cf. PADOVANI, «Ordine Criminoso...», p. 482 e ss., e *DP²*, p. 302 e ss., FIANDACA / MUSCO, *DP-PG²*, p. 243, FIORE, *DP-PG*, p. 418, MANTOVANI, *DP-PG²*, p. 255, e FORNASARI, Gabriele, «Osservazioni Critiche in Chiave Comparata sulla Disciplina delle Scusanti nel Nuovo Codice Penale Spagnolo», *L'Indice Penale*, 1998, p. 1135 e s. Também nesta linha de recusa da justificação, apesar de admitir a existência de ordens ilegítimas obrigatórias, ROMANO, Mario, *Commentario*, I, art. 51, n.º m. 35 e ss., e «Cause

carácter vinculativo das ordens ilegítimas avançam vários argumentos. Desde logo, a circunstância de o direito positivo não prever qualquer sanção para o facto de o subordinado não cumprir uma ordem ilegal (493). Além disso, não podem ser ignoradas várias disposições legais relativas ao estatuto dos funcionários, que no caso dos funcionários civis estabelecem que o dever de obediência é limitado pela lei penal (494) e no caso dos funcionários das forças de segurança e dos militares que a obediência cessa perante ordens cuja execução constitui manifestamente um crime (495), dos quais resulta então o princípio de que quando a ordem se dirija à prática de um crime não lhe é devida obediência. Mesmo os preceitos que só fazem uma referência expressa aos casos de ilegalidade criminal manifesta não implicam que subsista o dever de obediência quando a ilegalidade não seja notória, pois a ilegalidade manifesta é somente o "limite de exigibilidade do dever de não executar uma ordem ilegítima que se opõe à lei penal, que constitui o preceito implícito das disposições em causa" (496). Finalmente, considerase que só esta solução de que não há ordens penalmente ilícitas obrigatórias se coaduna com o Estado de direito, pois "a relação entre

di Giustificazione...», p. 66: "quando o subordinado cumpre a ordem ilegítima vinculante do superior, o facto típico permanece também ilícito em relação a ele e a sua isenção de pena deverá ser reconduzida somente à sua situação pessoal-subjectiva". Por, ao contrário daqueles, aceitar que a ordem ilegítima seja obrigatória e ao mesmo tempo continuar a afirmar a sua ilicitude, Mario Romano toma-se um alvo fácil de crítica — cf., v. g., CARVALHO, *Taiapa de, A Legítima Defesa*, p. 212 e s. 350.

(493) Assim, PADOVANI, «Ordine Criminoso...», p. 483, e *DP²*, p. 303, FIANDACA / MUSCO, *DP-PG²*, p. 243, e MANTOVANI, *DP-PG²*, p. 255. Afirmação que, contudo, não é pacífica — cf., em sentido contrário, VIGANÒ, *Codice Penale Commentario*, art. 51, n.º m. 97 e s.

(494) Cf., v. g., o art. 17-3 do Estatuto dos Empregados Civis do Estado (d.P.R. 3/1957): "l'impiegato non deve comunque eseguire l'ordine del superiore quando l'atto sia vietato dalla legge penale".

(495) Cf., v. g., o art. 4-5 das Normas de Princípio sobre a Disciplina Militar (L. 382/1978: "il militare al quale viene impartito un ordine manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato o la cui esecuzione comunque manifestamente reato, ha il dovere di non eseguire l'ordine e di informare al più presto i superiori) e o art. 66-4 do Estatuto da Polícia do Estado (L. 12/1/1981: "l'appartente ai ruoli dell'Amministrazione della pubblica sicurezza, al quali viene impartito un ordine la cui esecuzione costituisce manifestamente reato, non lo esegue ed informa immediatamente i superiori").

(496) PADOVANI, «Ordine Criminoso...», p. 485.

dever de obediência e legalidade do acto de autoridade exprime e condiciona o próprio modo de compreender o exercício do poder público: quanto maior é o papel do princípio da autoridade, tanto menor é o âmbito reservado ao princípio da legalidade, que constitui a base essencial do Estado de direito" (497). Em suma, a insindicalidade da ordem não configura por si só uma causa de exclusão da ilicitude da conduta do funcionário que a executa. Com efeito, uma ordem ilegítima nunca é obrigatória, mesmo que ao subordinado seja negada a faculdade de examinar o seu conteúdo. Por isso que o mais que essa ordem ilegítima poderá fundar é uma exclusão da responsabilidade penal de natureza subjectiva, em sede de culpa.

§ 9.3. O sistema espanhol

A questão das ordens ilegítimas obrigatórias (*mandatos antijurídicos obligatorios*) no sistema espanhol é discutida a propósito do tipo legal de crime de desobediência das autoridades ou funcionários públicos. Também aqui o problema é o de saber se o ordenamento jurídico admite ou não a existência de ordens ilegítimas obrigatórias e, em caso afirmativo, o efeito jurídico das mesmas.

Embora o novo CP espanhol, de 1995, não contemple um preceito análogo ao art. 8-12 do anterior — "están exentos de responsabilidad criminal: (...) 12 — el que obra en virtud de obediencia debida" —, continua aceso o debate acerca da possibilidade de uma ordem ilícita poder justificar a conduta do subordinado (498). Isto porque o novo CP espanhol (art. 410-1) prevê, em termos substancialmente idênticos ao do art. 369 do anterior, uma punição para "las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales". É, porém, no n.º 2 deste art. 410, que se encontra a disposição determinante para a questão das ordens ilegítimas obri-

(497) PADOVANI, «Ordine Criminoso...», p. 482. Na mesma direcção, MANTOVANI, *DP-PG*⁴, p. 255 e ss.

(498) Sobre a supressão da obediência devida do catálogo das eximentes, cf. MORALES PRATS, *Comentarios*³, antes do art. 19, p. 132 e s.

gatórias: "no obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirán en responsabilidad criminal las autoridades o funcionarios por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general". Significa isto, portanto, que a desobediência do funcionário a uma ordem superior não será punível se essa ordem violar de forma manifesta, clara e terminante um qualquer preceito legal, incluindo, naturalmente, a lei penal. A natureza dogmática desta cláusula de isenção de responsabilidade penal do crime de desobediência de funcionário trata-se de questão por demais controversa e que entronca directamente no problema geral das ordens ilegítimas obrigatórias.

1. É precisamente a partir do disposto neste art. 410-2 que uma doutrina minoritária assinala, no plano do direito positivo, a existência de ordens ilegítimas obrigatórias, das quais resulta necessariamente uma justificação do facto praticado pelo subordinado (499). Doutrina denominada como teoria da aparência, que se usa contrapor à já por nós rejeitada teoria da eficácia, que recorre aos critérios do direito administrativo e do direito processual para avaliar a obrigatoriedade da ordem e, assim, a sua possível relevância justificante (500).

A teoria da aparência vai buscar o nome ao critério que emprega para propor a justificação da conduta típica do subordinado: a ilicitude é excluída na medida em que a ordem não apareça como manifestamente ilegal. O raciocínio expandido para chegar a essa conclusão é simples e linear (501). O subordinado que recebe uma ordem de um superior que não represente uma violação clara, manifesta e terminante da lei, está obrigado, sob ameaça de pena, a obedecer. Por isso, o dever de obediência não se funda na legalidade da

(499) RODRÍGUEZ DEVESEA / SERRANO GÓMEZ, *DP-PG*¹⁸, p. 535 e ss.; MIR PUIG, *Santiago, Adiciones de Derecho español al «Tratado de Derecho Penal, Parte General, de Hans-Heinrich Jeschke»*, Vol. I, Barcelona: Bosch, 1981, p. 547 e ss., e *DP-PG*³, Lec. 18, n.º m. 58 e ss.; e MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *DP-PG*⁴, p. 388 e ss.

(500) Cf., novamente, CÓRDOBA RODA / RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*², I, p. 385 e ss.; CEREZO MIR, *DP-PG*⁴, II, p. 223 e ss.; LUZÓN PEÑA, *Legítima Defensa*, p. 306 e ss., e *supra*, § 6.2.

(501) Cf. RODRÍGUEZ DEVESEA / SERRANO GÓMEZ, *DP-PG*¹⁸, p. 535 e ss., e MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *DP-PG*⁴, p. 388 e ss.

ordem, mas antes na aparência de legalidade. Se a ordem for manifestamente ilegítima não deverá obedecer e escapar à punição por desobediência. Se a ordem for ilegítima, mas não de um modo manifesto, tem o dever de a cumprir, desde que emitida pelo superior no quadro da sua competência e revestida das formalidades legais (502). Uma vez que este dever tem origem na lei, de natureza penal, o seu cumprimento não pode deixar de justificar o facto típico praticado: “se o incumprimento de uma ordem ilícita obrigatória é sancionado com uma pena, não pode senão afirmar-se que a obrigatoriedade deriva da própria norma jurídica e que ao admitir uma justificação quando o inferior obedece não se quebra a unidade jurídica. Pois não se trata do que sucederia em um direito ideal, mas sim do que ocorre em um ordenamento jurídico determinado. O certo é que, ao obrigar, sob pena, o inferior a cumprir a ordem ilícita, a

(502) RODRÍGUEZ DEVEESA / SERRANO GÓMEZ, *DP-PG¹⁸*, p. 531, procuram, em todo o caso, limitar o alcance desta conclusão: “o âmbito das possíveis ordens ilícitas obrigatórias acaba por ser na prática sumamente reduzido. (...) Deste modo, os casos mais graves, incluindo outros que não revestem *atrocias facinorosas* são excluídos. Os crimes contra a honestidade, o homicídio em todas as suas formas, as falsidades, a corrupção, não podem nunca ser cobertos pela exigência da obediência devida, pois nunca pode ser competência de um funcionário, qualquer que seja a sua hierarquia, ordenar a comissão de um estupro ou de umas injúrias. Mas no Código ficam também de fora do círculo das ordens que devem ser obedecidas aquelas que notoriamente constituam um delito ou falta. A esfera das ordens ilícitas obrigatórias é, pois, bastante reduzida e contrai-se aos casos em que o superior é competente para dar ordens da classe em questão, sem ser manifesta a sua ilegalidade: detenções ilegais, violações de domicílio ou de correspondência serão, normalmente, as matérias daquelas ordens antijurídicas a cujo cumprimento o inferior está obrigado se a ilegalidade não é terminante”. No mesmo sentido, entre nós, CARVALHO, *Taipa de, A Legítima Defesa*, p. 214, exclui do âmbito da obediência devida justificante as ordens dadas para a prática de comportamentos lesivos de “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 material seja de que autoridade (ou funcionário) for”. Estas considerações parecem ignorar que, como mencionado supra, § 5, na justificação por obediência devida está em causa não a competência concreta, mas sim a competência abstracta do superior e que em certos casos, de índole excepcionais extremas lesar ou colocar em perigo bens jurídicos é permitido em circunstâncias certas, como a honra, a integridade física, a vida, a liberdade de fogo pelos órgãos de polícia criminal (Dec.-Lei n.º 457/99, de 5 de Novembro) e o breve comentário de Dias, *Figueredo, DP-PG*, I, 2004, 15.º Cap., § 42.

lei diz claramente que o não obedecer é ilícito e o obedecer conforme ao direito” (503).

Como se intui imediatamente, não basta à teoria da aparência estabelecer que não actua ilicitamente o funcionário que cumpre uma ordem não manifestamente ilegítima. Além disso, de modo a definir com maior precisão os limites do dever de obediência e da respectiva justificação, torna-se necessário indicar qual o critério pelo qual se determina se uma ordem é ou não claramente ilícita. Ponto em que os defensores da teoria da aparência não logram obter um consenso, existindo uma divisão quanto à perspectiva a adoptar, semelhante à que se verifica na doutrina italiana quanto ao que deva entender-se por ordem manifestamente ilegal: se a do concreto funcionário que recebeu a ordem, se a de um funcionário médio colocado no lugar daquele, se de ambas.

Rodríguez Devesa aponta para um critério de natureza subjectiva, considerando que “os critérios objectivos devem ser rejeitados, porque fariam desaparecer a distinção entre ordens que infringem claramente uma lei e aqueles em que a infracção não é manifesta (...)”. Deve recordar-se, portanto, ao conhecimento que o agente tenha acerca da ilegalidade da ordem que recebe” (504). Assim, a ilegalidade é manifesta quando o subordinado tem conhecimento de que a ordem é ilegítima. Deste modo, “se sabe que é ilegal não deve obedecer” (505), pois “obrigar o inferior a obedecer apesar de conhecer a ilegalidade da ordem seria (...) abrir a porta a uma série de consequências intoleráveis” (506).

Perspectiva perfeitamente oposta é a expressa por Muñoz Conde e García Arán, que indicam um critério de natureza puramente objectiva, que abstrai por completo dos conhecimentos específicos que o subordi-

(503) RODRÍGUEZ DEVEESA / SERRANO GÓMEZ, *DP-PG¹⁸*, p. 550. Nesta direcção, cf. ainda MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *DP-PG⁴*, p. 388 e ss., e MIR PUIG, *Santiago, DP-PG⁵*, Lec. 18, n.º m. 80: “não há dúvida que a lei não se fica pela desculpa, antes permite a lesão do bem jurídico quando impõe um dever de obedecer (art. 410 do CP). Se a obediência é «devida», há-de ser permitida e não pode ser proibida, antijurídica, *maxime* se a desobediência é castigada. A obediência devida terá de *justificar* o facto e não apenas excluir a responsabilidade penal do seu autor”.

(504) RODRÍGUEZ DEVEESA / SERRANO GÓMEZ, *DP-PG¹⁸*, p. 543, e ainda dos mesmos Autores, *DP-PE¹⁸*, p. 1154.

(505) RODRÍGUEZ DEVEESA / SERRANO GÓMEZ, *DP-PG¹⁸*, p. 543.

(506) RODRÍGUEZ DEVEESA / SERRANO GÓMEZ, *DP-PG¹⁸*, p. 544.

nado possa deter, considerando que o carácter manifesto da ilegalidade da ordem deve ser avaliado de acordo com o critério de um funcionário médio, situado na situação respectiva, "com independência de quais pudessem ser as crenças do funcionário individual e concreto" (507).

A lese mais restritiva do dever de obediência e consequentemente do âmbito da justificação é a defendida por Santiago Mir Puig. Também ele aponta para uma perspectiva de carácter objetivo: "naquela preceito, a obrigatoriedade da ordem não é condicionada pela juridicidade intrínseca da mesma, mas antes pela sua aparência de legalidade. Ainda que a ordem seja gravemente antijurídica e constitua um crime, deverá ser obedecida sob ameaça de pena desde que tal ilegalidade não seja «manifesta» *ex ante*, no momento do seu cumprimento. Tenha-se em conta que em muitos casos um crime, ainda que grave, pode ser de difícil apreciação para o subordinado no momento em que recebe a ordem, e vice-versa uma ilegalidade menor pode aparecer como evidente desde o primeiro instante" (508). Assim, quanto à questão de saber em relação a quem a ilegitimidade da ordem se há-de revelar como manifesta, se para o concreto subordinado que a recebe, se para o funcionário médio colocado na posição daquele, entende que deve ser adoptado o critério geral de imputação objectiva próprio da teoria da adequação: "decisivo deve ser o ponto de vista do homem médio imaginado no momento da acção (*ex ante*) e com os conhecimentos especiais que o agente possa ter nessa situação. O que significa que deverá ser tomado em especial consideração o conhecimento do subordinado sobre factos que para um homem médio no seu lugar tomariam manifesto o carácter criminoso da ordem" (509). Os termos em que Mir Puig

(507) MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN. *DP-PG⁴*, p. 390.

(508) Mir Puig, Santiago, *DP-PG⁵*, Lec. 18, n.º m. 67.

(509) Mir Puig, Santiago, *DP-PG⁵*, Lec. 18, n.º m. 69. Em termos próximos, mas preferindo denominar a sua posição de "teoria da realidade", por contraposição à teoria da aparência, ÁLVAREZ GARCÍA, *El Delito de Desobediencia*, p. 271, entende que "quando o sujeito obedece a uma ordem antijurídica de conteúdo delituoso na sua execução que *não* o seja manifestamente, está, na realidade, a dar cumprimento (...) a uma ordem conforme ao Direito (e portanto obrigatória). Que posteriormente se declare — mediante resolução do órgão chamado a conhecer — que tal ordem é antijurídica, não impede que, no momento em que se requereu a obediência do subordinado à ordem, esta se presumisse legal. Portanto, o sujeito ao obedecer a tal ordem está

explana as suas ideias acerca da justificação motivada pelo cumprimento de ordens ilegítimas e a referência expressa aos conhecimentos especiais do agente como elemento a ter em conta indicam que para Mir Puig a manifesta ilegalidade da ordem como obstáculo ao dever de obediência devida abrange também os casos em que o subordinado tenha conhecimento da situação de facto que produz a ilegitimidade da ordem.

2. Se, como resulta do ora exposto, encontramos na teoria da aparência uma clara defesa da natureza justificante da obediência a ordens ilegítimas, posto que não manifestamente ilegítimas, também encontramos também na doutrina espanhola um amplo sector que se opõe a essa concepção e afirma que a exclusão da ilicitude só se produz na obediência a ordens legítimas. É possível, no entanto, identificar duas fases distintas na rejeição do carácter justificante das ordens ilegítimas.

A primeira fase teve a sua maior expressão em meados do século passado, sob a influência das teorias desocupacionistas alemãs, sobretudo do pensamento de Mezger, e caracterizou-se pela admissão da existência de ordens ilegítimas obrigatórias, que, todavia, determinariam somente uma exclusão da culpa do agente, não afastando a ilicitude da conduta de execução. Com efeito, se, por um lado, se defende que a justificação só pode ocorrer quando a ordem for legítima (510), por outro lado, aceita-se que o subordinado possa ser obrigado a acatar ordens ilegíti-

cumprindo um dever, e a sua conduta aparentemente delituosa está, por conseguinte, justificada. (...) Em definitivo, o que não se pode fazer é emitir juízos a que objectivamente só é possível chegar *ex post* — quando se declara o acto nulo — em situações *ex ante* — quando a ordem por estar coberta por uma presunção *irris tantum* de legalidade é considerada pelo ordenamento como conforme ao direito e o mandado é, portanto, obrigatório". A diferença em relação à teoria da aparência está assim no facto de, como refere o próprio ÁLVAREZ GARCÍA, *El Delito de Desobediencia*, p. 260, para ele as ordens que não contrariem a lei de forma manifesta não podem ser qualificadas como antijurídicas. Apesar da sua aparente intransigente defesa do princípio da legalidade sobre o princípio hierárquico (p. 264), a verdade é que dificilmente uma outra posição poderia ir mais longe na protecção da hierarquia. Pois, contra a teoria da eficácia, considera que os actos nulos podem ser eficazes e, por isso, licitos; e contra a teoria da aparência, considera que as ordens que não se apresentem como manifestamente ilegítimas.

(510) Cf. CUELLO CALÓN, *DP-PG⁵*, I, p. 359 e ss., e QUINTANO RIBOLLES, *Comentarios*, I, p. 146 e ss.

mas, pois “é notório que o interesse da disciplina impede em certas ocasiões que o inferior discuta as ordens do superior e este interesse é valorado juridicamente como prevalente ao de evitar a realização de certos actos delituosos” (511). Não seria, aliás, outro o sentido do regime punitivo da desobediência de funcionário, que no CP espanhol anterior constava dos art. 369, ao impor um dever de obediência a ordens não manifestamente ilegítimas: “se o mandado infringe clara e terminantemente um preceito da lei, o inferior é autorizado a desobedecer. Se não se dá tal infração, conheaça ou não a ilicitude de menor grau do mandado, vê-se *compelido* a obedecer” (512). Em todo o caso, mesmo obedecendo por dever, a sua conduta deverá ser tida como ilícita, atento o carácter objectivo da ilicitude: “a legalidade respeita à obrigação de obedecer, mas não ao conteúdo da ordem; à obediência, mas não à acção” (513). Ao subordinado estaria, por isso, reservada somente uma exclusão da culpa (514). Assim se afastaria a sua responsabilidade, o que lhe seria devido por uma questão de justiça, e ao mesmo tempo seria assegurado o direito de legítima defesa do agredido pela conduta de execução, salvaguardando-se a possibilidade de responsabilizar o superior (515).

A incongruência de ao mesmo tempo admitir que o subordinado esteja obrigado a cumprir uma ordem ilegítima e negar a justificação do facto por ele praticado — incongruência que foi precisamente explo-

(511) ANTÓN ONECA, *DP-PG*, p. 274.

(512) DIAZ PALOS, «Obediencia Debidada», p. 751. No mesmo sentido, ANTÓN ONECA, *DP-PG*, p. 273, RODRÍGUEZ MUÑOZ (N. do T.), in: MEZGER, *Tratado*², p. 442, SAINZ CANTERO, José Antonio, *La Exigibilidad de Conducta Adecuada a la Norma en Derecho Penal*, Granada: Universidad de Granada, 1965, p. 143, e RIVACOBRA y RIVACOBRA, Manuel de, *Recensão*, p. 327.

(513) ANTÓN ONECA, *DP-PG*, p. 275.

(514) Nesta direcção, sob perspectivas várias, QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios*, I, p. 146 e ss., ANTÓN ONECA, *DP-PG*, p. 273 e ss., RODRÍGUEZ MUÑOZ (N. do T.), in: MEZGER, *Tratado*², p. 442, FERRER SAMA, *Comentarios*, I, p. 251 e ss., SAINZ CANTERO, *La Exigibilidad*, p. 139 e ss., e DIAZ PALOS, «Obediencia Debidada», p. 751.

(515) Cf. ANTÓN ONECA, *DP-PG*, p. 275, e SAINZ CANTERO, *La Exigibilidad*, p. 142: “é decisiva a consideração de que se a conduta do que realiza um delito em cumprimento de uma ordem fosse lícita, não caberia contra ele a legítima defesa do terceiro agredido, situação que repugna à justiça, pois considerá-la como causa de justificação equivaleria a dizer que o resultado é lícito, postulado totalmente inaceitável”.

rada pela teoria da aparência para sustentar a exclusão da ilicitude nesses casos — abriu caminho a uma segunda fase na contestação à natureza justificante das ordens ilícitas, cujo mote é o seguinte: não há ordens ilegítimas justificantes, porque não há ordens ilegítimas obrigatórias (516). Reconhecido que não faria sentido considerar ilícita a conduta levada a cabo em cumprimento de um dever juridicamente imposto, a via a seguir para negar a justificação e afirmar a ilicitude estaria, pois, em demonstrar que a ordem jurídica não prevê a existência de ordens ilegítimas ou, pelo menos, penalmente ilegítimas, que sejam obrigatórias para o subordinado. Demonstração que foi realizada quer no plano dos princípios, quer no plano dogmático da interpretação do tipo legal de crime de desobediência de funcionário. Com efeito, se naquela primeira fase, decorrida sob a égide da ditadura franquista, a preocupação da doutrina não se prendia tanto com a possibilidade de existirem ordens ilícitas obrigatórias, quanto com a sua compatibilidade com um sistema do facto punível em que não fosse posta em causa a natureza objectiva da categoria da ilicitude, nesta segunda fase, que despontou com a instauração do regime democrático, após a Constituição espanhola de 1978, é a preocupação da formação de um sistema penal próprio de um Estado de direito que surge em primeiro plano (517). Por isso que esta nova tomada de posição representa não só uma oposição à teoria que aponta

(516) Cf. VIVES ANTÓN, Tomas Salvador, «Consideraciones Político-criminales en Tomo a la Obediencia Debidada», *Estudios Penales y Criminológicos*, V, 1982, p. 133 e ss., MORILLAS CUEVA, *La Obediencia Debidada*, p. 67 e ss. e *passim*, COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *DP-PG*⁴, p. 441 e ss., QUINTERO OLIVARES / MORALLES PRATS / PRATS CAVUT, *DP-PG*, p. 439 e ss., CARBONELL MATEU, *Comentarios*, I, art. 20.º, 3.2, e MORALLES PRATS, *Comentarios*², antes do art. 19, p. 132 e s.

(517) Paradigmático, VIVES ANTÓN, «Consideraciones Político-criminales...», p. 131 e ss.: “nestes momentos em que a jovem democracia espanhola acaba de experimentar um dos mais graves ataques de que pode ser objecto um regime político é necessário prestar uma atenção particular e minuciosa a todos e cada um dos institutos jurídicos, e não só sob um ponto de vista técnico, mas também atendendo primordialmente à sua possível projecção política”. Aquele artigo reproduz uma conferência dada por Vives Antón em Santiago de Compostela, a 18 de Março de 1981, e refere-se ao golpe militar ocorrido no mês anterior, em 23 de Fevereiro de 1981, planeado por post-álgeicos do franquismo e que ficou conhecido como “tejerazo”, em alusão ao Tenente Coronel Tejero, o militar que entrou nas Cortes espanholas de pistola em punho enquanto os deputados cingiam um novo governo.

natureza justificante às ordens ilegítimas, como também às teorias de índole desculpacionista que admitem que uma ordem ilegítima possa ser obrigatória.

A rejeição das chamadas ordens ilegítimas obrigatórias assenta, pois, desde logo, em uma opção político-criminal de fundo, a de que em caso algum a legalidade pode ser ultrapassada pela hierarquia, pois a origem desta radica naquela, que lhe confere a sua força vinculante (518). De acordo com Vives Antón, “a eximente da obediência devida desempenha um mau papel no Código Penal de um Estado democrático. Porque um Estado democrático é, antes de mais nada, um Estado normativo, um Estado de leis, e a eximente de obediência devida alça-prema, «de facto», as decisões e ordens sobre as normas e as leis” (519). Por isso, como refere Quintero Olivares, no processo que precedeu a aprovação do CP espanhol de 1995 a doutrina reclamou uma modificação substancial do regime legal da obediência e da desobediência em torno da ideia central de que “a eficácia da Administração pública e o princípio da autoridade e hierarquia jamais podem ser colocados acima do princípio da legalidade penal e da tutela penal de certos bens jurídicos, cuja lesão ou colocação em perigo não pode nem justificar-se, nem desculpar-se em nome da obediência” (520).

Entre aqueles que se filiam nesta perspectiva, há quem considere que a força destes princípios é suficiente para descartar a hipótese da existência de ordens penalmente ilegítimas obrigatórias, ao passo que outros entendem ser ainda necessário descer ao terreno da interpretação do regime punitivo da desobediência de funcionário, pois é aí que os partidários da tese da justificação jogam o seu principal trunfo, impondo-se também uma resposta nesse domínio.

Morillas Cueva afirma que em um Estado de direito democrático a prevalência da legalidade sobre a autoridade é de tal forma evidente que pode mesmo ser considerada uma tautologia (521). Daí que a conformi-

(518) Nestes termos, Vives Antón, «Consideraciones Político-criminales...», p. 143 e s., e Morillas Cueva, *La Obediencia Debida*, p. 86.

(519) Vives Antón, «Consideraciones Político-criminales...», p. 146. No mesmo sentido, Morillas Cueva, *La Obediencia Debida*, p. 86, e Orts Berenguer, Enrique, *Comentarios*, II, art. 410, 4.

(520) Quintero Olivares, *Comentarios*², art. 410, p. 1873.

(521) Cf. Morillas Cueva, *La Obediencia Debida*, p. 86 e s.

dade do sistema legal com a lei fundamental pressupõe que a admissibilidade legal de eventuais desvios àquele princípio se mantenha dentro de limites muito estreitos, em que só podem caber “casos de escasso significado em que o legislador, pensando em uma fluidez da Administração do Estado, valore o dever de obediência do subordinado ao superior, enquanto princípio fundamental para toda a actividade do Estado, em grau superior ao dever de obediência à ordem jurídica” (522). Nas infrações insignificantes cujo cometimento pode ser juridicamente imposto ao subordinado não entrarão, por definição, as que tenham relevância penal, pelo que uma leitura conforme à Constituição do problema das ordens da autoridade impõe a negação da existência de ordens penalmente ilegítimas obrigatórias. Assim, conclui Morillas Cueva que “ou o sujeito tem conhecimento do conteúdo delituoso do mandato, que viola manifestamente o ordenamento jurídico e, portanto, é não obrigatório; ou o sujeito actua na crença de que não é antijurídico e o considera obrigatório, com o que, em consequência, cabe a aplicação da eximente [obediência devida, como causa de exclusão da culpa (523)], ainda que o mandato de natureza delituosa não seja de facto obrigatório. Em nenhum dos casos o mandato gerador de uma conduta delituosa é vinculante” (524).

Mais longe, advogando a inexistência de quaisquer ordens ilegítimas obrigatórias e não apenas daquelas com relevância penal, vão aqueles que, partilhando da mesma visão acerca da preponderância do princípio da legalidade sobre o princípio da hierarquia como condição fundamental para a formação de um Estado de direito material, propõem uma reinterpretção do tipo legal de crime de desobediência de funcionário ancorada naquele referente político-criminal (525).

Como ficou exposto, o argumento principal da teoria da aparência para afirmar a possibilidade de uma ordem ilegítima produzir a exclu-

(522) Morillas Cueva, *La Obediencia Debida*, p. 87.

(523) Cf. Morillas Cueva, *La Obediencia Debida*, p. 146 e ss.

(524) Morillas Cueva, *La Obediencia Debida*, p. 87.

(525) Cf. Vives Antón, «Consideraciones Político-criminales...», p. 133 e ss., como del Rosal / Vives Antón, *DP-PG*⁴, p. 441 e ss., Quintero Olivares / Morales Prats / Prats Canut, *DP-PG*, p. 439 e ss., Carbonell Mateu, *Comentarios*, I, art. 20.7.º, 3.2, Orts Berenguer, Enrique, *Comentarios*, II, art. 410, 4, e Morales Prats, *Comentarios*², antes do art. 19, p. 132 e s.

são da ilicitude da respectiva conduta de execução é o de que o tipo legal de crime de desobediência de funcionário impõe um dever de obediência a ordens não manifestamente ilegítimas. Conclusão retirada da qualificação do n.º 2 do art. 410 do CP espanhol como causa de justificação. Assim, enquanto no n.º 1 daquele preceito se encontra o tipo incriminador do crime de desobediência, no n.º 2 prevê-se uma causa de justificação especial daquela conduta típica no caso em que a ordem constitua uma infração manifesta, clara e terminante de um preceito da lei ou de qualquer outra disposição geral. Deste modo, o subordinado que não dê cumprimento a uma ordem que não constitui uma infração manifesta de uma disposição legal realiza um facto típico de desobediência, que não está coberto por aquela causa de justificação e é, por isso, ilícito. Sendo ilícita a desobediência, a *contrario* deverá entender-se que a obediência a uma ordem não manifestamente ilegítima é legalmente devida e nessa medida a conduta típica realizada pelo subordinado em cumprimento dessa ordem estará justificada por ser executada no cumprimento de um dever legal. É contra esta interpretação que se insurge Vives Antón, propondo uma nova leitura deste regime legal, que colheu a adesão da maior parte daqueles que se pronunciam contra a admissibilidade de ordens ilegítimas obrigatórias no âmbito de um Estado de direito material.

É precisamente da função da autoridade no quadro de um Estado democrático que parte Vives Antón para concluir que do tipo legal de crime de desobediência de funcionário não resulta nenhum dever legal de obediência a ordens não manifestamente ilegítimas (526). Com efeito, considera que “toda a autoridade procede da lei e a força de todas e cada uma das decisões da autoridade reside na sua cobertura legal” (527). Desta forma, a tutela da autoridade, nomeadamente através da criminalização da desobediência de funcionário, só se justifica quando a mesma seja exercida em conformidade com a fonte da qual ela promana, a lei. O bem jurídico a cuja protecção o crime de desobediência de funcionário se encontra adstrito só pode ser, assim, “o exercício *legítimo* da autori-

dade” (528). Ora, sendo esse o bem jurídico do delito de desobediência de funcionário, deverá entender-se que não é típica a desobediência a uma ordem manifestamente ilegal, pois nesse caso não há qualquer lesão ou colocação em perigo do bem jurídico: “só quando a aparência de legitimidade da ordem revista um mínimo de consistência poderá afirmar-se que o bem jurídico foi, de algum modo, afectado. E só então, a partir de uma efectiva lesão ou colocação em perigo do bem jurídico se colocará o problema de uma possível justificação” (529). Nesse sentido, o n.º 2 do art. 410 do CP espanhol não se trata de uma causa de justificação, mas antes de uma circunstância que exclui a tipicidade. A desobediência só é típica quando disser respeito a uma ordem que não infrinja a lei de forma manifesta, clara e terminante, pois o funcionário que não acata essa ordem aparentemente legítima acaba por de alguma forma comprometer o exercício legítimo da autoridade. De todo o modo, daí não se deverá concluir que a sua conduta, apesar de típica, será também ilícita. É que se a ordem for ilegal, ainda que não de modo manifesto, o subordinado “poderá sempre invocar a seu favor uma causa de justificação: o cumprimento de um dever (porque o dever de obedecer às leis deve prevalecer sobre o dever de obedecer à autoridade, que não é senão executora da lei) ou, em última instância, o estado de necessidade (pois o mal representado pelo cumprimento de uma ordem ilegal será sempre maior que o que poderia resultar do seu incumprimento)” (530).

(528) VIVES ANTÓN, «Consideraciones Político-criminales...», p. 143 e s., e COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *DP-PG⁴*, p. 444 e s. No mesmo sentido, considera CARBONELL MATEU, *Comentarios*, I, art. 20.7.º, 3.2., que o bem jurídico protegido pela tipificação do delito de desobediência “não pode ser outro senão o serviço da Administração conforme aos interesses gerais, de acordo com os citados princípios, especialmente o da hierarquia, com submissão plena à lei e ao direito”.

(529) VIVES ANTÓN, «Consideraciones Político-criminales...», p. 144, e COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *DP-PG⁴*, p. 445. Na mesma direcção, CARBONELL MATEU, *Comentarios*, I, art. 20.7.º, 3.2., e ORTS BERENGUER, Enríque, *Comentarios*, II, art. 410, 4.º; e na conclusão de que o art. 410-2 contempla uma causa de atipicidade, MORALES PRATS, *Comentarios*, antes do art. 19, p. 132 e s., e QUINTERO OLIVARES, *Comentarios*, art. 410, p. 1875.

(530) VIVES ANTÓN, «Consideraciones Político-criminales...», p. 145, e ainda COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *DP-PG⁴*, p. 445, e ORTS BERENGUER, Enríque, *Comentarios*, II, art. 410, 4.º. CARBONELL MATEU, *Comentarios*, I, art. 20.7.º, 3.2., refere-se somente ao cumprimento de um dever como causa de justificação da desobediência.

(526) Cf. VIVES ANTÓN, «Consideraciones Político-criminales...», p. 143 e s.

(527) VIVES ANTÓN, «Consideraciones Político-criminales...», p. 143 e s., e COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *DP-PG⁴*, p. 444.

Nem contra isto se argumente que se assim fosse se chegaria à estranha situação de se estar perante uma conduta típica sempre justificada (531). Crítica que não procede pela simples razão de que, em regra, quando a ordem seja legítima, a desobediência é típica e ilícita.

Colocada a questão nestes termos, entende este sector doutrinário que, dada a inexistência de ordens ilegítimas obrigatórias, a justificação por obediência devida só se dá quando o funcionário realize um facto típico em cumprimento de uma ordem legítima. Por isso que a obediência devida justificante não é senão uma modalidade da dirimente cumprimento de um dever (532).

Em todo o caso, uma vez mais se deverá salientar que não é inteiramente correcto pensar que para este sector não possam existir ordens ilegítimas que conduzam a uma exclusão da ilicitude. É que aqui encontramos precisamente uma parte significativa daqueles que na doutrina espanhola advogam uma avaliação *ex ante* da ilicitude (533).

Estando em causa uma ordem cuja ilegitimidade seja conhecida pelo subordinado, mesmo que a infracção não seja manifesta, não há da parte desta corrente doutrinária qualquer dúvida em considerar que o subordinado não deve obediência e que se realizar o facto típico ordenado a sua conduta é ilícita. A saída encontrada para explicar a cessação do dever de obediência indica claramente que o pensamento destes autores incide sobre situações em que a ilegalidade não é manifesta, mas o subordinado tem conhecimento da mesma. O entendimento de que em tais circunstâncias a desobediência do inferior estará justificada pelo cumprimento de um dever ou pelo estado de necessidade pressupõe necessariamente que o subordinado conheça a ilegitimidade do que lhe é ordenado (534). É que nos casos em que tal não acontece, não pode

(531) Assim, MIR PUIG, Santiago, *DP-PG*⁵, p. 504⁵⁶.

(532) Neste sentido, cf. COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *DP-PG*⁴, p. 441 e ss., CARBONELL MATEU, *Comentarios*, I, art. 20.7.º, 3.2, e QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS / PRATS CANUT, *DP-PG*, p. 439 e ss.

(533) Estamo-nos a referir, concretamente, a CARBONELL MATEU, *Comentarios*, I, art. 20.7.º, 4.2.1, MORALES PRATS, *Comentarios*², art. 20.7.º, p. 196, e COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *DP-PG*⁴, p. 429 e s.

(534) MORALES PRATS, *Comentarios*², antes do art. 19, p. 133, admite expressamente que a justificação por cumprimento de um dever “reclamaria que o funcionário, inferior hierárquico, conhecesse o carácter antijurídico da ordem ou mandado”.

ser exigido ao subordinado que cumpra o dever de desobedecer ao mandado.

Se, pelo contrário, a ilegitimidade da ordem não é manifesta e por isso mesmo o subordinado a executa na convicção de que é legítima, praticando assim um facto típico, uma avaliação *ex ante* da ilicitude determina, regra geral, como demonstrou Queralt i Jiménez, a exclusão da respectiva ilicitude. A confirmar a conclusão de que, nas situações de ilegalidade não manifesta desconhecida do subordinado, este sector doutrinário aponta para uma exclusão da ilicitude está o facto de o fundamento invocado para uma eventual exclusão da culpa por obediência em nenhum caso residir no erro sobre a situação de facto justificante, considerando-se geralmente que se trata de uma situação de inexigibilidade (535), que pressupõe o conhecimento da situação consubstanciadora da ilicitude. À questão de uma possível exclusão da culpa só se chega, pois, nos casos em que o agente tem conhecimento da ilegitimidade da ordem. Quando não o tenha, não sendo a ordem manifestamente ilegal, o problema é logo resolvido ao nível da ilicitude, no sentido da sua exclusão.

Temos, pois, que apesar de se manifestarem contra a admissibilidade das denominadas ordens ilegítimas obrigatórias e do seu efeito justificante, Vives Antón, Carbonell Mateu ou Morales Prats, ao defenderem que a ilicitude deve ser avaliada em uma perspectiva *ex ante*, acabam por aceitar uma exclusão da ilicitude da conduta de execução nos casos em que a ordem que a precedeu não seja manifestamente ilegal e o subordinado actue desconhecendo as circunstâncias que determinam a sua ilegitimidade. Em bom rigor, não se poderá assim afirmar que esta corrente doutrinária se opõe a que uma ordem efectivamente ilegítima possa excluir a ilicitude do facto típico praticado em sua execução.

Deste modo, o que separa este sector da denominada teoria da aparência é bastante menos do que à primeira vista poderia parecer. Claro que tal não poderá ser afirmado se se tomar em linha de conta uma posição como a de Muñoz Conde e García Arán, que entendem

(535) Cf., referindo-se ao art. 8-12 do CP espanhol anterior, VIVES ANTÓN, “Consideraciones Político-criminales...”, p. 141 (“se bem que a ordem careça de força para vincular juridicamente o subordinado, o seu cumprimento é visto pelo ordenamento jurídico como desculpável, em virtude da pressão que sobre este pode exercer a relação hierárquica”), e MORALES PRATS, *Comentarios*², antes do art. 19, p. 133.

que o dever de obediência se mantém perante ordens cuja ilegalidade é conhecida do agente. Em relação ao entendimento contrário, expresso por Rodríguez Devesa, de que o subordinado não deve acatar a ordem quando tenha conhecimento da sua ilicitude, a diferença residirá naqueles casos em que a ordem seja claramente ilegal, sem que o inferior se aperceba de tal: a posição de Rodríguez Devesa conduz à justificação do facto, ao passo que a avaliação da situação sob a perspectiva *ex ante* determina a sua ilicitude. Finalmente, em termos substanciais, pouco ou mesmo nada distingue a tese deste sector que preconiza um ponto de vista *ex ante* da tese de Santiago Mir Puig, que só admite a justificação quando o agente não saiba que a ordem é ilegítima e essa ilegitimidade não for manifesta. Com efeito, estas duas condições que Mir Puig estabelece para que o facto possa ser considerado justificado são as mesmas que determinam uma exclusão da ilicitude a partir de uma apreciação *ex ante*. A única diferença pensável entre uma tese e a outra verifica-se ao nível dos efeitos e somente para aqueles que aceitem uma distinção entre justificação e exclusão da ilicitude, no sentido de aquela impor um total dever de suportar e esta admitir ainda uma reacção em estado de necessidade: considerando-se o facto justificado, como Mir Puig, não é admissível qualquer resposta do agredido à conduta de execução do subordinado; considerando-se meramente excluída a ilicitude do facto, como Queralt i Jiménez, subsiste a possibilidade de uma defesa em estado de necessidade⁽⁵³⁶⁾.

Em conclusão, pode considerar-se largamente maioritária na doutrina espanhola a tese da possibilidade da exclusão da ilicitude em caso de cometimento de um facto típico em execução de uma ordem ilegítima. A esse resultado se chega quer pela via directa da justificação determinada pela consideração de que o tipo legal de crime de desobediência de funcionário impõe um dever de obediência a ordens não manifestamente ilegais, quer pela via indirecta de que em uma perspectiva *ex ante* o funcionário tem razões para crer que a ordem é legítima e que nessa medida o facto não pode ser tido como ilícito, própria do modelo do erro.

(536) Cf. QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Debida*, p. 435 e ss.

§ 9.4. O sistema português

§ 9.4.1. Até à Constituição de 1976

No sistema nacional, até à Constituição de 1976, a questão do carácter obrigatório das ordens ilegítimas foi essencialmente marcada no âmbito penal pela aceitação ou recusa de um critério de acessoriedade administrativa. Na vigência do CP de 1886, em especial durante o Estado Novo, o teor do art. 44.º-3, que consagrava a obediência devida como causa de exclusão da responsabilidade penal — consideravam-se justificados “os inferiores, que praticam o facto em virtude de obediência *legamente devida* a seus superiores legítimos, salvo se houver excesso nos actos ou na forma de execução” —, levou parte da doutrina a entender que essa exclusão da responsabilidade penal seria, em último termo, determinada pelo que, em sede de direito administrativo, se dispusesse quanto ao dever de obediência dos funcionários⁽⁵³⁷⁾. Por isso, ao contrário do sucedido nas diversas doutrinas penais analisadas, o discurso penal foi fortemente influenciado pelo debate que, paralelamente, ocorria na doutrina administrativista.

1. Neste contexto, é possível identificar uma primeira fase, iniciada com o CP de 1852 e que se prolongou até ao estudo que Magalhães Collaço dedicou ao dever de obediência dos funcionários⁽⁵³⁸⁾, que se caracterizou pela determinação da responsabilidade penal do funcionário que acua sob a ordem de um superior com independência do regime do direito administrativo relativo ao dever de obediência dos funcionários.

Nesta primeira fase, a doutrina dominante defendia a exclusão do *dever de obediência quando a ordem conduzisse à prática de um crime*. Assim, Levy Maria Jordão, mesmo perante preceitos legais como o do crime de resistência (art. 186.º) ou do crime de desobediência de funcionário (art. 303.º), que não faziam qualquer menção à necessidade de

(537) Cf., na mesma direcção, Dias, Figueiredo, *DP-FG*, I, 2004, 18.º Cap., § 7.

(538) COLLAÇO, Magalhães, «A Desobediência dos Funcionários Administrativos...», p. 85 e ss.

o acto de autoridade ou de a ordem serem legítimos para que o particular pudesse ser punido por resistência ou o funcionário por desobediência, e apesar do disposto no art. 298.º (539), afirmava peremptoriamente que não poderia um particular ser punido por resistir a um acto ilegal da autoridade (540) ou um funcionário ser, em geral, isento de responsabilidade pela prática de um crime pelo facto de estar a actuar a coberto de uma ordem. Embora admitisse que, por regra, o dever de obediência próprio da organização hierárquica deveria ser afirmado mesmo em casos em que o mandado se mostrasse ilegítimo (541), a verdade é Levy Maria Jordão

(539) A redacção do art. 298.º dos Códigos Penais de 1852 e 1886 era a seguinte: "Se um empregado público for acusado de ter cometido algum dos actos abusivos, qualificados crimes, dos artigos antecedentes desta secção [crimes de abuso de autoridade], e provar que o superior, a que deve directamente obediência, lhe dera, em matéria da sua competência, a ordem em forma legal para praticar esse acto, será isento da pena, a qual será imposta ao superior que deu a ordem".

