



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA  
ESCOLA DE LISBOA

Faculdade de Direito

**Mestrado Forense**

**Com menção em Direito e Processo Penal**

**O DEVER DE OBEDIÊNCIA  
NO DIREITO PENAL MILITAR**

Dissertação de Mestrado elaborada por Marta Gomes Silva  
Orientada pelo Professor Doutor Germano Marques da Silva

Lisboa, junho de 2021

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA  
ESCOLA DE LISBOA

Faculdade de Direito

Dissertação apresentada à Universidade Católica Portuguesa, Escola de Lisboa, para obtenção do grau de Mestre em Forense, com menção em Direito e Processo Penal, sob a orientação do Professor Doutor Germano Marques da Silva.

Lisboa, junho de 2021

## AGRADECIMENTOS

Concretizado este projeto, devo começar por agradecer ao Professor Doutor Germano Marques da Silva, que em aula me fez nutrir interesse pela temática em análise e que prontamente se disponibilizou para me orientar nesta caminhada. Não posso deixar de agradecer toda a sua disponibilidade, todo tempo dispendido e todos os conselhos que me permitiram chegar mais longe. Sem o seu apoio este projeto não seria possível.

Quero também agradecer à minha família, em particular aos meus pais, que permitiram esta bela caminhada, que me deram estabilidade e uma base forte para fazer todo este percurso e que sempre me apoiaram, nunca deixando de acreditar nas minhas capacidades. Agradecer ainda ao meu irmão pelo diálogo e debate, pelos conselhos e pelo espírito crítico, em parte fundamentais no processo de pesquisa e redação.

Ao Sebastião, que teve a paciência de me acompanhar de perto desde o início do percurso, que criou a ponte entre mim e o meio militar e me ajudou na compreensão do mesmo, que permitiu o acesso a bibliografia e que me ajudou na tradução do texto para a língua inglesa. Agradecer ainda pelo carinho e amizade nas alturas de maior aperto e dificuldade e pelo apoio no desenvolvimento de disciplina para uma boa gestão de tempo. Sem ele, certamente que o caminho seria muito mais longo e difícil.

Por último, a todos os meus colegas e amigos, que me apoiaram e que acreditaram em mim, que sempre tiveram um gesto de bondade e uma palavra amiga de conforto, o meu muito obrigada.

## RESUMO

As Forças Armadas são a organização de força militar ao serviço do Estado incumbida da missão de defender a República Portuguesa.

Para o cumprimento eficaz da sua missão, as Forças Armadas baseiam a sua atuação numa estrutura hierárquica coesa e regem-se por valores de missão, camaradagem, lealdade e respeito entre pares e para com os seus superiores.

Entendemos que os teatros de operações em que atuam os militares das Forças Armadas – quer em tempo de guerra, quer em tempo de paz – podem despoletar situações de perigo iminente, que exigem do militar uma resposta rápida e eficiente. Na presente dissertação analisámos a disciplina e o respeito cultivados no seio da organização que permitem uma obediência firme e rápida às instruções emanadas pelos superiores.

Enumerámos os deveres aos quais o militar está legalmente vinculado, mais pormenorizadamente os deveres de obediência e de lealdade, que podem suscitar uma situação de conflito de deveres.

Procedemos à análise da postura que deve ser adotada pelo subordinado quando se encontra perante um conflito de deveres, designadamente, nas situações em que o superior emana uma ordem formal e materialmente ilegítima. A conclusão desta problemática é um dos objetivos da dissertação.

Abordámos ainda a possibilidade da exclusão da culpa do subordinado que, toldado pelo erro, pratica um ilícito típico motivado pela obediência a uma ordem ilegítima. Entendemos que esta questão é bastante relevante do ponto de vista do direito penal militar, atendendo a que a censura penal se rege pelos valores da sociedade e que o meio militar extravasa esses valores, por compreender situações de maior risco para a vida. Julgamos que nestas situações há uma maior propensão ao erro sobre a prática de um crime ou sobre a existência de pressupostos de uma causa de justificação, pelo que é uma questão de análise relevante.

O trabalho de pesquisa evidenciou que a questão em apreço é pouco debatida nos Tribunais e na Jurisprudência Portuguesa, contudo já alguns autores caminham no sentido de desenvolver o tema, com muito ainda por explorar.