(540) A proposta do crime de resistência do art. 186.º do CP de 1852, escreveu Jordão, Levy Maria, *Commentario ao Código Penal Portuguez*, II, Lisboa, 1853, p. 206 e ss.: "Elementos de resistência mediata — (...) 3.º que [o agente ou subalterno da autoridade] exerça as suas funções para a execução das leis ou mandados da autoridade; pois obrando fóra do exercício legal das suas funções já não obra com autoridade nem como autoridade, porque o seu poder não se estende além da esphera que lhe é marcada nas leis; daqui vem que neste caso a opposição não deve nem pôde constituir resistência. Esta doutrina já era expressa em direito romano na L. 5 Cod. *de jure fisci* (...); e seguida pelos doutores desde o tempo dos glossadores (...). O rigor da lei não deve neste caso recahir sobre quem resiste, mas sobre a autoridade que, desconhecendo os seus deveres, provoca a resistência. Seria um absurdo punir um cidadão por ter resistido a um acto que as leis consideram como crime, qual é o excesso e abuso de poder".

Opinião contrária tinha FERRÃO, F. da Silva, *Theoria do Direito Penal Applicada ao Código Penal Portuguez*, Vol. V, Lisboa: Imprensa Nacional, 1857, p. 49, a quem parecia "óbvio, para se não evitar um inconveniente com outro maior, qual o de auctionisar a contraposição da força privada á força arbitrária, que a resistencia licita deve ter os seus limites definidos na lei, e que sómente a reconhecida illegalidade e incompetencia, e os actos de deieza necessaria devem ser tomados em consideração para attenuar, mas nunca para absolver toda e qualquer resistencia punivel ou não em si mesma, com abstracção da legalidade ou legitimidade dos actos dos funcionarios, que por taes são reconhecidos". A comparação entre os dois textos não parece dar razão a CORREIA, Eduardo, II, p. 1264, na consideração de que, apesar de mais restritivo, Silva Ferrão concordava largamente com Jordão.

(541) JORDÃO, Levy Maria, *Commentario ao Código Penal Portuguez*, III, Lisboa, 1853, p. 168 e s., distinguia entre competência especial e geral do superior, a primeira

impunha uma restrição fundamental, considerando que "o inferior não deve obedecer uma vez que o facto seja qualificado como criminoso pela lei" (542), no que era seguido por Silva Ferrão (543).

É com Manuel Dias da Silva, já perante o CP de 1886, que, no período pós-Ordenações, aparece pela primeira vez entre nós uma posição contrária à de Levy Maria Jordão e de Silva Ferrão, no sentido de o dever de obediência do subordinado compreender ordens ilegais para a prática de crimes, do qual resultaria a justificação da conduta de execução (544). Para Dias da Silva, tendo em conta o art. 34.º-3 da Nova Reforma Penal de 1884 e os arts. 44.º-3 e 298.º do CP de 1886, tudo estaria em saber em que casos a obediência seria ou não legalmente devida: quando o não fosse, o subordinado poderia e deveria desobedecer e caso cumprisse o mandado e realizasse um facto punido pela lei penal, deveria ser responsabilizado; quando o fosse, o facto estaria justificado. Isto porque "não commette um acto ilicito quem cumpre com o seu dever. Seria absurdo e contradictorio que a lei impozesse aos subalternos a obrigação de obedecer aos superiores legítimos e os tornasse ao mesmo tempo responsaveis pelas consequências dos actos que não

referida a certo e determinado acto por ele ordenado e a segunda ao género de actos ou poder de dar ordens sobre certa matéria a ele atribuídos — distincção que ancipou a que mais tarde se passou a realizar entre legalidade interna ou material e legalidade externa ou formal —, e entendia que o subordinado podia examinar a competência geral, mas não a especial.

(542) JORDÃO, Levy Maria, *Commentario*, III, p. 169. E continua, afirmando, a propósito do citado art. 298.º do CP de 1852, que "cháõ parece que o Código desconhece estes principios, pois determina que se o inferior cumprir a ordem de praticar alguns dos actos qualificados como crimes nos art. anteriores fica isento de pena. Não é assim; o Código só estabelece semelhante doutrina a respeito de crimes que consistem em abuso de poder em certas *hypotheses*, e como o inferior não tem a examinar a competência especial do superior mas só a geral [cf. a nota anterior], vai coherente com estes principios. Já não haveria esta coherencia se estabelecesse a mesma doutrina a respeito de todos os factos declarados como crimes em todo o Código".

(543) FERRÃO, F. da Silva, *Theoria do Direito Penal Applicada ao Código Penal Portuguez*, Vol. VI, Lisboa, p. 157: "A obediencia é devida então, não em rasão da superioridade pessoal, mas da superioridade legal. Toda a questão pois se reduz á legalidade intrinseca e extrinseca da sentença, decisão ou ordem".

(544) SILVA, Manuel Dias da, *Estudo Sobre a Responsabilidade Civil Connexa com a Criminal*, I, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1886, p. 160 e ss.

podiam deixar de praticar" (545). Fundamental seria, assim, determinar em que circunstâncias se poderia afirmar a obediência como legalmente devida. Apela para isso ao disposto no art. 303.º do CP de 1886 (546), que, à semelhança do CP anterior, punia o funcionário que desobedecesse a uma ordem do superior legítimo dada em forma legal e em matéria da sua competência. Verificada que fosse a competência do superior e observada a forma prescrita, a ordem tornaria a obediência legalmente devida e eliminaria a ilicitude da conduta do subordinado: "ao inferior resta, pois, apenas o direito e o dever de examinar se a ordem do seu superior hierárquico, regular quanto à forma legal externa, exorbita ou não, da esfera dos negócios da sua competência. No primeiro caso não lhe deve obediência legal (...); no segundo caso, a obediência é legalmente devida, e por isso que reconheça que o facto ordenado é criminoso, é obrigado a cumpril-o, e se o cumprir em nenhuma responsabilidade incorre" (547).

2. A controvérsia acerca da possibilidade de a obediência a ordens superiores justificar a conduta do subordinado, apesar da natureza cri-

(545) SILVA, Dias da, *Estudo Sobre a Responsabilidade Civil*, p. 160.

(546) O art. 303.º do CP de 1886 (Desobediência dos funcionários e recusa do cumprimento de decisões judiciais), que transitou praticamente inalterado do CP de 1852, tinha a seguinte redacção:

" (...)

§ 1.º Qualquer outro empregado público que recusar dar o devido cumprimento às ordens que o superior, a que deve directamente obediência, lhe der em forma legal em matéria da sua competência, será punido com a demissão ou suspensão, segundo as circunstâncias.

§ 2.º Se for caso em que, segundo a lei, possa ter lugar a representação do empregado inferior, com suspensão da execução da ordem, só terá lugar a pena, se depois de desaprovada a suspensão pelo superior, e repetida a ordem, houver a recusa da sua execução."

(547) SILVA, Dias da, *Estudo Sobre a Responsabilidade Civil*, p. 163 e s. No entender de Dias da Silva, "o legislador, recendo romper a unidade administrativa, paralisar o seu poder e chegar assim a resultados bem mais perigosos que os d'um acto ilegal isolado d'uma autoridade alás responsável, não permite que o inferior se constitua juiz da legitimidade das ordens dadas pelo seu superior hierárquico em matéria da sua competência, e por isso obriga-o a obedecer sempre, tornando-o responsável pela desobediência".

minosa da ordem, dobrou o século, mas adquiriu novas feições. Se a questão era resolvida pelos autores de oitocentos sem sair do âmbito penal, com Magalhães Collaço iniciou-se uma nova fase neste domínio, caracterizada pela abertura ao direito administrativo, que duraria até aos anos de 1960, altura em que Eduardo Correia avançou uma resposta fundada em exclusivo no direito penal.

2.1. A posição de princípio de Magalhães Collaço coincide com a de Levy Maria Jordão e Silva Ferrão. Porém, ao contrário destes, a sua abordagem do problema não se confina ao direito penal, recorrendo ao direito administrativo para a definição da responsabilidade penal do subordinado, colocando-a na dependência do estatuto legal dos funcionários públicos. Também ele se mostra apologistas de que o dever de obediência cessa quando da ordem resulte a prática de um crime. Na realidade, no espectro das várias correntes que no âmbito administrativo se formaram sobre este problema, Magalhães Collaço coloca-se na chamada *via legalista, defendendo que "o dever de obediência está inseparavelmente ligado à legalidade da ordem"* (548). Por outras palavras, no seu entender, para que haja dever de obediência "necessário se torna que a ordem seja, no fundo, legal, isto é, que com ela não se viole regra alguma de direito positivo vigente. Só assim, com a reunião de todos estes elementos ou requisitos, a ordem é verdadeiramente conforme ao direito, e só nestes termos ela pode, validamente, obrigar" (549). Apreciada na sua globalidade, a solução de Magalhães Collaço vai ainda mais longe do que a de Levy Maria Jordão, que aceitava um dever de obediência a ordens ilegais, posto que não criminosas.

Não obstante esta posição de princípio, a interpretação do teor do tipo legal de desobediência dos funcionários força Magalhães Collaço a concluir provisoriamente, *de jure constituto*, em sentido diverso, aproximando-o de Dias da Silva: "quando se trata de ordens transmitidas aos empregados públicos, em face do art. 303.º, § 1.º do código penal não se exige, para que seja devida obediência, que a ordem ou mandado seja

(548) COLLAÇO, Magalhães, «A Desobediência dos Funcionários Administrativos...», p. 82.

(549) COLLAÇO, Magalhães, «A Desobediência dos Funcionários Administrativos...», p. 85.

legítima ou legal: apenas se exige que a ordem seja dada pelo superior a quem é devida directa obediência, em forma legal e em matéria da sua competência" (550). Isto porque "o artigo 303.º, § 1.º, como sempre se tem reconhecido, não permite outra apreciação por parte do agente que recebe a ordem se não a que tenha por fim verificar se a ordem foi dada por quem de direito, em matéria da competência do superior e inferior, e em forma legal, e a simples leitura da disposição revela que a legalidade da ordem não é elemento essencial do crime" (551).

Magalhães Collaço acaba, porém, por afirmar existir no direito positivo um regime legal posterior ao do CP de 1886 e que a ele se sobrepõe, o do Código Administrativo de 1896, segundo o qual, nos termos do art. 435.º, os funcionários "são obrigados a cumprir, sob pena de desobediência, e salvo o direito de respeitosa representação, todas as decisões e ordens *legas* dos seus superiores". Em face deste preceito e em abono da sua concepção legalista, Magalhães Collaço conclui que "o funcionário encarregado de qualquer serviço administrativo, e sob o ponto de vista da sua responsabilidade criminal, tem o poder de apreciar com inteira independência a legalidade da ordem ou decisão que lhe é imposta pelo superior hierárquico, não incorrendo em responsabilidade sempre que, convencido da sua ilegalidade, se recusa a cumprir a ordem ou decisão ilegal" (552). Assim, ainda em coerência, que "se, apesar de ilegal a ordem, o subalterno a cumprir, incorre em responsabilidade criminal juntamente com o superior que lh'a deu, e isto em harmonia com os artigos 41.º n.º 2, e 44.º n.º 3, do código penal. Naquele considera-se justificado o facto, e é portanto *circunstância derivante da responsabilidade criminal*, a de os inferiores, que praticam o facto, o fazerem em virtude de obediência legalmente devida a seus superiores legítimos, salvo havendo excesso nos actos ou forma da sua execução. Ora *em relação aos funcionários administrativos*, a obediência só é «legalmente devida» nos termos que define o artigo 435.º do código administrativo, isto é, em relação às *decisões e ordens legais*" (553). A justificação do facto

(550) COLLAÇO, Magalhães, «A Desobediência dos Funcionários Administrativos...», p. 91.

(551) COLLAÇO, Magalhães, «A Desobediência dos Funcionários Administrativos...», p. 90.

(552) COLLAÇO, Magalhães, «A Desobediência dos Funcionários Administrativos...», p. 96.

praticado pelo subordinado está, pois, dependente da legitimidade da ordem que o determina. Sendo a ordem ilegítima, ilícita será também a conduta de execução.

Se Magalhães Collaço logrou demonstrar a procedência da sua tese legalista à luz do direito positivo da sua época, a verdade é que o fez apoiado em uma linha de raciocínio susceptível de conduzir a resultados perfeitamente distintos em virtude de qualquer oscilação legal. Sem querer ser injusto para o estudo de Magalhães Collaço, a todos os títulos meritório e que só pode ser acusado de demasiado avançado para o seu tempo, especialmente para o tempo que pouco depois se lhe seguiu, a verdade porém é que ao tornar a justificação por obediência devida dependente das disposições legais do direito administrativo incidentes sobre o dever de obediência dos funcionários abriu a porta por onde, mais tarde, acabaram por entrar as teorias da via hierárquica a que se opunha. A aceitação dessa dependência implicou a admissão no contexto penal de uma autêntica acessoriedade administrativa, pela qual a resposta à questão da responsabilidade penal do subordinado que realiza um facto típico em cumprimento de uma ordem ilegítima passou então a ser encontrada no quadro do direito administrativo (554).

2.2. Antes de analisarmos os termos em que *parte* da doutrina penal portuguesa do período do Estado Novo aceitou a existência daquela acessoriedade administrativa e admitiu um dever de obediência em face de ordens materialmente ilegítimas para a prática de factos tipicamente relevantes, importa recensar as várias correntes administrativistas formadas neste contexto (555), em ordem a uma melhor compreensão do quadro dogmático e legal em que aquela doutrina se moveu.

(553) COLLAÇO, Magalhães, «A Desobediência dos Funcionários Administrativos...», p. 97 e ss.

(554) Cf. FERREIRA, Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, 1940/41, p. 238 e ss., SANTOS, Beleza dos, *Lições*, p. 106 e ss., e FAVEIRO, Vitor António Duarte, «O Actual Regime da Obediência Hierárquica em Matéria Criminal», *Revista de Justiça*, 1945, n.º 683, p. 289 e ss.

(555) Para mais desenvolvimentos, cf. VALENTE, Cunha, *A Hierarquia Administrativa*, p. 148 e ss., GALATEIA, Luigi, *Teoria Giuridica degli Ordini Amministrativi*, p. 189 e ss., OTERO, Paulo, *Conceito e Fundamento da Hierarquia*, p. 153 e ss., e DESMONS, Eric, *Droit et Devoir de Résistance en Droit Interne. Contribution à une Théorie du Droit Positif*, Paris: L.G.D.J., 1999, p. 98 e ss.

O leque de correntes constituídas no seio do direito administrativo a propósito do dever de obediência do subordinado ao superior hierárquico foi de tal forma amplo que chegou a considerar-se ser esta “a *vexata quaestio* do direito administrativo moderno” (556). Entre os extremos das soluções hierárquicas puras, que defendem um dever de obediência praticamente absoluto, e o das soluções legalistas, que preconizam a prevalência total da lei sobre a hierarquia e o dever de desobediência perante ordens ilegítimas, é possível identificar variadíssimas posições de compromisso, muitas delas concordando com outras no essencial e distinguindo-se apenas em questões de pormenor. A finalidade que determina a análise que se segue implica, porém, um tratamento da questão a traço grosso, que passe por cima das muitas *nuances* que caracterizam e sob um ponto de vista conceitual permitem autonomizar essas correntes doutrinárias.

Duguit é ainda hoje considerado como a principal referência da corrente legalista, ao estabelecer que “de uma maneira geral, a ordem para fazer uma coisa contrária à lei jamais se impõe ao subordinado e jamais exclui a sua responsabilidade” (557), seja qual for a natureza dessa infração. Princípio que assenta em uma assunção da responsabilidade por cada funcionário e, na sua opinião, contra as críticas que lhe são dirigidas, não conduz à anarquia nos serviços públicos, precisamente porque “tal como o funcionário é responsável quando executa uma ordem contrária à lei, é igualmente responsável quando se recusa a executar uma ordem conforme à lei, e o bom funcionamento dos serviços será melhor assegurado pela clara noção de que todos os agentes, desde os mais elevados aos mais humildes, serão responsabilizados, do que por um sistema de disciplina passivo que amolece os caracteres, aniquila as vontades e atrofia as inteligências” (558). Além disso, como sublinha Carré de Malberg,

(556) CAETANO, Marcello, *Do Poder Disciplinar*, p. 68.

(557) DUGUIT, Léon, *Études de Droit Public. II. L'État, les Gouvernants et les Agents*, Paris, 1903, p. 625. Neste sentido, MALBERG, R. Carré de, *Contribution à la Théorie Générale de l'État*, t. Paris: Recueil Sirey, 1920, p. 521 e ss., JEZE, Gaston, *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, 3.ª ed., Paris: Marcel Giard, 1926, p. 80, e COLLAÇO, Magalhães, «A Desobediência dos Funcionários Administrativos...», p. 71 e ss. Contra, CAETANO, Marcello, *Do Poder Disciplinar*, p. 69 e ss., e VALENTE, Cunha, *A Hierarquia Administrativa*, p. 161 e ss.

(558) DUGUIT, Études, II, p. 629.

o poder hierárquico não é um fim em si mesmo, justificando-se antes pela necessidade de execução das leis de que os serviços administrativos estão incumbidos. Dessa forma, na medida em que a ordem dirigida ao subordinado não encontre na lei qualquer ponto em que se possa apoiar, a própria base em que assenta o poder hierárquico se desvanece e cessa o dever de obediência (559). Assim, de acordo com Magalhães Collaço, “o agente tem a faculdade de apreciar a legalidade da ordem que lhe é dada, devendo recusar-se a cumpri-la, embora procedendo sob sua responsabilidade, sempre que se convença de que ela é ilegal” (560). Pois se “o dever de obediência assenta na *presunção* de que é legítima a ordem do superior, porque se presume que ele não dará ordens ilegais” (561), “essa presunção não é, todavia, *juris et de jure*, e por isso cessa perante a evidência da sua ilegalidade, ou perante a convicção de ilegalidade por parte do agente encarregado de cumpri-la” (562).

Nos antípodas daquela corrente legalista encontra-se a denominada corrente hierárquica, encabeçada por Hauriou, para quem “o poder hierárquico é caracterizado por uma autoridade absoluta do superior sobre o subordinado em relação àquilo que interessa à execução da função e, por conseguinte, por uma responsabilidade política total do superior por todas as infrações cometidas pelos seus subordinados” (563). A hierarquia não é senão um meio de exigir dos outros aquilo que não se pode fazer por si próprio e nessa medida, sendo absoluta a autoridade do superior, as suas ordens devem ser executadas “à *la lettre*” (564). Deste modo, à questão de saber se “a obediência passiva devida pelo subordinado ao seu superior hierárquico cessa se àquele for imposto o cometimento de

(559) MALBERG, Carré de, *Contribution*, pp. 518 e 522.

(560) COLLAÇO, Magalhães, «A Desobediência dos Funcionários Administrativos...», p. 75.

(561) COLLAÇO, Magalhães, «A Desobediência dos Funcionários Administrativos...», p. 80.

(562) COLLAÇO, Magalhães, «A Desobediência dos Funcionários Administrativos...», p. 80.

(563) HAURIOU, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 9.ª ed., Paris: Recueil Sirey, 1919, p. 165. Ao contrário do que afirma AMARAL, Freitas do, *Curso*, t. I, p. 649, Hauriou não integra a corrente legalista. Sobre o pensamento de Hauriou neste domínio, cf., desenvolvivamente, DESMONS, Eric, *Droit et Devoir de Résistance*, p. 104 e ss.

(564) HAURIOU, *Précis de Droit Administratif*, p. 166.

ilegalidades”, deve responder-se que “o funcionário está coberto pelo superior hierárquico e que este é o único responsável” (565).

A excepção da adesão de Magalhães Collaço à via legalista, nenhuma daquelas correntes extremadas obteve acolhimento na doutrina administrativista nacional. A doutrina maioritária, na sequência das tomadas de posição de Marcello Caetano (566) e Cunha Valente, acabou por perfilhar um modelo de compromisso, em todo o caso mais próximo da tendência hierárquica, que beneficiou de consagração legal. A solução adoptada filiou-se em boa medida na experiência alemã, sobretudo no pensamento de Paul Laband.

De acordo com Laband, o dever de obediência do funcionário funda-se no contrato de serviço que o liga ao Estado (567) e é condição do bom funcionamento do aparelho administrativo estadual. É aquele vínculo contratual que explica os limites do dever de obediência do subordinado: por um lado, o subordinado não está obrigado a cumprir ordens que não digam respeito a matéria de serviço, pois o seu dever não é o de servir o superior, mas sim o Estado; e por outro lado, o funcionário não deve obediência a ordens para a prática de actos que não sejam da sua competência. Fora estes casos, o subordinado deve sempre obediência. Não lhe está, por isso, vedado o poder de examinar a ordem que lhe é dirigida, mas esse exame encontra-se limitado à verificação da presença dos limites enunciados. Em concreto, não admite que o exame se possa estender à questão de saber se o superior interpretou e aplicou correctamente a lei. Para ele, a aceitação do contrato subverteria por completo o sistema de organização hierárquica e a relação de subordinação. Em último termo, se ao subordinado fosse autorizado um exame prévio da ordem, “a decisão caberia em última instância já não ao Tribunal do Império, mas ao oficial de justiça, e já não ao Ministério das Finanças ou à Direcção Superior das Alfândegas, mas sim ao receptor das alfândegas” (568). Assim, “o dever do funcionário de examinar as

(565) HAURIOU, *Précis de Droit Administratif*, p. 165^o3.

(566) Segundo OTERO, Paulo, *Conceito e Fundamento da Hierarquia*, p. 167 e s., “seria Marcello Caetano quem determinaria as grandes coordenadas do dever de obediência hierárquica ao nível da doutrina e jurisprudência portuguesa até à entrada em vigor da Constituição de 1976”.

(567) LABAND, *Le Droit Public*, II, p. 147 e ss.

(568) LABAND, *Le Droit Public*, II, p. 151.

ordens recebidas respeita unicamente à sua legalidade formal e implica uma resposta a três questões: a autoridade que ordena é competente para ditar a ordem? O funcionário que recebeu a ordem é competente para executar o acto que lhe é ordenado? A ordem foi dada na forma legal?” (569).

Esta restrição do dever de exame aos elementos da ordem de natureza formal e a consequente imposição de um dever de obediência ao subordinado independentemente da validade substancial daquela foi entre nós adoptada no essencial por Marcello Caetano. Nas suas palavras, a corrente legalista é de recusar, dado que “implicaria a responsabilidade do funcionário pela execução de todas as ordens ilegais, e se ponderarmos que falta muitas vezes ao subalterno o conhecimento das leis e a preparação jurídica necessárias para discernir o legal e o ilegal, concluiremos que da adopção de semelhante critério resultariam grandes inconvenientes para o serviço e possíveis injustiças para os agentes. Na verdade, faltaria aos executores a confiança nos dirigentes; um estado de permanente hesitação e temor embarçaria a acção dos serviços; e seria menos escrupulosa a preparação das ordens pelos superiores, visto que sobre os subalternos se descarregaria a responsabilidade, em caso de execução” (570). Por isso, considera que “o padrão de legalidade da ordem proveniente do superior legítimo, e dada em forma legal e em objecto de serviço é (...), a competência de quem a recebe e tem de executar” (571). Para Marcello Caetano a conformidade substancial da ordem ao direito é questão sem interesse para a afirmação do dever de obediência do subordinado. Este deve, pois, executar o acto que lhe é ordenado, ainda que o mesmo seja materialmente ilegítimo.

O essencial da teoria de Laband foi também aceite por Cunha Valente (572), que todavia a procurou mitigar a partir do instituto da

(569) LABAND, *Le Droit Public*, II, p. 151.

(570) CAETANO, Marcello, *Manual*, p. 499. No mesmo sentido, NAVARRO, Luiz Lopes, *Funcionários Públicos*, Lisboa, 1940, p. 119 e ss.

(571) CAETANO, Marcello, *Do Poder Disciplinar*, p. 73. A única restrição que admite diz respeito aos funcionários colocados no cimo da cadeia hierárquica: “Admitimos excepcionalmente uma discussão mais larga, um exame mais íntimo da legalidade e correcção da ordem, quando o funcionário que deve cumprí-la pertence àquela categoria de superiores cuja missão é a de velar pela incorrupção do serviço”.

(572) VALENTE, Cunha, *A Hierarquia Administrativa*, p. 178 e ss.

respeitosa representação. Ao passo que aquele desvalorizava por completo a *remonstratio*, pela simples razão de que uma ordem não deixa de ser ilegal só porque é ditada duas vezes (573), este procurou temperar o rigor da tese hierárquica através da respeitosa representação (574). Em relação à doutrina da *remonstratio* inicialmente formulada por Gönnner, que abrangia tanto a ilegalidade formal, como material da ordem, Cunha Valente reduz o âmbito de aplicação da representação, excluindo do seu domínio as ilegalidades de índole externa. Não sendo a ordem ditada em matéria de serviço, faltando a competência do superior ou do inferior ou a forma legal, deve a mesma ser imediatamente desobedecida, não havendo lugar a qualquer representação. Esta só é pertinente nos casos em que, na perspectiva do subordinado, o conteúdo da ordem se revela contrário à lei. O inferior está, deste modo, obrigado a examinar a legitimidade intrínseca da ordem que lhe é dirigida. Em todo o caso, o âmbito desta obrigação é sumamente restrito, dado que “o dever de representação será, (...) limitado àquelas ilegalidades que um funcionário médio da sua categoria tem obrigação de reconhecer, isto é, o agente só deve exercer aquele dever em relação às ordens que, como diz a nossa lei, forem de carácter excepcional, porque não é razoável exigir-se dum agente desta categoria o exercício dum rigorosa crítica jurídica a cada ordem ou instrução que receba” (575). A respeitosa representação cum-piriria fundamentalmente duas funções (576). A primeira seria a de permitir que o subordinado pudesse fazer chegar ao superior as suas reservas quanto à legitimidade da ordem. Estando o superior de boa fé, tal

(573) LABAND, *Le Droit Public*, II, p. 1501. Na mesma direcção, cf. ainda COLLAÇO, Magalhães, «A Desobediência dos Funcionários Administrativos...», p. 76 e ss.; BETTOL, *L'Ordine dell'Autorità*, p. 60 e s., e RODRIGUEZ DEVEZA / SERRANO GOMEZ, *DP-PG*¹⁸, p. 54272 e s.

(574) VALENTE, Cunha, *A Hierarquia Administrativa*, p. 200 e ss. Também em CAETANO, Marcello, *Do Poder Disciplinar*, p. 73, se encontra um eco favorável à respeitosa representação: “Laband observa que a reclamação com o fim de exigir uma segunda ordem, não passa de um expediente preconizado por vários escritores e adoptado por algumas legislações alemãs. Seria. Mas não nos parece de todo mau, porque sem destruir a hierarquia fornece um meio de colaboração do inferior com o superior dando a este a ocasião de reconsiderar na decisão tomada”.

(575) VALENTE, Cunha, *A Hierarquia Administrativa*, p. 214.

(576) VALENTE, Cunha, *A Hierarquia Administrativa*, p. 200 e s.

não poderia ser visto senão como uma vantagem, dado que poderia levar a que o superior ponderasse novamente a decisão tomada anteriormente e, caso a entendesse ilegal, determinasse a sua não execução. A respeitosa representação seria, assim, um elemento de promoção da legalidade. A *remonstratio* permitiria, além disso, desonerar o subordinado de qualquer responsabilidade pela execução do acto. Ao apontar ao superior a ilegalidade do facto cuja prática lhe fora ordenada, o inferior como que “lava as suas mãos” e caso a ordem venha a ser reiterada, tomando-se de cumprimento obrigatório, toda a responsabilidade pela sua execução deve ser assacada ao superior hierárquico. Em substância, a doutrina de Cunha Valente acaba por se filiar na denominada corrente hierárquica, pois o dever de obediência cessa apenas quando a ordem padeça de uma ilegalidade de índole formal. Sendo a ilegitimidade da ordem fundada em uma desconformidade material com o ordenamento jurídico, deve ser sempre obedecida quando reiterada pelo superior. É a este que cabe a última palavra sobre a legalidade intrínseca da ordem e a obrigatoriedade da sua execução.

De acordo com o exposto, Magalhães Collaço acenava em abono da sua tese legalista com o que neste contexto dispunha o Código Administrativo à data vigente, que estabelecia um dever de obediência a decisões e ordens legais do superior hierárquico. Porém, mesmo perante um texto legal deste teor, que constava já dos Códigos Administrativos de 1842 (art. 355.º), 1878 (art. 374.º) e 1886 (art. 393.º), Marcello Caetano e Cunha Valente não admitiam que o subordinado pudesse desobedecer a ordens materialmente ilegítimas (577).

O regime de estrita subordinação do inferior perante o superior hierárquico preconizado pela corrente hierárquica constituiria o modelo de

(577) Cf. CAETANO, Marcello, *Do Poder Disciplinar*, p. 75 e s.; VALENTE, Cunha, *A Hierarquia Administrativa*, p. 215 e ss. Neste contexto, CAETANO, Marcello, *Do Poder Disciplinar*, p. 751, invocou o disposto na portaria de 12 de Julho de 1859, que veio esclarecer o teor do art. 355.º do Código Administrativo de 1842, afirmando que deste “se não pode deduzir que as autoridades inferiores tenham direito a decidir do merecimento intrínseco das ordens emanadas dos superiores, em matéria da sua competência e achando-se revestidas das formas legais «para se cumprirem ou não segundo lhes pareçam regulares ou irregulares, mas simplesmente que podem apreciá-las para o efeito de representar com o devido acatamento às superiores que as deram, executando-as porçim quando lhes sejam reiteradas”.

hierarquia ideal para a organização administrativa de um regime político de matriz ditatorial. Não admira, por isso, que logo após a Constituição de 1933, que marca o advento do Estado Novo, se tenha instituído um regime legal filiado naquela linha hierárquica⁽⁵⁷⁸⁾, sobretudo no pensamento de Marcello Caetano.

O regime legal, expresso na Reforma Administrativa Ultramarina (Dec.-Lei n.º 23.229, de 15 de Novembro de 1933, art. 163.º), nos Códigos Administrativos de 1936 (art. 430.º e ss.) e de 1940 (arts. 502.º e 503.º), no Estatuto Disciplinar dos Funcionários Cíveis do Estado (Dec.-Lei n.º 32.659, de 9 de Fevereiro de 1943, arts. 9.º e 10.º) e no Estatuto dos Funcionários Ultramarinos (arts. 472.º e 473.º), consagrou um estrito dever de obediência do subordinado, cujo tom era logo dado pelo modo como se enunciava esse dever: constituía obrigação do inferior "cumprir *exacta, imediata e lealmente* as ordens e instruções dadas pelos legítimos superiores hierárquicos". O dever de obediência *subsistia* mesmo perante ordens de natureza excepcional, em relação às quais (1) houvesse motivo plausível para se duvidar da sua autenticidade, (2) se verificasse serem ilegais em virtude de a competência da entidade de que emanaram ou o seu conteúdo serem manifestamente contrários à letra da lei, (3) houvesse evidência de terem sido dadas em virtude de qualquer procedimento doloso ou errada informação ou (4) da sua execução se devesse recar graves males que fosse de supor não terem sido previstos pelo superior. Em todos estes casos era imposto ao subordinado um dever de respeitosa representação para salvaguarda da sua responsabilidade. A verificação de qualquer uma destas circunstâncias, mesmo quando conhecida pelo subalterno e levada à consideração do superior, não constituía todavia entrave à execução da ordem em causa, desde que a mesma fosse reiterada pelo superior⁽⁵⁷⁹⁾.

⁽⁵⁷⁸⁾ Neste sentido também AMARAL, Freitas do, *Cursos*, I, p. 651: "Na vigência da Constituição de 1933, a natureza autoritária do regime conduziu à solução hierárquica («quem manda, manda bem»)".

⁽⁵⁷⁹⁾ Segundo FAVERO, Vítor, «O Actual Regime da Obediência Hierárquica...», p. 290, "quer o inferior use desta faculdade [a respeitosa representação] quer não, e embora se trate de uma ordem de conteúdo ilegal, esta terá de ser cumprida: imediatamente, se tal for ordenado, ou se pelo seu conteúdo não puder estar sujeita a demora; logo que a falta de cumprimento seja prejudicial, se não se tratar de ordem de execução imediata".

Sublinhe-se que o dever de obediência não recuava nem sequer nos casos de ilegalidade manifesta, quer quanto à competência do superior, quer quanto ao conteúdo da ordem. Esse regime legal representava, assim, uma clara opção pela corrente hierárquica, na sua linha mais extrema, impondo em último termo um dever de obediência mesmo em casos, como o de incompetência do superior, em que a generalidade da doutrina hierárquica defendia a possibilidade de desobediência⁽⁵⁸⁰⁾. Afigura-se pertinente dirigir a este quadro legal as palavras que Bettiol aplicou à doutrina pura da *renonstratio*, de que a nossa lei poderia aliás constituir um bom exemplo, quando considerou que esta "acaba por não se distinguir da doutrina da obediência absoluta e (...), em última análise, reduz o funcionário a um mero instrumento passivo nas mãos do superior"⁽⁵⁸¹⁾.

2.3. Foi este regime legal e o labor doutrinário que em boa medida o sustentou que, no plano penal, levou parte da doutrina a defender a existência de um dever de obediência do subordinado a ordens penalmente ilegítimas do superior⁽⁵⁸²⁾ e alguma dessa doutrina, como concretamente a apontar natureza justificante à obediência hierárquica⁽⁵⁸³⁾. Como referimos, estas soluções foram durante longo tempo repudiadas pela doutrina penal maioritária. Não tendo havido neste contexto, desde o CP de 1852, momento em que Levy Maria Jordão se pronunciou sobre a questão, até aos anos de 1940, altura em que aparecem as posições de

⁽⁵⁸⁰⁾ Por isso pôde STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, p. 28, incluir o ordenamento português entre aqueles que consagravam o princípio da obediência absoluta.

⁽⁵⁸¹⁾ BETTIOL, *L'Ordine dell'Autorità*, p. 61. Também de acordo com RODRIGUEZ DE VESA / SERRANO GOMEZ, *DP-PGis*, p. 54272, "a teoria da *renonstratio* leva a uma obediência absoluta em matéria de serviço. Não é uma obediência cega, porque se a ordem não se refere ao serviço não deve ser obedecida. Mas, na esfera de serviço, a obediência não tem excepções".

⁽⁵⁸²⁾ FERREIRA, Cavaleiro de, *Licções de Direito Penal*, 1940/41, p. 238 e ss.; SANTOS, Beleza dos, *Licções*, p. 105 e ss., e FAVERO, Vítor, «O Actual Regime da Obediência Hierárquica...», p. 289 e ss.

⁽⁵⁸³⁾ FERREIRA, Cavaleiro de, *Licções de Direito Penal*, 1940/41, p. 245 e ss., e FAVERO, Vítor, «O Actual Regime da Obediência Hierárquica...», p. 289 e ss. Contra a justificação, admitindo somente a exclusão da culpa, apesar de afirmar o dever de obediência, SANTOS, Beleza dos, *Licções*, p. 111 e s.

Cavaleiro de Ferreira e Beleza dos Santos, qualquer alteração significativa na legislação penal (584), o que permite explicar juridicamente este *tour-nant* doutrinai é o modo como é concebida a relação da exclusão da responsabilidade penal com a legislação administrativa. Tal como mencionado, se até Magalhães Collaço o problema era exclusivamente resolvido no quadro do direito penal, com ele e a partir dele passou a ser aceite uma acessoriedade administrativa. Ora, foi precisamente com base nesta acessoriedade que, em face da legislação administrativa e respectiva doutrina, se passou a defender no âmbito penal a existência de um dever de obediência a ordens que conduzem à prática de crimes e a natureza justificante desse dever.

De acordo com Cavaleiro de Ferreira, o simples facto de o catálogo de circunstâncias excludentes da responsabilidade penal, constante do art. 44.º do CP de 1886, contar no n.º 3 com a obediência hierárquica e no n.º 4 com a autorização legal constituía sinal de que o legislador quis distingui-las, atribuindo-lhes um conteúdo diverso (585). Ao passo que a autorização legal, materializada no exercício de um direito ou no cumprimento de um dever, dizia respeito a ordens legítimas, a obediência hierárquica tinha em vista ordens ilegítimas. Claro que isso não seria razão suficiente para que pudesse considerar-se a obediência hierárquica como uma causa de justificação. Com efeito, o argumento poderia ser facilmente revertido a favor de uma solução de exclusão da culpa. Pois poderia também considerar-se que o facto de o regime legal contemplar duas circunstâncias distintas significava que se lhes pretendia atribuir não apenas um diferente conteúdo, como também uma diferente natureza dogmática. Daí a necessidade de obter uma fundamentação mais consistente do dever de obediência a ordens ilegítimas.

Tal fundamentação foi encontrada na referida corrente hierárquica desenvolvida pela doutrina administrativista e nas várias normas legais

(584) Cf. CORREIA, Eduardo, II, p. 124 e ss.

(585) Assim, segundo FERREIRA, Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, 1940/41, p. 240, "se só a ordem legítima, a ordem incriminadamente conforme à lei, exclusse a punibilidade do facto, não seria necessário fazer-se a referência à obediência hierárquica no n.º 3 do art. 44.º, por que o facto que é conforme à lei não carece de ser justificado. Se esse n.º 3 do art. 44.º faz referência à justificação dum facto, normalmente punível, por obediência legalmente devida a seus superiores legítimos, é porque admite a possibilidade do conteúdo da ordem, que vai ser cumprida, ser ilegítimo". Contra, CORREIA, Eduardo, II, p. 127.

que impunham um dever de obediência desde que a ordem observasse os requisitos de natureza formal (586), em termos próximos daqueles que Dias da Silva havia proposto no século anterior (587). Assim se considerou que "o interesse do Estado a uma rápida execução das ordens, a uma boa disciplina dos serviços públicos é (...) prevalente ao interesse lesado pela execução da ordem ilegítima" (588). Posição esta que, segundo Cavaleiro de Ferreira e Beleza dos Santos, tinha fundamento legal quer no art. 303.º do CP, quer em variadas disposições da legislação administrativa relativa ao dever de obediência dos funcionários e respectiva relevância disciplinar (589). A conclusão era, pois, a de que "segundo o sistema jurídico português, para que a obediência seja devida, é apenas indispensável que a ordem possua os pressupostos (...) formais da legitimidade: basta, portanto, que ela seja dada em forma legal e que sejam competentes a pessoa que a dá e a que a recebe e deve cumprir" (590). Desta forma, estava aberto o caminho para atribuir carácter justificante à obediência a ordens ilegítimas. Passo dado por Cavaleiro de Ferreira, mas que Beleza dos Santos não quis seguir (591).

(586) Cf. FERREIRA, Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, 1940/41, p. 238 e ss., e SANTOS, Beleza dos, *Lições*, p. 108 e s.

(587) Cf., de novo, SILVA, Dias da, *Estudo Sobre a Responsabilidade Civil*, p. 160 e ss.

(588) FERREIRA, Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, 1940/41, p. 247.

(589) Em abono da sua tese, FERREIRA, Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, 1940/41, p. 244, apontava o Código de Justiça Militar, o Estatuto Disciplinar dos Funcionários, de 1913, e o art. 303.º do CP. Já SANTOS, Beleza dos, *Lições*, p. 109 e s., indicava este preceito do CP e o art. 502.º do Código Administrativo de 1940.

(590) FERREIRA, Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, 1940/41, p. 244. Do mesmo modo, SANTOS, Beleza dos, *Lições*, p. 110, afirmava em face do art. 502.º do Código Administrativo de 1940 que "o inferior só deixa de dever obediência se a ordem não for dada: a) — por um superior em matéria de serviço; b) — em forma legal. Não podendo deixar de prestar obediência, pode o funcionário exonerar-se de responsabilidade, se, com as formalidades legais, por uma exposição, fundamentada, alegar a ilicitude da ordem".

(591) Cf. SANTOS, Beleza dos, *Lições*, p. 111: "Portanto, o inferior que pratica um facto que seria crime, mas o pratica em cumprimento de ordem dum superior, sendo a obediência devida, não é criminalmente responsável, se procedeu como o Código Administrativo manda. A obediência nestes termos isenta de responsabilidade. Trata-se, porém, dum verdadeira justificação ou dum a senção da culpa? Parece dever entender-se que se trata dum simples exclusão da culpa."

Cavaleiro de Ferreira não tinha dúvidas em afirmar a obediência hierárquica como causa de justificação. Contra uma das críticas recorrentes à tese da exclusão da ilicitude, a de que esta seria inadmissível por implicar a exclusão da responsabilidade do superior (592), afirmava a clara distinção entre a conduta do superior e a conduta do subordinado, referidas, é certo, a um mesmo resultado jurídico, mas apreciadas juridicamente de forma separada. O fundamento para a exclusão da ilicitude por obediência hierárquica reside no princípio da justificação por cumprimento de um dever. Imposta ao subordinado a obrigação de acatar quaisquer ordens do superior dadas em matéria de serviço, observadas que fossem a competência de ambos e as formalidades legais, independentemente da sua legitimidade substancial em relação ao direito penal, não poderia esse dever constituir senão uma causa de justificação, uma vez que tal obrigação decorria da própria lei: "a execução dum facto normalmente punível, por obediência a uma ordem que vincula o inferior, não é um facto ilícito; a obediência hierárquica é uma *causa de justificação*. A obediência é exigida pela ordem jurídica como dever jurídico do inferior, traduz-se no cumprimento de um dever jurídico. Ora, não é concebível que a lei considere simultaneamente lícita e ilícita uma conduta: lícita, enquanto representa o cumprimento de uma ordem pelo inferior; ilícita, enquanto constitui a violação dum interesse penalmente protegido. Por isso, o preceito que impõe ao inferior um dever de obediência constitui uma excepção ao preceito que estabelece a protecção jurídico-penal de certos interesses; este preceito não estende a sua tutela ao interesse ofendido no caso da ofensa ser cometida por obediência legalmente devida" (593). Assim, Cavaleiro de Ferreira equiparava nos efeitos a obediência a ordens legítimas e a ordens penalmente ilegítimas, concluindo que "se o subordinado executa uma ordem legítima, o facto é justificado. Se executa

(592) Cf. MAYER, Max Ernst, *AT²*, p. 334.

(593) FERREIRA, Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, 1940/41, p. 246. É também esta a posição de FAVERO, Vitor, «O Actual Regime da Obediência Hierárquica...», p. 289 e ss., com a única diferença de, tendo em conta o Estatuto Disciplinar dos Funcionários Civis do Estado, condicionar a justificação ao exercício do dever de respeitosa representação nos casos impostos por aquele diploma.

uma ordem ilegítima, mas por dever de obediência, o facto é ainda justificado" (594).

3. À posição de Cavaleiro de Ferreira opôs-se Eduardo Correia, ainda durante o Estado Novo. Sem quase fazer referência ao professor de Lisboa (595) e sem mencionar os argumentos por ele carreados em defesa da sua tese justificacionista, Eduardo Correia bateu-se no plano dos princípios, do direito constituinte, e do direito a constituir para que fosse reconhecido que o dever de obediência do funcionário cessa quando conduza à prática de um crime. Foi esta posição, justamente qualificada como "corajosa" (596) por ter sido expressa no tempo em que o foi, que

(594) FERREIRA, Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, 1940/41, p. 248. A tese de que o art. 44.º-3 do CP de 1886 configuraria uma causa de justificação foi reiterada por FERREIRA, Cavaleiro de, *DP-PG*, I, 1982, p. 283 e ss., já na vigência da Constituição de 1976, tendo tido por isso a necessidade de compatibilizar essa natureza justificante com o art. 271.º-3 da CRP: "este preceito constitucional pode conduzir à inutilização ou revogação da causa de justificação prevista no n.º 3 do art. 44.º do Código Penal [de 1886] (...). É que não pode haver campo de aplicação do n.º 3 do art. 44.º se não forem admissíveis casos em que a ordem é obrigatória para o subordinado, embora resulte do cumprimento da ordem um facto incriminado". Nesta obra de 1982, Cavaleiro de Ferreira trata a obediência hierárquica no âmbito das causas de justificação e atribui-lhe, de forma inequívoca, essa natureza. Afigura-se, por isso, incompreensível que em momento posterior, FERREIRA, Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, 1992, p. 352, não só tenha afirmado que "o n.º 3 do art. 44.º do Código Penal de 1886 (obediência hierárquica) prevê precisamente uma causa de exculpação que beneficia somente os «inferniores»" (adante, p. 356, repete que "a obediência hierárquica não seria, portanto, causa de justificação, mas causa de exculpação, como já dissemos"), como lançado a seguinte crítica (p. 353/9): "todas as dúvidas, que levaram à incompreensão da legislação vigente, na elaboração do novo Código Penal de 1982, são derivadas de metro equívoco, resultante do desconhecimento do direito vigente, e vieram a obter uma solução não só mais complexa e difícil de compreender, como menos justificada".

(595) Na longa exposição que no seu *Direito Criminal*, II, dedica à obediência devida, só por uma vez (p. 128, em nota) e de forma meramente indicativa Eduardo Correia se refere a Cavaleiro de Ferreira.

(596) DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 18.º Cap., § 8.º que, no mesmo sentido do texto, considera que "as concepções, da doutrina e depois do próprio legislador, a este respeito mudaram radicalmente entre nós com a doutrina corajosa — seja qual for a posição que em definitivo a respeito dela se tome — de Eduardo Correia, ao estabelecer no seu ensino (e ao transportar, praticamente em simultâneo, para o art. 38.º, § único, do seu ProjPG de 1963) o princípio segundo o qual «cessa o dever de obediência hierárquica quando conduzir à prática de um crime»".

abriu caminho a que tal princípio se tornasse indiscutível na doutrina nacional e alcançasse dignidade constitucional (art. 271.º-3 da Constituição de 1976) e legal (cf., v. g., o art. 36.º-2 do actual CP e o art. 10.º-5 do EDF). A análise das ideias de Eduardo Correia sobre a obediência devida como causa de exclusão da responsabilidade penal justifica-se, por isso, não só pelo seu valor intrínseco, como também pelo seu relevo histórico, pelo seu papel de conformação do actual regime legal e constitucional.

Ao contrário dos autores referidos que precederam Eduardo Correia, este não cedeu qualquer espaço ao direito administrativo na definição do conteúdo e relevo do dever de obediência para a exclusão da responsabilidade penal do funcionário que actua sob ordem de um superior. Ao circunscrever o problema ao âmbito penal abriu uma terceira fase neste domínio, que com a primeira fase partilhava a independência face ao direito administrativo. Como é óbvio, tal não derivou de qualquer desconhecimento da querela do direito administrativo acerca do dever de obediência a ordens ilegais, que, pelo contrário, foi objecto da análise e ponderação de Eduardo Correia⁽⁵⁹⁷⁾, mas tão-só de uma clara opção em matéria criminal pelas conclusões da denominada corrente legalista⁽⁵⁹⁸⁾. O princípio da cessação do dever de obediência nos casos em que do mesmo resulte a prática de um crime funda-se em um princípio de pro-

⁽⁵⁹⁷⁾ CORREIA, Eduardo, II, p. 116 e ss.

⁽⁵⁹⁸⁾

É de assinalar que já antes, durante o Estado Novo, pela mesma altura em

que Cavaleiro de Ferreira e Belezza dos Santos expressaram as posições referidas em texto, GONÇALVES, Luiz da Cunha, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Portugues*, Vol. XII, Coimbra: Coimbra Editora, 1937, p. 624, na linha da corrente legalista, defendeu que ao subordinado não poderia ser imposto um dever de obediência a ordens criminosas: "é preciso que a obediência seja *legalmente devida*, isto é, que o acto a praticar, embora prejudicial a outrem, e até ilegal, esteja nas atribuições de quem manda e não seja intrinsecamente criminoso. Se o for, o subordinado pode e deve recusar a obediência, depois de expor, respetosamente, as objecções que se lhe oferecem e até com o risco de ser perseguido, porque não poderá ser punido pela desobediência, nem sequer em processo disciplinar. (...) [p. 626] A ordens criminosas é sempre ilícita a desobediência". No mesmo sentido, cf. SERRA, Adriano Vaz, «Causas Justificativas do Facto Danoso», *BMJ*, n.º 85, 1959, p. 89 e ss., que nos trabalhos preparatórios do Código Civil de 1966 propôs o seguinte preceito no âmbito das causas de justificação: "Art. 4.º — Autorização Legal — 1. O exercício de um direito ou o cumprimento de um dever imposto por uma norma jurídica ou por uma ordem *legítima* da autoridade pública excluem a anti-juridicidade do acto praticado" (itálico nosso).

moção da legalidade e em duas ideias-força de índole dogmática. Por um lado, na ideia de que o subordinado não é prejudicado, dado que a exclusão da sua responsabilidade penal sempre se poderá alcançar por via de uma exclusão da culpa. Por outro lado, na ideia de que a solução contrária, que defende a justificação do facto praticado pelo inferior, seria inócua no domínio das relações do funcionário com o particular, porque a este nunca poderá ser negado o direito de resistência e de legítima defesa.

Princípio rector do pensamento de Eduardo Correia é o de que impor a obediência para a prática de um crime "seria renunciar à própria legalidade numa matéria da mais alta importância, negando-lhes toda inferiores em agentes de crimes e, consequentemente, negando-lhes toda a sua dignidade e liberdade morais"⁽⁵⁹⁹⁾. O dever de obediência preconizado pela corrente hierárquica estaria, assim, confinado às ordens penalmente irrelevantes, o que teria "a importante vantagem de concorrer para evitar a prática de crimes"⁽⁶⁰⁰⁾. O modo como Eduardo Correia aborda a questão da obediência hierárquica em matéria penal revela ter sido sua firme intenção impedir que, por via de um putativo dever de obediência, se pudesse transformar o subordinado em instrumento da prática de crimes e impor ao particular afectado pela actuação oficial um dever de suportar uma intromissão na sua esfera jurídica a que de outro modo teria direito de se opor. Todas as suas considerações são, pois, determinadas pela convicção de que no contexto penal a hierarquia

⁽⁵⁹⁹⁾ CORREIA, Eduardo, II, p. 120.

⁽⁶⁰⁰⁾

CORREIA, Eduardo, II, p. 40¹. Em momento posterior à tomada de posição

de Eduardo Correia, CAETANO, Marcello, *Manual*⁸, II, p. 667 e ss., introduz neste contexto uma restrição ao dever de obediência, que, como se mencionou, não era tida em conta no seu pensamento anterior sobre o problema. Primeiro, afirma que as considerações que tece a propósito da obediência hierárquica se referem somente à responsabilidade disciplinar do funcionário, não "curando (salva alguma referência incidental) da responsabilidade criminal" (p. 668¹). Depois, admite que, não obstante o estatuto legal dos funcionários os obrigar a cumprir ordens ilegais dos superiores, nos termos apontados supra em texto, "independentemente de quaisquer formalidades o subalterno tenha o direito de desobedecer às ordens que revisam um carácter *nítidamente criminoso*" (p. 670, itálico nosso). Nota-se, assim, uma concessão parcial ao princípio defendido por Eduardo Correia. Dizemos parcial, porque, de acordo com o pensamento expresso por Marcello Caetano, o dever de obediência não deveria cessar em todos os casos em que a ordem fosse penalmente ilegítima, mas apenas quando o fosse de forma manifesta.

não se pode sobrepor à legalidade, que se exprime no princípio de que o dever de obediência cessa quando a ordem conduza à prática de um crime.

Este princípio é, pois, um meio para a prossecução de um fim, a promoção da legalidade no seio da organização hierárquica e na sua projecção nas relações com os cidadãos. Por ele se assegura que a ilicitude do facto cometido pelo subordinado só seja excluída quando a ordem for plenamente legítima e que ao particular seja reconhecido um direito de legítima defesa perante a execução de ordens penalmente ilícitas. O que permite evitar a contradição de impor um dever de obediência ao subordinado e simultaneamente expô-lo à legítima defesa do particular. Esta contradição constitui a principal fragilidade das teorias desculpacionistas que aceitam a existência de ordens ilegítimas obrigatórias ⁽⁶⁰¹⁾ e, como Eduardo Correia intuiu, só pode ser contornada se, à partida, se estabelecer que não há dever de obediência quando do mesmo derive o cometimento de um crime.

Não que Eduardo Correia rejeitasse liminarmente a hipótese de ao subordinado ser imposto um dever de obediência a uma ordem penalmente ilegítima e todavia ser atribuído ao particular um direito de legítima defesa. Pelo contrário, admite expressamente essa hipótese ⁽⁶⁰²⁾, fundando-a em duas ordens de razões. Por um lado, o carácter objetivo da ilicitude implica que o facto seja, apesar da existência de um dever de obediência, tido como ilícito. Pois "o facto de um subordinado não poder apreciar, dentro de certos limites, a legalidade da ordem do superior hierárquico, não exclui objectivamente, para todos, que ela con-

⁽⁶⁰¹⁾ Como assinala QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Debida*, p. 381, "é precisamente isso que os desculpacionistas não conseguem explicar: que quem actua em virtude do cumprimento de um dever e o faça da forma devída se veja unicamente livre de culpa, subsistindo o desvalor do ilícito".

⁽⁶⁰²⁾ Cf. CORREIA, Eduardo, II, p. 120 e s.: "Efectivamente, supondo mesmo que a obediência seria devída perante uma ordem criminalmente ilegal, podendo excluir a punição do agente, isso só poderia rigorosamente compreender-se por via da exclusão da culpa. Mas de qualquer forma, e mesmo admitindo-se que ela exclua a ilicitude relativamente a quem a cumpre, sempre seria certo que tal não poderia estender-se ao particular que a sofre — o que significa que o particular continua a ter um direito de legítima defesa e que, por conseguinte, relativamente a ele a ordem continua a ser legal". Neste trecho final é clara a influência de BETTIOL, *L'Ordine dell'Autorità*.

tinua a ser antijurídica — por isso mesmo podendo os particulares defender-se legalmente contra ela" ⁽⁶⁰³⁾. Mas, ainda que se admitisse que o facto pudesse ser lícito, em virtude do cumprimento de um dever de obediência, nem mesmo assim se poderia negar o direito de legítima defesa, dado que o dever de obediência se impõe apenas na relação hierárquica interna, entre o superior e o subordinado, não tendo força para vincular também o particular, que "está fora da relação de serviço público, de qualquer vínculo hierárquico relevante" ⁽⁶⁰⁴⁾. Embora admitisse a possibilidade de coexistência de um dever de obediência a ordens criminalmente ilegítimas e de um exercício de legítima defesa contra o acto de execução correspondente, a verdade é que, antecipando-se às objecções que inevitavelmente seriam dirigidas contra uma tal solução, abdica dessa hipótese. Propõe antes um modelo pelo qual se procura salvaguardar da previsível crítica de que seria incongruente impor um dever de cumprir a ordem e expor o subordinado às graves consequências da legítima defesa: *o funcionário que cumpre uma ordem penalmente ilegítima de um superior actua ilicitamente e está, por isso, sujeito a uma resposta em legítima defesa, porque, desde logo, não existe nesse caso um dever de obediência. Este cessa quando a ordem implique o cometimento de um crime*. Modelo este, que, no seu entender, encerra a vantagem de "fazer desaparecer do direito penal o problema do conflito entre o dever de cumprir ordens do superior hierárquico, mesmo quando criminalmente ilegais, e o dever geral de omitir a prática de crimes" ⁽⁶⁰⁵⁾. Este princípio de que cessa o dever de obediência quando a ordem conduza à prática de um crime tem, pois, tal como Eduardo Correia o concebeu, uma natureza instrumental, visando impedir que a ordem possa, por si só, justificar a conduta do subordinado, imprimindo uma nota de licitude a um facto que se mostra desconforme ao direito penal, e desse modo paralisar qualquer reacção em legítima defesa do cidadão afectado.

O subordinado que, apesar da cessação do dever de obediência, cumpre uma ordem pela qual realiza um ilícito-típico penal, não está,

⁽⁶⁰³⁾ CORREIA, Eduardo, II, p. 39 e s.

⁽⁶⁰⁴⁾ CORREIA, Eduardo, II, p. 121.

⁽⁶⁰⁵⁾ CORREIA, Eduardo, II, p. 123.

porém, totalmente desprotegido em sede de imputação de responsabilidade penal. Com efeito, para Eduardo Correia, além da necessidade de não retirar ao particular o direito de legítima defesa, a razão que sustenta a tese de que a obediência não tem por si mesma um efeito de exclusão da ilicitude é a de que, em último termo, em determinadas condições, o subordinado não será prejudicado pelo facto de não discernir a ilegitimidade da ordem, dado que poderá beneficiar de uma exclusão da culpa, que eliminará a sua responsabilidade. Neste ponto, Eduardo Correia mostra-se sensível a um dos argumentos da corrente hierárquica do direito administrativo, que impunha o dever de obediência para evitar que o subordinado pudesse ser responsabilizado por uma decisão pela qual apenas o superior deveria prestar contas⁽⁶⁰⁶⁾. A salvaguarda da posição do inferior é encontrada por Eduardo Correia na exclusão da culpa⁽⁶⁰⁷⁾. A situação de subordinação em que o subalterno se encontra perante o superior torna natural o aparecimento de situações de não exigibilidade de um outro comportamento⁽⁶⁰⁸⁾ e de erro, quer sobre a factualidade típica, quer sobre a proibição, que poderão ditar o afastamento da culpa do funcionário. Exclusão da culpa que estará, no caso do erro, dependente da não evidência da ilegalidade da ordem: “restará acentuar que se não pode deixar de tomar em conta a *evidência* ou não da legalidade da ordem, para efeito de considerar censurável ou não o erro em que o subalterno tenha caído”⁽⁶⁰⁹⁾.

Se Eduardo Correia procurou demonstrar, face ao direito positivo vigente na sua época — através do que já se disse ser uma “interpretação hábil e engenhosa dada aos arts. 44.º-3, 298.º, 303.º, § 1.º, e 39.º, circ. 12, do CP”⁽⁶¹⁰⁾ de 1886, que deixou de fora a legislação administrativa —, o suporte legal da sua doutrina, o certo é que aquilo que hoje assume especial significado foi o que nesta matéria propôs para o direito a constituir. Como em outros domínios, também aqui o regime

⁽⁶⁰⁶⁾ Cf. VALENTE, Cunha, *A Hierarquia Administrativa*, pp. 168 e ss., 206 e s. e 213, e CAETANO, Marcello, *Manualet*, p. 499.

⁽⁶⁰⁷⁾ CORREIA, Eduardo, II, pp. 401 e 124.

⁽⁶⁰⁸⁾ CORREIA, Eduardo, II, p. 124. Recorde-se que CORREIA, Eduardo, I, p. 445 e ss., defendia a não exigibilidade como fundamento geral de exclusão da culpa.

⁽⁶⁰⁹⁾ CORREIA, Eduardo, II, p. 124.

⁽⁶¹⁰⁾ DIAS, Figueiredo, *Direito Penal*, 1975, Aditamentos, p. 42.

constitucional e legal de que hoje dispomos se deve em grande parte a Eduardo Correia.

As propostas por ele apresentadas no seu Projecto da Parte Geral do Código Penal, de 1963, que visavam definir o quadro normativo da exclusão da responsabilidade penal do subordinado que actua em cumprimento de uma ordem superior transitaram quase intocadas para o Código Penal de 1982 e mantêm-se hoje em vigor. O princípio de que “cessa o dever de obediência hierárquica quando conduz à prática de um crime”⁽⁶¹¹⁾, que, na Comissão Revisora do Código Penal, Eduardo Correia repunou “em absoluto necessário”⁽⁶¹²⁾, integra hoje o art. 36.º-2 do CP e tem também expressa dimensão constitucional (art. 271.º-3 da CRP).

Ao contrário do disposto no art. 44.º-3 do CP de 1886, que fazia referência à justificação por “obediência legalmente devida” e que levou parte da doutrina a defender uma acessoriedade administrativa, Eduardo Correia propôs o seguinte: “não é ilícito o facto praticado: no cumprimento de um dever imposto (...) por uma ordem *legítima* da autoridade” (art. 35.º-3 do Projecto — cf. o art. 31.º-2-c), do actual CP, que contém uma redacção praticamente igual). A articulação do § único do art. 38.º com este art. 35.º-3 exprime a ideia de que a justificação se produz com “uma ordem formal e substancialmente legal ou legítima da autoridade”⁽⁶¹³⁾, mas também de que só essa ordem, e já não uma ordem ilegítima, pode justificar o facto típico do subordinado⁽⁶¹⁴⁾. A fechar este quadro normativo, o art. 44.º do Projecto dispunha que “actua sem culpa o funcionário que cumpre uma ordem sem conhecer, não sendo isso evidente no quadro das circunstâncias por ele representadas, que ela conduz a realizar um crime”. Uma rápida comparação com o art. 37.º do actual CP permite concluir que este descende em linha

⁽⁶¹¹⁾ Art. 38.º, § único, do “Código Penal. Projecto da Parte Geral”.

⁽⁶¹²⁾ Cf. *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral*, I Vol., Separata do *BMJ*, 1965, p. 241.

⁽⁶¹³⁾ CORREIA, Eduardo, II, p. 124.

⁽⁶¹⁴⁾ É esta também a interpretação de DIAS, Figueiredo, *Direito Penal*, 1975, Aditamentos, p. 41, para quem “perante uma norma como a do § ún. do art. 38.º do Projecto (...) o dever de obediência hierárquica cessa quando conduz à prática de um crime, pelo que o funcionário que a cumpre nunca se encontrará justificado e só poderá quando muito ver a sua culpa afastada — expondo-se deste modo à legítima defesa dos particulares”.

directa daquele preceito, não havendo qualquer divergência de sentido literal entre um e outro. A justificação dada por Eduardo Correia para o art. 44.º do Projecto foi a de que "a ordem conduz a um crime e, por consequência, o facto praticado pelo subordinado nunca é lícito. Mas este pode não saber que a ordem conduz a um crime — e então a sua culpa será excluída desde que aquela conclusão não fosse evidente no quadro das circunstâncias por ele representadas. Se assim não fosse os funcionários ficariam numa situação muito difícil perante o direito penal" (615). Estão aqui condensadas as linhas do pensamento de Eduardo Correia sobre esta matéria, a saber: primeiro, uma ordem penalmente ilegítima nunca pode justificar a conduta do inferior; segundo, o rigor desta primeira premissa deve ser atenuado através de uma cláusula de salvaguarda para o subordinado, que o liberte de responsabilidade penal em determinadas circunstâncias; terceiro, é pela exclusão da culpa que se poderá afastar a punição que eventualmente lhe poderia ser aplicada; quarto, o subordinado só poderá beneficiar dessa exclusão da culpa se a ilegalidade da ordem não for evidente no quadro das circunstâncias por ele representadas.

§ 9.4.2. A partir da Constituição de 1976

1. A doutrina de Eduardo Correia representa a ponte entre o antes e o depois da Constituição de 1976 em matéria de obediência como causa de exclusão da responsabilidade penal. Se o teor das normas de índole constitucional e legal de que hoje dispomos se filia claramente nas propostas de Eduardo Correia, a verdade é que o programa dogmático e político-criminal que lhes ia associado permanece ainda objecto de discussão e controvérsia.

Uma coisa pode, contudo, ser agora dada como assente, ao contrário do que acontecia até à Constituição de 1976. Com a consagração constitucional (art. 271.º-3) do princípio de que "cessa o dever de obediência sempre que o cumprimento das ordens ou instruções implique a prática de qualquer crime", acolhido favoravelmente pela generalidade da dou-

trina (616), deve dar-se por encerrada a questão, controvertida até aí, de saber se o subordinado deve ou não obediência quando tenha conhecimento que a conduta que lhe é ordenada constitui um crime. A partir da Constituição de 1976 tomou-se inequívoco que não há dever de obediência quando o inferior receba uma ordem para a realização de um facto penalmente relevante cuja situação de facto é por ele efectivamente conhecida. Se, no entanto, o agente cumpre a ordem, a conduta de execução é ilícita e o funcionário fica sujeito a todas as consequências decorrentes dessa circunstância. Esta solução é hoje praticamente consensual (617).

A situação que, no domínio da ilicitude, está longe de reunir consenso é aquela em que o subordinado executa uma ordem penalmente ilegítima desconhecendo, por ignorância ou erro sobre a situação de facto, o carácter ilegítimo da mesma.

2. Na doutrina portuguesa encontramos em Taipa de Carvalho a tese de que, em determinadas circunstâncias, a ilicitude da conduta do subordinado deve ser excluída quando o agente executa a ordem desconhecendo que a mesma é ilegítima. Nega, desse modo, a possibilidade de o particular afectado pela execução responder em legítima defesa. Taipa de Carvalho sustenta a sua posição no binómio presunção de legalidade / insindicabilidade da ordem. Na verdade, afirma que "o dever de obediência hierárquica, (...), assenta no princípio de que os actos ordenados pelo respectivo superior hierárquico, em matéria da sua competência abstracto-funcional e satisfeitos os requisitos formais, devem presumir-se (pelo subordinado) como lícitos" (618). Isto porque "a ordem

(616) Cf. PALMA, Maria Fernanda, *A Justificação por Legítima Defesa*, p. 225 e ss.; FERREIRA, Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, 1992, p. 356 e s.; COSTA, Faria, e ss., *Fragmenta*, § 37, CARVALHO, Taipa de, *A Legítima Defesa*, p. 210, e *DP-PG*, I, § 283, GONÇALVES, Maia, *CP II*, art. 348.º-4, SILVA, Marques da, *DP-PG*, II, p. 120 e s.; DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 18.º Cap., § 7 e ss., e CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, *CRP Anotada*³, p. 953.

(617) Na direcção do texto, COSTA, Faria, *Fragmenta*, § 37, CARVALHO, Taipa de, *A Legítima Defesa*, p. 201 e ss.; SILVA, Marques da, *DP-PG*, II, p. 217 e s., e DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 18.º Cap., § 7 e ss. Em sentido parcialmente diverso, PALMA, Maria Fernanda, *A Justificação por Legítima Defesa*, p. 225 e ss.

(618) CARVALHO, Taipa de, *A Legítima Defesa*, p. 203. Do mesmo A., cf. ainda *DP-PG*, II, § 765 e ss.

jurídica (...) presume — o que 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 da legitimidade ou ilegitimidade material-concreta da acção ordenada” (619). Presunção que pode ser ilidida quando estejam em causa factos que assumam especial gravidade, nomeadamente factos penalmente relevantes. A ilisão da presunção dá-se “quando o carácter criminoso da ordem for, concretamente, cognoscível por um funcionário atento e diligente, colocado na situação do agente a quem a ordem é dada” (620). Assim, “não cabe ao inferior hierárquico a fiscalização da legitimidade material (concreta) das ordens formalmente legítimas, devendo aquele partir, por princípio, da conformidade da ordem recebida com a lei, salvo quando for manifesto (ao funcionário razoavelmente competente e diligente) o contrário, isto é, a sua ilicitude. Portanto, uma como que *in dubio pro licitudine*” (621). Por outras palavras, o subordinado só não deve presumir que a ordem é legítima quando, avaliada pelo padrão do funcionário médio, a ilegalidade for manifesta.

Na sequência desta linha de pensamento, considera que “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 hierár-

(619) CARVALHO, Taipa de, *A Legítima Defesa*, p. 212 e s.³⁹⁰. Segundo Taipa de Carvalho, esta é “a razão fundamental que deve levar à recusa dos termos em que o problema do conflito entre a obrigatoriedade 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 deveres jurídicos — o dever de obediência ao superior hierárquico contra o dever de não praticar factos ilícitos, nomeadamente crimes —, cuja solução dependa de qual fosse o dever (o interesse) considerado mais importante”. Posição que, todavia, é claramente minoritária na doutrina actual. Embora não tivesse sido propriamente introduzido por ele, foi com STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, p. 7 e ss. e *passim*, que a colisão de deveres se impôs de forma praticamente unânime como ponto de partida do tratamento dogmático das ordens da autoridade — cf., entre nós, CORREIA, Eduardo, II, p. 122 e s., PALMA, Maria Fernanda, *A Justificação por Legítima Defesa*, p. 228 e ss. DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 18.º Cap. § 9 e ss. É isso, aliás, que justifica a localização sistemática da norma que determina que “o dever de obediência hierárquica cessa quando conduzir à prática de um crime” no art. 36.º-2 do CP, o preceito relativo ao conflito de deveres.

(620) CARVALHO, Taipa de, *A Legítima Defesa*, p. 213³⁹⁰.

(621) CARVALHO, Taipa de, *A Legítima Defesa*, p. 203.

quico, uma vez que este não tem — e na medida em que não tenha — as mínimas possibilidades de controlar a legitimidade material-concreta da ordem. (...) 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 criminosa* — e determinante de 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 poderá, sob pena de contração normativa e tratamento injusto do funcionário, considerar-se o seu comportamento de execução como ilícito. Donde a exclusão de um direito de legítima defesa do cidadão” (622). Nestes termos, conclui que “é (...) de recusar a opinião daqueles 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, conseqüentemente, por afirmar a legítima defesa contra o inferior hierárquico” (623). Para Taipa de Carvalho não é, pois, ilícita a prática de um facto típico em execução de uma ordem ilegítima quando ao subordinado seja negada, na prática, a possibilidade de examinar a respectiva legitimidade. Nessas circunstâncias, na medida em que a ilegitimidade não seja manifesta para um funcionário médio colocado no lugar do inferior, a ordem aparece perante o subordinado como de execução obrigatória,

(622) CARVALHO, Taipa de, *A Legítima Defesa*, p. 211. Itálico nosso, visando assinalar a contração desta afirmação com o que neste mesmo contexto CARVALHO, Taipa de, *A Legítima Defesa*, p. 214³⁹⁰, deixa expresso: “Diga-se, finalmente, que, embora recusando a visão isolacionista de Ameлинг quanto às relações entre superior, inferior e particular, é de concordar com ele neste aspecto: é absurdo falar em ordens ilícitas vinculativas”.

(623) CARVALHO, Taipa de, *A Legítima Defesa*, p. 211. Parecendo aderir à posição de Taipa de Carvalho, na medida em que admite uma “obediência indevida enquanto causa de justificação”, СУННА, Maria da Conceição Ferreira da, *Comentário Constituinte*, III, art. 375.º, § 20.

dada a sua presunção de legalidade. Desse modo, se a ordem é de cumprimento obrigatório terá necessariamente de excluir a ilicitude do facto típico cometido.

3. É toda uma outra a concepção de Figueiredo Dias. Para este A., uma eventual exclusão da ilicitude pelo cumprimento de uma ordem ilegítima só se poderá colocar no quadro do modelo das ordens ilegítimas obrigatórias e já não do modelo do erro. O entendimento de Figueiredo Dias quanto ao erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação implica necessariamente que não seja sequer tida por ele em conta a possibilidade de a ilicitude ser excluída em virtude de um erro do subordinado quanto à legitimidade da ordem. Pois se esse erro deixa intacta a ilicitude e só pode ter relevância ao nível da culpa, excluindo o dolo da culpa ⁽⁶²⁴⁾, compreende-se sem mais que uma eventual exclusão da ilicitude não possa ser alcançada por via do regime do erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação, mais concretamente sobre a legitimidade da ordem. A sua atenção concentra-se, assim, na possibilidade de a justificação se produzir em função da existência de um dever de obediência pelo qual o subordinado seja obrigado a executar um facto típico apesar de a ordem ser ilegítima.

De acordo com Figueiredo Dias, o problema deve ser analisado sob o ponto de vista do conflito de deveres, pois tudo está em saber se haverá situações em que o dever de obediência prevalece sobre o dever geral de não cometer ilícitos penais ⁽⁶²⁵⁾. Quando a ordem jurídica atribua preponderância àquele dever terá, em princípio, de se aceitar que a ordem, apesar de ilegítima, produz a justificação do facto. Todavia, o seu entendimento é de que “aqui intervém, precisamente, o conteúdo prático-normativo, *fundamental na perspectiva jurídico-penal da justificação*, do art. 271.º-3 da CRP e do art. 36.º-2 do CP” ⁽⁶²⁶⁾, no sentido de que “o dever de obediência a uma ordem ilegítima, a qual-

⁽⁶²⁴⁾ Cf. novamente Dias, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude*, § 21 e *passim*, «Sobre o Estado Actual da Doutrina do Crime. 2.ª Parte», p. 19 e s., *Temas Básicos*, p. 298 e ss., *Temas de Direito Penal*, p. 155 e ss., e *DP-PG*, I, 2004, 14.º Cap., § 29.

⁽⁶²⁵⁾ Dias, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 18.º Cap., § 11.

⁽⁶²⁶⁾ Dias, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 18.º Cap., § 12.

quer título, que conduza à prática de um facto criminalmente típico não pode considerar-se, nem mesmo excepcionalmente, igual ou superior ao dever de não cometer factos que constituem ilícitos-típicos” ⁽⁶²⁷⁾. Nessa medida, a ordem do superior não poderá, por si mesma, desligada de uma autorização legal e da verificação dos respectivos pressupostos, constituir uma causa de justificação. Por isso que sempre que o subordinado realize um facto típico em cumprimento de uma ordem ilegítima a sua conduta deverá ser qualificada como ilícita. Conclusão que radica numa funda opção político-criminal: “no conflito entre a necessidade de assegurar um exercício dos serviços do Estado eficaz e tão livre quanto possível de empecilhos e de demoras, e a necessidade de garantir até ao limite possível os direitos e as liberdades do cidadão, a Constituição e o CP decidiram-se claramente por uma solução maximalista a favor desta última necessidade e contra a primeira: se a ordem ilegítima conduzir à prática de um facto (independentemente daquela ordem) criminalmente ilícito, considera-se em todos os casos prevalente o dever de não praticar factos criminalmente ilícitos face ao dever de obediência. Assim, ficaram defendidos, até ao limite possível, os direitos e liberdades das pessoas que sejam objecto, directo ou indirecto, das ordens oficiais ou de serviço” ⁽⁶²⁸⁾. A sua posição é, assim, em definitivo, a de que, “segundo o direito constitucional e o direito penal portugueses vigentes, uma ordem ilegítima da autoridade ou de serviço que conduza à realização de um facto típico *não constitui nunca, em si e por si mesma, uma causa justificativa* daquele: tudo o que pode ficar em aberto é uma *causa de exclusão da culpa* do subordinado que a cumpre” ⁽⁶²⁹⁾.

A esta conclusão chega também Germano Marques da Silva, segundo o qual “a ordem há-de emanar de autoridade pública competente e na forma legal e deve ser intrinsecamente legítima para que cumprida valha como causa de justificação” ⁽⁶³⁰⁾. Dessa forma e tendo em conta o estatuído no art. 271.º-3 da CRP, ao subordinado deve ser concedida a faculdade de sindicar a legitimidade da ordem. Na medida em que a obediência não é devida quando implique o cometimento de um crime,

⁽⁶²⁷⁾ Dias, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 18.º Cap., § 12.

⁽⁶²⁸⁾ Dias, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 24.º Cap., § 2.

⁽⁶²⁹⁾ Dias, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 18.º Cap., § 12.

⁽⁶³⁰⁾ SILVA, Marques da, *DP-PG*, II, p. 120.

quando o inferior dá cumprimento a uma ordem ilegítima realiza um "facto ilícito, isto é, o crime cometido não é justificado pelo dever de obediência, que no caso não existe. Assim, a execução de uma ordem ilegal dá lugar, *quaisquer que sejam as circunstâncias*, a acção anti-jurídica" (631). Se a ilicitude da conduta de execução não é excluída quando o subordinado actua representando a facticidade que determina a ilegitimidade do mandado, também não o será no caso em que a acção seja determinada por "erro sobre a obrigatoriedade da ordem" (632). A ilicitude deverá ser afirmada, pois esse é um erro que exclui o dolo. Ora, a concepção de Germano Marques da Silva a respeito do dolo entronca em uma linha normativista, não lhe conferindo relevo em sede de ilicitude e localizando-o em exclusivo ao nível da culpa (633). Assim se compreende que, para Marques da Silva, o erro sobre a ilegitimidade da ordem não afecte a ilicitude da conduta do subordinado e con-figure a situação típica da obediência indevida desculpante do art. 37.º do CP (634).

§ 9.5. Síntese

Analisada a evolução do problema das ordens ilegítimas obrigatórias e o estado actual da questão, cumpre agora traçar as linhas gerais do modo como esse problema vem sendo pensado.

1. A primeira questão com que em geral a doutrina se depara é a de *saber se efectivamente existem ou não ordens ilegítimas obrigatórias*. Quem responde negativamente afirma de imediato a ilicitude dos factos praticados em seu cumprimento. Quem, pelo contrário, admite a existência de ordens dessa natureza, confronta-se de seguida com a necessidade de definir a sua extensão. Em concreto, é necessário apurar se toda e qualquer ordem ilegítima pode ser obrigatória ou se há categorias de ordens que não são obrigatórias, especialmente as ordens que impli-

(631) SILVA, Marques da, *DP-PG*, II, p. 218 (itálico nosso).

(632) SILVA, Marques da, *DP-PG*, II, p. 218.

(633) Cf. SILVA, Marques da, *DP-PG*, II, pp. 161 e ss. e 208 e ss.

(634) SILVA, Marques da, *DP-PG*, II, p. 218.

quem o cometimento de um ilícito penal. Aqueles que consideram não obrigatórias as ordens penalmente ilegítimas rejeitam em consequência a possibilidade de a ordem justificar o facto típico praticado em seu cumprimento, qualificando como ilícita a conduta de execução.

Estabelecida a extensão das ordens ilegítimas obrigatórias, que poderão então compreender todo o tipo de ordens ou só ordens que determinem a prática de factos sem relevância penal, a questão seguinte prende-se com a sua *consequência jurídica*. Também aqui se forma uma nova divisão, havendo quem lhes aponte uma eficácia justificante e quem, mesmo admitindo que possam ser obrigatórias, entende que não produzem a justificação do facto praticado em seu cumprimento. Tendo isto em conta, faz hoje pouco sentido arrumar todas as posições em uma repartição rígida entre justificacionistas e desculpacionistas. Com efeito, entre aqueles que defendem a justificação em todas as circunstâncias e aqueles que em caso algum a aceitam, surge de forma crescente a tendência para, através da limitação da extensão das ordens ilegítimas obrigatórias àquelas que não tenham relevância penal, considerarem justificados os factos que representam uma infracção não penal e negar a exclusão da ilicitude dos factos típicos praticados em cumprimento de uma ordem ilegítima.

2. A fundamentação em regra usada para defender a *justificação* da execução de uma ordem ilegítima obrigatória é a de que o agente actua no cumprimento de um dever legal. Se é o próprio ordenamento jurídico que estabelece a obrigatoriedade da ordem, então a justificação impõe-se inelutavelmente. Em todo o caso, são estabelecidos limites à justificação, através da definição de critérios para a cessação do dever de obediência.

Em termos gerais, há dois critérios base para afastar a exclusão da ilicitude, que podem ser usados isoladamente ou em conjunto. Um deles é o conhecimento do subordinado de que a ordem é ilegítima. O outro é a manifestação ilegítimidade da ordem, que por sua vez pode ser aferida sob dois pontos de vista, o objectivo e o subjectivo. O objectivo corresponde ao padrão do funcionário médio: manifestamente ilegítima é a ordem cuja ilegalidade é evidente para qualquer funcionário diligente da categoria do subordinado. Neste critério é normalmente enquadrada a obediência a ordens que conduzam à prática de crimes graves

ou muito graves. O ponto de vista subjectivo diz respeito ao próprio subordinado que recebeu a ordem: a manifesta ilegitimidade é aferida tendo em conta as circunstâncias por ele conhecidas.

Parte-se do princípio de que o cumprimento da ordem exclui a ilicitude. Essa é a regra. Aquelles critérios dão corpo às excepções. Só não há justificação se o subordinado sabia que a ordem era ilegítima; se qualquer funcionário poderia sem mais, sem qualquer dificuldade, apereber-se da ilegitimidade da ordem; ou, por último, se, a partir dos conhecimentos de que dispunha, o próprio subordinado poderia ter facilmente concluído que a ordem era ilegítima.

O uso de vários critérios para determinar os casos em que a obediência não é devida perante ordens que em princípio seriam obrigatórias, dos quais resulta a perda da eficácia justificante dessas ordens, leva a que dentro do sector justificacionista sejam encontradas respostas perfeitamente distintas para a mesma situação concreta. No sentido da dispersão das respostas ao problema das ordens da autoridade corre também a circunstância de eventualmente se considerar que a exclusão da ilicitude depende ainda do tipo de funcionário a que a avaliação diz respeito, sendo comum a distinção entre funcionários civis e militares ou funcionários com poder de decisão e com meras funções de execução.

3. *A opposição às soluções da justificação por cumprimento de ordens ilegítimas obrigatórias manifesta-se fundamentalmente de duas formas.*

Pode, por um lado, admitir-se que seja devida obediência a uma ordem ilegítima, mas que esse dever não tem força bastante para excluir a ilicitude do facto cometido e só tem efeitos ao nível da culpa do agente.

Pode ainda, por outro lado, considerar-se que não é devida obediência a uma ordem ilegítima, pelo que se o subordinado realizar a conduta ordenada actua ilicitamente, dado que não agiu no cumprimento de um dever. Aqui a justificação não é atacada directamente, mas antes de forma mediata, pela negação da obrigatoriedade da ordem ilegítima. Ao passo que ali temos uma pura tomada de posição antijustificação, aqui em regra considera-se que se realmente a ordem, apesar de ilegítima, for obrigatória não há como evitar a exclusão da ilicitude. Daí que se

entenda que a única alternativa viável para afastar a eficácia justificante de uma ordem ilegítima é considerá-la não obrigatória. Assim, é comum encontrar posições que defendem simultaneamente a justificação por cumprimento de ordens ilegítimas que consideram obrigatórias e a não exclusão da ilicitude nos casos de execução de ordens ilegítimas por elas reputadas como não obrigatórias e que normalmente coincidem com as ordens que conduzem à prática de um crime. Nesse sentido, grande parte dos esforços desta doutrina que se opõe à eficácia justificante de uma ordem ilegítima, sobretudo se dirigida ao cometimento de um facto penalmente relevante, são concentrados na demonstração de que o direito positivo não contempla a existência de ordens ilegítimas ou, pelo menos, penalmente ilegítimas, que sejam obrigatórias. Em suma, nesta segunda forma de opposição a justificação é atacada a montante, através da negação da existência de ordens ilegítimas obrigatórias ou da limitação da sua extensão, delas excluindo as ordens das quais derive a prática de um ilícito penal.

§ 9.6. Tomada de posição

1. É em geral aceite que a eventual obrigatoriedade da ordem ilegítima só pode ser estabelecida por decisão legal. Essa constitui, na verdade, a perspectiva correcta. Se só o ordenamento positivo pode determinar quais as condições necessárias para que uma ordem seja legítima, também só o próprio ordenamento pode decidir se e em que circunstâncias uma ordem ilegítima pode ser de cumprimento obrigatório. Nenhuma construção doutrinária ou jurisprudencial pode aqui substituir-se ao direito positivo. Fazemos nossas as palavras formuladas por Rodríguez Devesa a este propósito: "a questão de saber se existem mandados antijurídicos obrigatórios só pode ser resolvida interrogando o direito positivo. Distinta é a questão de saber se devem existir ordens contrárias ao direito e obrigatórias. O problema central da obediência devida é este" (635). Qualquer avaliação do problema das ordens da autori-

(635) RODRÍGUEZ DEVESEA / SERRANO GOMEZ, *DP-PG*¹⁸, p. 536. No mesmo sentido, tinha já RODRÍGUEZ DEVESEA, José Maria, *La Obediencia Debida en el Derecho Penal Militar*, Madrid, 1957, p. 8, afirmado que "deve também evitar-se o vício, tão fre-

dade não deverá, assim, abstrair-se daquilo que o próprio ordenamento, ao nível constitucional e legal, disponha acerca do dever de obediência dos funcionários, nomeadamente da possibilidade de este dever subsistir mesmo perante ordens ilegítimas. Isso não impede, naturalmente, que a reflexão se faça no plano dos princípios e do direito a constituir. Mas os resultados desta reflexão não podem ser transpostos sem mais para a resolução de uma concreta questão com se deprece neste domínio se se revelarem objectivamente contrários às opções político-criminais plasmadas na lei em termos constitucionalmente legítimos. Considerações que valem, todavia, não apenas para as correntes que negam efeitos justificantes a ordens ilegítimas em toda e qualquer circunstância, como também para as teses que pretendem impor a justificação a todo o custo.

2. Pela nossa parte consideramos que *em caso algum uma ordem ilegítima deveria ser de execução obrigatória*. Todavia, se e quando seja a própria ordem jurídica a impor um dever de obediência a ordens ilegítimas não pode senão reconhecer-se que tais ordens têm eficácia justificante. Pode — e, em certas circunstâncias, deve — criticar-se essa decisão legislativa, mas *de jure constituto*, terá de ser afirmada a natureza justificante da ordem ilegítima nos limites do dever de obediência juridicamente imposto.

Creemos que o princípio de que uma ordem ilegítima nunca é de cumprimento obrigatório se afigura como o mais consentâneo com um Estado de direito material (636). É evidente, como demonstra a experiência, que uma sociedade organizada em democracia pode perfeitamente conviver com a atribuição ao aparelho estadual do poder de por sua própria vontade extinguir-se ao cumprimento de determinadas regras que lhe são impostas pelo ordenamento e se necessário impor essa von-

te na literatura jurídico-penal sobre a obediência, *de inverter a ordem dos problemas*, antepondo o da natureza da obediência ao dos requisitos e conteúdo. Esta inversão é a que conduziu ao predomínio das chamadas teorias desculpacionistas, fundadas na ideia de que a ordem não pode, em nenhum caso, transformar em ilícita a conduta que prescindindo dela seria ilícita. Verifica-se claramente que esta formulação pré-julga qualquer solução que dê um determinado direito positivo, quando o correcto é determinar a solução a partir de um estudo prévio dos requisitos e alcance que tenha no ordenamento jurídico de que se trate".

(636) No mesmo sentido, AMARAL, Freitas do, *Curso*², I, p. 654 e s.

tade ao próprio cidadão. Esse poder, tem, no entanto, de manter-se confinado à violação de normas que não estejam relacionadas com a tutela de interesses e valores fundamentais relativos à pessoa enquanto tal e à organização e funcionamento da própria sociedade. Quando tal não aconteça, a própria existência da democracia pode ser questionada, dado que deixa de ser a vontade geral manifestada na Constituição e na lei para passar a ser a vontade particular dos funcionários e agentes do aparelho estadual a definir os termos em que, em concreto, aqueles interesses e valores podem ser limitados e os direitos e garantias que lhes estão associados podem ser exercidos. Com efeito, a extensão daquele poder constitui um importante indicio para avaliar a existência de democracia ou a saúde de uma democracia em uma qualquer sociedade. Sinal disso mesmo foi a crescente oposição no nosso contexto cultural à subsistência do dever de obediência dos funcionários a ordens superiores das quais resulte o cometimento de crimes, que se tornou em um princípio praticamente consensual. A aceitação deste princípio acompanhou a própria evolução político-criminal do direito penal europeu no período que se seguiu à II Guerra Mundial, marcada pela necessidade de o associar ao processo de democratização.

A purificação do direito penal, no sentido de limitar o seu campo de actuação à tutela de bens jurídicos de inquestionável relevância social, por um lado, e a consciência, agudizada pela experiência da guerra, de que para a formação de uma sociedade democrática é imprescindível estabelecer limites à obediência dos funcionários, de modo a que esta só seja devida perante ordens legítimas ou ainda quando muito perante ordens ilegítimas que determinem a prática de infracções pouco significativas, tornou possível e natural a identificação da matéria criminal como o limite intransponível do dever de obediência. A proibição da obediência a ordens que conduzam à prática de crimes constitui, assim, uma expressão da intenção de não permitir que seja executado como legítimo um facto que represente uma violação séria do ordenamento jurídico. Nessa medida, *deve ser louvada a consagração do princípio da cessação do dever de obediência quando da ordem resulte a prática de um crime. Em si mesmo, esse princípio é inatacável*. É um princípio que promove a assunção da responsabilidade dos funcionários pelos actos por si praticados no exercício de funções, mesmo que no cumprimento de ordens, impedindo-os de se resguardarem na decisão do

superior, invocando o princípio *respondet superior* para se eximirem da imputação de qualquer responsabilidade. Além disso, permite aos cidadãos conservar o direito de legítima defesa, pelo qual se poderão opor às intromissões ilícitas dos órgãos estaduais na sua esfera jurídica. O princípio da cessação do dever de obediência a ordens que determinem a prática de um crime é, no entanto, por si só *insuficiente* para fazer face à necessidade de evitar que o dever de obediência se transforme em um instrumento para a execução legítima de factos socialmente intoleráveis.

Como é sabido, a criminalização de uma conduta não depende somente da sua dignidade penal, mas também da sua carencia de tutela penal ⁽⁶³⁷⁾. A ausência de necessidade de pena de um comportamento digno de pena determina a sua não criminalização e assim também a sua não inclusão no âmbito da proibição da obediência a ordens que impliquem o cometimento de um facto penalmente relevante ⁽⁶³⁸⁾. Deste modo, se a matéria criminal constituir o único limite substancial ao dever de obediência não existirão entraves a que o cumprimento deste dever possa legitimar a prática de graves violações do ordenamento que não tenham relevância penal. No quadro de um Estado de direito material, estando em causa infracções cuja gravidade poderia motivar a sua criminalização, as razões que explicam a obrigatoriedade das ordens ilegítimas jamais serão suficientes para justificar a legitimação dessas infracções.

Entendemos ainda que não são convincentes os argumentos dirigidos a favor da possibilidade de a ordem jurídica impor a obediência a ordens ilegítimas das quais resulte uma violação leve, não qualificada, de interesses juridicamente protegidos. Embora a obrigatoriedade

⁽⁶³⁷⁾ Cf. DIAS, FIGUEIREDO, *DP-PG*, t. 2004, 6.º Cap., § 35 e ss.; ANDRADE, Manuel da Costa, «A "Dignidade Penal" e a "Carencia de Tutela Penal"», p. 185 e ss., e «Constituição e Direito Penal», in: *A Justiça nos Dois Lados do Atlântico: Teoria e Prática do Processo Criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*, Lisboa: FLAD, 1997, p. 200 e ss., e CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, «Constituição e Crime», *Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*, Porto: Universidade Católica, 1995, p. 217 e ss.

⁽⁶³⁸⁾ Em sentido próximo, JAKOBS, *DP-PG*, 16/14², e CARVALHO, Tarpa de, *A Legítima Defesa*, p. 208 e ss.

dessas ordens ilegítimas não seja incompatível com o Estado de direito ⁽⁶³⁹⁾, como tem revelado a sua longa subsistência no direito positivo e a consequente materialização no plano da realização concreta do direito nos sistemas jurídicos analisados, isso não significa que deva aceitar-se sem mais a sua existência. As ordens ilegítimas obrigatórias sempre foram vistas como um mal, mas um mal necessário. É essa necessidade, consubstanciada nos mais variados argumentos e que vem servindo para as justificar, que actualmente deve ser negada.