**Palavras-Chave:** *superior hierárquico, subordinado, dever de obediência, dever de lealdade, conflito de deveres, obediência indevida desculpante.*

## ***ABSTRACT***

The “Forças Armadas” (Armed Forces) are the military group employed by the state to defend the Portuguese Republic.

To effectively accomplish their mission, the Armed Forces follow a strict hierarchical structure and carry out their duties under the values of mission, comradeship, loyalty, and respect between peers and towards superior officers.

The theater of operations in which the military operate, whether in times of peace or war, can unleash situations of imminent danger which call for a quick and efficient response. In this dissertation, we analyze the values of discipline and respect cultivated within the organization which enable firm and immediate obedience in carrying out of the orders issued by the superiors.

We listed the defined duties with which the soldiers are bound by law to comply, particularly those of obedience and loyalty, which may cause a conflict of duties.

We analyzed the professional stance that is to be adopted by the subordinate when he finds himself facing conflicting duties, specifically when the superior issues an illegitimate order. To present a solution to this issue is one of the goals of this dissertation.

We also investigated the possibility of excluding the subordinate's guilt, in cases where he acts illegally as a result of obeying an unlawful order. This issue is extremely pertinent from the point of view of military criminal law, seeing that criminal censorship is based on the values of society, but the military world goes beyond those values, as it faces situations of much greater life risk. We believe that in these situations there is a greater chance of error either on the legal prohibition or on the justification cause of illegality, and this makes it a relevant question to analyze.

The research carried out regarding this topic shows that there is very little debate on this subject within the Portuguese jurisprudence, and while some authors are beginning to broach the topic there is still a lot to explore.

**Keywords:** *hierarchical superior, subordinate, obedience duty, loyalty duty, conflict of duty.*

## ÍNDICE

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>Capítulo 1 - Estrutura e funcionamento das Forças Armadas .....</b>	<b>9</b>
1.1 Valores militares fundamentais .....	9
1.2 Disciplina militar .....	12
1.3 Deveres militares .....	15
1.4 Código de Justiça Militar.....	22
<b>Capítulo 2 - O Dever de Obediência .....</b>	<b>24</b>
2.1 A insubordinação militar por desobediência.....	25
2.2 Obediência hierárquica devida .....	26
<b>Capítulo 3 – Responsabilidade Penal .....</b>	<b>30</b>
3.1. Causas de Justificação .....	30
A. Conflito de deveres .....	31
B. Erro .....	33
C. Obediência indevida desculpante.....	34
3.2. Posição internacional.....	37
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>40</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>42</b>
<b>JURISPRUDÊNCIA .....</b>	<b>43</b>

## INTRODUÇÃO

“As Forças Armadas Portuguesas são um pilar essencial da defesa nacional e constituem a estrutura do Estado que garante a defesa militar da República”<sup>1</sup>. As Forças Armadas diferem da restante Administração Pública, sendo que se organizam com base numa hierarquia militar. Considerando a rigidez das instruções e o risco que estas acarretam, “só uma ampla subordinação à cadeia de comando pode levar à unidade de ação”<sup>2</sup> imprescindível para a concretização do fim último da instituição castrense.

“O Direito Penal militar parte do conceito de Ordem jurídico-militar, afirmando que todas as normas militares se organizam à volta de um núcleo de princípios fundamentais que lhe dão uma unidade. (...) [A]s Forças Armadas estão dotadas de um verdadeiro e próprio sistema de normas jurídicas: o ordenamento militar. (...) Este ordenamento interno (...) é complementar da legislação comum e insere-se no quadro general da legislação do Estado respeitando o princípio da unidade do ordenamento jurídico. (...) A lei penal militar é especial porque é complementar da lei penal comum, na medida em que a maioria das suas normas regulam uma determinada categoria de pessoas (os militares) e porque muitas das suas normas (...) [têm] como finalidade a tutela de interesses jurídicos especiais”<sup>3</sup>: a hierarquia e disciplina militar. A disciplina militar é a componente que conexas os diversos graus da hierarquia militar, constituindo uma disciplina rígida e vinculada, que se traduz na observância das leis e dos regulamentos militares e na execução pronta e eficiente das ordens legítimas transmitidas através da cadeia de comando.