A tradicional invocação do estatuto do superior e da defesa da sua autoridade para sustentar a obrigatoriedade da generalidade das suas ordens, mesmo que ilegítimas, tem hoje pouco ou nenhum significado, inclusive na perspectiva de quem defende a solução legal. Mal andaria o Estado de direito se a razão para que o subordinado pudesse estar obrigado a cumprir ordens ilegais do seu superior fosse meramente a de proteger a autoridade que a este é atribuída, impedindo o subordinado de questionar o seu poder de mandar. O "quem manda aqui sou eu" não é uma expressão de poder que enquanto tal seja digna de tutela jurídica em um Estado de direito material. A vontade e a autoridade do superior por si sós não podem ser valoradas acima da vontade e da autoridade do legislador.

A necessidade de assegurar a prossecução do interesse público constitui agora a linha de força do pensamento que defende o dever de obediência a ordens ilegítimas. É o superior, pela sua posição mais elevada na escala hierárquica, que lhe permite ter uma visão mais abrangente da realidade e dos interesses em disputa, e pela vantagem que leva em relação ao subordinado quanto a qualificações e experiência, que está em melhores condições para avaliar a legalidade do acto. Daí que a tomada de decisão final acerca da execução do acto ordenado lhe deva ser atribuída. Se assim não fosse, acrescesse-se, seria comprometida a capacidade de prestação dos serviços públicos e a sua eficiência, pois os subordinados poderiam interromper constantemente a execução das ordens que lhes fossem dirigidas para discutir a sua validade e poderiam

⁽⁶³⁹⁾ Assim, LENGHEIMER, Karl, *Die Gehorsamspflicht der Verwaltungsorgane*, Wien: Springer Verlag, 1975, p. 74, que também recusa a possibilidade de o dever de obediência subsistir perante ordens cuja ilegalidade seja grave e manifesta.

inclusive furtar-se ao seu cumprimento. Isso constituiria não só um factor de indisciplina, prejudicial para o funcionamento dos serviços, como impediria os órgãos estaduais de cumprir as funções que lhes estão atribuídas. Além disso, a faculdade de o inferior levar a sua discordância perante a decisão do superior ao ponto de poder legitimamente recusar-se a cumprí-la só aparentemente lhe seria benéfica. Se tal acontecesse, o subordinado passaria a poder responder, ao lado do superior, por todos os actos que praticasse em cumprimento de uma ordem ilegítima. Por fim, considera-se que o cidadão tem mais a ganhar do que a perder com este modo de funcionamento dos órgãos estaduais. Enquanto membro da comunidade, o seu interesse é o de que as entidades públicas cumpram efectivamente as funções de que estão incumbidas e esta é, pelas razões referidas, a melhor maneira de o conseguir. Finalmente, nos casos em que seja directamente afectado pela execução de uma ordem ilegítima obrigatória, o cidadão poderá sempre de exigir do Estado e do superior uma indemnização pelos danos sofridos.

Julgamos que a razão não está do lado de quem assim sustenta a bondade dos regimes legais que permitem a imposição de um dever de obediência a determinadas ordens ilegítimas. Os argumentos avançados para esse efeito ou não colhem ou não se mostram compatíveis com os termos em que entre nós, com o aval constitucional, esse dever foi legalmente consagrado. É correcto o entendimento de que a lei permite o afastamento da responsabilidade do subordinado em determinados casos em que este cumpre a ordem ilegítima do superior. Só que os termos em que, por força do art. 271.º-2 da CRP, se admite a exclusão da responsabilidade pela prática do facto cometido em execução da ordem ilegal não permitem supor que a principal preocupação neste domínio tenha sido a de retirar dos ombros do subordinado o peso da responsabilidade que possa decorrer do cumprimento dessas ordens. Com efeito, tanto na Constituição (art. 271.º-2), como na lei (art. 10.º-1 do EDP) encontra-se vertido o princípio da responsabilidade dos funcionários pelos actos praticados em cumprimento de ordens superiores. Daí resulta que a exclusão da responsabilidade do subordinado não decorre sem mais da circunstância de o funcionário actuar sob ordens. O que a ordem jurídica nacional espera do subordinado não é que adopte uma atitude puramente passiva perante as ordens que lhe são dirigidas e se resguardar atrás da decisão do superior, incomodando o menos possível. Bem pelo con-

trário, mesmo que actue no cumprimento de ordens, o inferior só será eximido de responsabilidade se delas tiver reclamado ou tiver exigido a sua transmissão ou confirmação por escrito antes da sua execução ou excepcionalmente, quando se trate de ordens com menção de cumprimento imediato, após a execução. Isto revela que o funcionário não pode contar com a complacência do ordenamento caso opte por uma atitude acrítica no cumprimento das ordens do superior.

Deste regime pode ainda concluir-se que não é o receio de paralisação dos serviços públicos derivado da circunstância de o subordinado poder suscitar objecções à legalidade da ordem que constitui a razão de ser das ordens ilegítimas obrigatórias. Isto porque, como agora verificámos, a regra é a de que a respeitosa representação deve ser exercida antes de a ordem ser executada. Só em casos de natureza excepcional, quando haja perigo na demora, se admite que a *remonstratio* seja adiada para um momento posterior ao do cumprimento da ordem. Aliás, esse risco de paralisação é mais aparente do que real. Tal como, regra geral, se supõe que o superior actua de boa fé e está interessado na efectiva prossecução do interesse público, o mesmo se poderá supor do subordinado. O funcionário médio é, em princípio, uma pessoa razoável e dotada de bom senso, que não está interessada em desafiar gratuitamente a autoridade do superior, quanto mais não seja pelas desvantagens pessoais que daí possam advir em sede de responsabilidade disciplinar. Em geral, a sua tendência é para acatar as ordens que lhe são dadas e não para questioná-las sistematicamente. Por regra, a legitimidade da ordem só é posta em causa pelo subordinado quando este sabe que a mesma é ilegal ou tem uma dúvida fundada acerca da sua legalidade. Por isso, na prática, o risco de a eficiência dos serviços públicos ser ameaçada pela possibilidade de os funcionários levantarem reservas à legitimidade das ordens é diminuto.

Aliás, se há argumento que não pode ser de todo aceite para fundamentar o dever de obediência a ordens ilegítimas é o da eficiência. É errado pensar que para assegurar a eficácia dos serviços é necessário que o superior deva ser obedecido mesmo quando as suas ordens sejam ilegítimas, devendo para isso ser institucionalizada a legalidade da legalidade. Este pensamento aceita implicitamente que o bom funcionamento do aparelho estadual implica o sacrifício indevido de interesses juridicamente reconhecidos dos cidadãos, numa lógica de que os fins jus-

tificam os meios incompatível com o Estado de direito material. Se a obrigatoriedade das ordens ilegítimas se fundasse realmente na necessidade de proteger a eficiência dos órgãos estaduais seria ainda dado um péssimo exemplo à sociedade. Também os privados, nas mais diversas actividades, têm a necessidade de cumprir objectivos e procuram organizar-se de modo a maximizar a eficiência dos elementos produtivos que têm ao seu dispor. Não é raro encontrar exemplos de disposições legais que constituem um travão, muitas vezes materialmente injustificado, à eficiência das organizações privadas. Mas em todas as organizações do sector privado, muitas delas com estruturas bem mais pesadas e complexas que a de inúmeros organismos públicos, a legalidade é o limite da eficiência. Não há razão para que não se possa e deva exigir o mesmo às entidades públicas. Se o privilégio das ordens ilegítimas obrigatórias fosse tão fundamental como se diz para o funcionamento dos órgãos estaduais e para a prossecução do interesse público não se compreenderia a crescente tendência da chamada fuga para o direito privado.

Tendo os órgãos estaduais como função precípua a prossecução do interesse público, que é definido pela lei, e estando a sua actividade limitada pelo respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, não se vê como pode ser defendida a obrigatoriedade legal de obediência a ordens ilegítimas sem que se caia em contradição. Com efeito, as ordens ilegítimas obrigatórias contêm em si mesmas a negação dos dois limites fundamentais ao exercício da actividade administrativa. Entende-se que o princípio do interesse público "é o princípio motor da Administração pública. A Administração actua, move-se, funciona para prosseguir o interesse público. O interesse público é o seu único fim" (640). Considera-se também que "é a lei que define os interesses públicos a cargo da Administração: não pode ser a Administração a defini-los" (641) e que a "prossecução do interesse público não pode

(640) AMARAL, Freitas do, *Curso*, II, p. 33.

(641) AMARAL, Freitas do, *Curso*, II, p. 36, e no mesmo sentido, CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, *CRP Anotada*², p. 922: "as autoridades administrativas, mesmo no uso de poderes discricionários, não podem prosseguir uma qualquer finalidade, mas apenas a finalidade considerada pela lei ou pela Constituição, que será sempre uma finalidade de interesse público".

justificar o sacrificio abusivo dos direitos dos cidadãos; por isso, o respeito destes é um limite da actividade administrativa" (642). Se assim é, não procede o pensamento que sustenta a bondade das ordens ilegítimas obrigatórias a partir da necessidade de criar as condições para que os órgãos estaduais possam cumprir o interesse público. O certo é que os factos praticados em cumprimento dessas ordens contrastam com a legalidade e por isso não constituem uma efectiva prossecução do interesse público. A obrigatoriedade das ordens ilegítimas não é um factor de promoção do interesse público, antes pelo contrário representa a sua directa e imediata negação. O interesse público ficaria melhor servido se cessasse o dever de obediência a quaisquer ordens ilegítimas. Com isso, nos casos em que o facto ordenado possa afectar a posição jurídica de um particular, seria ainda cumprido o princípio do respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos do cidadão, consagrado constitucionalmente como limite negativo do exercício da actividade administrativa.

A existência de um dever de obediência a ordens ilegítimas legalmente consagrado representa um privilégio dos órgãos estaduais que em nada contribui para a promoção de um espírito de cumprimento da legalidade no seio dos órgãos estaduais. À semelhança da atribuição de efeitos jurídicos aos actos administrativos anuláveis, também aqui se pode afirmar, com Paulo Otero, que a opção legislativa pela obrigatoriedade de ordens violadoras da legalidade "não pode deixar de revelar, ainda que implicitamente, uma certa fragilidade do carácter vinculativo do padrão de conduta emergente dessa mesma legalidade, mostrando um legislador pouco diligente no sancionamento do desrespeito dessa violação e, por isso, pouco empenhado na defesa pela Administração Pública dos valores e interesses que estão subjacentes a essa mesma normatividade" (643).

A inconsistência das razões avançadas para justificar a consagração legal das ordens ilegítimas obrigatórias e as fraquezas que lhes podem ser apontadas deveriam conduzir à sua revogação *de jure constituendo*. Pensamos que tal não constituirá impedimento a que os órgãos esta-

(642) CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, *CRP Anotada*², p. 922.

(643) OTERO, Paulo, *Legalidade e Administração Pública*, p. 1024.

duais possam exercer com eficácia as funções que lhes são atribuídas e poderá ser um factor de promoção do respeito pela legalidade que contribuirá para o reforço do Estado de direito material, cuja existência e vivência concreta depende não apenas da consagração de princípios e normas escritas com ele consonantes, como também da sua efectiva observância, em especial da parte dos órgãos estaduais. Ainda que não se queira dar esse passo, deveria pelo menos estabelecer-se o conhecimento positivo da ilegalidade e a manifesta ilegalidade da ordem como limites do dever de obediência dos funcionários. Tanto perante ordens notoriamente ilegítimas, como perante ordens cuja ilegalidade seja conhecida pelo subordinado não há motivos para que se continue a confiar na maior capacidade do superior para discernir a validade do acto ordenado e lhe seja atribuída a palavra final e decisiva sobre a sua execução. No contraste flagrante que nesses casos existe entre a ordem e a legalidade não pode senão optar-se pela legalidade. Isso em nada enfraquece os órgãos estaduais, bem pelo contrário, contribui para a sua credibilização aos olhos dos cidadãos.

3. Se, por princípio, consideramos que o dever de obediência dos funcionários deveria cessar perante quaisquer ordens ilegítimas, não podemos deixar de reconhecer que o regime constitucional e legal vigente entre nós não autoriza que os problemas que se colocuem neste domínio possam ser concretamente resolvidos à luz daquela nossa valoração.

Uma análise no plano do direito positivo português, que agora nos propomos efectuar, tem necessariamente de ter em conta três circunstâncias. A primeira e a mais importante sob um ponto de vista penal é a de que ao nível constitucional e legal se dispõe de um modo expresso e inequívoco que o dever de obediência cessa quando a ordem conduza à prática de qualquer crime, o que significa que não é obrigatória uma ordem ilegítima da qual resulte o cometimento de um facto penalmente relevante. A segunda é a de que a ordem jurídica portuguesa impõe um dever de obediência a algumas ordens ilegítimas. A terceira é a de que a ordem jurídica não proíbe de modo expresso e directo a obediência a ordens ilegítimas das quais possam resultar violações graves do ordenamento sem relevância penal, nomeadamente a ofensa de direitos, liberdades e garantias fundamentais que não gozem de tutela penal.

3.1. *Em sede penal*, a Constituição e a lei não deixam margem para qualquer dúvida quanto à não obrigatoriedade de uma ordem que conduza à prática de um crime, qualquer que ele seja. Princípio que se encontra consagrado no art. 271.º-3 da CRP e em variados diplomas legais, como o CP (art. 36.º-2), o EDF (art. 10.º-5), o Regulamento Disciplinar da Polícia Judiciária (art. 11.º-2) ou o Estatuto dos Militares das Forças Armadas (art. 12.º)⁽⁶⁴⁴⁾. O alcance destas normas é muito claro: a obediência não é devida quando o cumprimento da ordem implica que a prática de um facto penalmente relevante.

O termo "crime" constante do art. 271.º-3 da CRP e das demais normas legais deve ser entendido como "ilícito-típico penal"⁽⁶⁴⁵⁾. Só esta interpretação se mostra consonante com o espírito das normas que consagram aquele princípio e com o seu campo de aplicação. A finalidade destas normas é a de impedir que uma ordem por si só, independentemente da sua conformidade com a lei penal, possa determinar a exclusão da ilicitude da conduta do funcionário que comete um facto típico no cumprimento da mesma. A relevância dogmática do princípio de que cessa o dever de obediência quando conduza à prática de um crime situa-se ao nível da ilicitude. É a existência ou não de um tal dever de obediência que pode determinar a justificação da conduta realizada em cumprimento de uma ordem. Se a lei determinasse que a obediência seria devida mesmo perante ordens ilegítimas das quais resultasse a prática de factos típicos, a consequência de uma tal disposição seria sentida em sede de ilicitude, sendo esses factos considerados justificados. Inversamente, ao dispor que o dever de obediência cessa quando conduza à prática

⁽⁶⁴⁴⁾ No art. 12.º do Estatuto dos Militares das Forças Armadas, constante do Dec.-Lei n.º 236/99, de 25 de Junho, dispõe-se que "o dever de obediência decorre do disposto nas leis e regulamentos militares e traduz-se no integral e pronto cumprimento das suas normas, bem como das determinações, ordens e instruções dimanadas de superior hierárquico proferidas em matéria de serviço desde que o respectivo cumprimento não implique a prática de crime". Só deste modo, como entende Dias, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 18.º Cap., § 12, fica assegurada a compatibilidade da legislação militar com o disposto no art. 271.º-3 da CRP.

⁽⁶⁴⁵⁾ Assim, implicitamente, Dias, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 24.º Cap., § 2, quando afirma que "se a ordem ilegítima conduzir à prática de um facto (independentemente daquela ordem) criminalmente ilícito, considera-se em todos os casos *prevalente* o dever de não praticar factos criminalmente ilícitos face ao dever de obediência".

de um crime, a Constituição e a lei indicam que o funcionário que realíze um facto típico em execução de uma ordem ilegítima não está a actuar no cumprimento de um dever legal e não pode, por isso, contar com a justificação da sua conduta por essa via. O regime constitucional e legal tomar-se-ia incompreensível se o afastamento do dever de obediência ficasse na dependência da existência de culpa do subordinado, como teria de ser se o termo "crime" fosse entendido no sentido de facto típico, ilícito e culposo ⁽⁶⁴⁶⁾.

Estando em causa uma ordem ilegítima para o cometimento de um facto penalmente relevante, a execução respectiva consubstanciada na prática de um facto típico deve ser *sempre* considerada como penalmente ilícita, tenha ou não o subordinado conhecimento da ilegitimidade da ordem.

A razão é sem mais evidente nos casos em que o subordinado saiba que a ordem é ilegítima. Nas situações inversas em que o subordinado desconhece a ilegitimidade da ordem, apesar de cessar o dever de obediência, a verdade é que ele não dispõe ao nível da sua consciência psicológica de toda a informação necessária para poder avaliar a ilicitude da conduta ordenada e por isso, desconhecendo os factos que tornam legítima a desobediência, em concreto, sob o *seri* ponto de vista, não estão reunidas as circunstâncias que lhe permitam desobedecer. Se, pelo contrário, o inferior tem conhecimento da ilicitude penal do facto ordenado, está em plenas condições para cumprir o dever de desobedecer à ordem que lhe é dirigida. Tanto assim que, se obedecer, em princípio deverá ser penalmente responsabilizado pelo facto cometido. A justificação nestas circunstâncias constituiria uma violação frontal das soluções constitucionais e legalmente consagradas.

Não menos contraditória com a proibição constitucional e legal de obediência a ordens que impliquem a prática de um crime é a aceitação de que face a determinados ilícitos penais a ordem pode ser de cum-

⁽⁶⁴⁶⁾ Num sentido próximo, cf. PALMA, Maria Fernanda, *A Justificação por Legítima Defesa*, p. 225: "A Constituição parece tender, no n.º 3 do art. 271.º, para uma definição ampla e objectiva da ilicitude da agressão (...). Desse modo, a apreciação da ilicitude da agressão parece ser orientada pela sua repercussão objectiva e não pela mera valorização do sentido da conduta do agente, que pode divergir da legalidade ou não se aperceber da ilegalidade da ordem."

primento obrigatório. Maria Fernanda Palma admite que a obediência hierárquica possa constituir uma causa de exclusão da ilicitude não só relativamente a ilícitos civis ou administrativos, como também a ilícitos penais de dimensão gravidade: "a obediência hierárquica só funciona como causa de exclusão da ilicitude (relativamente a ilícitos civis, administrativos ou mesmo penais de dimensão gravidade) quando estiver envolvida num conflito de valores — em que, por exemplo, conflituem bens individuais irrisórios com a segurança pública, ameaçada a um nível elevado" ⁽⁶⁴⁷⁾. Cremos que não lhe assiste razão. A eventual possibilidade de ordens ilegítimas determinarem a justificação dos factos praticados em sua execução não pode, em caso algum, ser estendida à matéria criminal. A Constituição é muito clara a esse respeito, não permitindo que possam ser estabelecidas distinções de qualquer espécie entre crimes (art. 271.º-3). A obediência é *sempre* proibida quando da ordem resulte a prática de *qualquer* crime. Seja qual for o bem jurídico-penal, seja qual for a intensidade da lesão ou colocação em perigo do bem jurídico-penal, a ordem, se *ilegítima*, não deve ser obedecida ⁽⁶⁴⁸⁾ e, por isso, não exclui a ilicitude do facto típico cometido em seu cumprimento. A sede própria para resolver a questão suscitada por Maria Fernanda Palma não é a das ordens da autoridade, mas antes, como entendia já Eduardo Correia, a do estado de necessidade objectivo ⁽⁶⁴⁹⁾. Sendo a ordem dada em uma situação de necessidade com vista a salvaguardar um interesse sensivelmente superior ao que vier a ser sacrificado, então, se e na medida em que o direito de necessidade possa aproveitar ao caso ⁽⁶⁵⁰⁾, a ordem deve ser considerada legítima e é esta legítimidade que determina a exclusão da ilicitude do facto cometido.

⁽⁶⁴⁷⁾ PALMA, Maria Fernanda, *A Justificação por Legítima Defesa*, p. 229 e s.

⁽⁶⁴⁸⁾ Nesta direcção, COSTA, Fátima, *Fragmenária*, § 37: "A ordem jurídica tem por bom e razoável — e nós e o *Zeitgeist* acompanhamo-la — que é melhor e mais justo fazer cessar o dever de obediência quando este desaboque na prática de um crime, mesmo quando de um crime pouco grave se trate. O limite é a prática de um crime, independentemente da sua gravidade".

⁽⁶⁴⁹⁾ Cf. CORREIA, Eduardo, II, p. 123 e s.

⁽⁶⁵⁰⁾ Sobre a controvertida questão da aplicabilidade das chamadas dirimentes gerais, como a legítima defesa ou o direito de necessidade, aos factos típicos cometidos por funcionários, cf. ANDRADE, Costa, "Violação de Domicílio...", p. 746 e ss.

Também nas situações em que o facto típico é praticado pelo subordinado no desconhecimento de que a ordem é ilegítima deve concluir-se pela não exclusão da ilicitude. O fundamento sistematicamente invocado pelas soluções da justificação para estes casos sustentar que o facto não é ilícito foi expressa e liminarmente afastado pela Constituição e pela lei portuguesas. Pelo exposto supra, concluímos que no contexto das ordens ilegítimas obrigatórias o argumento comum das teses justificacionistas em matéria criminal é o de que estando o subordinado em geral obrigado a obedecer às ordens do superior, o dever de obediência subsiste se a ilegitimidade da ordem não for por ele conhecida e/ou não for manifesta. Assim, apesar de ilegítima, a ordem é de cumprimento obrigatório. Actuando o subordinado no cumprimento de um dever legal, o facto típico executado não pode senão considerar-se justificado. Ora, à face da Constituição e da lei portuguesas, este raciocínio é puro e simplesmente im procedente.

Ao consagrarem o princípio de que cessa o dever de obediência quando a ordem conduza à prática de um crime, a Constituição e a lei impõem a solução contrária, que pelas razões de princípio manifestadas supra se nos afigura ser a preferível: se a ordem for ilegítima e conduzir à prática de um facto típico nunca pode ser considerada obrigatória. Nessas circunstâncias, a Constituição e a lei estabelecem a imediata cessação do dever de obediência⁽⁶⁵¹⁾. Se o funcionário, por desconhecimento da ilegitimidade da ordem, lhe dá execução, não está a actuar em cumprimento de um dever legal e nessa medida não há base para sustentar a justificação da conduta típica realizada. A actuação do funcionário é, portanto, típica e ilícita. A ordem do superior não pode por si mesma, independentemente da sua conformidade legal, excluir a ilicitude da conduta típica do subordinado⁽⁶⁵²⁾.

Em consonância com o princípio de que cessa o dever de obediência quando a ordem implique a prática de um crime, a lei penal (art. 31.º-2-c) do CP estabelece expressamente a legitimidade da ordem como condi-

⁽⁶⁵¹⁾ Assim, também, à luz do art. 271.º-3 da CRP, BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito Penal*, 2.º Vol., Lisboa: AAFDL, 1980, p. 454 e s.

⁽⁶⁵²⁾ O nosso entendimento coincide, assim, no essencial, com as posições de CORREIA, Eduardo, II, pp. 39 e s. e 116 e ss., DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 18.º Cap., § 7 e ss., e SILVA, Marques da, *DP-PG*, II, pp. 119 e ss. e 217 e s.

ção para a justificação do facto típico praticado em cumprimento de ordens da autoridade. Circunstância que concorre com aquele princípio no sentido da negação da eficácia justificante das ordens ilegítimas em matéria criminal. Como sustentámos supra, no domínio penal a legitimidade da ordem é pressuposto fundamental da exclusão da ilicitude da conduta típica realizada pelo subordinado em execução de uma ordem superior. Assim sendo, se a ordem não for legítima falta um pressuposto da justificação e a conduta típica do subordinado é ilícita. Se, como acontece nos casos ora em análise, o inferior se encontra em uma situação de erro sobre a legitimidade da ordem, mesmo que esse erro seja objectivamente inevitável, o facto permanece ilícito. Conclusão que decorreria do regime geral do erro sobre os pressupostos materiais de uma causa de justificação (art. 16.º-2 do CP), mas que no domínio das ordens da autoridade resulta em nosso entender directamente do disposto no art. 37.º do CP, que reserva uma exclusão da culpa para essas situações⁽⁶⁵³⁾, como veremos infra.

A um resultado perfeitamente oposto ao que defendemos chega Taipa de Carvalho, que se filia no modelo justificante das ordens ilegítimas obrigatórias em matéria penal. Apesar de considerar que “é absurdo falar em ordens ilícitas vinculantes”⁽⁶⁵⁴⁾, a verdade é que todo o seu discurso é dominado pela ideia de que uma ordem em si mesma criminosa pode ser, na prática, de obediência e execução obrigatórias se a presunção de legalidade de que a ordem beneficia não for ilidida e o subordinado não tiver a possibilidade objectiva de controlar o seu conteúdo. Nessas circunstâncias, embora ilegal, a ordem é de cumprimento obrigatório para o subordinado e por isso produz a justificação do facto praticado, não sendo admissível uma resposta em legítima defesa, nem em estado de necessidade. As razões que apontámos para fundamentar a nossa rejeição da exclusão da ilicitude permitem compreender de imediato a nossa discordância perante a posição assumida por Taipa de Carvalho. Além de incompatível com a proibição constitucional e legal de obediência a ordens que conduzam à prática de um crime, esta posição assenta nos mesmos equívocos que assinalámos às concepções do

⁽⁶⁵³⁾ Nesta direcção, SILVA, Marques da, *DP-PG*, II, p. 218.

⁽⁶⁵⁴⁾ CARVALHO, Taipa de, *A Legítima Defesa*, p. 214³⁵⁰.

modelo do erro: a afirmação da presunção de legalidade da ordem do superior e da impossibilidade de o subordinado examinar a legalidade intrínseca da ordem.

A tese de Taipa de Carvalho revela-se, desde logo, inaceitável à luz do disposto constitucional e legalmente. Se nos sistemas estrangeiros que analisámos, mesmo perante normas legais cujo teor literal parece apontar no sentido de em determinadas circunstâncias o subordinado poder estar obrigado a cumprir ordens cujo conteúdo colida com a lei penal, essa possibilidade é por demais discutida e negada por importantes sectores doutrinários, não vemos como entre nós se possa defender essa solução perante textos de natureza constitucional e legal que determinam expressamente a cessação do dever de obediência quando da ordem resulte o cometimento de um crime. Ao contrário do que entende Taipa de Carvalho, quando esteja em causa a prática de uma acção descrita em um tipo legal de crime, o ordenamento jurídico não estabelece qualquer presunção relativa de legitimidade da ordem que, caso não seja ilidida, imponha ao subordinado um dever de obediência⁽⁶⁵⁵⁾. A posição que a ordem jurídica portuguesa toma em relação ao dever de obediência é precisamente a oposta: não se presume que esse dever existe, pelo contrário, determina-se a sua cessação se a ordem for ilegítima. O que a nossa ordem jurídica pretende evitar é aquilo que resulta da concepção de Taipa de Carvalho, que, pela mera interposição de uma ordem, uma conduta típica que sem essa ordem seria ilícita possa transformar-se em uma conduta lícita e que o agredido seja confrontado com um dever de a suportar.

A presunção de legitimidade da ordem do superior afirmada por Taipa de Carvalho é credora das objecções que dirigimos supra à ideia de presunção de legalidade dos actos estaduais presente no pensamento de Stratenwerth e Queralti Jiménez. Parece-nos, todavia, que enquanto estes concebem a presunção de legalidade de um modo que permitiria-mos designar objectivo, como uma característica conatural dos actos estaduais, Taipa de Carvalho atribui à presunção de legitimidade da ordem um entono predominantemente subjectivo, construindo-a na pers-

pectiva do subordinado⁽⁶⁵⁶⁾. Uma presunção de legalidade assim concebida não tem que gerar os efeitos que Taipa de Carvalho lhe atribui. Mesmo que, por hipótese, se admita que o subordinado pode ou deve presumir a legitimidade dos actos cuja prática lhe é ordenada pelo seu superior, daí não pode inferir-se que a ordem jurídica permita a subsistência do dever de obediência perante ordens não manifestamente ilegítimas. O paralelismo que pode estabelecer-se com a justificação dos factos típicos praticados por particulares em casos de cumprimento de ordens demonstra-o cabalmente.

Tomemos como exemplo as seguintes situações: 1) o comandante de um corpo de bombeiros pertencente a uma pessoa colectiva de direito privado que é chamado para apagar um incêndio numa casa ordena a um bombeiro seu subordinado que entre em uma propriedade vizinha e nela ligue uma mangueira, apesar de saber que na propriedade onde ocorre o incêndio existe uma saída de água que seria suficiente para apagar o fogo; 2) num hipermercado, o chefe dos vigilantes repara avarias do sistema de vídeo na presença de um indivíduo que sempre detestou e decide fazê-lo passar por uma vergonha, comunicando ao agente da segurança que esse sujeito retirou um produto da prateleira e o colocou no bolso interior do casaco e ordenando de seguida que proceda à sua detenção e o leve para uma sala do hipermercado assim que ele realize o pagamento dos produtos que comprou. Suponhamos que em ambos os casos as ordens foram obedecidas, tendo o bombeiro realizado um facto típico de introdução em lugar vedado ao público (art. 191.º do CP) e de furto (art. 203.º) e o segurança um facto típico de sequestro (art. 158.º do CP).

Em bom rigor, o enquadramento dogmático destas situações no domínio jurídico-penal não pode ser realizado no contexto da obediência devida, dado que esta só se aplica aos actos praticados sob ordens da autoridade, mas antes das causas de justificação respectivas, o direito

⁽⁶⁵⁵⁾ Cf. CARVALHO, Taipa de, *A Legítima Defesa*: "o dever de obediência hierárquica (...) assenta no princípio de que os actos ordenados pelo respectivo superior hierárquico (...) devem presumir-se (pelo subordinado) como lícitos" (p. 203); "dizer o contrário do que acaba de ser argumentado equivaleria a negar, na prática, o referido princípio da presunção, por parte do inferior, da legitimidade material-concreta da ordem do superior hierárquico" (p. 205).

⁽⁶⁵⁶⁾ CARVALHO, Taipa de, *A Legítima Defesa*, p. 212 e s. 350.

de necessidade (art. 34.º do CP) e a detenção em flagrante delicto (arts. 255.º-1-b) e 256.º do CPP). Todavia, materialmente, há uma clara semelhança entre estas situações e aquelas em que se consubstancia o problema do cometimento de factos típicos em cumprimento de ordens ilegítimas da autoridade. Tanto sobre o bombeiro, como sobre o agente da segurança impende um dever legal de obediência às ordens dos seus superiores hierárquicos, decorrente do vínculo jurídico-laboral que firmaram com a sua entidade patronal⁽⁶⁵⁷⁾. Regra geral, também estes agentes contam com a legalidade da ordem do superior se o facto cuja execução lhes é ordenada não se apresentar como manifestamente ilegal quando apreciado a partir do seu ponto de vista. Na perspectiva dos subordinados, uma vez que se encontram em erro, porventura objectivamente inevitável, o facto típico é cometido em cumprimento de uma ordem a que devem obediência. Vistas as coisas sob o prisma dos subordinados, poderia concluir-se que eles actuaram no cumprimento de um dever legal. E todavia, dado que em ambas as situações a ordem é ilegítima por não se encontrarem reunidos os pressupostos das respectivas causas de justificação, ninguém dirá que subsiste o dever de obediência às ordens dos superiores e que o bombeiro ou o segurança actuam no cumprimento de um dever legalmente consagrado. Na medida em que em ambos os casos a ordem implica o cometimento de um ilícito penal, é óbvio que deve entender-se que a obediência não é devida, apesar de nem na Constituição, nem na lei laboral encontramos um preceito que diga expressamente que cessa o dever de obediência do trabalhador quando a ordem do empregador conduza à prática de um crime.

Deste modo, se, mesmo que não estivesse consagrado o princípio de que cessa o dever de obediência quando a ordem conduza à prática de um crime, poderia considerar-se por demais duvidosa a justificação do facto típico cometido pelo funcionário em execução de uma ordem ilegítima, perante a consagração constitucional e legal desse princípio de afirmar-se inequivocamente a ilicitude desse facto.

⁽⁶⁵⁷⁾ Segundo o art. 121.º-1-d) do Código do Trabalho, “sem prejuízo de outras obrigações, o trabalhador deve cumprir as ordens e instruções do empregador em tudo o que respeite à execução e disciplina do trabalho, salvo na medida em que se mostrem contrárias aos seus direitos e garantias”.

Em conclusão, o subordinado que realiza uma conduta típica em obediência a uma ordem ilegítima actua ilicitamente, ainda que acredite que a ordem é legítima por se verificarem os pressupostos materiais da autorização legal respectiva. Na medida em que actua típica e ilicitamente, esse funcionário é susceptível de ser penalmente responsabilizado. Caso actue em erro sobre a legitimidade da ordem, só será passível de responsabilização se o facto for punível a título de negligência, pois o erro determina a exclusão do dolo da culpa (art. 16.º-2 do CP). Dada a ilicitude do facto, contra o funcionário pode ser oposta uma reacção em legítima defesa se os demais pressupostos desta causa de justificação estiverem verificados. Afirmamos somente que, uma vez verificado o pressuposto da ilicitude da agressão, existe a susceptibilidade de uma resposta em legítima defesa. Eventuais restrições ao exercício desse direito em virtude do erro em que o funcionário incorre só podem ser determinadas e cabalmente fundamentadas pela teoria da legítima defesa. Por último, deve ser negada a responsabilidade penal de terceiros relativamente a qualquer crime cuja punição dependa da legitimidade do acto oficial, como acontece de forma paradigmática nos crimes de resistência e de desobediência à autoridade pública.

3.2. Questão complexa e difícil é a da aplicabilidade às ordens judiciais do princípio de que cessa o dever de obediência sempre que a ordem implique o cometimento de qualquer crime. Concluímos que por esse princípio deve considerar-se não obrigatória uma ordem ilegítima dirigida à prática de um facto típico e que, nessa medida, caso a ordem seja cumprida, é penalmente ilícito o facto assim praticado, com as consequências que acabámos de enunciar. A verdade, porém, é que a Constituição determina igualmente que “as decisões dos tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de quaisquer outras autoridades” (art. 205.º)⁽⁶⁵⁸⁾. A questão é saber se o cumprimento das ordens judiciais pode estar submetido às mesmas condições estabelecidas para a execução das ordens não judiciais.

⁽⁶⁵⁸⁾ Princípio reiterado pelo art. 8.º da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (Lei n.º 3/99, de 13 de Janeiro) e pelo art. 158.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro).

Mais concretamente, importa apurar se ao subordinado deverá ser reconhecida a faculdade de exercer um controlo integral à legitimidade da ordem e de desobedecer caso a julgue ilegítima, se a ordem em causa se fundar numa sentença ou num despacho que constitua uma expressão do exercício da função jurisdicional.

Uma resposta definitiva a este problema pressuporia um estudo aprofundado do sentido e conteúdo da função judicial que transcenderia em larga medida o objecto da presente investigação, pelo que nos limitaremos a avançar várias notas que nos parecem indicar que a direcção mais acertada é a que afirma o dever de obediência perante ordens judiciais materialmente ilegítimas que importam a prática de um facto típico, desde que verificadas as condições processuais de natureza formal necessárias à sua eficácia.⁽⁶⁵⁹⁾

Entendemos que é de cumprimento obrigatório a ordem fundada em uma decisão judicial transitada em julgado ou, mesmo que não tenha ainda havido o trânsito julgado, que seja executável e que reúna os pressupostos formais de que depende a sua eficácia. O funcionário que recebe uma ordem judicial deve certificar-se que a mesma observa as formalidades processualmente devidas e está em condições de ser executada. Em caso afirmativo, deve executá-la. O conteúdo da ordem, constituído pela decisão judicial propriamente dita, encontra-se subtraído à apreciação do funcionário⁽⁶⁶⁰⁾, que não pode furtar-se ao seu cumprimento alegando a sua ilegitimidade material, fundada por exemplo em

⁽⁶⁵⁹⁾ No essencial desta conclusão, cf. LUTZÓN PEÑA, *Legítima Defensa*, p. 310 e ss.; QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Debida*, p. 268 e ss.; MIR PUIG, Carlos, *Los Delitos*, p. 118 e ss.; MIR PUIG, Santiago, *DP-PG³*, Lec. 18, n.º m. 665⁵; STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, p. 127 e ss.; SCHÖNKE / SCHRODER¹⁷, § 113, n.º m. 30, e DREHER / TRÖNDLE¹⁷, § 113, n.º m. 15.

⁽⁶⁶⁰⁾ Parece ser esta também a posição de SERÇA, A. Medina de, *Comentário Coimbraense*, III, art. 369.º, § 32, quando, a propósito da agravação da pena do crime de prevaricação fundada na privação da liberdade (art. 369.º-4), afirma que no caso de decisão que *executa* a prisão "a conduta do agente só é ilícita quando se execute uma medida da liberdade *formalmente ilegal*, isto é, quando a decisão que fundamenta a execução não apresenta os pressupostos formais legalmente necessários para que a execução possa realizar-se. Mas os órgãos competentes para a execução não têm de proceder a outro tipo de fiscalização, como o de apreciar a bondade material da decisão que determinou a execução".

uma errada apreciação dos factos, na existência de factos pertinentes para a decisão da causa que não foram levados ao conhecimento do juiz ou em uma errada aplicação do direito.

Esta posição não deriva de uma qualquer suposição de infalibilidade dos juízes, mas antes fundamentalmente da atribuição da função jurisdicional em exclusivo ao poder judicial. Como é óbvio, como pessoas que são, os juízes não estão imunes ao erro⁽⁶⁶¹⁾ e produzem decisões materialmente erradas e ilegais. Isso não é, porém, razão suficiente para permitir que entidades exteriores ao poder judicial se transformem em instâncias de controlo das suas decisões⁽⁶⁶²⁾ e possam paralisar a sua efectiva materialização.

Como apontam Gomes Canotilho e Vital Moreira, a obrigatoriedade e a prevalência das decisões judiciais "decorrem naturalmente da natureza dos tribunais como órgãos de soberania (art. 205.º-1) dotados da respectiva autoridade, titulares exclusivos da função jurisdicional (art. 205.º-2)"⁽⁶⁶³⁾. Se ao funcionário a quem é dirigida a ordem judicial fosse permitido questionar o teor da decisão que essa ordem incorpora e lhe fosse ainda reconhecida a faculdade de desobedecer quando a julgasse materialmente ilegítima, seria posto em causa o exercício exclusivo da função jurisdicional pelo poder judicial, dado que a decisão do funcionário acabaria por se sobrepor à decisão judicial, o que colidiria frontalmente com o princípio constitucional da prevalência das decisões dos tribunais sobre as de quaisquer outras autoridades⁽⁶⁶⁴⁾. Do mesmo passo seria abalada a estrutura e negados os fundamentos últimos do Estado de direito. Com efeito, "os órgãos/poder especialmente qualificados para estas funções de *jurisdicção* devem ter o *monopólio*

⁽⁶⁶¹⁾ Sobre o erro judicial, cf. CATARINO, Luis Guilherme, *A Responsabilidade do Estado pela Administração da Justiça. O Erro Judicial e o Anormal Funcionamento*, Coimbra: Almedina, 1999, p. 233 e ss.

⁽⁶⁶²⁾ Segundo ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2001, p. 349, "as decisões judiciais não estão (...) em princípio, sujeitas à fiscalização dos outros poderes do Estado. O controlo das decisões dos tribunais esgota-se dentro do Poder Judicial, mediante os recursos (ordinários e extraordinários) para as instâncias superiores".

⁽⁶⁶³⁾ CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, *CRP Anotada²* — o citado art. 205.º da CRP é agora o art. 202.º

⁽⁶⁶⁴⁾ Neste sentido, cf. QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Debida*, p. 267 e s.

da jurisdição, pois isso é uma dimensão ineliminável do princípio do Estado de direito e um corolário material do princípio da divisão de poderes: o *monopólio jurisdicional* é hoje, seguramente, um princípio constitucional material concretizador ou densificador destes princípios”⁽⁶⁶⁵⁾.

O monopólio jurisdicional confiado ao poder judicial traduz-se, entre outras dimensões, no monopólio da última palavra⁽⁶⁶⁶⁾, que seria também violado se o funcionário pudesse desobedecer a uma ordem judicial com base na sua ilegitimidade material. Pois, como sustenta Carlos Mir Puig, “se se permitisse ao funcionário executor da ordem examinar a juridicidade ou legalidade da mesma, seria, na realidade, esse funcionário — que pode ser o funcionário mais inferior — quem estaria de novo a julgar, invadindo uma competência exclusiva dos juizes e tribunais no âmbito jurisdicional — não governativo — (imaginemos uma ordem judicial procedente do Tribunal Supremo ou do Tribunal Constitucional)”⁽⁶⁶⁷⁾.

A consciência comunitária tem como certo que as decisões dos tribunais são soberanas e, quando definitivas, só excepcionalmente são reversíveis, em todo o caso sempre através de uma nova decisão judicial. A admissão do contrário, pela atribuição aos funcionários destinatários das ordens judiciais de um poder de controlo material e de desobediência, teria inevitáveis custos sociais, dada a perplexidade e insegurança que introduziria na vida social. Os cidadãos não compreenderiam como poderia a Administração substituir-se aos tribunais na função de garantir o cumprimento da legalidade e a que título e com que autoridade o poderia fazer. Como referimos noutro lugar e é em geral reconhecido, “a segurança jurídica consiste essencialmente na possibilidade de os cidadãos poderem prever as consequências jurídicas dos seus actos, saberem aquilo com que podem contar. A previsibilidade é condição para que o cidadão possa conduzir a sua vida de uma forma minimamente tranquila e é por isso também condição para

⁽⁶⁶⁵⁾ CANOTILHO, Gomes, *Direito Constitucional*?, p. 668.

⁽⁶⁶⁶⁾ Cf. CANOTILHO, Gomes, *Direito Constitucional*?, p. 668.

⁽⁶⁶⁷⁾ Assim, Mir Puig, Carlos, *Los Delitos*, p. 122, e na mesma direcção, QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Debida*, p. 268.

uma coexistência social pacífica”⁽⁶⁶⁸⁾. Ora, a eventualidade de as decisões dos tribunais não serem aplicadas por decisão dos funcionários a quem coubesse a sua execução instalaria na sociedade um sentimento de dúvida permanente quanto à real efectividade das decisões dos tribunais — “será que esta é mesmo para valer?” —, que seria socialmente insuportável⁽⁶⁶⁹⁾.

Concluimos, assim, pela obrigatoriedade das ordens judiciais executáveis que, apesar da sua eventual ilegitimidade material, reúnem os pressupostos formais devidos. A conduta típica do funcionário que dá cumprimento a esta ordem encontra-se por isso *justificada*, com as consequências que apontaremos infra à execução das ordens ilegítimas obrigatórias.

Claro que, em último termo, o custo desta imposição de obediência a ordens judiciais materialmente ilegítimas será suportado pelo cidadão sobre o qual recai a execução da ordem. Em todo o caso, regra geral, o cidadão tem à sua disposição instrumentos processuais, com os recursos à cabeça, idóneos a permitir que a decisão judicial seja submetida a uma reapreciação e pelos quais, através da revogação ou modificação da decisão judicial ilegítima, poderá evitar que a mesma seja executada ou pôr termo à sua execução caso a mesma já se tenha iniciado. Além disso, de modo a compensar os danos sofridos pela execução de decisões judiciais ilegais, o cidadão pode accionar o Estado, pedindo a sua responsabilização por esses danos, nos termos constitucional (cf. os arts. 27.º-5 e 29.º-6 da CRP) e legalmente previstos (cf., v. g., arts. 225.º e 226.º do CPP)⁽⁶⁷⁰⁾.

3.3. Se, exceptuadas as ordens judiciais, não restam dúvidas quanto à inexistência entre nós de ordens penalmente ilegítimas que possam

⁽⁶⁶⁸⁾ BRANDÃO, Nuno, «Contrastes Jurisprudenciais: Problemas e Respostas Processuais Penais», in: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1297.

⁽⁶⁶⁹⁾ Assim, também QUERALT I JIMÉNEZ, *La Obediencia Debida*, p. 268, que entende que a aceitação da desobediência às resoluções dos órgãos judiciais conduziria ao caos social, e Mir Puig, Carlos, *Los Delitos*, p. 124.

⁽⁶⁷⁰⁾ Cf. CANOTILHO, Gomes, *Direito Constitucional*?, p. 668, e, desenvolvivamente, CAVARINO, Luís Guilherme, *A Responsabilidade do Estado pela Administração da Justiça*, p. 33 e ss. e *passim*.

ser de cumprimento obrigatório, o mesmo não se poderá afirmar relativamente às *ordens ilegítimas das quais resulta a prática de um ilícito não penal*. O ordenamento jurídico português prevê expressamente que uma ordem ilegítima dessa natureza possa ser de cumprimento obrigatório para o subordinado. A questão das ordens ilegítimas obrigatórias deve ser analisada em dois momentos. Primeiro é necessário definir a sua extensão, saber que ordens ilegítimas são efectivamente definidas como obrigatórias pelo direito positivo. Depois cumpre apurar quais as suas consequências jurídicas.

3.3.1. O dever de obediência é considerado como um dos deveres gerais dos funcionários pelo art. 3.º-4-c) do EDF, que o define como o dever de "acatar e cumprir as ordens dos seus legítimos superiores hierárquicos, dadas em objecto de serviço e com a forma legal" (art. 3.º-7 do EDF e art. 271.º-2 da CRP) ⁽⁶⁷¹⁾. Assim, por força do art. 3.º-7 do EDF, do citado art. 12.º do Estatuto dos Militares das Forças Armadas e ainda do Regulamento Disciplinar da PSP e do Regulamento de Disciplina da GNR ⁽⁶⁷²⁾, os funcionários e agentes da Administração abran-

⁽⁶⁷¹⁾ Como refere MOREIRA, Vial (com a colaboração de Fernanda Paula Oliveira), *Direito Administrativo* (2.ª Turma), Cap. 3, p. 25, "o poder de direcção não carece de consagração legal expressa, tratando-se de um poder inerente ao desempenho das funções de chefia. Ou seja, não é necessário que a lei refira explicitamente a existência desse poder para que o superior disponha da faculdade de dar ordens ou instruções: essa competência decorre da própria natureza das funções do superior hierárquico por ele exercidas". Todavia, a obediência a ordens ilegais só será devida se legalmente imposta.

⁽⁶⁷²⁾ Cf. o art. 10.º-1 do Regulamento Disciplinar da Polícia de Segurança Pública (Lei n.º 7/90, de 20 de Fevereiro) e o art. 9.º-1 do Regulamento de Disciplina da Guarda Nacional Republicana (Lei n.º 145/99, de 1 de Setembro). Por força de uma auto-regulação deontológica vertida no Código Deontológico do Serviço Policial, cuja adopção foi registada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 37/2002, de 28 de Fevereiro, a obediência dos membros da PSP e da GNR está sujeita às seguintes regras (art. 9.º): "1 — Os membros das forças de segurança acatam e cumprem prontamente as ordens legítimas e legais de superior hierárquico. 2 — A obediência que os membros das forças de segurança devem aos seus superiores hierárquicos não os isenta de responsabilidade pela execução de tais ordens que constituam, manifestamente, violação da lei. 3 — Nenhuma sanção disciplinar pode ser aplicada a um membro das forças de segurança que se tenha recusado a cumprir uma ordem ilegítima e ilegal". Embora estas regras não tenham força jurídica para contrariar aqueles regulamentos disciplinares, a verdade é que apontam no bom caminho.

gidos pelo EDF, os militares e os agentes das forças de segurança da PSP e da GNR estão legalmente obrigados a obedecer às ordens que lhes sejam dirigidas desde que observadas três condições: que a ordem seja dada pelo legítimo superior hierárquico, com a forma legal e em matéria de serviço. Estas disposições legais não estabelecem como pressuposto do dever de obediência a legalidade substancial do acto ordenado ⁽⁶⁷³⁾. Nessa medida, a generalidade da doutrina tem considerado que vale entre nós o princípio geral de que "a ilegalidade do comando hierárquico não exclui o dever de obediência" ⁽⁶⁷⁴⁾. Tanto assim é que o art. 10.º do EDF determina que o subordinado obedeça a ordens do legítimo superior hierárquico dadas em matéria de serviço mesmo que considere ilegal a ordem recebida. A representação da ilegalidade perante o superior não condiciona o dever de obediência: este existe quer o

⁽⁶⁷³⁾ De modo diverso, de acordo com o art. 79.º-2 do Estatuto do Ministério Público (Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro, alterada pela Lei n.º 60/98, de 27 de Agosto), "os magistrados do Ministério Público devem recusar o cumprimento de directivas, ordens e instruções ilegais".

⁽⁶⁷⁴⁾ OTERO, Paulo, «Hierarquia Administrativa», in: José Pedro Fernandes (dir.), *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, V, Lisboa, 1993, p. 79. Na mesma direcção, CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vial, *CRP Anotada*², p. 953. AMARAL, Freitas do, *Curso*², I, p. 652. ANDRADE, Vieira de, «Validade (do Acto Administrativo)», p. 590 e s. OLIVEIRA, Mário Esteves de / GONÇALVES, Pedro / AMORIM, João Pacheco de, *CPA*², p. 652. MOREIRA, Vial, *Direito Administrativo* (2.ª Turma), Cap. 3, p. 26, e NEVES, Ana Fernanda, *Relação Jurídica de Emprego Pública*, Coimbra Editora, 1999, p. 53. Contra, mas sem razão, LEAL-HENRIQUES, *Procedimento Disciplinar*¹, comentando o regime do dever de obediência do EDF, considera que "a obediência, porém, só é devida se a ordem: for legal, isto é, se assentar na lei" (art. 2.º, p. 28) e que "o funcionário ou agente da Administração tem por obrigação cumprir, dentro do serviço, e em assunto relacionado com as suas funções, todas as ordens dos seus superiores, desde que tais ordens reúnam os requisitos legais, a saber: que sejam legítimas — as ordens, pelo seu objecto, devem estar de harmonia com a lei (legitimidade substancial) e obedecer às formalidades previstas legalmente para a sua validade (legitimidade formal)" (art. 10.º, p. 114). Acrescenta, nesse sentido, que "cumprirá sempre ao funcionário civilar a satisfação de ordens ilegais" (art. 10.º, p. 115). Este entendimento não só é directamente contrariado pela lei, como é contraditório com o que o A. afirma logo de seguida: "se houver demoras na decisão da reclamação ou pedido de transmissão ou confirmação da ordem por escrito, o funcionário, também por escrito comunicará ao seu superior hierárquico que recebeu a ordem e que contrapõe reservas à sua legalidade, que apresentou superiormente o seu ponto de vista e que não obteve resposta ao pedido formulado, executando de seguida a ordem ou instrução que lhe foi transmitida" (art. 10.º, p. 116).

inferior exerça a *renonstatio*, quer não. Nos termos do art. 271.º-2 da CRP e do art. 10.º-1 do EDF, o exercício da respeitosa representação é pressuposto da exclusão da responsabilidade civil e disciplinar do subordinado que cumpre uma ordem ilegal, mas não contende com a sua obrigatoriedade⁽⁶⁷⁵⁾. Por isso, para efeitos da determinação da consequência jurídica da obrigatoriedade da ordem, nomeadamente da justificação ou não do facto praticado em execução da mesma, não assume relevo a circunstância de o subordinado ter ou não representado a ilegalidade da ordem perante o superior ou pedido a sua transmissão ou confirmação por escrito. Poderá, portanto, ser excluída a ilicitude (não penal) da conduta realizada pelo subordinado em cumprimento de uma ordem ilegítima obrigatória mesmo que este não tenha exercido a respeitosa representação.

Tendo a lei estabelecido o princípio de que a ilegalidade intrínseca da ordem não prejudica o dever de obediência, em regra deverão considerar-se de cumprimento obrigatório as ordens que impliquem a prática de ilícitos civis, disciplinares, contra-ordenacionais e outros. Para determinar a extensão das ordens ilegítimas obrigatórias torna-se assim necessário apurar os limites impostos pela ordem jurídica ao dever de obediência. Vimos já que a Constituição e a lei afirmam a sua cessação quando o cumprimento da ordem implique a prática de qualquer crime. Resta saber se, em determinadas circunstâncias, do ordenamento resulta a proibição de obediência a ordens para o cometimento de ilícitos não penais⁽⁶⁷⁶⁾.

⁽⁶⁷⁵⁾ De acordo com OTERO, Paulo, «Hierarquia Administrativa», p. 79, "nem sequer o exercício do direito de respeitosa representação atasia o dever de obediência hierárquica, apenas excluindo a responsabilidade do subalterno". No mesmo sentido, cf. AMARAL, Freitas do, *Curso*,³, I, p. 652 e s., e MOREIRA, Víal, *Direito Administrativo* (2.ª Turma), Cap. 3, p. 26.

⁽⁶⁷⁶⁾ OTERO, Paulo, «Hierarquia Administrativa», p. 79, extrai do princípio da cessação da obediência sempre que o cumprimento da ordem implique a prática de qualquer crime a seguinte conclusão: "sendo o acto que envolve a prática de um crime um acto nulo, daí se deve retirar que os comandos hierárquicos inválidos, como actos jurídicos que são, estão sujeitos às diferentes formas de invalidade, cessando o dever de obediência sempre que os mesmos sofram de nulidade ou envolvam a prática de actos nulos". Do mesmo A., desevolvidamente, *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, p. 176 e ss. Consideram também que a obediência hierárquica não é

O único limite expressamente definido ao dever de obediência é o da prática de um crime⁽⁶⁷⁷⁾. Ora, este limite pode repercutir-se no dever de obediência a ordens que impliquem o cometimento de ilícitos não penais. A possibilidade de o princípio da cessação da obediência em matéria criminal interferir com o dever de obediência a ordens para a prática de ilícitos não penais prende-se com a circunstância de frequentemente o cometimento de um crime directamente relacionado com a violação de normas extra-penais. Tal acontece sobretudo em relação aos ilícitos-típicos negligentes, pois em geral considera-se que a infracção de normas de cuidado de natureza não penal constitui um indício da prática de um tipo de ilícito negligente, seja este caracterizado pela ideia de violação de um dever objectivo de cuidado⁽⁶⁷⁸⁾, seja pela ideia de criação de um perigo não permitido⁽⁶⁷⁹⁾. A questão é saber se sendo dada uma ordem ilegítima para a realização de uma conduta que viole uma norma de cuidado não penal, as mais das vezes de natureza contra-ordenacional, deverá cessar o dever de obediência pela razão de essa conduta *poter* implicar a realização de um facto que preenche um tipo de crime. Não se trata, portanto, das situações em que ao cometimento de um ilícito penal vai associada como pressuposto necessário ou como consequência necessária a realização de um ilícito não penal, pois aí a cessação do dever de obediência resulta de forma imediata do princípio da cessação da obediência em matéria criminal, mas antes dos casos em que a ordem ilegítima para a violação de uma norma extra-penal tem como *consequência possível* a lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico penalmente protegido. A questão deve ser resolvida por apelo à teoria geral da negligência.

devida em caso de nulidade, AMARAL, Freitas do, *Curso*,³, I, p. 651 e s., e II, p. 405, e MOREIRA, Víal, *Direito Administrativo* (2.ª Turma), Cap. 3, p. 26.

Contra, CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Víal, *CRP Anotada*,³, p. 953, ANDRADE, Vieira de, «Validade (do Acto Administrativo)», p. 590 e s., OLIVEIRA, Mário Esteves de / GONÇALVES, Pedro / AMORIM, João Pacheco de, *CPA*,², p. 652, e NEVES, Ana Fernanda, *Relação Jurídica de Emprego Público*, pp. 54 e 322 e s., entendem que, tirando as situações em que a ordem implica o cometimento de um crime, a nulidade do acto não obsta ao dever de obediência.

⁽⁶⁷⁷⁾ OTERO, Paulo, «Hierarquia Administrativa», p. 78 e s.

⁽⁶⁷⁸⁾ Cf. DIAS, Figueiredo, *Temas Básicos*, p. 359 e s., e FARIA, Paula Ribeiro de, *Comentário Combinatense*, I, art. 148.º, § 6 e s.

⁽⁶⁷⁹⁾ Cf. ROXIN, AT³, § 24, n.º m. 12 e 15 e ss.

Se mesmo em relação a condutas levadas a cabo com o cuidado juridicamente imposto não pode muitas vezes considerar-se totalmente eliminado o perigo para bens jurídico-penais, dado que as normas de cuidado podem visar tão-só a contenção do perigo dentro de limites socialmente aceitáveis ⁽⁶⁸⁰⁾, é evidente que a violação de uma norma de cuidado em cumprimento de uma ordem representa sempre *em abstracto* um perigo para bens jurídicos. O que é necessário apurar é se essa possibilidade, essa mera possibilidade que existe sempre, de o cumprimento da ordem lesar ou colocar em perigo bens jurídico-penais é suficiente para determinar a cessação do dever de obediência. Apesar das nossas objecções de princípio à existência de ordens ilegítimas obrigatórias, é forçoso reconhecer, com Lenckner, que uma resposta afirmativa acabaria por frustrar a opção legislativa de atribuir preponderância ao dever de obediência face ao dever de não cometer ilícitos não penais ⁽⁶⁸¹⁾.

Decisivo é, porém, o entendimento, que reúne largo consenso em matéria de negligência, de que embora a violação de uma norma de cuidado constitua um importante indicio da realização de um ilícito-típico negligente, nunca é em si mesma suficiente para fundar essa imputação, “assumindo neste contexto um peso fundamental a específica configuração do caso concreto e a sua análise (grau de perigo do comportamento, importância dos bens jurídicos envolvidos, entre outros factores)” ⁽⁶⁸²⁾. Tudo depende das circunstâncias concretas em que a ordem é dada, pois, como afirma Roxin, “o que *in abstracto* é perigoso, pode todavia não ser perigoso no caso concreto” ⁽⁶⁸³⁾.

A ordem ilegítima para a prática de um ilícito não penal deve ser obedecida quando a produção de um facto que preenche um tipo de crime surja *ex ante* como uma mera possibilidade abstracta, conatural à

⁽⁶⁸⁰⁾ Cf. Dias, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 12.º Cap., § 22 e ss.

⁽⁶⁸¹⁾ SCH / SCH / LENCKNER²⁵, antes do § 32, n.º m. 90.

⁽⁶⁸²⁾ FARIA, Paula Ribeiro de, *Comentário Conimbricense*, I, art. 148.º, § 7. Assim, também Dias, Figueiredo, *Temas Básicos*, p. 359 e s.: “A violação de normas desleitor constituirá indicio por excelência de uma contrariedade ao cuidado objectivamente devido, mas não pode em caso algum *fundamentá-la definitivamente*, quando o perigo típico de um comportamento pressuposto pela norma jurídica fale excepcionalmente, em virtude da especial configuração do caso concreto, não pode um tal comportamento ser considerado como contrário ao cuidado objectivamente devido”.

⁽⁶⁸³⁾ ROXIN, *AT* 3, § 24, n.º m. 16.

violação da norma de cuidado. Com efeito, quando assim seja não poderá dizer-se que a ordem conduz à prática de um crime, dado que, mesmo que um facto previsto em um tipo legal de crime venha efectivamente a ocorrer, ao subordinado não poderá ser imputado um ilícito-típico negligente. Pelo contrário, já não é devida obediência nos casos em que a ordem ilegítima para a infracção da norma de cuidado seja dada em circunstâncias em que objectivamente há uma possibilidade real de realização de um facto que preenche um tipo de crime em virtude da violação dessas regras jurídicas de prudência. Nestes casos, em que existe um perigo efectivo de a conduta de execução poder dar origem a um facto previsto em um tipo de crime, há uma cessação do dever de obediência por força do princípio da proibição de obediência a ordens que conduzam à prática de qualquer crime ⁽⁶⁸⁴⁾. Por isso, se o subordinado obedecer e produzir um facto que preenche um tipo de crime, realizando assim um facto típico negligente, não será procedente a invocação da ordem recebida no sentido de excluir a ilicitude respectiva, dado que o subordinado não actuou em cumprimento de um dever legal.

Fora os casos em que o dever de obediência a ordens ilegítimas para a prática de ilícitos não penais cessa por via imediata ou mediata do princípio da proibição da obediência a ordens que conduzem à prática de um crime, cremos que deve ainda considerar-se que não é devida obediência a uma ordem ilegal que implique o cometimento de um ilícito não penal que ofenda direitos, liberdades e garantias fundamentais ⁽⁶⁸⁵⁾: cessa o dever de obediência perante uma ordem dirigida à violação de um direito, liberdade ou garantia fundamental emitida sem uma base legal que a legitime, seja porque não há uma lei autorizadora da conduta ordenada, seja porque não estão verificados os pressupostos materiais de uma lei restritiva existente. Não se trata aqui da questão amplamente

⁽⁶⁸⁴⁾ Nesta direcção, distinguindo entre perigo abstracto e perigo concreto, ROXIN, *AT* 3, § 17, n.º m. 21, JAKOBS, *DP-PG*, 16/14, JESCHICK / WEIGEND, *AT* 5, § 35, II, 213, e LEHLEITER, *Der rechtswidrige verbindliche Befehl*, p. 146 e s. Próximo, SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 90, que considera a ordem não obrigatória nos casos em que a conduta ordenada é especialmente perigosa e a produção do resultado típico é não só possível, como provável.

⁽⁶⁸⁵⁾ Sobre a controvertida questão relativa ao conteúdo dos direitos, liberdades e garantias, cf. CANOTILHO, Gomes, *Direito Constitucional* 7, p. 398 e ss.

debatida pela doutrina constitucional relativa à possibilidade de a Administração controlar a constitucionalidade de uma norma legal e, caso a julgue desconforme à Constituição, a desaplicar em uma situação concreta, embora as soluções apontadas a este problema corram no mesmo sentido da nossa posição. É que se, apesar de muitas cautelas, se admite em certas circunstâncias que a Administração possa não aplicar uma norma legal com fundamento na sua inconstitucionalidade (686), com a consequente aceitação da desobediência a uma ordem dada com base nessa norma (687), não se vê como se possa afirmar o dever de obediência a uma ordem dada *sem base legal* que viole direitos, liberdades e garantias fundamentais.

Os direitos, liberdades e garantias têm uma ineliminável dimensão individual, reconduzindo-se a pretensões jurídicas individuais a favor de determinados titulares (688) ou, dito de outro modo, a posições jurídicas subjetivas (689), e desempenham uma função de "defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado (e de outros esquemas políticos coactivos)" (690). Daí que a Constituição estabeleça um regime particularmente exigente para a sua restrição, só a admitindo mediante a observância de vários requisitos formais e materiais (art. 18.º-2 e 3 da CRP): "os requisitos formais actuam como uma «zona de protecção formal» (exigência de lei da AR ou de decreto-lei autorizado, exigência de expressa autorização restritiva contida na constituição); os requisitos materiais pretendem assegurar a conformidade substancial da lei restritiva com os princípios e regras da Constituição (princípio da proporcionalidade, princípio da generalidade e abstracção, princípio de não-retroactividade, princípio da salvaguarda do conteúdo essencial)" (691).

(686) Cf. CANOTILHO, Gomes, *Direito Constitucional?*, p. 443 e ss., ANDRADE, Vieira de, *Os Direitos Fundamentais?*, p. 206 e ss., OTERO, Paulo, *Legalidade e Administração Pública*, p. 667 e ss., e MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 318 e s.

(687) Cf. OTERO, Paulo, *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, p. 181.

(688) Nesses termos, CANOTILHO, Gomes, *Direito Constitucional?*, p. 401.

(689) Assim, ANDRADE, Vieira de, *Os Direitos Fundamentais?*, p. 349.

(690) CANOTILHO, Gomes, *Direito Constitucional?*, p. 407.

(691) CANOTILHO, Gomes, *Direito Constitucional?*, p. 452. Sobre a questão cf. ainda, desenvolvivamente, CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, *CRP Anotada?*, p. 148

Ateia a vinculação das entidades públicas aos preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias, a sua aplicabilidade directa (cf. art. 18.º-1 da CRP) e os pressupostos de que depende a sua restrição, não pode senão entender-se que não há dever de obediência perante uma ordem que implique a violação de um direito, liberdade ou garantia fundamental dada sem o devido suporte legal. Com efeito, seria incompreensível que o regime especial dos direitos, liberdades e garantias pudesse ser contornado através do dever de obediência dos funcionários. Sendo a ordem ilegítima, por não se encontrarem reunidos os pressupostos de uma autorização legal, há desde logo a apontar a ausência de uma lei que legitime a restrição do direito, liberdade ou garantia: uma tal restrição seria então determinada não pela vontade do legislador, mas do executivo, e careceria das notas de generalidade e abstracção e de não retroactividade exigidas pela Constituição. A isso acresce a possibilidade de o acto ultrapassar os limites impostos pelo princípio da proporcionalidade e ofender o conteúdo essencial de um direito, liberdade ou garantia e assim a própria "dignidade da pessoa, do homem concreto como ser livre" (692).

A imposição de um dever de obediência a ordens ilegítimas violadoras dos direitos, liberdades e garantias fundamentais colidiria frontalmente com o regime constitucional especial a eles relativo e seria por isso inconstitucional. Daí que se deva concluir pela não obrigatoriedade das ordens ilegítimas que ofendam direitos, liberdades e garantias fundamentais (693).

Em suma, os funcionários devem obediência a todas as ordens ilegítimas dos legítimos superiores dadas na forma legal em matéria de serviço desde que essas ordens não impliquem imediata ou imediatamente a prática de qualquer crime e não ofendam direitos, liberdades e garan-

e ss., MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, IV, p. 328 e ss., e ANDRADE, Vieira de, *Os Direitos Fundamentais?*, p. 288 e ss.

(692) ANDRADE, Vieira de, *Os Direitos Fundamentais?*, p. 296.

(693) No essencial desta conclusão, na medida em que afirmam que não há dever de obediência a ordens para a prática de actos feridos de nulidade, OTERO, Paulo, *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, p. 179, AMARAL, Freias do, *Curso?*, I, p. 651 e s., e *Curso*, II, p. 405, e MOREIRA, Vital, *Direito Administrativo* (2.ª Turna), Cap. 3, p. 26.

tias fundamentais. É esta a extensão das ordens ilegítimas obrigatórias na ordem jurídica portuguesa. Sublinhe-se que nos domínios em que as ordens ilegítimas não são de cumprimento obrigatório, a eventual execução dessas ordens está sujeita aos mesmos efeitos apontados ao cumprimento de ordens ilegítimas dirigidas à prática de um facto típico, com uma única diferença: estando em causa o cometimento de um ilícito não penal, sobre esse ilícito não pode obviamente ser fundada uma responsabilidade penal, sendo o subordinado passível da responsabilização respectiva (civil, disciplinar, contra-ordenacional ou outra).

3.3.2. Definida a extensão das ordens ilegítimas obrigatórias na ordem jurídica portuguesa, importa agora determinar os seus efeitos jurídicos.

Dada a sua obrigatoriedade, a consequência imediata destas ordens é a de impor ao subordinado um dever de obediência, que caso não seja cumprido pode desencadear responsabilidade disciplinar⁽⁶⁹⁴⁾. A desobediência não implica, porém, responsabilidade criminal. Com efeito, se em termos gerais⁽⁶⁹⁵⁾ a desobediência de funcionários a ordens legítimas é penalmente irrelevante⁽⁶⁹⁶⁾, é evidente que a deso-

⁽⁶⁹⁴⁾ Cf. art. 3.º-4-c) e 7 e art. 10.º do EDF. Assim também, OTERO, Paulo, *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, p. 186.

⁽⁶⁹⁵⁾ Existem casos especiais em que a desobediência, mesmo tratando-se de ordens ilegítimas, assume relevância penal. Tal acontece no domínio militar — cf. o novo Código de Justiça Militar (Lei n.º 100/2003, de 15 de Novembro) que comina penas para vários actos de desobediência: n. g., o crime de ofensas a sentinela (art. 68.º), a insubordinação por desobediência (art. 87.º) ou a omissão de deveres por navio mercante (art. 106.º). Em todo o caso, como já foi mencionado, também sobre os militares recai a proibição de obediência a ordens que conduzam à prática de crimes, nos termos do art. 12.º Estatuto dos Militares das Forças Armadas. A desobediência a decisões judiciais é também em determinadas circunstâncias passível de sanção criminal: cf. n. g., o art. 13.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho (Crimes de Responsabilidade de Titular de Cargo Político), que prevê o crime de desacatamento ou recusa de execução de decisão de tribunal; e o disposto no art. 159.º do Código de Processo dos Tribunais Administrativos (Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro) que comina a pena da desobediência para casos de inexecução ilícita das decisões judiciais.

⁽⁶⁹⁶⁾ Não consideramos acertado o entendimento de que, regra geral, o funcionário que no exercício das suas funções desobedece a uma ordem legítima do legítimo superior hierárquico é passível de responsabilidade penal fundada no tipo legal de crime de desobediência do art. 348.º do CP. É esta, todavia, a posição de MONTeiro,

bediência a ordens ilegítimas não constitui um facto criminalmente punível.

Cristina Urbano, *Comentário Cominbricense*, III, art. 348.º, § 17: "A desobediência em causa não é necessariamente a do subordinado ao seu superior, embora nada no tipo legal não faça afastar liminarmente hipóteses desse teor. A desobediência hierárquica legal, é certo, a sua sanção específica, a ser decretada em processo disciplinar autónomo, Mas precisamente a autonomia das duas ordens sancionatórias não impede a condenação por crime e infracção disciplinar. Aplicando as regras do concurso aparente, deve ainda considerar-se que, provindo a desobediência de um funcionário, a aplicação da lei especial do art. 381.º — preenchidos todos os demais elementos (...) — afastará a do tipo geral que se comenta". No sentido correcto, cf. MORRÁ, Lopes da, «Crimes Contra a Autoridade Pública», p. 426⁶⁶, que considera que "o crime [de desobediência do art. 348.º do CP], que tutela o dever de obediência dos cidadãos ao Estado, não abrange a desobediência hierárquica, no âmbito de uma específica relação de subordinação funcional".

No direito português sempre se distinguiu entre a desobediência dos particulares a ordens dadas por funcionários no exercício de funções e a desobediência dos subordinados às ordens dos seus superiores.

Já na vigência das Ordenações a desobediência dos súbditos às ordens dos oficiais régios e a desobediência dos funcionários era objecto de um tratamento diferenciado. Ao passo que em relação à desobediência dos particulares aos funcionários régios se previa uma regime geral de contornos bem definidos (cf. o Título 91 do Livro V das Ordenações Afonsinas, relativo aos "que fazem, ou dizem injúrias aos Juçadores sobre seu Offício", o Título 36 do Livro V das Ordenações Manuelinas; o Título 49 do Livro V das Ordenações Filipinas sobre "os que resistem, ou desobedecem aos Officiaes da Justiça, ou lhes dizem palavras injuriosas", e o Alvará de 24 de Outubro de 1764, da Justificação da Legislação Portuguesa, *Legislação de 1763 a 1774*, coligida por Antonio Delgado da Silva, Lisboa, 1829, p. 128 e ss.), a obediência dos oficiais públicos nas relações internas no seio do aparelho da administração ou da justiça era definida por normas esparsas, constantes dos regimentos de vários cargos oficiais que concediam, explicita ou implicitamente, um poder de autoridade a alguns officios sobre outros, que em certos casos se manifestava no poder de aplicar sanções pelo cometimento de erros no exercício da função ou de desobediência às ordens proferidas.

No CP de 1852 e no CP de 1886 foi mantida a separação entre a desobediência dos particulares às ordens da autoridade e a desobediência dos funcionários às ordens dos seus superiores. Em ambos os Códigos aquela desobediência era prevista no art. 188.º, no âmbito dos crimes relativo às "Injúrias e Violências contra as Auctoridades Publicas, Resistencia e Desobediencia", e esta no art. 303.º, no contexto dos "Crimes dos Empregados Publicos no Exercicio de suas Funções".

O CP de 1982 manteve o crime de desobediência no domínio dos crimes contra a autoridade pública (cf. o art. 388.º na redacção original e o actual art. 348.º), mas deixou de prever a punição da desobediência do funcionário a ordens transmitidas por superior no catálogo dos crimes cometidos no exercício de funções públicas. A aplicação

Estando o subordinado legalmente obrigado a obedecer a uma ordem ilegítima, o cumprimento dessa ordem deve considerar-se *justificado*. No conflito entre o dever de obediência e o dever jurídico geral de não cometer factos ilícitos, é a própria lei que atribui preponderância ao dever de obediência e por isso deve ser excluída a ilicitude da conduta de execução do funcionário ⁽⁶⁹⁷⁾. Quem actua em cumprimento de um dever legal não actua ilicitamente. Embora se admita existir aqui “uma legalidade especial no âmbito interno da actividade administrativa quanto ao dever de obediência hierárquica” ⁽⁶⁹⁸⁾, que se sobrepõe à legalidade externa, o certo é que aquela legalidade interna encontra o seu fundamento nesta legalidade externa, dado que “resulta da própria lei ser legal o cumprimento de uma ordem ilegal” ⁽⁶⁹⁹⁾. Como demonstrou Engisch ⁽⁷⁰⁰⁾, a justificação da acção do subordinado é a única solução congruente com o princípio da unidade da ordem jurídica, atenta a obrigatoriedade legal de dar cumprimento à ordem ilegítima que lhe é dirigida.

Devem ser ainda ponderados os *efeitos para terceiros* que derivam desta exclusão da ilicitude da conduta de execução de uma ordem ilegítima do regime da desobediência do art. 348.º à violação deste dever funcional contraria a decisão legislativa de remeter essas infracções para a sede devída, o direito disciplinar. O entendimento de que o art. 348.º abrange quer a desobediência dos particulares a ordens da autoridade, quer a desobediência dos funcionários a ordens superiores é incompatível com a sua localização sistemática e mistura duas realidades perfeitamente distintas. Além disso, a simples desobediência de funcionários a ordens superiores, independentemente das circunstâncias em que ocorre e das consequências que acarreta, não só não é um comportamento digno de pena, como não revela carência de tutela penal, dado que é tutelado de modo adequado e suficiente pelo direito disciplinar, como a experiência tem revelado.

⁽⁶⁹⁷⁾ Assim também, na conclusão, CARVALHO, Taipa de, *A Legítima Defesa*, p. 205, que considera que “seria uma grave contração normativa, uma grave violação do princípio da unidade da ordem jurídica (normativa de conduta) impor a execução de uma determinada acção e, simultaneamente, vir considerar essa mesma acção como ilícita, como anti-normativa”.

⁽⁶⁹⁸⁾ OTERO, Paulo, *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, p. 187.

⁽⁶⁹⁹⁾ OTERO, Paulo, *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, p. 186, que se lava em LENKEMER, Karl, *Die Gehorsamspflicht der Verwaltungsgorgane*, p. 74, que afirma que actua licitamente o órgão que cumpre uma ordem ilegítima obrigatória, uma vez que a justificação provém do próprio legislador.

⁽⁷⁰⁰⁾ ENGISCH, *Die Einheit der Rechtsordnung*, p. 50 e ss.

gítima obrigatória. A justificação do facto praticado pelo subordinado é essencialmente determinada pela situação em que este se encontra, pelo constrangimento legal de obedecer a uma ordem ilegal. Tanto assim é que ninguém nega a ilicitude da conduta do superior e a susceptibilidade de o mesmo ser responsabilizado pela ordem dada e pela execução respectiva levada a cabo pelo subordinado. O facto de a exclusão da ilicitude ser tributária do conflito de deveres com que o subordinado é pessoalmente confrontado, ao ponto de alguma doutrina considerar que se trata de uma causa de justificação pessoal ⁽⁷⁰¹⁾ ou que a justificação se produz na pessoa do subordinado ⁽⁷⁰²⁾, deve reflectir-se necessariamente na avaliação da conduta do terceiro que reage à execução. Na apreciação jurídico-penal da resposta do particular face à execução da ordem ilegítima *deve distinguir-se entre a ofensa a bens jurídicos pessoais do subordinado e a ofensa a bens jurídicos que lhe são alheios*, nomeadamente os que sejam titulados pelo superior e os de natureza supra-individual que digam respeito ao Estado.

Ao particular está vedada uma defesa que lese ou coloque em perigo bens jurídicos pessoais do subordinado protegidos penalmente, como a vida, a integridade física, a liberdade de decisão e de acção, a liberdade de movimento ou a honra. Uma vez que a conduta do subordinado se encontra justificada, o particular que em resposta à execução da ordem pratique um facto típico que afecte bens jurídicos pessoais do subordinado não poderá apelar à legítima defesa para excluir a ilicitude respectiva. Também não nos parece que o particular se possa valer do direito de necessidade defensivo para afastar essa ilicitude ⁽⁷⁰³⁾. Logo porque, como refere Figueiredo Dias, “uma acção relativamente à qual se verifique uma causa de justificação, em todas as suas exigências objectivas e subjectivas, constitui sempre (*sc.* sem qualquer excepção) um *facto lícito*, contra o qual não é admissível legítima defesa (...), nem qual-

⁽⁷⁰¹⁾ MARINUCCI / DOLCINI, *DP-PG*, p. 187 e s., e VIGANO, *Stato di Necessità*, p. 317 e ss.

⁽⁷⁰²⁾ SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 89.

⁽⁷⁰³⁾ Próximo, negando também uma defesa em estado de necessidade defensivo contra a conduta de execução do subordinado quando está em causa uma ordem cujo cumprimento não implica a prática de um crime, CARVALHO, Taipa de, *A Legítima Defesa*, p. 206 e ss.

quer outro *direito de intervenção*" (704). Mas também porque não sendo à partida obrigatórias as ordens das quais resulte a prática de um crime ou que ofendam direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos, muito dificilmente se conjugarão duas das condições necessárias para a eficácia justificante do direito de necessidade defensivo: que o valor do interesse ameaçado pela execução da ordem não seja muito inferior ao do bem jurídico pessoal do subordinado e que esse sacrifício se revele em concreto necessário.

O afectado poderá, pelo contrário, responder em legítima defesa contra o superior, na medida em que a conduta deste é ilícita (705). Na prática, porém, a menos que o superior participe na execução do facto ordenado, o particular não tem oportunidade de exercer essa resposta dada a ausência do superior, faltando à sua agressão a actualidade pressuposta pela legítima defesa (706).

Uma outra questão prende-se com a possibilidade de o terceiro atingido pela execução da ordem ilegítima obrigatória ser penalmente responsabilizado pelos crimes de resistência e coacção sobre funcionário (art. 347.º do CP) ou de desobediência (art. 348.º do CP) caso pratique actos que preencham os elementos constitutivos desses tipos de crime. A resposta deve ser negativa em relação a ambos os crimes, uma vez que a resistência ou a desobediência que o terceiro exerça não possuem relevância típica nessa sede. Uma coisa é justificar a conduta *do subordinado* pela razão de o mesmo estar pessoalmente obrigado a obedecer a uma ordem ilegítima. Circunstância que, vimos já, se repercute sobre o terceiro em um dever de respeito perante a sua pessoa, traduzido no dever de não ofender bens jurídico-penais de natureza pessoal por ele tutelados, que caso não seja respeitado torna o particular passível da responsabilidade penal respectiva. Outra coisa é, por via da obrigação que impende sobre o subordinado de cumprir ordens ilegais, sujeitar o particular à aplicação da pena dos crimes de resistência ou de desobediência, que visam a tutela de interesses de carácter supra-individual alheios

(704) DIAS, Figueredo, *Textos de Direito Penal*, p. 159, e *DP-PG*, I, 2004, 14.º Cap., § 32.

(705) Nesta direcção, cf., pela generalidade da doutrina, CARVALHO, *Taipa de, A Legítima Defesa*, p. 206, e SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 88.

(706) Assim, já BERTHOL, *L'Ordine dell'Autorità*, p. 131 e s.

à pessoa do subordinado. Tanto mais que esses interesses, que dizem directamente respeito ao Estado, a quem em último termo deve ser imputada a prática de um facto que é objectivamente ilegal e interfere indevidamente na posição jurídica daquele particular, não são verdadeiramente lesados com a resistência ou a desobediência do particular.

Na realidade, o cidadão que resiste ou desobedece a um funcionário que executa uma ordem ilegítima obrigatória não lesa o bem jurídico protegido pelos crimes de resistência e de desobediência, a autonomia intencional do Estado (707). Os crimes de resistência e de desobediência visam assegurar uma protecção sem discontinuidades da execução da vontade estadual legítima. Formam assim uma unidade que se abraça e se admite que, ao contrário do crime de desobediência, o crime de resistência protege de modo directo e autónomo a pessoa do funcionário. O facto de a violência e a ameaça grave contra o funcionário constituírem elementos do tipo de resistência e coacção sobre funcionário não implica que este crime tenha como fim a protecção do funcionário (708). A referência à oposição com violência ou ameaça grave jus-

(707) Também MONTEIRO, Cristina Lbano, *Comentário Cominbricense*, III, Nótula antes do art. 347.º, § 3, art. 347.º, § 1, aponta a autonomia intencional do Estado como o bem jurídico dos crimes contra a autoridade pública. O conceito de autonomia intencional do Estado deve-se a COSTA, António de Almeida, «Sobre o Crime de Corrupção», *in: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, I, 1984, p. 144 e s., que o faz coincidir com a legalidade administrativa: «a corrupção (própria e imprópria) traduz-se, por isso, sempre numa manipulação do aparelho de Estado pelo funcionário que, assim, viola a «autonomia intencional» da Administração, ou seja, em sentido material, infringe a chamada «legalidade administrativa». Sintetizando, o bem jurídico da corrupção consiste na «autonomia intencional» da Administração, i. é, na «legalidade administrativa», nos termos descritos».

(708) Cf., em sentido diametralmente oposto, o Ac. do TRP de 11 de Dezembro de 1985, *BML*, n.º 352, apud GONCALVES, Maia, *CP11*, art. 347.º, 6.º: «O tipo legal de crime do art. 384.º do CP [actual art. 347.º] protege o próprio funcionário (e indirectamente o interesse público na execução das suas funções) e portanto defende bens jurídicos eminentemente pessoais». No sentido do texto, na jurisprudência actual, cf. os Acs. do STJ de 12-02-2004 e de 18-02-2004, *CJ STJ*, 2004, Tomo I, p. 200 e p. 205, respectivamente.

A doutrina alemã majoritária considera que o crime de resistência contra o funcionário de execução do § 113 do StGB tutela simultaneamente a execução da vontade estadual e o funcionário — cf. SCH / SCH / ESBR²⁶, § 113, n.º m. 2, v. BUBNOFF, *LK11*, § 113, n.º m. 2, LACKNER / KOHL, *Strafgesetzbuch*²², § 113, n.º m. 1 (protecção da rea-

tífica-se por representar o modo mais grave de afronta à legítima materialização da vontade do Estado. É nesse sentido e não no de promover em paralelo a tutela do funcionário que a violência e a ameaça grave figuram no crime de resistência. A protecção da pessoa do funcionário é e deve ser exclusivamente assegurada pelos tipos legais de crime que tutelam os bens jurídicos relativos à sua esfera pessoal enquanto cidadão⁽⁷⁰⁹⁾. A razão está, pois, com Cristina Lbano Monteiro quando considera que se no crime de resistência “simultaneamente se protege a pessoa do funcionário incumbido de desempenhar determinada tarefa, a sua liberdade individual, essa protecção é tão-só funcional ou reflexa. A liberdade do funcionário importa na estrita medida em que representa a liberdade do Estado”⁽⁷¹⁰⁾.

A autonomia intencional do Estado deve ser assim afirmada como o único bem jurídico dos crimes dos arts. 347.º e 348.º do CP. Identificada essa autonomia intencional do Estado com as “exigências de legalidade, objectividade e independência que, num Estado de direito, lização legítima da vontade estadual e do funcionário), e Dreher / Trondle⁽⁷¹¹⁾, § 113, n.º m. 1 e ss. Porém, ao contrário do art. 347.º do nosso CP, constituem elementos típicos do § 113 do StGB não apenas a resistência com violência ou com ameaça de violência, como ainda a agressão violenta sobre o funcionário. Além disso, o § 113.2 prevê ainda uma agravação no caso em que a agressão violenta determine um perigo de morte ou de lesão grave da integridade física do funcionário.

Em relação ao direito espanhol, que como o português e ao contrário do alemão, conhece os crimes de resistência (“delitos de atentado”, art. 550 do CP, e “delito de resistencia, art. 556 do CP) e de desobediência (art. 556 do CP), a doutrina dominante coincide com a posição de CEREZO Mir, «Los Delitos de Atentado...», pp. 207 e 219, que considera que nestes crimes se tutela “a liberdade de decisão e de realização da vontade do Estado, face a determinadas formas de agressão”.

⁽⁷⁰⁹⁾ Parece ter sido esta, aliás, uma das razões que determinou a eliminação na Reforma do CP de 1995 do crime de ofensa a funcionário do art. 385.º do CP de 1982. Cf. *Código Penal, Actas e Proyecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, 1993, p. 407, em que se refere ter Costa Andrade defendido a eliminação do art. 348.º do Anteprojecto, que correspondia àquele art. 385.º do CP de 1982, nos seguintes termos: “o regime deve equiparar as ofensas à integridade física ao homicídio evitado, na medida do possível que apareçam qualificativos que ponham em causa a participação de base do cidadão”. Sobre a questão, cf. ainda MOTA, Lopes da, «Crimes Contra a Autenticidade Pública», p. 414.

⁽⁷¹⁰⁾ Nesse sentido, MONTEIRO, Cristina Lbano, *Comentário Conimbricense*, III, Nótula antes do art. 347.º, § 3, art. 347.º, § 1, e art. 348.º, § 4.

sempre têm de presidir ao desempenho das funções públicas”⁽⁷¹¹⁾, compreende-se sem mais que a legitimidade do acto oficial seja o pressuposto essencial da punição por resistência e por desobediência⁽⁷¹²⁾. A criminalização da resistência e coacção sobre funcionário e da desobediência só se justifica, aliás, pela necessidade de assegurar o cumprimento de um *dever fundamental* dos cidadãos que é o da “obediência aos actos legítimos dos poderes públicos”⁽⁷¹³⁾. A autonomia intencional do Estado não é lesada, nem colocada em perigo por quaisquer actos de resistência ou desobediência de um particular face a um facto em si mesmo ilegal. Essa oposição contribui antes para a sua preservação. A circunstância de a execução do facto desconforme ao direito ser levada a cabo por um funcionário que actua em cumprimento de uma ordem para ele obrigatória em nada altera a sua natureza intrinsecamente legal. Daí que a resistência ou desobediência opostas pelo particular a esse facto não sejam passíveis de punição criminal nos termos dos arts. 347.º e 348.º do CP, logo por falta de tipicidade.

⁽⁷¹¹⁾ COSTA, António de Almeida, *Comentário Conimbricense*, III, art. 372.º, § 9.

⁽⁷¹²⁾ O acto estadual tem de ser *efectivamente* legítimo, sendo a legitimidade um elemento do tipo dos crimes de resistência e de desobediência e não mera condição objectiva de punibilidade — assim, já DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Licitude*, § 22, VI, 3, nota 105, ESTEVES, Maria da Assunção, *A Constitucionalização*, p. 220 e s., e MONTEIRO, Cristina Lbano, *Comentário Conimbricense*, III, art. 347.º, § 17.

“Uma interpretação do tipo à luz do bem jurídico protegido e conforme à *Constituição*” que é acertadamente proposta por MONTEIRO, Cristina Lbano, *Comentário Conimbricense*, III, art. 347.º, § 16, não se coaduna, porém, com a caracterização de acto legítimo que a A. defende. Como referimos supra, Cristina Lbano Monteiro em uma aproximação à teoria alemã do conceito de licitude penal entende que pressuposto da punição por resistência é que o acto não seja notoriamente ilegítimo, argumentando que a oposição a esse acto “não põe em causa a «legalidade administrativa»” que caracteriza a autonomia intencional do Estado. Ora, a maior ou menor notoriedade da legitimidade não aumenta, nem diminui a desconformidade do acto perante a lei. Sendo o acto ilegal, mesmo que de modo não manifesto, a resistência ou desobediência que lhe seja oferecida não representa uma oposição à materialização da legalidade administrativa.

⁽⁷¹³⁾ ANDRADE, Vieira de, *Os Direitos Fundamentais*², p. 156 e s. Este A. caracteriza os deveres fundamentais autónomos como aqueles que são “impostos pela Constituição independentemente de qualquer direito”. Sobre a categoria dos deveres fundamentais, cf. ainda CANOTILHO, Gomes, *Direito Constitucional*⁷, p. 529 e ss.

CAPÍTULO III

A EXCLUSÃO DA CULPA POR CUMPRIMENTO DE ORDENS ILEGÍTIMAS

“Tive a infelicidade de me ver envolvido nestes horrores, o que não foi fruto da minha vontade, não tive a intenção de matar homens. São os próprios dirigentes políticos os únicos responsáveis deste assassinato colectivo.

Tivei abandonar as minhas funções e ser transferido, para combater honradamente, mas retiveram-me para continuar esta pesada tarefa. Neste momento ainda, sublinho uma vez mais:

A minha culpa reside na minha obediência, no meu respeito pela disciplina e nas minhas obrigações militares em tempo de guerra, no meu juramento de fidelidade que prestei quer como soldado, quer como funcionário.

Além disso, estava submetido às leis da guerra.

Esta obediência não era fácil. Aquelle que já esteve sob ordens ou a mandar sabe o que se pode exigir de um ser humano.

Não persegui os judeus por paixão nem por prazer, como foi o caso do governo. Só para um governo é que uma perseguição destas seria possível, eu próprio seria incapaz. Acuso os governantes de terem abusado da minha obediência, que era exigida naquelles tempos, como também será exigida, no futuro, a qualquer subordinado.

A obediência encontra-se entre os virtuosos. É por isso que eu peço para terem em conta o facto de eu ter obedecido, e não a quem eu obedeci.

Como já disse, a classe dirigente, da qual eu não fazia parte, ditava as ordens. Penso que é esta quem merecia ser punida pelos horrores cometidos às suas ordens.