Pelo exposto, surge a necessidade de criar o Regulamento de Disciplina Militar, aprovado pela Lei Orgânica n.º 2/2009, de 22 de julho. Este Regulamento, além de estabelecer os valores militares fundamentais que regem a instituição castrense, enumera os deveres a serem observados pelos militares das Forças Armadas e tramita todo o procedimento disciplinar a adotar em caso de violação da Constituição da República Portuguesa, da lei, dos regulamentos, normas ou ordens. Também os militares da Guarda Nacional Republicana dispõem do Regulamento de Disciplina da Guarda Nacional

---

<sup>1</sup> Portal da Defesa Nacional (2020), *Forças Armadas*. Acedido em 24 de junho de 2020, em: <https://www.defesa.gov.pt/pt/defesa/organizacao/forcasarmadas>

<sup>2</sup> Ac. do Tribunal Constitucional n.º 33/2002, Proc. n.º 1141/98, in Diário da República – II Série, n.º 55, de 6 de março, pp. 4407

<sup>3</sup> Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 27 de janeiro de 2016, Proc. n.º 1/14.1FCOLH.L1.1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/1656E8C9CCC0F6DA80257FF1003AA12E>

Republicana, aprovado pela Lei n.º 145/99, de 1 de setembro, e alterado pela Lei n.º 66/2014, de 28 de agosto, diploma que estabelece as referidas matérias, contudo com um âmbito de aplicação mais restrito.

O Código de Justiça Militar, aprovado pela Lei n.º 100/2003, de 18 de setembro, tipifica os crimes de natureza estritamente militar e as respetivas penas aplicáveis. O Código Penal aplica-se subsidiariamente, desde que as suas disposições não sejam contrárias às do Código de Justiça Militar, ou seja, essencialmente, aplica-se o Código Penal no que à sua Parte Geral diz respeito.

A violação dos valores e deveres militares tipificados no Regulamento de Disciplina Militar pode traduzir-se na prática de um crime militar, como é o caso da violação do dever de obedecer às ordens de um superior hierárquico, previsto no artigo 11.º, n.º 2, al. a) e 12.º, do Regulamento de Disciplina Militar, que se pode transfigurar na prática do crime de insubordinação, tipificado no artigo 87.º, do Código de Justiça Militar. Os deveres gerais e o dever de lealdade em especial exigem ao militar a conformação dos seus atos à Constituição e à lei, cessando o dever de obediência sempre que a execução de um comando se traduz na prática de um crime.

Como parte da função pública, as Forças Armadas destacam-se pela sua missão de defesa militar da República Portuguesa, constitucionalmente prevista no n.º 1, do artigo 275.º, que requer uma estrutura disciplinada, rigorosa e metódica que a torne numa instituição coesa e pronta para fazer face a qualquer contrariedade.

A problemática que se coloca e que nos propomos a analisar consiste na difícil definição de um limiar a partir do qual se torna aceitável a cessação do dever de obediência e a rejeição do cumprimento de uma ordem que se traduz na prática de um crime, atendendo à relação de submissão e obediência que é criada em cenários de perigo vivenciados pelo militar, numa condição física de fadiga, onde surge a pressão e a obrigação de tomar atitudes severas, como a de retirar a vida a outro Ser Humano.

## **Capítulo 1 - Estrutura e funcionamento das Forças Armadas**

As Forças Armadas dividem-se em três ramos: o Exército, a Marinha e a Força Aérea que adotam diferentes formas de atuação, designadamente a abordagem terrestre, marítima ou aérea.

Os três ramos das Forças Armadas contêm características similares entre si, todos eles constituem forças que têm como missão a defesa militar da República Portuguesa, de acordo com o artigo 275.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa. Também são transversais a todos os ramos das Forças Armadas a estrutura organizacional hierarquizada e a vivência de uma paleta de valores que analisaremos de seguida.

A Guarda Nacional Republicana constitui uma força de segurança composta por militares e rege-se por valores idênticos aos das Forças Armadas. O Regulamento de Disciplina Militar é subsidiariamente aplicável à Guarda Nacional Republicana, nos termos do artigo 7.º, do Regulamento de Disciplina da Guarda Nacional Republicana.

### **1.1 Valores militares fundamentais**

As Forças Armadas regem toda a sua organização e atuação com base nos valores militares fundamentais tipificados no artigo 1.º, do Regulamento de Disciplina Militar. Os valores de missão, hierarquia, coesão, disciplina, segurança e obediência aos órgãos de soberania competentes nos termos da Constituição e da lei são o suporte da instituição e o mote para a vivência dos militares no seio da organização das Forças Armadas.