Mas os subordinados são agora as vítimas. Eu sou uma dessas vítimas, não podemos deixar de ter isso em conta.

Preende-se alegar que eu deveria ter desobedecido. É um ponto de vista eminentemente retrospectivo. Naquelas circunstâncias, uma atitude destas era impossível, ninguém tinha a coragem de se comportar desta maneira.

Sei por experiência própria que esta possibilidade de desobedecer a uma ordem, a qual nunca foi questionada a não ser depois da guerra, é uma fábula inventada por aqueles que não tinham necessidade disso. Foram raros os que puderam esquivar-se e eu não estava entre aqueles que aprovavam uma atitude destas”.

Depoimento final prestado por Adolf Eichmann perante o Tribunal de Jerusalém colhido por Hannah Arendt, in: ARENDT, Hannah, *Eichmann em Jerusalém. Uma Reportagem Sobre a Banalidade do Mal*, p. 15 e s.

A nossa análise ao problema das ordens da autoridade centrou-se até aqui no plano da ilicitude. Concluímos que, em princípio, a exclusão da ilicitude de um facto típico praticado por um funcionário em cumprimento de uma ordem superior só pode ocorrer quando essa ordem seja legítima. Uma ordem não pode por si mesma, independentemente da sua conformidade com o ordenamento jurídico, eliminar a ilicitude penal do facto típico cometido em sua execução. A avaliação da ilicitude da conduta do funcionário que actua sob ordens não apresenta, assim, qualquer especificidade face ao funcionário cuja actuação é determinada por uma decisão própria. Do mesmo modo, da circunstância de o funcionário agir no cumprimento de ordens superiores não decorre qualquer particularidade na afirmação ou negação da ilicitude penal do facto típico por si praticado quando comparado com qualquer particular. São de

recusar quaisquer critérios especiais pelos quais seja considerada legítima uma ordem que na realidade não o é ou que produzam a justificação da execução de uma ordem ilegítima.

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

A exclusão da culpa por obediência, da mesma forma que a exclusão da ilicitude por obediência, é frequentemente associada à problemática das ordens ilegítimas obrigatórias. Com efeito, exclusão da ilicitude e exclusão da culpa são como que duas faces da mesma moeda. No contexto das ordens ilegítimas obrigatórias, a exclusão da culpa aparece normalmente como o escape encontrado para contrabalançar a negação da exclusão da ilicitude e a oposição à solução da justificação. Nessa medida, mais importante do que fundamentar a desculpa é contraditar a exclusão da ilicitude. Daí que não raras vezes se dê a exclusão da culpa como um dado adquirido, sem necessidade de concretizar o respectivo fundamento ou de explicitar os seus pressupostos (714).

São duas as principais vias de fundamentação da exclusão da culpa por obediência a ordens ilegítimas, a *inexistibilidade* e o *erro*. É evidente que uma exclusão da culpa do funcionário que actua ilicitamente em cumprimento de uma ordem pode ser alcançada através da mobilização das várias circunstâncias de carácter geral que determinam a exclusão da culpa, umas que participam da ideia de inexistibilidade e outras que têm antes a ver com o erro. Só que o que neste contexto importa com-

(714) Cf., v. g., SANTOS, Beleza dos, *Lições*, p. 111 e s.; MEZGER, *Tratado*², § 30, II, 2. AMELUNG, «Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten», p. 337. KÖPER, «Grundsatzfragen der "Differenzierung" zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung», p. 92. DREIER / TRÖNDLE¹⁷, antes do § 32, n.º 16. LACKNER / KÜHL, *Strafgesetzbuch*¹², antes do § 13, n.º m. 27, e TOLEDO, Francisco de Assis, *Ilícitude Penal e Causas de sua Exclusão*, pp. 120 e s. e 138 e s.

prender é a exclusão da culpa directamente relacionada com a obediência a ordens superiores. Nessa medida, dada a existência no direito positivo português de uma causa de exclusão da culpa dirigida especificamente a esta matéria, a obediência indevida desculpante do art. 37.º do CP, será sobre ela que concentraremos a nossa atenção.

§ 10. A OBEDIÊNCIA INDEVIDA DESCULPANTE

1. Em uma primeira análise cumpre delimitar o âmbito geral em que deve enquadrar-se a obediência indevida desculpante. A partida deve ser afastada a *inexigibilidade* como princípio fundamentador da mesma. Nesse sentido depõe desde logo o texto legal do art. 37.º, que aponta directamente para o domínio do erro na parte em que circunscreve o raio de acção da obediência indevida desculpante aos casos de cumprimento de uma ordem *no desconhecimento* de que a mesma conduz à prática de um crime: “cumpre uma ordem *sem conhecer* que ela conduz à prática de um crime”.

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

Foi pela *inexigibilidade* como fundamento da exclusão da culpa por cumprimento de ordens ilegítimas que enveredou parte significativa dos partidários das teorias desculpacionistas no contexto do debate acerca das ordens ilegítimas obrigatórias.

A este fundamento recorrem aqueles que simultaneamente aceitam a existência de ordens ilegítimas obrigatórias, mas recusam atribuir-lhes efeitos justificantes. É o caso paradigmático de Eberhard Schmidt, que considera que as ordens ilegítimas obrigatórias representam uma situação especial de não exigibilidade de uma conduta conforme ao direito (715). Ao lado das situações normais de *inexigibilidade*, em que a exclusão da culpa é produzida por força de uma presunção legal de que o agente não está em condições de poder corresponder às exigências

da norma jurídica violada, outras existem em que é a própria ordem jurídica que não autoriza o agente a actuar conforme ao dever imposto pela norma incriminadora, uma vez que lhe ordena o cumprimento de um outro dever do qual resulta a realização do facto típico previsto naquela norma. É aqui que, de acordo com Eberhard Schmidt, deve enquadrar-se a obediência a ordens obrigatórias: sendo imposto ao funcionário um dever de obedecer, é evidente que o mesmo não pode ser censurado pela comissão do facto ordenado, dado não lhe ser exigível outro comportamento. Razão que levou alguns daqueles que admitiam a existência de ordens ilegítimas obrigatórias, mas que se opunham a que as mesmas pudessem justificar a respectiva execução, a considerar que a culpa do subordinado deveria ser excluída no quadro do estado de necessidade subjectivo (716).

As razões que avançámos contra a justificação por cumprimento de ordens ilegítimas obrigatórias em matéria penal permitem compreender de imediato a improcedência desta tese que aponta para a não *inexigibilidade* em ordem a sustentar a exclusão da culpa do funcionário. Na realidade, o pressuposto básico desta posição é a existência de ordens ilegítimas obrigatórias. Pressuposto que, como demonstrámos supra, não só é inaceitável no plano dos princípios, como é inadmissível face ao direito positivo português, que estabelece expressamente a cessação do dever de obediência quando a ordem conduza à prática de qualquer crime. Nessa medida, caem por terra todas as consequências que a tese descrita faz derivar da afirmação dessas ordens ilegítimas obrigatórias, mais concretamente a exclusão da culpa por *inexigibilidade*.

Além da invocação da não exigibilidade como fundamento da exclusão da culpa em caso de obediência a ordens ilegítimas como decorrência

(715) Cf. SAUER, *Allgemeine Strafrechtstheorie*, § 18, B, II, 2; KONIGRAUSCH / LANGE, antes do § 51, II, MEZGER, *LK*, antes do § 51, 12, a), e WEITZEL, *DP-PCII*, § 15, II, 2. Numa direcção próxima, DIAZ PALOS, «Obediencia Debidia», p. 751 e s., e na actual doutrina italiana, FIANDACA / MUSCO, *DP-PC*, p. 366, que apontam as ordens criminosas insidieváveis previstas no art. 51-4 do CP italiano como um caso de *inexigibilidade*: “para isentar de responsabilidade penal o subordinado que comete um crime em execução de uma ordem ilegítima do superior à qual não pode desobedecer, não restou senão apelar à situação de forte pressão psicológica na qual ele se encontra ao agir e que anula os pressupostos de um processo normal de motivação.”

(715) LISZT, FRANZ V. / SCHMIDT, *Lehrbuch*, § 42, V, p. 288.

Entendida a inexigibilidade nestes termos, é forçoso concluir que a generalidade das situações apontadas pela doutrina espanhola como situações de inexigibilidade não o são na realidade, dado que a imibição para cumprir a determinação imposta pela norma incriminadora provém essencialmente de uma incapacidade estritamente pessoal do funcionário para se conformar com o dever-ser jurídico-penal e não da situação ambiente de subordinação implícita na transmissão da ordem. Com efeito, a sugestão exercida pela autoridade e prestígio do superior, a falta de pulso do subordinado para se impor ao superior ou a falta de confiança do subordinado em si próprio não constituem circunstâncias que possam tornar inexigível um comportamento conforme ao dever, pois não levam um funcionário «normal» a praticar um crime só porque tal lhe é ordenado. Mesmo o receio de sanções disciplinares ou de perder o emprego é em geral infundado e só terá razão de ser quando a emissão da ordem seja acompanhada de ameaças nesse sentido. Ainda aqui, porém, em regra se deverá exigir ao funcionário que desobedeça, pois terá sempre oportunidade de se defender (cf. art. 32.º-10 da CRP) e evitar as sanções de carácter disciplinar previstas para a desobediência a ordens superiores, alegando que a ordem conduzia à prática de um crime e por isso deveria ser desobedeçada (724).

A ordem dirigida ao subordinado e a relação de subordinação que liga o superior ao inferior não formam em geral por si mesmas uma situação ambiente que permita afirmar a exclusão da culpa com base na ideia de inexigibilidade quando o subordinado obedeça a uma ordem que implique a prática de um crime e, por isso, não pode considerar-se que dêem corpo à exclusão da culpa por obediência indevida desculpante prevista no art. 37.º Uma eventual exclusão da culpa por inexigibilidade em caso de obediência a uma ordem desta natureza não constitui assim um efeito directo dessa ordem e só pode ser aceite quando os termos em que a ordem é transmitida e é cumprida configurem uma situação de estado de necessidade desculpante definida pelo art. 35.º (725).

(724) Para uma posição de princípio semelhante, tomada em relação à invocação da inexigibilidade no contexto dos crimes negligentes, cf. ROXIN, *AT*, § 26, n.º m. 116, e JESCHECK / WEIGEND, *AT*, § 57, IV.

(725) Neste sentido, DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 24.º Cap., § 4 e s.; WEBER, Hellmuth von, «Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf Befehl», p. 39 e s.,

Para tanto é necessário que o subordinado seja coagido a executar a ordem sob a ameaça de morte ou de lesão da integridade física, da honra ou da liberdade e que estejam verificados os demais pressupostos do art. 35.º Fora destes casos não poderá ser afirmada uma exclusão da culpa fundada na inexigibilidade em caso de obediência a uma ordem criminosa.

2. A exclusão da culpa por obediência indevida desculpante não deriva da inexigibilidade, mas sim do erro em que o funcionário incorre e que determina o cumprimento da ordem que conduz à prática de um crime. Cumpre, porém, esclarecer qual o tipo de erro que está aqui em causa e qual o conteúdo do critério de não censurabilidade. Para esse efeito, além da compreensão da reflexão que entre nós tem sido dedicada à obediência indevida desculpante, afigura-se pertinente perceber os termos em que na doutrina alemã têm sido interpretadas várias disposições legais, como o § 5, I, da WStG, o § 11, II, da SoldG e o § 7, II, da UZwG (cf. *supra*, nota 407) cuja redacção é praticamente igual à do art. 37.º do CP português.

2.1. O debate actual na doutrina alemã relativo à exclusão da culpa em caso de obediência a ordens ilegítimas decorre em torno de algumas das disposições legais referidas a propósito das ordens ilegítimas obrigatórias, nomeadamente do § 5, I, da WStG e do § 11, II, da SoldG, que se aplicam aos militares, e do § 7, II, da UZwG, dirigido aos funcionários de execução. De acordo com estes preceitos, só actua com culpa o funcionário que comete um facto ilícito que preenche o tipo de uma lei penal quando saiba que a ordem implica a prática de um facto ilícito ou quando tal seja evidente segundo as circunstâncias por ele conhecidas. A generalidade da doutrina associa aquelas disposições legais à matéria do erro. Só que enquanto uns reconduzem directamente essas disposições ao domínio do erro, considerando que as mesmas formam uma regulamentação especial, outros entendem que esses preceitos dão corpo a causas de exclusão da culpa de natureza autónoma que actuam

STRATENWERTII, *Verantwortung und Gehorsam*, p. 182; MAURACH / ZIPF, *DP-PG*, I, § 34, n.º m. 25; JESCHECK / WEIGEND, *AT*, § 35, II, 5. SCI / SCI / LENCKNER³⁶, antes do § 32, n.º m. 121, e Ambos, «Zur strafrechtlichen Wirkung...», p. 222.

em situações de erro. A falta de consenso verifica-se, além disso, em relação aos casos de erro abrangidos pelas disposições em causa. Embora a tendência dominante seja para identificar o § 5, I, da WStG, o § 11, II, da StGG e o § 7, II da UZwG com o erro sobre a proibição (*Verbotsirrtum*), o certo é que é frequente encontrar posições que estendem o regime destas normas legais também a situações de erro sobre o tipo, quer de uma forma expressa (726), quer de maneira implícita, considerando casos que na realidade configuram um erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação como casos de erro sobre a proibição (727).

Parte da doutrina reconduz as disposições legais mencionadas somente ao erro sobre a proibição. Segundo Stratenwerth, o conhecimento ou a evidência a que essas disposições se referem diz respeito apenas à valorização jurídica da conduta ordenada (728). No mesmo sentido, Jakobs considera que aqueles preceitos intervêm quando o subordinado ignora a ilicitude do facto objecto da ordem, suavizando o regime geral do erro sobre a proibição do § 17 do StGB (729). De acordo com Jakobs, a exclusão da culpa nos casos em que a ilicitude penal não é manifesta tendo em conta as circunstâncias conhecidas pelo subordinado deve-se à necessidade de assegurar a rapidez na execução das decisões do aparelho estadual, pois se aos militares e aos funcionários de execução fosse imposto o risco do erro decorrente das regras gerais, a execução dos actos estaduais seria afectada pelos eventuais esclarecimentos acerca da qualificação jurídica do facto ordenado que os funcionários estariam legitimados a realizar.

Ao subordinado é, assim, concedida uma maior margem de erro. A lei, entendem Roxin e Schroeder, baseia-se na teoria da culpa e actua sobre o critério de censurabilidade do erro, diminuindo as exigências de evitabilidade (730).

(726) Cf. SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 121, e BAUMANN / WEBER, AT¹⁰, § 23, n.º m. 52.

(727) MAURACH / ZIPF, DP-PG⁷, I, § 38, n.º m. 25.

(728) STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, p. 205.

(729) JAKOBS, DP-PG, 19/53. Nesta direcção, cf. ainda ROXIN, AT⁹, § 21, n.º m. 73, e SCHROEDER, LK¹¹, § 17, n.º m. 52 e ss.

(730) ROXIN, AT⁹, § 21, n.º m. 73, e SCHROEDER, LK¹¹, § 17, n.º m. 54. Ambos se opõem, assim à posição de MAURACH / ZIPF, DP-PG⁷, I, § 38, n.º m. 29, que vêem no § 5, I, da WStG uma expressão da teoria do dolo limitada.

Desse modo, a punição é reservada para os casos em que o erro sobre a ilicitude é facilmente evitável. Por isso, Roxin considera que a lei consagra uma solução que pode ser assimilada na sua categoria da responsabilidade, que compreende a culpa e as necessidades de prevenção (731). No seu ponto de vista, à luz do § 17 do StGB, deverá ter-se por inevitável não apenas o erro em que se incorre pela absoluta impossibilidade de aceder ao conhecimento da ilicitude, como também o erro em relação ao qual se pode ainda afirmar que o agente cumpriu as exigências pressupostas pela normal fidelidade ao direito. Assim, quando a consciência da ilicitude da conduta só possa ser adquirida através de esforços extremos, apesar da existência de uma culpa diminuída, o facto de esses esforços não serem exigíveis determina a exclusão da responsabilidade penal do agente (732). Onde, ainda que exista uma culpa diminuída, um erro sobre a proibição pode excluir a responsabilidade e ser tido como inevitável em sentido jurídico quando a renúncia à punição seja compatível com as funções preventivas do direito penal (733). Nessa medida, Roxin entende que embora existam casos em que o subordinado age com culpa em virtude da possibilidade de evitar o erro sobre a ilicitude do facto ordenado, quando a ilicitude não seja evidente no quadro das circunstâncias por ele conhecidas a lei renuncia à sua punição uma vez que a manutenção da responsabilidade do superior permite satisfazer as exigências de prevenção que se façam sentir (734). O § 5, I, da WStG, o § 11, II, da StGG e o § 7, II, da UZwG representam assim uma solução de afirmação da culpa e de negação da responsabilidade, que determina a não punição do subordinado.

Também Maurach e Zipf remetem a questão da obediência a ordens ilegítimas fundamentalmente para o âmbito do erro sobre a proibição (735). Como vimos supra, a sua posição de princípio é a de que uma ordem nunca pode por si própria, independentemente da sua conformi-

(731) Cf. ROXIN, AT⁹, § 19.

(732) ROXIN, AT⁹, § 21, n.º m. 37.

(733) ROXIN, AT⁹, § 21, n.º m. 43.

(734) ROXIN, AT⁹, § 21, n.º m. 73. Aproximando-se de Roxin, DIAS, *Figuredo*, DP-PG, I, 2004, 24.º Cap., § 12.

(735) MAURACH / ZIPF, DP-PG⁷, I, § 38, n.º m. 24 e ss. Assim, já MAURACH, AT, § 36, III, B, apesar de analisar a questão no contexto da exclusão da responsabilidade pelo facto.

vem defendendo a teoria da culpa limitada referida às consequências jurídicas (743).

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

Em relação aos funcionários civis vale o regime geral do erro sobre a proibição previsto no § 17 do StGB, pelo que esse erro não afecta o carácter doloso da conduta do subordinado, podendo excluir a culpa se for inevitável.

A subordinação militar é regida pelo referido § 5, I, da WStG, que determina a responsabilização do subordinado nos casos em que o mesmo tem consciência da ilegitimidade criminal da ordem ou essa ilegitimidade é evidente através das circunstâncias por ele representadas. A segunda condição constitui, segundo Zipf, uma regra especial do erro sobre a proibição e reconduz-se à teoria do dolo limitada (744). De acordo com esta teoria, o erro sobre a proibição determina a exclusão do dolo, mas caso o agente revele cegueira para o direito será merecedor de uma censura, em função da qual lhe deve ser aplicada a pena correspondente ao crime doloso respectivo (745). É nesse sentido que Zipf interpreta o § 5, I, da WStG: se o reconhecimento do carácter criminoso da conduta ordenada, que implica a responsabilização do agente, pressupõe um conhecimento seguro da natureza do facto, então a representação insegura e as dúvidas do subordinado deveriam excluir o dolo; no entanto, se a ilegitimidade penal for evidente a partir das circunstâncias por ele representadas, o dolo é ficcional e o agente é responsabilizado. A questão da inevitabilidade ou inevitabilidade do erro torna-se, assim, irrelevante, pois se o subordinado tiver conhecimento de circunstâncias que implicariam sem mais o reconhecimento da natureza penal do facto ordenado é censurado pela sua cegueira para o direito, que determina a ficção do dolo e a sua punição (746).

(743) MAURACH / ZIPF, *DP-PG?*, I, § 37, n.º m. 41 e ss.

(744) MAURACH / ZIPF, *DP-PG?*, I, § 38, n.º m. 29.

(745) Cf., desenvolvidamente, CORTEA, Eduardo, I, p. 408 e ss.

(746) MAURACH / ZIPF, *DP-PG?*, I, § 38, n.º m. 29.

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

Como referimos, Lenckner posiciona-se claramente no sector justificacionista, defendendo em relação ao cumprimento de ordens penalmente ilegítimas um conjunto de soluções que determinam uma larga amplitude na exclusão da ilicitude da respectiva conduta de execução. As situações que não beneficiam da exclusão da ilicitude são objecto de um tratamento dogmático que se evidencia pela inequívoca distinção entre as várias hipóteses em que o subordinado pode beneficiar de uma exclusão da responsabilidade penal no plano da culpa (747). Tal como a generalidade da doutrina alemã, Lenckner não admite que a desculpa por cumprimento de ordens se possa fundar em uma eventual coacção caracterizada pelo receio de desvantagens pessoais sentido pelo subordinado, pois aí vale por inteiro o regime do estado de necessidade subjectivo. Todo o problema diz respeito ao erro. Lenckner separa claramente os casos de erro sobre a factualidade típica e de erro sobre os pressupostos materiais de um tipo justificador dos casos de falta de consciência da ilicitude da conduta ordenada. Dentro de cada um desses grupos, distingue ainda os funcionários em geral dos funcionários de execução e

(747) SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 121. À semelhança da doutrina alemã maioritária, SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 108/109, distingue entre causas de exclusão da culpa (*Schuldanschiebungsrunde*) e causas de desculpa (*Entschuldigungsrunde*). As primeiras são circunstâncias cuja verificação determina a impossibilidade da imputação de um juízo de culpa, por se referirem directamente aos pressupostos da culpa, a capacidade para avaliar a ilicitude da conduta e para se declarar de acordo com essa avaliação. A imputabilidade e o erro sobre a proibição iminam de acordo com essa avaliação. A imputabilidade e o erro sobre a proibição inevitável constituem, por isso, verdadeiras causas de exclusão da culpa. As causas de desculpa dizem respeito a casos em que não há uma autêntica exclusão da culpa, mas em que o agente beneficia da indulgência da ordem jurídica, que renuncia à censura da culpa, em virtude da situação de motivação ou de conflito de carácter excepcional com que é confrontado. Contra esta distinção, cf. ROXIN, *AT?*, § 19, n.º m. 52 e s.

militares, pelo facto de a estes serem aplicáveis o § 7, II, da UZwG, o § 11, II, 2, da SoldG e o § 5, I, da WStG.

Para os ilícitos-típicos realizados pelos funcionários em geral em virtude de erro sobre a factualidade típica ou de erro sobre os pressupostos materiais de uma causa de justificação — que, por isso mesmo, têm natureza negligente e correspondem, na concepção de Lenckner, àsque-las situações em que para um funcionário médio colocado no lugar do subordinado a ilegitimidade da ordem seria reconhecida sem qualquer dificuldade devido ao seu carácter manifesto⁽⁷⁴⁸⁾ — valem as regras gerais da negligência⁽⁷⁴⁹⁾. Delas decorre que, dada a inexistência de um dever de exame que impenda sobre o subordinado, este só pode ser objecto da censura própria da negligência quando, tendo em conta as suas capacidades pessoais, pudesse reconhecer sem mais, ou seja, sem qualquer exame especial à situação de facto, que não se encontravam verificados os pressupostos materiais que determinariam a legitimidade da sua conduta. Ainda quanto a estes funcionários, em caso de erro sobre a ilegitimidade relativo à conduta ordenada vale o regime geral do § 17 do StGB. Por entender que em ambos os casos a desculpa se funda nas regras gerais, considera, contra Jescheck e Weigend, que a essa desculpa não pode ser apontada natureza autónoma.

O § 7, II, da UZwG, o § 11, II, 2, da SoldG e o § 5, I, da WStG ditam, pelo contrário, uma disciplina especial de desculpa para os funcionários de execução e para os militares, que se reflecte tanto no erro sobre a factualidade típica e sobre os pressupostos objectivos de um tipo justificador, como no erro sobre a ilicitude⁽⁷⁵⁰⁾. No primeiro tipo de erro há uma limitação adicional ao juízo de censura por força desses preceitos. Ao contrário do que acontece com a generalidade dos funcionários, só pode ser dirigida uma censura por negligência a esta cate-

⁽⁷⁴⁸⁾ Cf. SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 88.

⁽⁷⁴⁹⁾ SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 121.

⁽⁷⁵⁰⁾ SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 121. Neste sentido, cf. ainda BAUMANN / WEBER, AT⁷⁰, § 23, n.º m. 52, que consideram que tais disposições representam uma modificação em benefício do agente do erro dos §§ 16 e 17 do StGB — recorde-se que de acordo com BAUMANN / WEBER, AT⁷⁰, § 21, n.º m. 1 e ss., e § 29 e ss., o erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação constitui um erro sobre as circunstâncias do facto, ao qual se aplica analogicamente o disposto no § 16 do StGB.

goria de funcionários nos casos em que a ilegitimidade seja evidente em função das circunstâncias conhecidas pelo próprio subordinado⁽⁷⁵¹⁾. A desculpa fica assim dependente unicamente dos factos representados pelo subordinado a quem a ordem foi dada. Há, nessa medida, um alargamento do âmbito da desculpa em benefício dos funcionários de execução e dos militares, pois o juízo de censura que a estes pode caber só tem em conta os factos por si conhecidos, ao passo que a formação do juízo de culpa quanto aos funcionários comuns tem em consideração toda a situação de facto.

As disposições referidas representam ainda um regime legal especial de erro sobre a proibição nas situações em que o subordinado, que actua representando correctamente a situação de facto, erra sobre a ilicitude penal do facto ordenado⁽⁷⁵²⁾. A particularidade deste regime assenta, desde logo, na circunstância de abranger apenas a falta de consciência da ilicitude penal e não de qualquer outra ilicitude, pois a ordem que conduza à prática de um ilícito não penal é, regra geral, de cumprimento obrigatório e tem eficácia justificante. Uma outra especificidade prende-se com o juízo sobre a inevitabilidade deste erro sobre a proibição e a correspondente exclusão da culpa. O critério de apreciação da inevitabilidade do erro é também aqui o da evidência da ilicitude penal tendo em conta as circunstâncias conhecidas pelo agente. O erro é inevitável, com a consequente exclusão da culpa, sempre que a ilicitude não seja manifesta a partir dos factos conhecidos pelo subordinado. Só lhe pode ser, assim, dirigida uma censura quando da realidade por ele representada resulte sem margem para dúvida a ilicitude penal da conduta ordenada.

Também Jescheck e Weigend se afastam da doutrina maioritária e consideram que a actuação ilícita em cumprimento de ordens de serviço forma uma causa de desculpa⁽⁷⁵³⁾ de natureza autónoma, embora repre-

⁽⁷⁵¹⁾ Assim, também BAUMANN / WEBER, AT⁷⁰, § 23, n.º m. 52, para quem a imputação de responsabilidade a título de negligência prevista na segunda parte do n.º 1 do § 16 do StGB fica circunscrita à negligência grosseira.

⁽⁷⁵²⁾ SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 121.

⁽⁷⁵³⁾ Também Jescheck / Weigend, AT⁷⁵, § 43, II, advogam a distinção entre as causas de exclusão da culpa e as causas de desculpa, incluindo nesta categoria a actuação em cumprimento de ordens superiores.

sentente simultaneamente uma regra especial do erro sobre a proibição (754). O fundamento legal da desculpa por obediência a ordens superiores reside, segundo Jescheck e Weigend, no § 56, II, 3, da BBG (lei dos funcionários federais) e no § 38, II, 2, da BRRG (lei quadro para a uniformização do regime jurídico dos funcionários) para os funcionários em geral e no § 7, II, da UZwG, no § 11, II, 2, da SoldG e no § 5, I, da WStG para os funcionários de execução e para os militares. À semelhança das demais causas de desculpas, a razão pela qual pode ser desculpada a realização de uma conduta ameaçada com uma pena em caso de cumprimento de uma ordem assenta em uma diminuição substancial do ilícito de acção e da culpa do facto. A desculpa pode verificar-se quer nos casos em que, agindo com intenção de dar cumprimento ao dever de obediência que sobre ele impende, o subordinado confia que actua em conformidade ao direito, errando porém sobre a obrigatoriedade da ordem (755), quer quando o subordinado desconheça a relevância penal do facto ordenado. A ordem jurídica admite a desculpa atendendo aos limites à faculdade de controlar a legalidade da ordem impostos ao subordinado e à estrutura hierárquica do aparelho estadual, que incute no subordinado um espírito de confiança na autoridade do superior e o hábito de obedecer e que transfere para o superior a responsabilidade pela validade material das ordens emitidas. Em todo o caso, Jescheck e Weigend ressaltavam que uma ordem não obrigatória pode constituir uma causa de desculpa somente quando seja considerada pelo subordinado como obrigatória e o pudesse ser (756). Critério que corresponde *grasso modo* aos pressupostos de que depende a exclusão da culpa de acordo com as disposições legais referidas.

2.2. Ao contrário do que acontece na doutrina alemã a propósito do § 5, I, da WStG e preceitos similares, é escassíssima a reflexão que entre nós tem sido dedicada à obediência indevida de culpante, que não consta de uma qualquer legislação extravagante, mas sim da parte geral do Código Penal, desde a sua entrada em vigor, há mais de vinte anos.

Isto para não falar da jurisprudência, pelo menos da publicada ou recensada, que não produziu sequer uma decisão em que tenha aplicado ou recusado aplicar o art. 37.º do CP e em que a referência à obediência indevida de culpante tenha ido além da mera enunciação ao lado das outras causas de exclusão da culpa (757). A pouca atenção que a obediência indevida de culpante tem merecido não impediu, porém, o surgimento de distintas tomadas de posição doutrinárias quanto ao seu fundamento e campo de aplicação.

Cumpra desde já assinalar que a generalidade da doutrina considera, e bem, que a obediência indevida de culpante não tem a ver com a inexigibilidade e diz antes respeito ao problema do erro (758), ainda que nem sempre se consiga perceber que tipo de erro está aqui em causa (759).

Embora não referida directamente ao art. 37.º do CP vigente, cremos ser pertinente começar por assinalar a posição manifestada por Eduardo

(757) Assim se justifica o seguinte comentário tecida por LEAL-HENRIQUES / SIMAS SANTOS, *CP²*, art. 37.º, p. 370, a propósito do art. 37.º do CP: "Não encontramos publicada jurisprudência de interesse".

(758) DIAS, Figueiredo, «Pressupostos da Punição e Causas que Excluem a Illicitude e a Culpa», p. 79, chegou a considerar que a obediência indevida de culpante seria "uma forma particular de aparecimento (se bem que dotada de especificidade e contendo os seus próprios pressupostos)" da cláusula de inexigibilidade, mas entende agora, como damos nota em texto, que se trata antes de um caso de erro sobre a illicitude.

(759) Embora pareçam referir-se ao erro sobre a illicitude, dado que associam a obediência indevida de culpante ao erro não censurável, nem LEAL-HENRIQUES / SIMAS SANTOS, *CP²*, art. 37.º, p. 370, nem GONÇALVES, Maia, *CP¹*, art. 37.º-2, p. 174, o afirmam claramente, ficando por isso por esclarecer que género de erro se tem em vista no art. 37.º.

Assim, para LEAL-HENRIQUES / SIMAS SANTOS, *CP²*, art. 37.º, p. 369, "de acordo com o n.º 2 do art. 36.º, quando a ordem conduz ao crime o facto praticado nunca é ilícito. O artigo em análise [art. 37.º] vem trazer precisamente uma limitação àquele dispositivo. Assim, se o subordinado não sabe que a ordem conduz a um crime, a sua culpa será excluída, desde que aquela conclusão não fosse evidente no quadro das circunstâncias por ele representadas. Isso mesmo já resultaria, contudo, dos princípios gerais sobre o erro não censurável".

No mesmo sentido, GONÇALVES, Maia, *CP¹*, art. 37.º-2, p. 174, considera que "este artigo [37.º] é o alforamento dos princípios gerais sobre o erro não censurável, nessa medida seria até dispensável. Estabelece-se isenção de culpa quando o funcionário se não apercebe, nem é evidente no quadro das circunstâncias que ele representou, que a ordem do seu superior hierárquico que executa conduz ao cometimento de um crime".

(754) JESCHECK / WEIGEND, *AT⁵*, § 46, I, 4.

(755) JESCHECK / WEIGEND, *AT⁵*, § 46, I, 3^a.

(756) JESCHECK / WEIGEND, *AT⁵*, § 46, II.

Correia a propósito da exclusão da culpa por obediência hierárquica. Como foi referido na análise ao problema das ordens ilegítimas obrigatórias, Eduardo Correia defende firmemente o princípio de que cessa o dever de obediência quando a ordem implique a prática de um crime. Princípio cuja consequência seria, no seu entender, a de impedir que uma ordem ilegítima pudesse justificar um facto típico realizado em sua execução. Como contraponto, com vista a proteger o subordinado nos casos em que o mesmo cumpre a ordem sem distinguir a sua ilicitude criminal ⁽⁷⁶⁰⁾, abre a possibilidade da exclusão ou atenuação da culpa. Nessa medida, após manifestar a sua oposição à solução da justificação, que se nota ser a sua principal preocupação, conclui nos seguintes termos: "mas é evidente que a culpa do funcionário — para além dos casos de não exigibilidade de um outro comportamento ⁽⁷⁶¹⁾ — pode ser afastada ou grandemente atenuada pelo erro a que tais situações conduzem; e naturalmente que as hipóteses possíveis se repartirão pelo erro sobre a factualidade típica e pelo erro sobre a proibição. Restará acenuar que se não pode deixar de tomar em conta a *evidência* ou não da legalidade da ordem, para efeito de considerar censurável ou não o erro em que o subalterno tenha caído" ⁽⁷⁶²⁾.

Se para Eduardo Correia a exclusão da culpa por obediência hierárquica poderia derivar quer do erro sobre a factualidade típica, quer do erro sobre a proibição, já a doutrina actual, formada a propósito da obediência indevida desculpante, separa claramente as águas entre um erro e outro, entendendo uns que se está perante um caso especial do erro sobre as circunstâncias do facto do art. 16.º do CP e outros que se trata de um regime específico do erro sobre a ilicitude do art. 17.º do CP.

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

⁽⁷⁶⁰⁾ CORREIA, Eduardo, II, p. 120.

⁽⁷⁶¹⁾ Todavia, de acordo com as *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral*, I, 1965, p. 256, em comentário ao art. 44.º do seu «Código Penal. Projecto da Parte Geral», que corresponde ao actual art. 37.º do CP, Eduardo Correia considerou que "este caso não é de não exigibilidade, sendo os pressupostos desta muito mais apertados do que os do artigo em discussão".

⁽⁷⁶²⁾ CORREIA, Eduardo, II, p. 124.

Para Cavaleiro de Ferreira, a obediência indevida a que o art. 37.º do CP se refere é a obediência proibida pelo art. 271.º-3 da CRP. "É uma obediência indevida do funcionário ou agente subordinado, mas obediência indevida que é desculpável quando ele não tenha conhecimento da criminalidade *do facto* que comete, em obediência ao superior hierárquico, «não sendo isso evidente no quadro das circunstâncias por ele representadas» (ou, por outras palavras, o subordinado não tem consciência da ilicitude *do facto*, se a ilicitude, se essa ilicitude, não for para ele evidente no caso concreto)" ⁽⁷⁶³⁾. Note-se que, na concepção do erro de Cavaleiro de Ferreira, "a falta de consciência da ilicitude, no art. 16.º, é erro sobre a ilicitude do facto ou sobre o facto ilícito (n.º 1 do art. 16.º) — ou ainda erro sobre os pressupostos das causas de justificação ou de exculpação; é sempre erro sobre o facto, que é qualificável como ilícito ou lícito. Pelo contrário, a falta de consciência da ilicitude no art. 17.º é a consciência errónea da «ilicitude» do facto, sem qualquer erro sobre o facto" ⁽⁷⁶⁴⁾. Sendo a obediência indevida desculpante vista como uma causa de exclusão da culpa que engloba situações de erro sobre a criminalidade do facto, exprimindo uma falta de consciência da ilicitude do facto, e tendo em conta a dicotomia estabelecida entre o erro de facto e o erro de direito, parece poder concluir-se pela inclinação de Cavaleiro de Ferreira para a caracterização da obediência indevida desculpante como uma causa de exclusão da culpa por erro sobre as circunstâncias do facto.

Ainda no sentido de que a obediência indevida desculpante configura um caso de erro sobre as circunstâncias do facto, mais concretamente de erro sobre os pressupostos de um tipo-justificador, Germano Marques da Silva afirma que "em razão do erro sobre a obrigatoriedade da ordem, o dolo seria excluído, nos termos do art. 16.º, n.º 2, mas se o erro for indesculpável mantinha-se a responsabilidade por negligência, sendo caso disso" ⁽⁷⁶⁵⁾. Nessa medida, "o erro exclui agora a própria culpa e não apenas o dolo" ⁽⁷⁶⁶⁾.

Divergindo da aproximação da obediência indevida desculpante ao erro sobre as circunstâncias do facto do art. 16.º, Figueiredo Dias situa-a no

⁽⁷⁶³⁾ FERREIRA, Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, 1992, p. 358 (itálico nosso).

⁽⁷⁶⁴⁾ FERREIRA, Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, 1992, p. 342.

⁽⁷⁶⁵⁾ SILVA, Marques da, *DP-PG*, II, p. 218.

⁽⁷⁶⁶⁾ SILVA, Marques da, *DP-PG*, II, p. 218.

domínio do erro sobre a ilicitude do art. 17.º. Na sua perspectiva, o art. 37.º do CP visa compensar o rigor da solução legal ao nível da ilicitude, pois se em homenagem aos direitos e liberdades do cidadão é negada a justificação ao funcionário que cumpre uma ordem desconhecendo a ilegitimidade da mesma, o certo é que “é dever do Estado cuidar também da eficácia dos serviços que lhe incumbe prestar; e esta ficará severamente posta em causa se o subordinado hierárquico que recebe a ordem estiver sempre, ao cumprí-la, com um «um pé na prisão»” (767).

Figureiredo Dias afasta a hipótese de a obediência indevida desculpante constituir um caso de inexigibilidade, considerando que o art. 37.º tem antes a ver “com o erro sobre a ilicitude em que, por força da ordem oficial ou de serviço, o agente possa ter incorrido. É aqui que o legislador entendeu introduzir um regime especial relativamente ao que resultaria do disposto no art. 17.º. Do que se trata pois é, em último termo, de uma regulamentação especial do problema da falta de consciência do ilícito do subordinado que recebeu e cumpriu a ordem” (768). Ao contrário de parte da doutrina alemã, que retira do teor do § 5 da WStG a conclusão de que se está aqui perante uma definição especial do âmbito do erro sobre a ilicitude próxima da teoria do dolo limitada, Figureiredo Dias considera que a especificidade do art. 37.º face ao regime geral do erro sobre a ilicitude reside no critério da censurabilidade do erro. Por comparação com o art. 17.º, o âmbito da censura definido pelo art. 37.º é menos apertado, daí resultando uma maior amplitude da exclusão da culpa. Em todo o caso, o critério de censurabilidade do art. 37.º participa igualmente da ideia de “manutenção no agente de uma *recta* — se bem que errônea — consciência ético-jurídica, fundada em uma atitude de fidelidade ou correspondência a exigências ou pontos de vista eticamente relevantes” (769) e não se identifica com

(767) Dias, Figureiredo, *DP-PG*, I, 2004, 24.º Cap., § 2.

(768) Dias, Figureiredo, *DP-PG*, I, 2004, 24.º Cap., § 5. No mesmo sentido, PALMA, Maria Fernanda, *A Justificação por Legítima Defesa*, p. 233 e s., para quem o art. 37.º do CP “parece referir-se, apenas, ao erro sobre a segunda espécie enunciada [erro sobre a ilegitimidade da ordem] (*erro indirecto sobre a ilicitude*), constituindo uma norma especial em relação ao artigo 17.º do Código Penal ou, simplesmente, uma sua concretização”, e CARVALHO, Tânia de, *DP-PG*, II, § 922 e ss.

(769) Dias, Figureiredo, *DP-PG*, I, 2004, 24.º Cap., § 10.

uma menor evitabilidade do erro, como entende por exemplo Roxin em relação ao § 5 da WStG.

Embora Figureiredo Dias tente evitar abrir aqui o flanco à evitabilidade como critério de censurabilidade do erro sobre a ilicitude, que sem- pre recusou no contexto geral da problemática sobre a falta de consciência da ilicitude, a verdade é que o art. 37.º faz depender a exclusão da culpa da *evidência* da ilegitimidade da ordem. Por isso, como o próprio reconhece, torna-se difícil articular o pensamento da consciência *recta* com uma ideia da evidência. Essa articulação é proposta nos seguintes termos: sempre que no quadro das circunstâncias representadas pelo subordinado “a questão da ilicitude do facto se revelar *discutível, controversa, obscura* ou mesmo *só pouco clara* está sem mais feita uma causa de exclusão da culpa” (770). Segundo Figureiredo Dias, esta solução apresenta duas dificuldades. Por um lado, é de difícil compatibilização com a sua concepção geral da culpa jurídico-penal, dado que o art. 37.º inculca uma ideia de censurabilidade próxima da tese jusnaturalista do “inatismo” ou “evidência”. Por outro lado, a solução leva a que a obediência indevida produza um efeito desculpante automático “em função de um circunstancialismo objectivo e exterior à pessoa do agente: o carácter evidente, para todos, ou não evidente da valoração da ilicitude” (771), o que não acontece com as outras causas de exclusão da culpa do direito penal português.

Por estas razões, embora mantenha a ideia de que a obediência indevida desculpante representa um caso especial de incensurabilidade do erro sobre a ilicitude, Figureiredo Dias, aproximando-se do pensamento de Roxin relativo à categoria da responsabilidade (772), consi-

(770) Dias, Figureiredo, *DP-PG*, I, 2004, 24.º Cap., § 11.

(771) Dias, Figureiredo, *DP-PG*, I, 2004, 24.º Cap., § 11.

(772) Aproximação que não só contraria a sua declarada oposição à categoria da responsabilidade de Roxin — cf. Dias, Figureiredo, «Sobre o Estado Actual da Doutrina do Crime. 2.ª Parte», p. 25 e ss. —, como acontece precisamente numa matéria que identifica com o erro sobre a ilicitude, que constitui uma questão de culpa por excelência — cf. Dias, Figureiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude*, § 1. I: “Este estudo propõe-se alcançar o esclarecimento do problema da *consciência da ilicitude* em direito penal e o critério da sua correcta e válida solução. O problema só ganha sentido, porém, à luz do pensamento da *culpa* jurídico-penal, cujo conteúdo constitui o horizonte de toda a sua compreensão”.

dera que “não estamos *neste caso* perante uma autêntica causa de exclusão da culpa, mas perante uma situação em que, face a uma culpa ainda possivelmente subsistente, o legislador entende dever negar a responsabilidade do agente, porque tal é ainda suportável do ponto de vista preventivo. Suportável, acrescentaremos, em virtude de o legislador ter porventura considerado em geral compreensível que o subordinado tenha actuado na crença ou na pressuposição da legitimidade da ordem recebida e, por conseguinte da licitude do facto, salvo nos casos em que a ilicitude fosse evidente no quadro das circunstâncias por ele representadas” (773).

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

Pudemos já concluir que no domínio das ordens da autoridade a doutrina germânica revela uma maior propensão para admitir a exclusão da ilicitude do facto típico cometido em execução de uma ordem ilegítima, através de conceitos de licitude especiais, da aplicação da teoria do erro sobre os pressupostos materiais de um causa de justificação ou das ordens ilegítimas obrigatórias. Daí resulta que em uma parte significativa das situações a responsabilidade penal seja excluída logo em sede de ilicitude. É essencialmente aí que, por isso, se promove a salvaguarda da posição do subordinado. Regra geral, não se espera pelo juízo sobre a culpa para, usando a imagem de Figueiredo Dias, dar ao

(773) DIAS, Figueiredo, *DP-PC*, I, 2004, 24.º Cap., § 12.

funcionário o sinal de que pode actuar sem o temor de poder ir parar à prisão em virtude do cumprimento da ordem.

Um eventual distanciamento da doutrina alemã é ainda sugerido pela funda divergência dogmática que separa o pensamento português e alemão em matéria de erro e que se manifesta na interpretação dos arts. 16.º e 17.º do CP português e dos §§ 16 e 17 do StGB (774). Enquanto o regime alemão assenta na dicotomia erro sobre o tipo e erro sobre a proibição, o regime português parte da distinção entre erro intelectual ou de conhecimento e erro moral ou de valoração, que expressa o essencial do modelo proposto por Figueiredo Dias no seu *O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal* (775). Em virtude desta diferença básica, o erro sobre a proibição do § 17 do StGB tem uma amplitude maior que o erro sobre a ilicitude do art. 17.º do CP português. Com efeito, as situações que caem no âmbito do erro sobre a proibição alemão desdobram-se no regime português entre o puro erro sobre a ilicitude do art. 17.º e o erro sobre as proibições do art. 16.º-1, 2.ª parte, do CP português.

As diferenças assinaladas impõem cautela em eventuais transposições do pensamento alemão para a exegese da obediência indevida desculpante positivada no direito português, onde converge precisamente toda a problemática da obediência a ordens superiores ilegítimas e o essencial da questão do erro. Cautela que deve ser redobrada em face da ambiguidade da redacção do art. 37.º do CP (776), que, tal como os preceitos alemães homólogos (§ 7, II, da UZwG, § 11, II, 2, da SoldG e § 5, I, da WStG), pode dar azo às mais diversas interpretações. É essa ambiguidade que permite, aliás, que no direito alemão se defenda que tais disposições abarcam simultaneamente situações de erro sobre o tipo e de

(774) Assim, afirma Dias, Figueiredo, *Temas Básicos*, p. 288, que “há, entre os referidos §§ 16 e 17 do CP alemão e os arts. 16.º e 17.º do CP português vigente, diferenças notórias de redacção, que traduzem divergências doutrinárias de relevo”.