#### **a. Missão**

A *missão* traduz-se no foco que todo o praça, guarda, sargento ou oficial deve empregar em cada tarefa ou serviço que lhe é proposto, uma vez que todos devem atuar sempre orientados para o objetivo ou finalidade preestabelecida, mesmo que tal implique o sacrifício da própria vida, como regula o artigo 11.º do Regulamento de Disciplina Militar.

#### **b. Hierarquia**

A *hierarquia* é a base funcional da instituição castrense, sendo a estrutura que permite o seu exercício coeso e eficaz, tanto em tempo de paz, como em tempo de guerra. Os momentos de conflito armado geram pressão e conseqüentes dificuldades na aplicação

dos recursos disponíveis para os fins pretendidos, por isso torna-se crucial a instrução prévia e o rápido acatamento das ordens. É a partir da hierarquia que se criam relações de respeito e camaradagem entre os Homens e que se organiza toda a instituição para a formação e treino de militares, bem como para a concretização de serviços, em todo o território nacional.

#### c. Coesão

A *coesão* é um valor decorrente do espírito de camaradagem, sendo que os militares devem criar um bom ambiente de trabalho, promovendo amizade e compromisso, bem como respeito e espírito de sacrifício para com os seus camaradas.

É para o cumprimento deste valor fundamental que vigora o dever de camaradagem, tipificado nos artigos 11.º, n.º 2, al. g) e 18.º, do Regulamento de Disciplina Militar. O militar tem o dever de agir com urbanidade, solidariedade e respeito pelos seus pares, criando um ambiente de confiança e entreajuda. É esta relação de amizade e respeito que criará as condições ideais para uma atuação uníssona em situações de fadiga e perigo e nas contrariedades que possam surgir durante a missão.

A coesão não se deve manifestar apenas entre subordinados, mas também com os restantes graus da hierarquia militar. Deve ser assegurada uma ligação entre os membros do topo e os da base da pirâmide hierárquica, através da transmissão rápida e exata da informação, sabendo que o último executará o comando do primeiro em tempo útil e de forma escrupulosa. É a coesão que permite olhar para as Forças Armadas e para a Guarda Nacional Republicana, como forças capazes de cumprir as suas finalidades.

#### d. Disciplina

Atendendo ao risco exigido a um militar no exercício das suas funções, a *disciplina* é um valor fundamental para o sucesso de uma missão. O artigo 11.º do Regulamento de Disciplina Militar estabelece que a um militar é exigido todo o seu esforço e espírito de sacrifício, mesmo que em detrimento da própria vida. Contudo, tal imposição só poderá ser cumprida através da promoção de disciplina, respeito e espírito de missão, para que um Homem possa remar contra o próprio instinto e priorizar uma ordem em detrimento da sua segurança.

A disciplina é um “meio para atingir a unidade de esforço na prossecução dos efeitos desejados”<sup>4</sup>. Por outras palavras, a disciplina traduz-se na instrução de um operacional para o cumprimento de normas, regras e ordens, de modo a que a instituição funcione de forma coesa, organizada e útil.

#### e. Segurança

Apesar do sacrifício exigido aos militares, é também valor fundamental das Forças Armadas a busca pela *segurança* de cada operacional. Sempre que o militar atua, deve fazê-lo de forma a preservar e promover a sua segurança, evitando o perigo e o risco para a sua saúde e para a sua vida.

A segurança constitui também o fim último das Forças Armadas, é sua missão principal a defesa da nação e a manutenção da paz. As Forças Armadas atuam em prol da segurança do povo Português não só em tempo de guerra, mas também em tempo de paz, assegurando a satisfação das necessidades básicas da população e promovendo a melhoria da qualidade de vida dos portugueses.

Todos os valores militares surgem de modo a suportar e permitir a criação de condições necessárias e ideais ao cumprimento da finalidade de defesa da pátria e manutenção da paz.

#### f. Obediência

Por fim, a *obediência* é derivada do sistema de hierarquia e disciplina fortemente cultivado nas Forças Armadas e é o ponto chave para o sucesso de todo o seu funcionamento. As Forças Armadas baseiam a sua eficácia na obediência que cada militar presta ao seu superior hierárquico. Atendendo a que falamos de uma estrutura piramidal de hierarquia, todos os militares são subordinados e devem obediência a um superior, tendo por chefe máximo o Presidente da República Portuguesa, em cumprimento do princípio da subordinação ao poder político.