(775) Assim o afirma não só Dias, Figueiredo, *Temas Básicos*, p. 291, como também SILVA, Marques da, *DP-PC*, II, p. 204, e BELZVA, Teresa / PINTO, Frederico da Costa, *O Regime Legal do Erro*, p. 22 e s.

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

erro sobre as proibições, mas também que preceitos com um teor semelhante, como o § 56, II, 3, da BBrGG ou o § 38, II, 2, da BRGG, sejam considerados causas de justificação exactamente pelos mesmos que apontam o § 7, II, da UZwG, o § 11, II, 2, da SoldG e o § 5, I, da WStG como regulações especiais do erro sobre a proibição (777).

O texto legal da obediência indevida desculpante não permite associá-la de modo imediato ao erro sobre a ilicitude: nem a respectiva hipotese ("o funcionário que cumpre uma ordem sem conhecer que ela conduz à prática de um crime"), nem o critério da censurabilidade ("não sendo isso evidente no quadro das circunstâncias por ele representadas") apontam directamente no sentido de que se trata de um erro sobre a ilicitude. O que é decisivo para a consideração de que se está perante um erro sobre a ilicitude é a consequência do erro pressuposto pela obediência indevida desculpante, a exclusão da culpa. Se a lei estabelece um regime geral em que distingue o erro que exclui o dolo, que denomina erro sobre as circunstâncias do facto, e o erro que exclui a culpa, que designa como erro sobre a ilicitude, então poderá pensar-se que, sendo a exclusão da culpa o efeito do erro presente na obediência indevida desculpante, esta constitui uma espécie do género do erro sobre a ilicitude. Parece ser essa, na verdade, a razão que entre nós leva Figueiredo Dias a defender que é com o erro sobre a ilicitude que a obediência indevida desculpante se identifica, ao afirmar que "o erro sobre a ilicitude se desenha ainda nesse campo nos termos em que ele surge em geral (art. 17.º), por oposição ao erro que exclui o dolo (art. 16.º). Dito de outro modo, em causa não está, no art. 37.º, qualquer regulamentação do erro que exclui o dolo e cuja regulamentação se contém no art. 16.º" (778).

Não cremos que a obediência indevida desculpante constitua uma regulamentação específica do erro sobre a ilicitude do art. 17.º do CP português. A aceitação de que o erro implícito na obediência indevida desculpante tem a natureza de erro sobre a ilicitude compromete irremedi-

velmente a coerência interna de uma teoria do erro fundada na diferença entre erro da consciência psicológica e erro da consciência ética, defendida precisamente por Figueiredo Dias e que pensamos ser a que melhor se coaduna com os arts. 16.º e 17.º do CP. Visto como um caso de erro sobre a ilicitude, o art. 37.º transforma-se num corpo estranho dentro dessa teoria, que só a muito custo o consegue explicar. Para isso contribui o facto de, na sua génese, o Projecto da Parte Geral do Código Penal de Eduardo Correia (art. 44.º), a obediência indevida desculpante ter sido pensado para um outro modelo da teoria do erro, sustentado na dicotomia erro sobre o tipo / erro sobre a proibição (779). Neste modelo a obediência indevida desculpante não colocava quaisquer problemas de compatibilização com o regime geral do erro, sendo inclusive considerada uma decorrência desse mesmo regime (780). O mesmo acontece aliás no sistema alemão, cuja disciplina do erro se baseia nessa contraposição entre erro sobre o tipo e erro sobre a proibição e em que por isso o § 5, I, da WStG e as disposições análogas não suscitam dificuldades face ao regime geral do § 17 do StGB. Porém, o CP português de 1982 deixou cair o art. 13.º do Projecto de Eduardo Correia e assim a dicotomia erro sobre o tipo / erro sobre a proibição. Só que ao fazê-lo manteve a exclusão da culpa por obediência indevida nos termos propostos por Eduardo Correia. Situação que acaba por gerar uma indistinctível dificuldade a quem entenda que o regime geral do erro consagrado nos arts. 16.º e 17.º do CP assenta na contraposição entre erro de conhecimento e erro de valoração. Dificuldade que, note-se, é sentida não apenas por quem considera a obediência indevida desculpante um caso especial do erro sobre a ilicitude do art. 17.º, mas também por quem, pelo contrário, a associa ao erro de conhecimento próprio do art. 16.º, dada a necessidade de explicar como pode a culpa ser excluída em virtude de um erro dessa natureza.

(779) Cf. as considerações tecidas por Eduardo Correia a propósito do art. 13.º do seu Projecto da Parte Geral do Código Penal, constantes das *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral*, I, 1965, p. 124 e ss.

(780) De acordo com as *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral*, I, 1965, p. 255, "o Dr. Maia Gonçalves considerou indiscutível a doutrina do artigo [44.º do Projecto da Parte Geral de Eduardo Correia], que repudia uma mera aplicação dos princípios que se aprovaram no art. 13.º [relativo ao erro]".

(777) Cf. SCHI / SCHI / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.ºs m. 89 e 121, e ROXIN, AT⁹, § 17, n.º m. 16, e § 21, n.º m. 73. Já JESCHECK / WEGEND, AT⁵, § 46, I, 2, e BAUMANN / WEBER, AT¹⁰, § 23, n.º m. 52, atribuem natureza desculpante ao § 56, II, 3, da BBrGG e ao § 38, II, 2, da BRGG.

(778) DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 24.º Cap., § 8.

A incompatibilidade da obediência indevida desculpante com o erro sobre a ilicitude e a sua ameaça à coerência interna de um modelo do erro baseado na dicotomia erro intelectual / erro moral deriva em primeiro lugar de o art. 37.º permitir que a culpa possa ser excluída em situações em que as circunstâncias representadas pelo agente não correspondam àquelas que se verificam efectivamente. É que quando se estabelece como critério da desculpa do funcionário a não evidência de que a ordem conduz à prática de um crime “no quadro das *circunstâncias por ele representadas*” admite-se que aquilo que o agente representa seja distinto daquilo que na realidade ocorre e dá corpo à ilicitude penal. Em face desse critério é legítimo supor que esta causa de exclusão da culpa pode funcionar em casos em que o agente não representa ou representa erradamente a situação de facto. Se as circunstâncias representadas pelo agente fossem precisamente aquelas que se verificam em concreto, a menção ao quadro das circunstâncias representadas pelo funcionário constituiria uma pura inutilidade. Ora, o erro sobre a ilicitude pressupõe que o agente disponha ao nível da sua consciência psicológica de toda a informação necessária a poder realizar um juízo sobre a ilicitude da conduta praticada. Dito de outro modo, a questão do erro sobre a ilicitude só se coloca quando o agente representa integral e correctamente a factualidade pertinente para a formação da ilicitude. A referência do art. 37.º à evidência no quadro das circunstâncias representadas pelo funcionário obriga a concluir que o preceito se dirige a situações em que o agente não representa a factualidade que forma a ilicitude e não está, por isso, sequer em condições para poder avaliar a ilicitude do facto que comete, não podendo portanto afirmar-se que o agente erra sobre a ilicitude quando age sem conhecer que a ordem conduz à prática de um crime.

Se, ainda assim, se quiser continuar a ver no art. 37.º um caso de erro sobre a ilicitude, então deve distinguir-se entre as situações em que o agente não representa ou representa erradamente a factualidade pertinente para a formação da ilicitude e as situações em que tal acontece. Em relação ao primeiro grupo de casos, quando o agente não representa ou representa incorrectamente o facto, um art. 37.º concebido como erro sobre a ilicitude não tem campo de aplicação, pois a falta de representação determina uma exclusão do dolo e a “questão da (falta de) consciência do ilícito é, por sua natureza, eminentemente estranha ao facto

negligente” (781). A obediência indevida desculpante só pode funcionar assim no segundo grupo de casos, quando o facto seja representado pelo agente, o que gera a estranha consequência de tornar completamente inútil, porque supérflua, a referência às circunstâncias representadas pelo funcionário. O critério da não censurabilidade é afinal a pura falta de evidência da ilicitude do facto. A partir daí deve questionar-se se este regime não poderá acabar por reflectir-se no critério da não censurabilidade do erro do próprio art. 17.º. Pois, afinal de contas, no art. 17.º nada se diz quanto ao que deva entender-se por erro não censurável, ao passo que no art. 37.º sempre se adianta que a não censurabilidade é aferida em função da não evidência do erro.

A não evidência da ilicitude do facto como critério de não censurabilidade dá origem a uma outra dificuldade na compreensão de uma obediência indevida desculpante conotada com um erro sobre a ilicitude fundado na dicotomia erro intelectual / erro moral. O que nesta dicotomia é determinante para que se possa falar em uma verdadeira falta de consciência de ilicitude é a desconformidade da consciência ética do agente em relação à valoração reconhecida pela ordem jurídica. Dando a palavra a Figueiredo Dias, o problema da falta de consciência da ilicitude só se suscita “quando falta ao agente uma advertência dos sentimentos no sentido do desvalor que concretamente se liga à acção intentada, apesar de ele deter, ao nível da consciência-psicológica, o conhecimento de todos os elementos necessários e suficientes para orientar a consciência-ética para o desvalor em questão. E sabemos também que a especialidade do problema suscitado reside em a prática do facto poder aqui imputar-se a uma falta, erro ou engano da própria consciência-ética e, como tal, a uma característica deficiente da personalidade ético-juridicamente relevante, susceptível de fundamentar uma particular culpa material” (782). Por isso que, estando em causa não uma falta de ciência, mas uma autêntica falta de consciência, o critério de não censurabilidade do erro sobre a ilicitude não se encontra na inevitabili-

(781) Dias, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 29.º Cap., § 2. Por isso, Dias, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 24.º Cap., § 9, afirma que “o problema a que se refere o art. 37.º suscita-se pois apenas quando o subordinado praticou o ilícito com dolo do facto, mas sem consciência da ilicitude”.

(782) Dias, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilcitude*, § 15, II, 3.

dade do erro (783), como geralmente defendem as teses que partem da dicotomia erro sobre o tipo / erro sobre a proibição. Sendo aquele o con-teúdo do erro sobre a ilicitude, a não censurabilidade só poderá ser afir-mada quando "o engano ou o erro da consciência-ética, que se exprime no facto, não se fundamente em uma qualidade desvalorosa e juridicamente censurável da personalidade do agente, pela qual este tenha de respon-der. Claro que a personalidade que erra sobre o sentido de uma valo-ração jurídica mantém-se substancialmente «responsável», parecendo por isso dever arcar com a culpa relativa ao ilícito-típico praticado. Pode acontecer no entanto que, apesar do «erro moral» em que incor-reu, a personalidade venha a revelar-se ainda essencialmente confor-mada com a suposta e exigida pela ordem jurídica. Em tais casos (...) fica excluída a censurabilidade da falta de consciência da ilicitude e, por aí, a imputação do ilícito-típico praticado à culpa do agente" (784).

Não vemos como possa o critério de não censurabilidade previsto no art. 37.º ser reconduzido àquele critério de não censurabilidade pro-posito por Figueiredo Dias, sintetizado na ideia de consciência recta, caracterizada pela persistência no agente de uma atitude geral de fide-lidade às exigências da ordem jurídica. Na realidade, como quer que se conceba o critério de não censurabilidade do art. 37.º, dele não se con-segue extrair qualquer conclusão quanto à atitude que o agente documenta no facto. Seja esse critério uma materialização da tese do inatismo ou da evidência, como sugere Figueiredo Dias, seja uma expressão suavi-zada do critério da inevitabilidade do erro, como pretende a doutrina alemã maioritária, a verdade é que o mesmo se revela imprastável para que através dele se possa ponderar se, apesar da falta de consciência da ilicitude, ao agente pode ser ainda creditada uma atitude de fidelidade ao direito que revele afinal uma personalidade que não deve responder penalmente pelo ilícito cometido (785). Circunstância que, naturalmente,

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

(784) Dias, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude*, § 17, II, 2.

(785) O que, aliás, não deixa de ser reconhecido pelo próprio Dias, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 24.º Cap., § 11: "Solução esta que, deve convir-se, mal se deixa com-patibilizar com o sentido e a essência da culpa jurídico-penal, tal como ela resulta da nossa concepção".

inviabiliza o funcionamento do art. 37.º, pois o critério definido na norma para que a mesma possa desencadear um efeito jurídico não é ade-quado a responder ao problema suscitado pelos casos que, de acordo com a respectiva hipótese, nela devem ser subsumidos — nomeadamente, o problema de saber se o agente expressa no facto uma atitude que não possa reputar-se desvalorosa perante o quadro geral de valores afirmado pela ordem jurídica.

Contra a tese do erro sobre a ilicitude depõe ainda a sua inidonei-dade para corresponder à necessidade de salvaguarda dos funcionários que actuam sob ordens, de modo a que os mesmos possam exercer as suas funções sem a permanente ameaça da prisão, que é invocada para justificar a existência da obediência indevida desculpane. Onde essa necessidade se faz sentir com maior acuidade não é nos casos em que o funcionário actua com uma autêntica falta de consciência da ilicitude própria do art. 17.º, que ocorrem com pouca frequência, mas antes nas situações em que o funcionário cumpre a ordem em erro sobre as cir-cunstâncias do facto, entendido no sentido amplo do art. 16.º Além disso, a natureza de erro moral atribuída ao erro sobre a ilicitude con-jugada com a não evidência da ilicitude como critério de não censura-bilidade implica necessariamente que a obediência indevida desculpane funcione em casos muitíssimo contados, estando por isso longe de cum-prir aquela função de salvaguarda do funcionário.

Como resulta das nossas conclusões precedentes, o regime consti-tucional e legal não permite a exclusão da ilicitude do facto típico come-tido pelo funcionário em execução de uma ordem ilegítima, mesmo que o subordinado actue confiando na legitimidade da ordem. O funcioná-rio que, em cumprimento de uma ordem, preenche um tipo objectivo de ilícito incorrendo em erro sobre a factualidade típica é susceptível de uma punição a título de negligência, nos termos previstos no art. 16.º-3. Também pode ser punido por negligência o funcionário que realiza um facto típico doloso pensando que a ordem a que dá cumprimento é legíti-ma por estarem verificadas os pressupostos materiais de uma autorização legal. Estes são por certo os casos mais comuns de comissão de um il-lícito penal em cumprimento de ordens superiores marcada por erro. E todavia, a obediência indevida desculpane não se aplicará a esses casos se for caracterizada como uma espécie de erro sobre a ilicitude. Tal como não se aplicará a outro tipo de hipóteses de erro que se aproximam do

erro sobre a ilicitude, mas que na verdade não configuram um erro da consciência ética e por isso determinam a exclusão do dolo, deixando porém subsistir uma eventual responsabilização por negligência: o erro sobre proibições legais cujo conhecimento seja razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência da ilicitude do facto e o erro sobre elementos normativos "de estrutura eminentemente jurídica que só através de uma decisão estritamente técnica assumem relevo axiológico e logram orientar o agente para o desvalor da ilicitude do facto total" ⁽⁷⁸⁶⁾. O hábito de obedecer a ordens dirigidas à prática de ilícitos não penais propicia a ocorrência de situações em que o subordinado, não obstante representar correctamente a factualidade típica, desconhece a ilicitude penal do facto que pratica ⁽⁷⁸⁷⁾. A probabilidade do surgimento de equívocos dessa natureza é certamente superior em relação a ordens dadas para a prática de condutas que em si mesmas são axiologicamente neutras, cuja relevância penal é geralmente atribuída por critérios de oportunidade ou de conveniência e que não fora a proibição penal seriam de cumprimento obrigatório, do que a ordens que impliquem o cometimento de factos axiologicamente relevantes. Sendo assim, onde à partida se afiguraria mais compreensível a aplicação da obediência indevida desculpante seria naquelas situações e não nestas. Porém, porque o erro que ali possa ocorrer tem a natureza de erro sobre as proibições legais e aqui a de um autêntico erro sobre a ilicitude ⁽⁷⁸⁸⁾, o campo de aplicação da obediência indevida desculpante configurada como um caso especial de erro sobre a ilicitude acaba por ser o das ordens para a realização de condutas axiologicamente relevantes.

Enquanto modalidade do erro sobre a ilicitude, a obediência indevida desculpante tem assim um raio de acção muito limitado, o que por si só ameaça a sua função de protecção do funcionário que actua no cumprimento de ordens. Função que, a nosso ver, é irremediavelmente comprometida pelo próprio modo como é construída a obediência inde-

⁽⁷⁸⁶⁾ Dias, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude*, § 22, IV.

⁽⁷⁸⁷⁾ Cf. SCH / SCH / LENCNER³⁶, antes do § 32, n.º m. 121.

⁽⁷⁸⁸⁾ Cf., desenvolvadamente, DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude*, § 20. Formulando dúvidas sobre a relevância axiológica da conduta como critério de distinção entre o erro sobre as proibições legais e o erro sobre a ilicitude, BELEZA, Teresa / PINTO, Frederico da Costa, *O Regime Legal do Erro*, p. 25 e ss.

vida desculpante, nomeadamente pelo critério de não censurabilidade definido pelo legislador. É que, por um lado, só configura um genuíno erro sobre a ilicitude o erro que se refira à ilicitude de condutas que, independentemente da proibição, são em si mesmas axiologicamente relevantes, por comportarem um sentido de desvalor mais amplo que o meramente jurídico, de ordem moral, cultural ou social ⁽⁷⁸⁹⁾. E, por outro lado, a condição para que a culpa seja excluída em caso de obediência indevida é a não evidência da ilicitude do facto ordenado. Ora, a conjugação destas duas premissas implica que, pelo menos nos casos em que o erro diga respeito à ilicitude projectada pelo tipo incriminador, a similitude impossibilita regra geral a exclusão da culpa, pois a condição para que o erro adquira relevância como erro sobre a ilicitude identifica-se no essencial com o respectivo critério de censurabilidade, que determina a não exclusão da culpa: se a conduta é em si mesma axiologicamente relevante, em princípio será manifesta a ilicitude da mesma; sendo notória a desconformidade da conduta perante o dever-ser jurídico-penal, então a ilicitude aparecerá como um dado evidente; donde, de acordo com o art. 37.º, não pode haver lugar a uma exclusão da culpa. Desta forma, ao estreito campo de aplicação da obediência indevida desculpante acresce a normal impossibilidade de produção do seu efeito típico, a exclusão da culpa. Assim, se associada ao erro sobre a ilicitude, a obediência indevida desculpante não só não é um instituto adequado a aliviar o funcionário do receio de uma eventual imputação de responsabilidade penal pelo cumprimento de ordens, como ainda padece de uma insanável contradição normativa: o que determina a subsunção do caso à norma impede ao mesmo tempo o seu funcionamento, paralisando a produção do seu efeito típico.

Tudo aponta, portanto, no sentido de que a obediência indevida desculpante não representa uma modalidade do erro sobre a ilicitude. Sob o ponto de vista dogmático, o modo como a obediência indevida desculpante se encontra definida no texto legal, nomeadamente o seu critério de não censurabilidade, é incompatível com a existência de uma falta de consciência da ilicitude fundada num erro da consciência ética, dado

⁽⁷⁸⁹⁾ Cf. DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude*, § 20, I.

que a evidência da ilicitude para que aponta o art. 37.º nada diz quanto à manutenção no agente de uma atitude de fidelidade ao direito. Mais, a ideia que o critério de não censurabilidade do art. 37.º inculca é a de que o erro em causa não se trata de um erro da consciência ética, mas sim de um erro da consciência psicológica, uma vez que se admite que as circunstâncias representadas pelo agente sejam distintas daquelas que na realidade efectivamente se verificam. Perante esta realidade, só um puro conceitualismo, agarrado à ideia de que qualquer erro que exclua a culpa tem de constituir um erro sobre a ilicitude, pode justificar a qualificação da obediência indevida desculpante como um caso de erro sobre a ilicitude. Sob um ponto de vista político-criminal, uma obediência indevida desculpante caracterizada como erro sobre a ilicitude não desempenha qualquer função de relevo, tendo uma expressão mais simbólica que real. Por isso, aentas as dificuldades dogmáticas que coloca a uma teoria do erro fundada na dicotomia erro intelectual / erro moral e a possibilidade de obter uma resolução adequada e satisfatória dos problemas de falta de consciência de ilicitude surgidos no contexto do cumprimento de ordens através do regime geral do art. 17.º, não é exa-gero afirmar que bem se poderia passar sem uma obediência indevida desculpante assim conotada com o erro sobre a ilicitude.

Desa forma, não têm a ver com o art. 37.º, mas antes com o art. 17.º, por representarem casos de erro sobre a ilicitude, as situações em que o funcionário supõe que a ordem é transmitida ao abrigo de uma autorização legal que na realidade não existe ou supõe erradamente que a ordem é emitida ainda dentro dos limites de uma autorização legal (erro sobre a existência ou os limites de uma causa de justificação). E estamos também ainda no domínio do art. 17.º e não do art. 37.º quando o funcionário, representando embora toda a factualidade pertinente para a formação de um correcto juízo sobre a ilicitude do facto ordenado, actua sem consciência da ilicitude desse mesmo facto ou apesar de ter essa consciência julga todavia que a obediência é devida por considerar que toda e qualquer ordem deve ser cumprida, independentemente da sua conformidade com a lei penal (790).

(790) A generalidade da doutrina alemã considera acertadamente que este último caso configura um erro sobre a proibição em princípio indesculpável — cf., por todos, STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, p. 183 e s., e JESSIECK / WEIGEND, AT5, § 46, I, 46.

4. A compatibilidade do art. 37.º com uma teoria geral do erro firmada na contraposição entre erro de conhecimento e erro de valoração é condição necessária para a definição do regime da obediência indevida desculpante e para a determinação da sua natureza jurídica. Todavia, os quadros da doutrina do erro são insuficientes para uma completa e cabal compreensão da obediência indevida desculpante. A razão para que ao lado do regime geral do erro tenha sido criado um regime especial do erro dirigido aos funcionários que actuam em cumprimento de ordens prende-se naturalmente com as especificidades próprias do problema da obediência a ordens superiores ilegítimas. Por isso, é fundamentalmente no espaço normativo das ordens da autoridade que as questões suscitadas pela obediência indevida desculpante deverão ser pensadas e resolvidas.

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

Este princípio tem, porém, como consequência a possibilidade de o subordinado que dá cumprimento a essa ordem ser penalmente responsabilizado pela sua execução. Consequência que, aliás, é uma exigência própria do Estado de direito, que não se compadece com uma qualquer reserva de irresponsabilidade pela simples circunstância de o agente actuar sob ordens superiores (art. 271.º da CRP). Em todo o caso, é comum o entendimento de que não é justo que o Estado exija dos seus funcionários uma obediência tão pronta e completa quanto possível às ordens que lhes são transmitidas e depois os abandone à sua sorte, expondo-os às agruras da justiça penal, se se concluir que afinal a ordem não era de obediência devida por contrariar a lei penal. A ser assim, o funcionário actuaria permanentemente sem uma rede que o amparasse em caso de erro, o que prejudicaria o cumprimento dos seus deveres funcionais e assim a própria eficácia dos serviços públicos (791). Na conclusão de Eduardo Correia, sem um preceito

(791) DIAS, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 24.º Cap., § 2 e s.

como o art. 37.º “os funcionários ficariam numa situação muito difícil perante o direito penal” (792).

Também nos parece que a intenção que está por trás do art. 37.º é a de criar as condições para que o funcionário possa desempenhar as suas funções sem a constante preocupação de poder enfrentar eventuais consequências penais decorrentes do exercício da sua actividade. Do que duvidamos é da efectiva necessidade de, para esse efeito, se criar um regime especial como o do art. 37.º. Pela normal aplicação das regras gerais do erro e da negligência, o funcionário que no cumprimento da ordem empregasse a diligência devida poderia sempre contar com o afastamento de uma eventual responsabilidade penal. Além disso, contra a necessidade prática de um preceito como o art. 37.º depõe, no plano criminológico, a tendência das instâncias formais de controlo para ignorar a criminalidade praticada no exercício de funções públicas. Aliás, não raro, quem acaba por se ver a contas com a justiça penal não é o funcionário que comete um ilícito penal, mas o particular que lhe oferece oposição. De qualquer modo, o certo é que o art. 37.º existe e expressa uma intenção de assegurar ao funcionário uma protecção superior àquela que resultaria da aplicação das regras gerais.

A invocada necessidade de salvaguarda do funcionário através da obediência indevida desculpante deriva das tomadas de posição em sede constitucional e legal em relação ao problema das ordens ilegítimas obrigatórias em matéria criminal. Como demonstrámos supra, a consagração do princípio de que cessa o dever de obediência quando a ordem implique a prática de um crime visa impedir que, através da afirmação de um putativo dever de obediência, se possa considerar que o funcionário que cumpre uma ordem desconhecendo a sua ilegitimidade está a actuar ao abrigo de um dever legal e, assim, justificadamente. Se a ordem ilegítima, mas obrigatória em face do desconhecimento dessa ilegitimidade, pudesse produzir a exclusão da ilicitude do facto típico praticado em sua execução, a responsabilidade do funcionário seria excluída logo em sede de ilicitude. Ora, se assim fosse, não fariam sentido as referidas preocupações quanto à possibilidade de o subordi-

nado ser criminalmente responsabilizado pelo cumprimento de uma ordem ilegítima, tal como não faria sentido a criação de uma causa de exclusão da culpa para fazer face a essas preocupações.

Que entre o problema da (não) justificação por cumprimento de ordens ilegítimas e a obediência indevida desculpante existe uma relação inextricável parece ser também reconhecido por Figueiredo Dias: “uma ordem da autoridade ou de serviço que conduza à realização de um facto criminalmente ilícito não constitui nunca, em si e por si mesma, uma causa justificativa daquele: tudo o que pode ficar em aberto é uma causa de exclusão da culpa do subordinado que a cumpre (art. 37.º ...)” (793). Só que enquanto para Figueiredo Dias essa relação não é determinante para a configuração do regime da obediência indevida desculpante e para a definição da sua natureza jurídica, a nosso ver ela implica que o campo de aplicação da obediência indevida desculpante seja constituído pelas situações em que a ilicitude penal é afirmada no contexto da questão das ordens ilegítimas obrigatórias por força do princípio da cessação do dever de obediência em matéria penal: situações em que há a prática de um ilícito-típico em cumprimento de uma ordem ilegítima por desconhecimento da sua ilegitimidade.

No sentido da nossa conclusão corre não só a apontada função político-criminal da obediência indevida desculpante, como ainda a leitura do art. 37.º Apesar da já assinalada ambiguidade do texto legal, a apreensão do significado desse texto é facilitada quando o mesmo é lido em conjunto com o disposto no art. 36.º-2. Em ambas as normas se faz referência, expressa ou implícita, à ordem que conduz à prática de um crime. As regras da interpretação impõem que, integrando essas normas o mesmo espaço normativo, a essa referência seja atribuído o mesmo significado numa e noutra. Ora, se a menção do art. 36.º-2 à ordem que conduz à prática de um crime tem em vista os casos em que ao subordinado é dada uma ordem para a prática de um ilícito-típico sem que estejam verificados os pressupostos materiais de uma autorização legal — ordem que, por isso, é considerada ilegítima —, deverá considerar-se que é também sobre essa hipótese que incide o art. 37.º Além disso, a afirmação

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

(793) Dias, Figueiredo, *DP-PG*, I, 2004, 18.º Cap., § 12.

de uma linha de continuidade entre o art. 36.º-2 e o art. 37.º pressupõe que o art. 37.º actue sobre factos cuja ilicitude é determinada por força da aplicação do disposto no art. 36.º-2.

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

A obediência indevida desculpante representa, deste modo, um regime especial face ao regime geral do erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação previsto no art. 16.º-2⁽⁷⁹⁴⁾. Como pudemos concluir anteriormente, a justificação do facto típico praticado pelo funcionário que actua em cumprimento de uma ordem depende da legitimidade dessa ordem. Por isso, quando a ordem é ilegítima o facto típico é também ilícito. Conclusão que é válida mesmo nos casos em que o subordinado actua pensando que estão reunidos os pressupostos materiais de que depende a legitimidade da ordem. É que o direito positivo estabelece expressamente que em tais circunstâncias não subsiste qualquer dever de obediência que possa ser invocado no sentido de justificar o facto praticado. Sendo a legitimidade da ordem um pressuposto da justificação do facto típico cometido em execução da mesma, o cumprimento de uma ordem ilegítima determinado por uma errônea confiança na sua legitimidade beneficiaria sempre de uma exclusão do tipo de culpa doloso por aplicação do art. 16.º-2. É: porém, aqui que intervem o art. 37.º, fechando a porta a uma eventual censura negligente.

O erro que na obediência indevida desculpante está em causa é portanto um erro de conhecimento e não um erro de valoração. Nessa medida se compreende que o critério de não censurabilidade que nela encontramos esteja relacionado com a evitabilidade do erro. De acordo com o art. 37.º, o erro é não censurável quando a ilegitimidade da ordem não é evidente no quadro das circunstâncias representadas pelo funcionário. Critério que abranda as exigências que poderiam ser impostas para a exclusão do tipo de culpa negligente se a questão devesse ser resol-

vida no quadro definido pelo art. 16.º-3: violação pelo agente do “dever de se informar, com o cuidado imposto, sobre a realidade circunstancial da situação em que actua”⁽⁷⁹⁵⁾. Em bom rigor, tendo o subordinado a faculdade de proceder ao controlo da legalidade da ordem, o critério de não censurabilidade que melhor assentaria às situações de erro sobre a legitimidade da ordem seria o do art. 16.º-3⁽⁷⁹⁶⁾. Todavia, em ordem a assegurar um efectivo cumprimento da aludida função de salvaguarda do funcionário, contemplou-se na obediência indevida desculpante um critério de não censurabilidade mais brando para com o funcionário. Em todo o caso, o critério legal ainda consegue ser mais exigente do que o critério preconizado por algumas concepções para afirmar a ilicitude do facto típico cometido em cumprimento de uma ordem ilegítima, o conhecimento positivo da ilegitimidade da ordem.

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

Isto significa, porém, que nem todo o erro do subordinado pode escapar a um juízo de censura. O funcionário a quem é dada uma ordem que, de acordo com a perspectiva que ele tem dos factos, se revela notoriamente incompatível com a legalidade penal tem o dever de tomar as providências necessárias e possíveis a confirmar essa descon-

⁽⁷⁹⁵⁾ Dias, *Figueiredo, O Problema da Consciência da Ilicitude*, § 21, 1, 3.

⁽⁷⁹⁶⁾ Na verdade, é com base na ideia de que o funcionário não está nem obrigado, nem autorizado a examinar a legalidade da ordem que JESCHKE / WEIGEND, *AT*, § 46, 1, 4, e SCH / SCH / LENCNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 121, justificam o critério de não censurabilidade previsto no § 5, 1, da WStG, que é semelhante ao definido no art. 37.º

⁽⁷⁹⁴⁾ Nesta direcção, como foi referido supra, em texto, SILVA, Marques da, *DP-PG*, II, p. 217 e s.

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

O critério de não censurabilidade definido no art. 37.º traduz assim a ideia de que quando a ilegitimidade da ordem não seja evidente no quadro das circunstâncias representadas pelo funcionário, o ilícito-típico por ele cometido não representa a expressão de uma atitude de descuido ou leviandade perante o dever-ser jurídico-penal que caracteriza o tipo de culpa negligente. É essa a razão para que a lei determine a exclusão da culpa do agente. Todavia, do que aqui se trata não é propriamente de uma negação da culpa, mas antes de uma negação do substrato sobre o qual pode assentar um juízo de culpa. O erro sobre a ilegitimidade da ordem implica necessariamente o afastamento do tipo de culpa doloso. A culpa pode, porém, ser ainda alicercada sobre um tipo de culpa negligente, cuja materialidade “reside na atitude descuidada ou leviana revelada pelo agente e que fundamenta o seu facto e, por aí, nas qualidades desvalorizadas da pessoa que no facto se exprimem” (797).

Desta forma, se o erro do funcionário for não censurável, além do tipo de culpa doloso, também o tipo de culpa negligente deverá considerar-se excluído, não subsistindo qualquer conteúdo material de culpa. É nisso que, em nosso entender, se traduz a exclusão da culpa assinalada no art. 37.º

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

indevida desculpante identificada com o erro sobre a ilicitude. Uma vez que não aponta a obediência indevida desculpante como uma autêntica causa de exclusão da culpa, no sentido que é apontado, v. g., ao estado de necessidade subjectivo ou ao excesso de legítima defesa, esta concepção permite manter a conclusão de que no direito português não há um funcionamento automático das causas de exclusão da culpa por força de circunstâncias exteriores ao agente.

Trata-se, além disso, de uma construção que encontra paralelo na interpretação dada a disposições legais análogas de outros ordenamentos. Vimos que, na doutrina alemã, Lenkner e Baumann / Weber atribuído embora ao § 5, I, da WStG uma amplitude muito mais lata do que a assinalámos ao art. 37.º, o apontam também como um caso especial de erro sobre os pressupostos de um tipo justificador que se repercute na definição da censura negligente (798). Também na doutrina italiana é corrente o entendimento de que o art. 51-3 do CP — de acordo com o qual, além do superior, “risponde del reato altresì chi ha eseguito l'ordine, salvo che, per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire a un ordine legittimo” — regula uma situação de erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação (799), que, segundo alguns, dá corpo a um regime especial desse erro em matéria de obediência, que determina a exclusão da culpa, por contraposição ao regime geral do art. 59-4 do CP italiano, do qual resulta somente uma exclusão do dolo (800).

Por último, esta concepção é aquela que melhor se adequa à decisão legal de, através da eliminação da figura das ordens ilegítimas obri-

(798) Cf. SCH / SCH / LENCKNER²⁶, antes do § 32, n.º m. 121, e BAUMANN / WEBER, AT¹⁰, § 23, n.º m. 52. Numa direcção próxima, cf. MAURACH / ZIPF, DP-PG⁷, I, § 38, n.º m. 25, e JESCHECK / WEIGEND, AT⁷, § 46, I, 3.

(799) Assim, SANTORO, L'Ordine del Superiore, p. 254 e s.; PADOVANI, «Ordine Criminalino...», p. 478; VIGANÒ, Codice Penale Commentato, art. 51, n.º m. 92 e ss.; FIORE, DP-PG, p. 416; MARINUCCI / DOLCINI, DP-PG, p. 188 e s.; MANTOVANI, DP-PG⁴, p. 188 e s.; e BARTOLO, «Il Caso Friebke...», p. 1064 e ss.

(800) Cf. SANTORO, L'Ordine del Superiore, p. 255 e s.; PADOVANI, «Ordine Criminalino...», p. 479; VIGANÒ, Codice Penale Commentato, art. 51, n.º m. 94, e BARTOLO, «Il Caso Friebke...», p. 1066. Contra, defendendo que o art. 51-3 é uma mera enunciação dos princípios gerais do erro de facto, subsistindo a possibilidade de uma responsabilização a título de negligência, MANTOVANI, DP-PG⁴, p. 254 e s.; MARINUCCI / DOLCINI, DP-PG, p. 189, e FIORE, DP-PG, p. 416.

(797) Dias, Figueiredo, *Temas Básicos*, p. 376 e s.

gatórias em matéria criminal, negar a justificação aos factos típicos praticados no desconhecimento da ilegitimidade da ordem, filiando-se na longa tradição de reconhecer somente natureza desculpante ao erro que determina a obediência a ordens ilegítimas.

§ 11. CONCLUSÕES

As conclusões a que ao longo deste estudo fomos chegando quanto à justificação e à exclusão da culpa por cumprimento de ordens superiores assentaram tanto em razões de índole dogmática, como em razões de ordem político-criminal relacionadas com o modo como no contexto de um Estado de direito material devem ser compreendidos o dever de obediência dos funcionários e a prática de actos estaduais que colidam com bens jurídico-penais titulados pelo cidadão. Neste momento, porém, mais do que percorrer novamente essas razões dogmáticas e político-criminais em que fomos fundando as nossas tomadas de posição, cumpre sintetizar os resultados da investigação:

1. A conduta típica levada a cabo pelo funcionário em cumprimento de uma ordem superior só deverá, em princípio, considerar-se justificada quando a ordem da autoridade for legítima, sob o ponto de vista formal e material.

A ordem da autoridade só é legítima e forma um dever de obediência se, além dos pressupostos de natureza formal — competência do superior e do subordinado, existência de uma relação de subordinação entre ambos e observância das formalidades essenciais —, se encontrarem efectivamente verificados todos os pressupostos materiais da autorização legal ao abrigo da qual a ordem jurídica permite a prática do facto típico ordenado. Devem ser recusados quaisquer critérios especiais de licitude pelos quais possa ser qualificado como legítimo um acto estadual que na realidade não o é por não se encontrarem reunidos os pressupostos materiais da autorização legal respectiva.

Se a ordem da autoridade for legítima é excluída a ilicitude do facto típico praticado em sua execução, através do funcionamento da causa de justificação obediência devida, expressamente consagrada na segunda parte do art. 31.º-2-c) do CP. Estando justificada a conduta

típica do subordinado, a este não pode ser imputada qualquer responsabilidade penal e sobre o particular afectado pelo cumprimento da ordem recai um dever de suportar essa execução.

2. Se a ordem da autoridade for ilegítima é sempre ilícito o facto típico cometido em execução da mesma, quer o subordinado saiba, quer não saiba que não se encontram verificados os pressupostos de que depende a legitimidade da ordem. Se o subordinado desconhece que a ordem é ilegítima a situação configura em termos dogmáticos um caso de erro sobre os pressupostos materiais de uma causa de justificação, pois a exclusão da ilicitude do facto típico, a legitimidade da ordem. Este erro deixa intacta a ilicitude da conduta típica realizada, só tendo relevância ao nível da culpa do agente, no sentido de excluir o tipo de culpa doloso, pois devem ser recusadas quaisquer concepções dogmáticas que equiparem ao nível dos efeitos a causa de justificação putativa à causa de justificação cujos pressupostos se encontram efectivamente verificados.

A justificação do facto típico cometido em cumprimento de uma ordem ilegítima deve ser negada não só porque são de rejeitar as construções que afirmam a exclusão da ilicitude no caso de erro inevitável sobre os pressupostos de um tipo justificador, como ainda porque o ordenamento positivo determina a cessação do dever de obediência quando a ordem conduza à prática de um crime. Ao contrário do que acontece em outros sistemas jurídicos, em que se admite a subsistência do dever de obediência a ordens penalmente ilegítimas e por essa via a justificação fundada no cumprimento de um dever legal, não é válida entre nós a conclusão de que é obrigatória a ordem ilegítima dirigida à prática de um facto típico. Não pode, pois, fundar-se a justificação em um putativo dever de obediência do subordinado, que é liminarmente afastado pela Constituição (art. 271.º-3) e pela legislação ordinária (v. g.º, art. 36.º-2 do CP) sempre que a ordem tenha relevância penal. Assim, o subordinado que actua tipicamente em execução uma ordem ilegítima não pode invocar o cumprimento do dever de obediência no sentido de ser excluída a ilicitude do facto típico praticado, uma vez que é o próprio ordenamento positivo que de forma expressa determina a cessação desse dever. À luz da Constituição e da legislação ordinária, o orde-

namento jurídico português não admite a obrigatoriedade das ordens ilegítimas com relevância penal. A única excepção a esta regra é consituída pelas ordens judiciais executáveis que, apesar da sua eventual ilegitimidade material, reúnem os pressupostos formais necessários à sua execução, dado o monopólio da função jurisdicional constitucionalmente atribuído aos tribunais.

Sendo ilícita a conduta típica realizada em cumprimento de uma ordem superior ilegítima, pode o subordinado ser penalmente responsabilizado pelo facto praticado. Nessa medida, ao funcionário deve ser reconhecida a faculdade de examinar a legitimidade da ordem que lhe for dirigida, podendo o controlo incidir sobre todos os elementos, de índole formal e material, dos quais dependa a conformidade legal da ordem e respeitar tanto à situação de facto, como ao seu enquadramento jurídico.

A ilicitude da execução de uma ordem ilegítima repercute-se ainda na possibilidade de ser exercida legítima defesa contra o subordinado caso essa execução se consubstancie em uma agressão, desde que, como é evidente, estejam verificados os demais pressupostos desta causa de justificação, quer os relativos à agressão, quer os relativos à defesa. A ilicitude do acto estadual constitui obstáculo a que, caso seja oferecida oposição à execução da ordem, haja uma responsabilização penal fundada em qualquer crime cuja punição dependa da legitimidade do acto oficial, como acontece de forma paradigmática nos crimes de resistência e de desobediência à autoridade pública.

3. Fora do domínio penal, o ordenamento positivo impõe aos funcionários abrangidos pelo EDF, aos agentes policiais e aos militares um dever de obediência a ordens ilegítimas dirigidas à prática de infracções não penais. É nesse sentido que, entre nós, se pode falar na existência de ordens ilegítimas obrigatórias, cuja extensão é delimitada negativamente pelas ordens que podem conduzir indirectamente à produção de um facto que preenche um tipo de crime e pelas ordens que ofendem direitos, liberdades e garantias fundamentais.

Embora seja forçoso reconhecer a consagração legal das ordens ilegítimas obrigatórias, o regime mais conforme ao Estado de direito material seria o da inexistência dessa categoria de ordens: em caso algum uma ordem ilegítima deveria ser de execução obrigatória. Ainda

que o legislador não queira eliminar essa figura do ordenamento positivo, deveria, pelo menos, *de jure constituinte*, estabelecer o conhecimento positivo da ilegitimidade e a manifesta ilegitimidade da ordem como limites do dever de obediência dos funcionários.

Na perspectiva penal, só em matéria de legítima defesa pode ser assinalada relevância às ordens ilegítimas obrigatórias. Estando o subordinado legalmente obrigado a obedecer a uma ordem ilegítima, o cumprimento dessa ordem deve considerar-se justificado, pelo que ao terceiro afectado pela execução é negado o direito de legítima defesa. Em todo o caso, atento o facto de a exclusão da ilicitude ser tributária do conflito de deveres com que o subordinado é pessoalmente confrontado, deve distinguir-se entre a ofensa a bens jurídicos pessoais do subordinado e a ofensa a bens jurídicos que lhe são alheios, nomeadamente os que sejam titulados pelo superior e os de natureza supra-individual que digam respeito ao Estado: ao particular está vedada somente uma defesa que lese ou coloque em perigo bens jurídicos pessoais do subordinado protegidos penalmente; a conduta do superior deve ser considerada ilícita para efeitos de legítima defesa; e caso o particular pratique actos que preencham os elementos constitutivos dos crimes de resistência e coacção sobre funcionário ou de desobediência não pode sequer ser afirmada a tipicidade da conduta, dado que não há qualquer lesão ou colocação em perigo do respectivo bem jurídico, a autonomia intencional do Estado.

4. A obediência indevida desculpante (art. 37.º do CP) é uma causa de exclusão da culpa dirigida especificamente ao funcionário que realiza um ilícito penal em cumprimento de uma ordem superior.

A exclusão da culpa por obediência indevida não se funda em um princípio de inexigibilidade e deriva antes do erro em que o funcionário incorre e que determina o acatamento da ordem que conduz à prática de um crime. O funcionário que actua em cumprimento de ordens superiores pode beneficiar de um exclusão da culpa por inexigibilidade nos termos gerais, se verificados os pressupostos do estado de necessidade desculpante do art. 35.º do CP.

A obediência indevida desculpante não configura um caso especial do erro sobre a ilicitude, devendo avaliar-se nos termos gerais do art. 17.º do CP a falta de consciência da ilicitude relativa ao facto ordenado que leve o subordinado a cumprir a ordem.

A obediência indevida desculpante constitui um caso especial do erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação previsto no art. 16.º-2 do CP, aplicando-se às situações em que há a prática de um ilícito-típico em cumprimento de uma ordem ilegítima no desconhecimento da sua ilegitimidade, pela suposição errada de que estão verificados os requisitos da autorização legal que legitimaria essa ordem.

O erro implícito na obediência indevida desculpante é um erro de conhecimento e não um erro de valoração, que, caso seja não censurável à luz do critério definido no art. 37.º do CP, determina não uma autêntica exclusão da culpa, mas antes uma eliminação do tipo de culpa negligente e assim também, dado o necessário afastamento do tipo de culpa doloso, do substrato sobre o qual pode assentar um juízo de culpa.

BIBLIOGRAFIA

- ALMENA, Bernardino, *Principii di Diritto Penale*, I, Napoli, 1910.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Fco., *El Delito de Desobediencia de los Funcionarios Públicos*, Barcelona: Bosch, 1987.
- AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, II, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2002 (citado: AMARAL, Freitas do, *Curso*, I).
- , *Curso de Direito Administrativo*, II (com a colaboração de Lino Torgal), Coimbra: Almedina, 2002 (citado: AMARAL, Freitas do, *Curso*, II).
- AMBOS, Kai, «Zur strafbefreienden Wirkung des "Handeln auf Befehl" aus deutscher und völkerstrafrechtlicher Sicht», *JR*, 1998, p. 221-226.
- AMELUNG, Knut, «Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten», *JuS*, 1986, p. 329-337.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, «Validade (do acto administrativo)», in: José Pedro Fernandes (dir.), *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VII, Lisboa, 1996, p. 581-592.
- , *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2001.
- ANDRADE, Manuel da Costa, «Contributo para o Conceito de Contra-ordenação (A Experiência Alemã)», *Revista de Direito e Economia*, 6/7, 1980/1981, p. 81-121.
- , *Consentimento e Acerto em Direito Penal (Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- , «A "Dignidade Penal" e a "Carência de Tuteia Penal" como Referências de uma Doutrina Teleológico-Racional do Crime», *RPEC*, 1992, Fasc. 2.º, p. 173-205.
- , *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- , *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal. Uma Perspectiva Jurídico-Criminal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- , «Constituição e Direito Penal», in: *A Justiça nos Dois Lados do Atlântico: Teoria e Prática do Processo Criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*, Lisboa: FLAD, 1997, p. 198-208.
- , «Violação de Domicílio e de Segredo de Correspondência ou Telecomunicações por Funcionário (arts. 378.º e 384.º do C.P. Português), Problemas de Tipicidade e Ilícitude», *Ab Vno ad Omnes, 75 Anos da Coimbra Editora*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 707-762.
- , in: Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Comimbriense do Código Penal*, in: Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Coimbraense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo III, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, art. 378.º.
- ANDRADE, Manuel da Costa, «O princípio constitucional "nullum crimen sine lege" e a analogia no campo das causas de justificação», *RLJ*, n.º 3294-3296, ano 134.º, 2001, pp. 72 e ss. e 130 e ss.

- ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, 4.ª ed., Milano: Giuffrè, 1960 (citado: ANTOLISEI, *Manuale*¹).
- ANTÓN ONECA, José, *Derecho Penal. Parte General*, I, Madrid, 1949 (citado: ANTÓN ONECA, *DP-PG*).
- ANTUNES, Maria João, *Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimputável em Razo de Anomalia Psíquica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- , «O Passado, o Presente e o Futuro do Internamento de Inimputável em Razo de Anomalia Psíquica», *RPCC*, 2003, Fasc. 3.º, p. 347-363.
- BACKES, Otto / RANSIEK, Andreas, «Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte», *JRS*, 1989, p. 624-629.
- BARTOLO, Pasquale, «Il Caso Priebke e la Semenza della Corte Militare di Appello di Roma», *L'Indice Penale*, 1999, p. 1037-1076.
- BAUMANN, Jürgen / WEBER, Ulrich / MITSCH, Wolfgang, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 10. Auf., Bielefeld: Ernst und Gieseking, 1995 (citado: BAUMANN / WEBER, *AT¹⁰*, ou BAUMANN / MITSCH, *AT¹⁰*).
- BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito Penal*, 2.º Vol., Lisboa: AAFDL, 1980.
- , «Legítima Defesa e Género Feminino: Paradoxos da "Feminist Jurisprudence"», *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 31, 1991, p. 143-159.
- BELEZA, Teresa Pizarro / PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *O Regime Legal do Erro e as Normas Penais em Branco (Ubi lex distinguit...)*, Coimbra: Almedina, 1999.
- BELING, Ernst, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1906.
- , *Grenzlilien zwischen Recht und Unrecht in der Ausübung der Strafrechtspflege*, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1913.
- BETTIOL, Giuseppe, *L'Ordine dell'Autorità nel Diritto Penale*, Milano: "Vita e Pensiero", 1934 (citado: BETTIOL, *L'Ordine dell'Autorità*).
- , *Diritto Penale. Parte Generale*, 8.ª ed., Padova: CEDAM, 1973 (citado: BETTIOL, *DP-PG⁸*).
- BOLEA BARDÓN, Carolina, «El Exceso Intensivo en la Legítima Defensa Positiva», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 3, 2001 (http://criminel.ugr.es/recpc/recpc_03-01.html).
- BRANDÃO, Nuno, «Limites de Duração da Medida de Segurança de Internamento», *RPCC*, 2000, Fasc. 4.º, p. 613-628.
- , «Contrastes Jurisprudenciais: Problemas e Respostas Processuais Penais», in: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1289-1314.
- BRUNO, Teresa Quimela de, *O Direito de Necessidade e a Legítima Defesa no Código Civil e no Código Penal*, Lisboa: Lex, 1994.
- BUBNOFF, von Eckhart, in: Jähnke / Laubhake / Odersky (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Großkommentar*, 11. n. Auf., 12. Lieferung: §§ 110-122-Berlin: Walter de Gruyter, 1994 (citado: v. BUBNOFF, *LK¹¹*).
- CAETANO, Marcello, *Do Poder Disciplinar no Direito Administrativo Português*, Coimbra, 1932.
- CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, 6.ª ed., Lisboa: Coimbra Editora, 1963 (citado: CAETANO, Marcello, *Manual*⁶).

- CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, II, 8.ª ed. (remodelada e actualizada com a colaboração de Freitas do Amaral), Lisboa: Coimbra Editora, 1969 (citado: CAETANO, Marcello, *Manual*⁸, II).
- , *Manual de Direito Administrativo*, I, 10.ª ed. (revisada e actualizada por Diogo Freitas do Amaral), Lisboa: Coimbra Editora, 1973 (citado: CAETANO, Marcello, *Manual*¹⁰, I, do Amaral).
- CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2003 (citado: CANOTILHO, Gomes, *Direito Constitucional*⁷).
- CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993 (citado: CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, *CRP Anotada*³).
- CARBONELL MATIU, Juan Carlos, in: Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. I (arts. 1 a 223), Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, art. 207^o (citado: CARBONELL MATIU, *Comentarios*, I).
- CARRARA, Francesco, *Programa del Curso de Derecho Criminal* (trad. da 10.ª ed. italiana por Luis Jiménez de Asúa), Madrid: Reus, 1925.
- CARVALHO, Américo A. Taipa de, *A Legítima Defesa. Da Fundamentação Teórica-Normativa e Preventivo-Geral e Especial à Redefinição Dogmática*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995 (citado: CARVALHO, Taipa de, *A Legítima Defesa*).
- , *Direito Penal — Parte Geral, Questões Fundamentais*, Porto: Publicações Universidade Católica, 2003 (citado: CARVALHO, Taipa de, *DP-PG*, I).
- , *Direito Penal — Parte Geral, Volume II: Teoria Geral do Crime*, Porto: Publicações Universidade Católica, 2004 (citado: CARVALHO, Taipa de, *DP-PG*, II).
- CATARINO, Luís Guilherme, *A Responsabilidade do Estado pela Administração da Justiça. O Erro Judiciário e o Anormal Funcionamento*, Coimbra: Almedina, 1999.
- CEREZO MIR, José, «Los Delitos de Alentado Propio, Resistencia y Desobediencia», *Problemas Fundamentales del Derecho Penal*, Madrid: Tecnos, 1982-p. 207-253 [publicado pela primeira vez na *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1966].
- , «La Eximente de Obediencia Devida en el Código Penal Español», in: *Estudios Penales en Memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, Santiago de Compostela: Servicio de Publicaciones da Universidade, 1989, p. 175-189.
- , *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, II, 6.ª ed., Madrid: Tecnos, 1998 (citado: CEREZO MIR, *DP-PG⁶*, II).
- COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho Penal. Parte General*, 4.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1996 (citado: COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *DP-PG⁴*).
- COLLAÇO, Magalhães, «A Desobediência dos Funcionários Administrativos e a sua Responsabilidade Criminal», *BFDUC*, 1916, p. 69-100.
- CÓRDOBA RODA, Juan / RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios al Código Penal*, I, 2.ª ed., Barcelona: Ariel, 1976 (citado: CÓRDOBA RODA / RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*²-I).
- CORREIA, Eduardo, *A Teoria do Concurso em Direito Criminal*, Coimbra: Almedina, 1996 [2.ª reimpr. de *Unidade e Pluralidade de Infrações*, 1945].
- , «Código Penal. Projecto da Parte Geral», sep. *BMI*, n.º 127, 1963.
- (com a colaboração de Figueiredo Dias), *Direito Criminal*, I, Coimbra: Almedina, 1963 [reimp. 1996] (citado: CORREIA, Eduardo, I).

- CORREIA, Eduardo (com a colaboração de Figueiredo Dias), *Direito Criminal*. II, Coimbra: Almedina, 1965 [reimp. 1996] (citado: CORREIA, Eduardo, II).
- COSTA, António de Almeida, «Sobre o Crime de Corrupção», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, I, 1984, p. 55-193.
- , in: Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Coimbraense do Código Penal*, *Parte Especial*, Tomo III, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, art. 372.º
- COSTA, José de Faria, «Aspectos Fundamentais da Problemática da Responsabilidade Objectiva no Direito Penal Português», sep. *BFD, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, 1981.
- , «A Importância da Recorrência no Pensamento Jurídico. Um Exemplo: A Distinção entre o Ilícito Penal e o Ilícito de Mera Ordenação Social», *Revista de Direito e Economia*, 9, 1983, p. 3-51.
- , *O Perigo em Direito Penal (Contributo para a sua Fundamentação e Compreensão Dogmáticas)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992 (citado: COSTA, Faria, *O Perigo*).
- , *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta Iuris Poenalis)*, *Parte Geral*, Porto, 1999 (citado: COSTA, Faria, *Fragmenta*).
- , in: Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Coimbraense do Código Penal*, *Parte Especial*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, art. 180.º
- , «Ilícito-típico, Resultado e Hermenéutica (ou o Retorno à Limpidez do Essencial)», in: Maria da Conceição Valdáguia (coord.), *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, Lisboa: Universidade Lusitana Editora, 2002-p. 26-40.
- CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho Penal. Parte General*, I, 5.ª ed., Barcelona: Bosch, 1940 (citado: CUELLO CALÓN, DP-PG⁵, I).
- CUNHA, José Manuel Damião da, *O Ministério Público e os Órgãos de Polícia Criminal no Novo Código de Processo Penal*, Porto: Universidade Católica, 1993.
- , in: Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Coimbraense do Código Penal. Parte Especial*, Tomo III, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, art. 386.º
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, «Constituição e Crime». *Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*, Porto: Universidade Católica, 1995.
- , in: Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Coimbraense do Código Penal. Parte Especial*, Tomo III, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, art. 375.º
- DELGATTA, Giacomo, «Adempimento di un Dover», *Enciclopedia del Diritto*, Milano: Giuffrè, 1958, p. 567-572.
- DESSONS, Eric, *Droit et Devoir de Résistance en Droit Interne. Contribution à une Théorie du Droit Positif*, Paris: L.G.D.J., 1999.
- DIAS, Augusto Silva, *A Relevância Jurídico-Penal das Decisões de Consciência*, Coimbra: Almedina, 1986.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Responsabilidade pelo Resultado e Crimes Preterintencionais*, diss. políc., Coimbra, 1961.
- , *Direito Penal* (Sumários das Lições à 2.ª turma do 2.º ano da Faculdade de Direito), Universidade de Coimbra, edição fotocopiada, 1975 (citado: DIAS, Figueiredo, *Direito Penal*, 1975).
- DIAS, Jorge de Figueiredo, «Direito Penal e Estado-de-Direito Material (Sobre o método, a construção e o sentido da doutrina geral do crime)», *Revista de Direito Penal*, Vol. 31, 1982-p. 38-53.

- DIAS, Jorge de Figueiredo, «O Movimento da Descriminalização e o Ilícito de Mera Ordenação Social», *Jornadas de Direito Criminal: O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, I, 1983, Lisboa: CEJ, p. 315-336.
- , «Pressupostos da Punição e Causas que Excluem a Ilícitude e a Culpa», *Jornadas de Direito Criminal. O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, Lisboa: Fase I, CEJ 1983, p. 43-83.
- , *Direito Penal Português. Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa: Aquilinas / Editorial Notícias, 1993.
- , «Sobre o Estado Actual da Doutrina do Crime. 2.ª Parte: Sobre a construção e tipo-de-culpa e os restantes pressupostos da punibilidade», *RPCC*, 1992-Fase. I p. 7-44.
- , *O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal*, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1995 (citado: DIAS, Figueiredo, *O Problema da Consciência e Ilícitude*).
- , *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- , in: Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Coimbraense do Código Penal. Parte Especial*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, art. 142.º
- , *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001 (citado: DIAS, Figueiredo, *Temas Básicos*).
- , *Textos de Direito Penal. Doutrina Geral do Crime* (com a colaboração de Nur Brandão), Coimbra, 2001 (citado: DIAS, Figueiredo, *Textos de Direito Penal*).
- , *Direito Penal. Parte Geral, Tomo I: Questões Fundamentais. A Doutrina Geral e Crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004 (citado: DIAS, Figueiredo, DP-PG, I, 2004).
- DÍAZ PALOS, Fernando, «Obediencia Debida», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, XVII, Barcelona: ed. Francisco Seix, 1982-p. 744-763.
- DOINA, Alexander Graf zu, *Recht und Irrtum. Zwei Kernprobleme der Verbrechenlehre*, Mannheim/Berlin/Leipzig: J. Benschelner, 1925.
- DRENER, Eduard, «Das neue Wehrstrafrecht», *JZ*, 1957, p. 393-398.
- DRENER, Eduard / TRÖNDLE, Herbert (com a colaboração de Otto Schwarz), *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 47. Aufl., München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1995 (citado: DRENER / TRÖNDLE⁴⁷).
- DUGUIT, Léon, *Études de Droit Public. II. L'État, les Gouvernants et les Agents*, Paris, 190
- ENGISCH, Karl, *Die Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg: Carl Winters, 1935.
- ESER, Albin, in: SCHÖNKE / SCHRODER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Aufl., München: C. H. Beck, 2001, § 113 (citado: SCH / SCH / ESER²⁶).
- ESER, Albin / BURKHARDT, *Derecho Penal. Cuestiones Fundamentales de la Teoría del Delito Sobre la Base de Casos de Sentencias*, Madrid: Colex, 1995.
- ESTEVES, Maria da Assunção Andrade, *A Constitucionalização do Direito de Resistência*, Lisboa: AAFDL, 1989.
- FARIA, Paula Ribeiro de, in: Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Coimbraense do Código Penal. Parte Especial*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, art. 145.
- FAVERO, Vitor António Duarte, «O Actual Regime da Obediência Hierárquica em Matéria Criminal», *Revista de Justiça*, 1945, n.º 683, p. 289-292.
- FERRÃO, F. da Silva, *Theoria do Direito Penal Aplicada ao Código Penal Português*, Vol. V, Lisboa: Imprensa Nacional, 1857.

- FERRÃO, F. da Silva. *Theoria do Direito Penal Aplicada ao Código Penal Português*. Vol. VI. Lisboa: Imprensa Nacional, 1857.
- FERRERA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal* (de harmonia com as preleções ao curso do IV ano jurídico, colhidas por Carmindo Rodrigues Ferreira e Henrique Vaz Lacerda), FDUL, 1940/41 (citado: FERREIRA, Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal*, 1940/41).
- , *Direito Penal Português. Parte Geral*, I. Lisboa: Verbo, 1982 (citado: FERREIRA, Cavaleiro de. *DP-PG*, I, 1982).
- , *Lições de Direito Penal. Parte Geral, I: A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*-Lisboa: Verbo, 1992 (citado: FERREIRA, Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal*, 1992).
- FERRER SAMA, Antonio. *Comentarios al Código Penal*, I. Murcia: Sucesores de Nogués, 1946 (citado: FERRER SAMA, *Comentarios*, I).
- FIANDACA, Giovanni / MUSCO, Enzo. *Direito Penal. Parte Generale*, 3.ª ed., 1999 (citado: FIANDACA / MUSCO, *DP-PG*).
- FIGOIRE, Carlo. *Direito Penal. Parte Generale*, I. Torino: UTET, 1993 (reimp. 1999) (citado: FIGOIRE, *DP-PG*).
- FORNASARI, Gabriele. «Osservazioni Critiche in Chiave Comparata sulla Disciplina delle Scusanti nel Nuovo Codice Penale Spagnolo», *L'Indice Penale*, 1998, p. 1120-1157.
- GAETA, Paola. «The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law», *European Journal of International Law*, Vol. 10, 1999, n.º 1 (<http://www.ejil.org/journal/Vol10/No1/100122.pdf>) p. 172-191.
- GALATERIA, Luigi. *Teoria Giuridica degli Ordini Amministrativi*. Milano: Giuffrè, 1950.
- , «Ordine Amministrativo», *Novissimo Digesto Italiano*, XII. Torino: Editrice Tonese, 1965, p. 107-111.
- GALLARDO RUEDA, Alberto. «La Circunstancia de Obediencia Debida», *Política Criminal y Reforma Penal, Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1993, p. 483-503.
- GALLAS, Wilhelm. *La Teoría del Delito en su Momento Actual*. Barcelona: Bosch, 1959 (trad. de «Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen», *ZStW*, 67, 1955, por Cândoba Roda).
- , «La Struttura del Concetto di Illecito Penale», *RIDPP*, 1982, p. 447-474 (trad. de «Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs», *Festschrift für Paul Beckerhmann zum 70. Geburtstag*. München: C. H. Beck, 1979, p. 155 e ss., por Francesco Angioni).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo / Tomás-RAJÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*, I, 9.ª ed., Madrid: Civitas, 1999.
- GOMES, Júlio. «Deve o trabalhador subordinado obediência a ordens ilegais?», *Trabalho e Relações Laborais*, Cadernos Sociedade e Trabalho, n.º 1. Oeiras: Celta Editora, 2001, p. 179-187.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Vol. XII, Coimbra: Coimbra Editora, 1937.
- GONÇALVES, M. Maria. *Código Penal Português Anotado e Comentado*, 11.ª ed., Coimbra: Almedina, 1997 (citado: GONÇALVES, Maria, *CP1*).

- GRAU, Eva. «Legítima Defensa o Defensa Positiva?», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, 1999, n.º 3, p. 182-205 (trad. de «Noiwehr oder Putativnoiwehr — Wo ist der Unterschied?», *Jus*, 1995, p. 1049-1056, por Carmen Requjo Conde).
- GUNTHER, Hellmuth. «Der Begriff der Rechtmäßigkeit einer Vollstreckungshandlung i. S. D. § 113 Abs. 3 StGB», *NJW*, 1973, p. 309-311.
- HAURIU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 9.ª ed., Paris: Recueil Sirey, 1919.
- HIRSCH, Hans Joachim. «Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus deutscher Sicht», in: Albin Eser / Walter Perron (Herausg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, III, Freiburg i. Br.: Max-Planck-Inst., 1991, p. 27-54.
- HORN, Eckhard. in: Rudolph, Hans-Joachim / Horn, Eckhard / Samson, Erich. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band II, Besonderer Teil (§§ 80-358), Frankfurt am Main: Alfred Metzner Verlag, 10 Lfg., 1981, § 113 (citado: HORN, SK).
- IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel. *Fundamento y Requisitos Estrictos de la Legítima Defensa (Consideración Especial a las Restricciones Ético Sociales)*. Granada: Comares, 1999.
- JAGUSCH, Heinrich. in: *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, I, 8. Auf., Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1957, § 53 (citado: JAGUSCH, *LK*).
- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.ª ed., Madrid: Marcial Pons, 1997 (trad. de Cuello Conteras e González de Murillo) (citado: JAKOBS, *DP-PG*).
- JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Auf., Berlin: Duncker & Humblot, 1996 (citado: JESCHECK / WEIGEND, *AT*).
- JÉZE Gaston. *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, 3.ª ed., Paris: Marcel Gard, 1926.
- JIMÉNEZ DE ASO, Luis. *Adiciones de Derecho Penal Moderno y Español a la traducción del Programa de Carrara*. Madrid: Reus, 1925.
- , *Tratado de Derecho Penal*, VI. Buenos Aires: Losada, 1962 (citado: JIMÉNEZ DE ASO, *Tratado*, VI).
- JORDÃO, Levy Maria. *Comentário ao Código Penal Português*, II, Lisboa, 1853.
- , *Comentário ao Código Penal Português*, III, Lisboa, 1853.
- JORGE BARREIRO, Agustín. «A Crise Actual do Dualismo no Estado Social e Democrático de Direito», *RPCC*, 2001, Fasc. 4.ª, p. 527-601 (trad. por Nuno Brandão e Vera Raposo).
- KARGL, Walter. «Die intersubjektive Begründung und Begrenzung der Noiwehr», *ZStW*, 110 (1998), p. 38-68.
- KAUFMANN, Armin. «Tatbestands Einschränkung und Rechtfertigung», *JZ*, 1955, p. 37-41.
- KOHLRAUSCH, Eduard / LANGE, Richard. *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen*, 39. und 40. Auflage, Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1950 (citado: KOHLRAUSCH / LANGE).
- KREY, Volker. *Strafrecht Besonderer Teil: Studienbuch in systematisch induktiver Darstellung*, Vol. 1, 9. Aufl., Stuttgart: W. Kohlhammer, 1994 (citado: KREY, *BT*).
- KÜPER, Wilfried. «Grundsatzfragen der „Differenzierung“ zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung. Notstand, Pflichtenkonkollision, Handeln auf dienstliche Weisung», *Jus*, 1987, p. 81-92.

- LAVAND, Paul. *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, II, Paris: V. Giard & E. Brière, 1901.
- LACKNER, Karl. *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 18. Aufl., München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1989 (citado: LACKNER, *Strafgesetzbuch*¹⁹).
- LACKNER, Karl / KÜLL, Kristian. *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 22. Aufl., München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997 (citado: LACKNER / KÜLL, *Strafgesetzbuch*²²).
- LARRAURI, Elena. «Causas de Justificación: Criterios de Identificación», in: HASSEMER, Winfried / LARRAURI, Elena. *Justificación Material y Justificación Procedimental en el Derecho Penal*, Madrid: Tecnos, 1997.
- LEAL-HENRIQUES, M. *Procedimento Disciplinar*, 4.ª ed., Lisboa: Rei dos Livros, 2002.
- LEAL-HENRIQUES, Manuel / SIMAS SANTOS, Manuel. *Código Penal*, 1. 2.ª ed., Lisboa: Rei dos Livros, 1995 (citado: LEAL-HENRIQUES / SIMAS SANTOS, *CP*²³).
- LENHLEITER, Günther. *Der rechtswidrige verbindliche Befehl. Strafrechtsdogmatische Untersuchung, demonstriert am Beispiel des militärischen Befehls*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 1995 (citado: LENHLEITER, *Der rechtswidrige verbindliche Befehl*).
- LENCKNER, Theodor. «Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemäßer Prüfung», *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth Mayer*, Berlin: Duncker & Humblot, 1966, p. 165-184.
- , in: SCHÖNKE / SCHRODER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Aufl., München: C. H. Beck, 2001, antes do § 32 e § 32 (citado: SCH / SCH / LENCKNER²⁴).
- LENGENHÄGER, Karl. *Die Gehorsamspflicht der Verwaltungsorgane*, Wien: Springer Verlag, 1975.
- LISZT, Franz v.. *Tratado de Derecho Penal*, II, 4.ª ed., 1999 (trad. da 20.ª ed. alemã por Luis Jiménez de Asúa) (citado: v. LISZT, Franz. *Tratado*²⁵).
- LISZT, Franz v. / SCHMIDT, Eberhard. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1. 26. Aufl., Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter & Co., 1932 (citado: LISZT, Franz v. / SCHMIDT, Eberhard. *Lehrbuch*²⁶).
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Aspectos Esenciales de la Legítima Defensa*, Barcelona: Bosch, 1978.
- MACHETE, Rui Chancelle de, «Privilegio da Execução Prévia», in: José Pedro Fernandes (dir.), *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VI, Lisboa, 1994, p. 448-470.
- , «Sanção (do acto administrativo inválido)», in: José Pedro Fernandes (dir.), *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VII, Lisboa, 1996, p. 327-343.
- , «Algumas Notas sobre a Chamada Presunção da Legalidade dos Actos Administrativos», in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martins*, I, Coimbra: Almedina, 2000, p. 717-729.
- MAUBERG, R. Carré de. *Contribution à la Théorie Générale de l'État*, I, Paris: Recueil Sirey, 1920.
- MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale. Parte Generale*, 4.ª ed., Padova: CEDAM, 2001 (citado: MANTOVANI, *DP-PC*²⁴).
- MARINUCCI, Giorgio / DOLCINI, Emilio. *Diritto Penale. Parte Generale*, Milano: Giuffrè Editore, 2002 (citado: MARINUCCI / DOLCINI, *DP-PG*).
- MAURACII, Reinhart. *Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil*, Hannover-Darmstadt: Hermann Schroedel Verlag K. G., 1952 (citado: MAURACII, *BT*).

- MAURACII, Reinhart. *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Karlsruhe: C. F. Müller, 1954 (citado: MAURACII, *AT*).
- MAURACII, Reinhart / ZIPF, Heinz. *Derecho Penal. Parte General*, I, Buenos Aires: Astrea, 1994 (trad. de *Strafrecht Allgemeiner Teil. Teilband 1, Grundrissen des Strafrechts und Aufbau der Strafa*, 7.ª ed., 1987, por Jorge Boffill Genzsch e Enrique Aimone Gibson) (citado MAURACII / ZIPF, *DP-PC*²⁵, I).
- MAURACII, Reinhart / SCHROEDER, Friedrich-Christian / MAIWALD, Manfred. *Strafrecht Besonderer Teil. Teilband 2. Straftaten gegen Gemeinschaftsorgane*, 7. Aufl., 1991, Heidelberg: C. F. Müller, 1991 (citado: MAURACII / SCHROEDER / MAIWALD, *BT2*²⁷).
- MAYER, Hellmuth. «Der bindende Befehl im Strafrecht», *Festschrift für Reinhart von Franck zum 70. Geburtstag*, I, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1930, p. 598-621.
- MAYER, Max Ernst. «Widerstand gegen die Staatsgewalt», *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts*, Besonderer Teil, I, Berlin: Otto Liebmann, 1906, p. 349-541.
- , *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts. Lehrbuch*, 2. Aufl., Heidelberg: Carl Winters, 1923 (citado: MAYER, Max Ernst, *AT*²⁷).
- MEYER, Wolfgang. «Der Begriff der Rechtmäßigkeit einer Vollstreckungshandlung I. S. Des § 113 Abs. 3 StGB», *NJW*, 1972, p. 1845-1847.
- MEZGER, Edmund. *Strafrecht, II, Besonderer Teil, Ein Studienbuch*, 4. Aufl., München und Berlin: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1954 (citado: MEZGER, *Strafrecht, II, BT*²⁸).
- , *Tratado de Derecho Penal*, I (trad. da 2.ª ed. alemã de *Strafrecht — Ein Lehrbuch*, de 1932, por J. A. Rodríguez Muñoz), Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955 (citado: MEZGER, *Tratado*²⁸).
- , in: *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 1. 8. Aufl., Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1957, antes do § 51 (citado: MEZGER, *LK*²⁹).
- MIR PUIG, Carlos. *Los Delitos Contra la Administración Pública en el Nuevo Código Penal*, Barcelona: Bosch, 2000.
- MIR PUIG, Santiago. *Adiciones de Derecho español al «Tratado de Derecho Penal, Parte General, de Hans-Heinrich Jeschke»*, Vol. 1, Barcelona: Bosch, 1981.
- , *Derecho Penal. Parte General*, 3.ª ed., Barcelona: PPU, 1990 (citado: MIR PUIG, Santiago, *DP-PC*³⁰).
- , *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., Barcelona: Reppertor, 1998 (citado: MIR PUIG, Santiago, *DP-PC*³¹).
- , «Valoraciones, Normas y Antijuricidad Penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 6, 2004, (<http://scimel.ucr.ac.cr/scpce/06/revcp06-02.pdf>).
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Derecho Constitucional*, IV, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- MOJINA FERNÁNDEZ, Ferrando. «El Estado de Necesidad como Ley General (Aproximación a un Sistema de Causas de Justificación)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, n.º extraordinario, 1.º, 2000, p. 199-260.
- MÓNICA, Maria Filomena. *Visitas ao Poder*, 3.ª ed., Lisboa: Quetzal Editores, 2000.
- MONIZ, Helena. «Aspectos do Resultado no Direito Penal», in: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 541-570.

- MONTEIRO, Cristina Urbano. in: Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Coimbra-ense do Código Penal. Parte Especial*, Tomo III, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, Nótula antes do art. 347.º, art. 347.º e art. 348.º
- MORALES PRATS, Fermín, *Comentarios al Nuevo Código Penal* (org. Quintero Olivares / Morales Prats), 2.ª ed., Elcano: Aranzadi, 2001, art. 20.7 (citado: MORALES PRATS, *Comentarios*?).
- MOREIRA, Vial, *Direito Administrativo* (2.ª Turna), Lições Polycopiadas, FDUUC (Secção de Textos), 2002-2003.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *La Obediencia Debida. Aspectos Legales y Politico-criminales*, Madrid: Civitas, 1984 (citado: MORILLAS CUEVA, *La Obediencia Debida*).
- MOTA, José Luis Lopes da, «Crimes Contra a Autoridade Pública», in: *Jornadas de Direito Criminal. Revisão do Código Penal: Alterações ao Sistema Sancionatório e Parte Especial*, Lisboa: CEJ, 1998, p. 409-461.
- MUNOZ CONDE, Francisco, «"Legítima" Defesa Putativa? Un Caso Limite entre Justificación y Exculpación», in: J. M. Silva Sánchez (ed. Española), B. Schlunemann / J. de Figueiredo Dias, *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*, Barcelona: J. M. Bosch, 1995, p. 183-199.
- MUNOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 4.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2000 (citado: MUNOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *DP-PG*).
- NAVARRO, Luiz Lopes, *Funcionários Públicos*, Lisboa, 1940.
- NEVES, Ana Fernanda, *Relação Jurídica de Emprego Público*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- OEHLER, Dietrich, «Handeln auf Befehl», *Jus*, 1963, p. 301-307.
- OLIVEIRA, Mário Esteves de / GONÇALVES, Pedro / AMORIM, João Pacheco de, *Código do Procedimento Administrativo Comentado* (com a colaboração de Rodrigo E. Oliveira), 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 1998 (citado: OLIVEIRA, Mário Esteves de / GONÇALVES, Pedro / AMORIM, João Pacheco de, *CPA*?).
- OSTENDORF, Herbert, «Die strafrechtliche Rechtsmittelgeltung rechtswidrigen hoheitlichen Handelns», *JZ*, 1981, p. 165-175.
- ORLANDO, V. E., *Principii di Diritto Amministrativo*, Firenze: G. Barbera, 1891.
- ORTS BERENGUER, Enrique, in: Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. II (art. 234 a Disposiciones Finales), Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, art. 410 (citado: ORTS BERENGUER, Enrique, *Comentarios*, II).
- OTERO, Paulo, *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- , «Hierarquia Administrativa», in: José Pedro Fernandes (dir.), *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, V, Lisboa, 1993, p. 66-84.
- , *Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Jurisdição*, Coimbra: Almedina, 2003.
- PADOVANI, Tullio, «Ordine Criminoso e Obbedienza Gerarchica nel Diritto Penale Italiano», *Del Deltini e Delle Pene*, 1987, n.º 3, p. 477-493.
- PADOVANI, Tullio, *Diritto Penale*, 2.ª ed., Milano: Giuffrè, 1993 (citado: PADOVANI, *DP*?).
- PAGLIARO, Antonio, *Principii di Diritto Penale. Parte Generale*, 7.ª ed., Milano: Giuffrè, 2000 (citado: PAGLIARO, *Principii*?).
- PALMA, Maria Fernanda, *A Justificação por Legítima Defesa como Problema de Delimitação de Direitos*, Vols. I e II, Lisboa: AAFDL, 1990 (citado: PALMA, Maria Fernanda, *A Justificação por Legítima Defesa*).

- PALMA, Maria Fernanda, «A Teoria do Crime como Teoria da Decisão Penal (Reflexões sobre o Método e o Ensino do Direito Penal)», *RPPC*, 1999, Fasc. 4.º, p. 523-603.
- PELLEGRINO, Bruno, «Nuovi Profili in Tema di Obbedienza Gerarchica», *RIDPP*, 1978, p. 150-172.
- PEREIRA, Rui Carlos, «Justificação do facto e erro em Direito Penal», *Jornadas de Homeiagem ao Prof. Doutor Cavaleiro de Ferreira*, sep. *RFDL*, Lisboa, 1995, p. 25-47.
- PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *Direito Processual Penal*, Lisboa: AAFDL, 1998.
- QUERALT I JIMÉNEZ, J. J., *La Obediencia Debida en el Código Penal. Análisis de una causa de justificación* (art. 8, 12.º CP), Barcelona: Librería Bosch, 1986 (citado: QUERALT I JIMÉNEZ, J. J., *La Obediencia Debida*).
- , *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Barcelona: Atelier, 2002.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Comentarios al Código Penal*, I, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1946 (citado: QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios*, I).
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Comentarios al Nuevo Código Penal* (org. Quintero Olivares / Morales Prats), 2.ª ed., Elcano: Aranzadi, 2001, art. 410 (citado: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios*?).
- QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS / PRATS CANUT, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona: Cedecs, 1996 (citado: QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS / PRATS CANUT, *DP-PG*).
- RANELLETTI, Oreste, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 6.ª ed., Padova: CEDAM, 1937.
- RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto, *O Poder de Exa. O Princípio da Igualdade no Âmbito dos Direitos Políticos: Problemas suscitados pela Discriminação Positiva*, Coimbra: Almedina, 2004.
- RIVACOVA Y RIVACOVA, Manuel de, Recensão da monografia de Lorenzo Morillas Cueva, «La Obediencia Debida. Aspectos Legales y Politico-Criminales», *Doctrina Penal*, Ano 9, 1986, n.º 33/34, p. 327-329.
- RODRIGUES, Anabela Miranda, «Sistema Punitivo Português. Principais Alterações no Código Penal Revisito», *Sub Judice*, 11, 1996, p. 27-39.
- RODRIGUEZ DEVEVA, José María, *La Obediencia Debida en el Derecho Penal Militar*, Madrid, 1957.
- RODRIGUEZ DEVEVA, José María / SERRANO GOMEZ, Alfonso, *Derecho Penal Español. Parte General*, 18.ª ed., Madrid: Dykinson, 1995 (citado: RODRIGUEZ DEVEVA / SERRANO GOMEZ, *DP-PG*?).
- , *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 18.ª ed., Madrid: Dykinson, 1995 (citado: RODRIGUEZ DEVEVA / SERRANO GOMEZ, *DP-PE*?).
- ROMANO, Mario, *Commentario Sistematico del Codice Penale*, I, Milano: Giuffrè Editore, 1987 (citado: ROMANO, Mario, *Commentario*, I).
- , «Cause di Giustificazione. Cause Scusante. Cause di Non Punibilità», *RIDPP*, 1990, p. 55-71.
- ROMANO, Santi, «I Potere Disciplinari delle Pubbliche Amministrazioni», *Giurisprudenza Italiana*, V Serie, Vol. L, 1898, p. 238-282.
- ROSA, Manuel Cortes, «La Función de la Delimitación de Injusto y Culpabilidad en el Sistema del Derecho Penal», in: J. M. Silva Sánchez (ed. Española), B. Schlunemann / J. de Figueiredo Dias, *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*, Barcelona: J. M. Bosch, 1995, p. 247-278.

- ROSTER, Holger. «StGB § 113 (Polizeiliches Handeln auf dienstlichen Befehl)», *NJW*, 1972, p. 1335-1336.
- , «Der unkritische Befehlsempfänger», *NJW*, 1975, p. 862-864.
- ROXIN, Claus. «Der durch Menschen ausgelassene Defensivnotstand», *Festschrift für Hans-Heinrich Jeschke zum 70. Geburtstag*, Vol. 1, Berlin: Duncker und Humblot, 1985, p. 457-484.
- , «Weitere Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe», in: Albin Eser / Walter Perron (Herausg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, III, Freiburg i. Br.: Max-Planck-Inst., 1991, p. 357-374.
- , «Sui Consensus Presumbilis», *Antigiuridicità e Cause de Giustificazione. Problemi di Teoria dell'Illecito Penale* (org. Sergio Moccia), Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1996 (trad. de «Über die mutmaßliche Einwilligung im Strafrecht», *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, 1974, por António Cavaliere).
- , *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1: Grundlagen; Der Aufbau der Verbotslehre*, 3. Aufl., München: C. H. Beck, 1997 (citado: ROXIN, AT³).
- , *Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch*, 25. Aufl., München: C. H. Beck'sche, 1998.
- RUDOLPH, Hans-Joachim. «Rechtfertigung im Strafrecht. Ein Beitrag zur Funktion, Struktur und den Prinzipien der Rechtfertigung», in: *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1989, p. 371-394.
- RUPP, Hans Heinrich. *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtlehre. Verwaltungsnorm und Verhältnissverhältnis*, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1965.
- SALIZ CANTERO, José Antonio. *La Exigibilidad de Conducia Adecuada a la Norma en Derecho Penal*, Granada: Universidad de Granada, 1965.
- SANCHEZ GARCIA, M.ª Isabel. *Ejercicio Legítimo del Cargo y Uso de Armas por la Autoridad. Análisis Particular del Ejercicio de la Coacción Directa por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en Materia de Seguridad y Orden Público*, Barcelona: Bosch, 1995 (citado: SANCHEZ GARCIA, *Ejercicio Legítimo del Cargo*).
- SANTANA, Selma Pereira de. «A Negligência Grosseira: Contributo para Discussão Sobre sua Autonomia Material», in: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 571-595.
- SANTORO, Arturo. *L'Ordine del Superiore nel Diritto Penale*, Torino: UTET, 1957 (citado: SANTORO, *L'Ordine del Superiore*).
- SANTOS, Belezza dos. *Lições de Direito Penal (Causas de Justificação do Fato)* (Apostamentos segundo as preleções ao curso do V ano jurídico de 1941-42 coligidos por Maria de Nazareth Lobato Guimarães), Coimbra: Coimbra Editora, 1946 (citado: SANTOS, Belezza dos, *Lições*).
- SAUER, Wilhelm. *Allgemeine Strafrechtstehre*, 3. Aufl., Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1955.
- SCHILLHAMMER, Kurt. «Blutentnahme durch Medizinalassistenten», *NJW*, 1972-p. 319-320.
- SCHMIDHAUSER, Eberhard. *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1970 (citado: SCHMIDHAUSER, AT¹).
- SCHÖNKE, Adolf / SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch Kommentar*, 17. Aufl., München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1974 (citado: SCHÖNKE / SCHRÖDER¹⁷).

- SCHROEDER, Friedrich-Christian, in: Jähnke / Laufhütte / Odersky (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Großkommentar*, 11. n. Auf., 14. Lieferung: §§ 15-15 Berlin: Walter de Gruyter, 1994 (citado: SCHROEDER, LK¹¹).
- SCHÜNEMANN, Bernd. «Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtstheorie im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars», *GA*, 1985, p. 340-380.
- , «La Función de Delimitación de Injusto y Culabilidad», in: J. M. Silva Sánchez (ed. Española), B. Schünemann / J. de Figueiredo Dias, *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*, Barcelona: J. M. Bosch, 1995, p. 205-244.
- SEIÇA, A. Medina de, in: Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Coimbraense do Código Penal. Parte Especial*, Tomo III, Coimbra: Coimbra Editora, 2001 art. 369.º
- SERRA, Adriano Vaz. «Causas Justificativas do Fato Danoso», *BMJ*, n.º 85, 1935 p. 13-113.
- SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português. Parte Geral*, II, Lisboa: Verbo, 1998 (citado: SILVA, Marques da, DP-PG, II).
- SILVA, Manuel Dias da. *Estudo Sobre a Responsabilidade Civil Conexas com a Criminal*, I, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1886.
- SOUZA, Susana Aires de. «Agent Provocateur e Meios Enganosos de Prova. Alguns Reflexões», *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1207-1235.
- SPENDEL, Günter, in: Jähnke / Laufhütte / Odersky (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Großkommentar*, 11. n. Auf., 3. Lieferung: §§ 32-33, Berlin: Walter de Gruyter, 1992 (citado: SPENDEL, LK¹¹).
- STRATENWERTH, Günter. *Verantwortung und Gelorsam. Zur strafrechtlichen Wertung hoheitlich gebotenen Handelns*, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1958 (citado: STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*).
- , «Zur Relevanz der Erfolgswert im Strafrecht», in: *Festschrift für Friedrich Schaffgotsch zum 70. Geburtstag*, Göttingen: Verlag Otto Schwarz & Co., 1975, p. 177-192.
- , *Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 4. Aufl., Köln: Carl Heymanns, 2000 (citado: STRATENWERTH, AT⁹).
- THIESE, Gerd-Steffen. «Zum Rechtmäßigkeitsbegriff bei § 113 Abs. 3 StGB», *JR*, 1975 p. 353-358.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilícitude Penal e Causas de sua Exclusão*, Rio de Janeiro Ed. Forense, 1984.
- VALDÁGUA, Maria da Conceição. «Aspectos da Legítima Defesa no Código Penal e no Código Civil», *Jornadas de Homenagem ao Prof. Doutor Cavaleiro de Ferreira sep. RFDL*, 1995, p. 235-285.
- , «Legítima Defesa y Legítima Putativa», in: J. M. Silva Sánchez (ed. Española), B. Schünemann / J. de Figueiredo Dias, *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*, Barcelona: J. M. Bosch, 1995, p. 201-204.
- VALLE MURIZ, José Manuel. «La Naturaleza Graduable de lo Injusto y la Actuación et Desconocimiento del Presupuesto Objetivo de una Causa de Justificación», in J. M. Silva Sánchez (ed.), *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona: Bosch, 1997, p. 439-467.

- VALENTE, Luiz Costa da Cunha. *A Hierarquia Administrativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 1939.
- VENDRI, Rodolfo. *Il Diritto Penale Militare nel Sistema Penale Italiano*. 7.ª ed. Milano: Giuffrè, 1997.
- VIGANÒ, Francesco. *Codice Penale Commentato. Parte Generale* (coord. Emilio Dolcini / Giorgio Marinucci). Milano: IPSOA, 1999, art. 51 e art. 52 (citado: VIGANÒ, *Codice Penale Commentato*).
- . *Stato di Necessità e Conflitti di Doveri. Contributo alla Teoria delle Cause di Giustificazione e delle Scusanti*. Milano: Giuffrè, 2000.
- VITT, Elmar. «Gedanken zum Begriff der Rechtmäßigkeit der Diensthandlung bei § 113 StGB», *ZStW*, 106 (1994), p. 581-604.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. «Consideraciones Político-criminales en Tomo a la Obediencia Debidat». *Estudios Penales y Criminológicos*, V, 1982-p. 131-147.
- WAGNER, Heinz. «Die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung», *JuS*, 1975, p. 224-228.
- WEBER, Hellmuth von. «Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf Befehl», *MDR*, 1948, p. 34-42.
- WEITZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán. Parte General*. 11.ª edição. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997 (4.ª ed. castelhana de *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11.ª ed., 1969, trad. por Juan Bustos Ramírez e Sergio Yañez Pérez) (citado WEITZEL, *DP-PG(II)*).
- WERNER, Wolfhart. in: *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*. 1. 8. Auf., Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1957, § 113 (citado: WERNER, *LK⁹*).
- WESSELS, Johannes. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 21. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1991 (citado: WESSELS, *AT²¹*).
- WOLTER, Jürgen. «Imputación objective y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la aberratio iuris», in: Bernd Schünemann (comp.), *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1991, p. 108-133 (trad. de *Grundfragen des modernen Strafrechtssystem*, Berlin, 1984, por Jesús-María Silva Sánchez).
- ZIELINSKI, Diethart. *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss*. Berlin: Duncker & Humblot, 1973.
- Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral, I Vol., separata do BMJ*, 1965.
- Código Penal. Actas e Projecto da Comissão de Revisão*. Ministério da Justiça, 1993.

ÍNDICE

	Page
Apresentação e Agradecimentos	9
Síglas e Abreviaturas	11
§ 1. Introdução	13

CAPÍTULO I

A JUSTIFICAÇÃO POR OBEDIÊNCIA DEVIDA

§ 2. Justificação por obediência devida e por cumprimento de um dever legal	15
§ 3. Pressupostos legais para a justificação por obediência devida	21
§ 4. (I) Ordem da autoridade	23
§ 5. (II) Ordem formalmente legítima	33
§ 6. (III) Ordem materialmente legítima	38
§ 6.1. A teoria do conceito de licitude penal	49
§ 6.2. A teoria da eficácia	69
§ 6.3. As teorias da exclusão da ilicitude pela inexistência do desvalor de acção	78
§ 6.4. Tomada de posição	116

CAPÍTULO II

A EXCLUSÃO DA ILICITUDE POR CUMPRIMENTO DE ORDENS ILEGÍTIMAS

§ 7. O modelo da transformação	126
§ 8. O modelo do erro	128
§ 9. O modelo das ordens ilegítimas obrigatórias	153
§ 9.1. O sistema alemão	154
§ 9.2. O sistema italiano	180

	Págs.
§ 9.3. O sistema espanhol	192
§ 9.4. O sistema português	207
§ 9.4.1. Até à Constituição de 1976	207
§ 9.4.2. A partir da Constituição de 1976	232
§ 9.5. Síntese	238
§ 9.6. Tomada de posição	241

CAPÍTULO III

A EXCLUSÃO DA CULPA POR CUMPRIMENTO DE ORDENS ILEGÍTIMAS

§ 10. A obediência indevida desculpante	284
§ 11. Conclusões	322
Bibliografia	327