Todos os valores militares encontram-se interligados e cada um deles é imprescindível para a concretização dos restantes. As Forças Armadas formam uma instituição coesa devido à sua estrutura hierarquizada, que permite uma gestão eficiente

---

<sup>4</sup>Portal do Exército Português (2021), *Missão-Visão-Valores*. Acedido em 20 de fevereiro de 2021, em: <https://www.exercito.pt/pt/quem-somos/missao>

dos recursos que tem à disposição, complementada pela disciplina, que possibilita a administração de instruções no sentido da uniformização dos costumes. A disciplina permite criar o respeito entre superiores e subordinados ou entre pares, o que proporciona uma resposta adequada a uma ordem num momento onde são expectáveis a hesitação e o medo do militar. A disciplina gera respeito e, consequentemente, obediência. É nos momentos de dúvida que se destaca a camaradagem, o espírito de amizade e sacrifício entre militares, que dão coesão à instituição. No exercício do dever de obediência, o militar age sempre orientado para a missão que lhe é incumbida, contudo, deve privilegiar a sua segurança sempre que possível.

Analisando o leque de valores tipificado no artigo 1.º, do Regulamento de Disciplina Militar, é inequívoca a caracterização das Forças Armadas como uma Instituição de estrutura forte e coesa, em que a submissão, a confiança, o respeito e a execução imediata são componentes da postura ideal e imprescindível para o cumprimento das suas finalidades.

Em suma, o militar atua focado na *missão* que lhe é incumbida, em *obediência* às ordens dos seus superiores *hierárquicos* que lhe são impostas pela *disciplina*, lado a lado com os seus camaradas, como uma unidade *coesa*, promovendo a sua própria *segurança*, quando possível, e a da nação.

## **1.2 Disciplina militar**

A disciplina militar é um dos valores militares fundamentais das Forças Armadas e consta dos artigos 1.º a 4.º, do Regulamento de Disciplina Militar. Também o Regulamento de Disciplina da Guarda Nacional Republicana, nos seus artigos 1.º e 2.º, e o Estatuto dos Militares da Guarda Nacional Republicana estabelecem a disciplina como pilar fundamental da organização da Guarda Nacional Republicana.

Nos termos do artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento de Disciplina Militar, a disciplina visa “a integridade da sua organização, a sua eficiência e eficácia, bem como o objetivo supremo de defesa da Pátria”. A disciplina é um meio necessário para o fim último das Forças Armadas, cuja missão final e prioritária é a proteção da República Portuguesa, nos termos do artigo 275.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.

Nos termos do n.º 3, do artigo 3.º, do Regulamento de Disciplina Militar, “a disciplina militar resulta de um estado de espírito coletivo assente no patriotismo, no

civismo e na assunção das responsabilidades próprias da condição militar.”. A disciplina é transversal a todos os membros das Forças Armadas que, inevitavelmente, comungam dos mesmos valores, o que origina a formação de um grupo coeso que se move pelos mesmos ideais, orientados por uma postura rígida imposta pela disciplina.

A disciplina permite formar e instruir os militares, na medida em que é através desta que lhes são impostas regras e tarefas, bem como são criadas condições para administrar formações, tanto práticas como teóricas. A instrução prática pode, por vezes, traduzir-se em desafios para os militares, devido à dificuldade física e psicológica que cada tarefa acarreta, contudo, a disciplina é o meio adequado para pressionar o instruendo à concretização do exercício com sucesso.

A instrução pode também ser de cariz valorativo, mesmo que administrada de forma indireta nas tarefas diárias. É a disciplina que instrui o militar para os valores a observar através da exigência do cumprimento de determinadas normas e procedimentos. De acordo com o artigo 2.º, do Regulamento de Disciplina Militar, “a disciplina militar garante a observância dos valores militares fundamentais, no respeito dos princípios éticos da virtude e da honra inerentes à condição militar.”.

Também o artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento de Disciplina Militar dá relevância à disciplina no meio militar, referindo-a como a “condição do êxito da missão a cumprir e (...) [que se consolida] pela assunção individual dessa missão, pela natural aceitação dos valores militares fundamentais”. O mesmo número acrescenta que é também êxito da missão a cumprir, “o sacrifício dos interesses individuais em favor do interesse coletivo.”. O sacrifício surge através da disciplina, na medida em que esta formata e incute, no militar, o dever de lutar persistentemente pelo seu objetivo, pela missão que lhe foi incumbida, em nome e defesa do seu Estado mesmo que tal implique um sacrifício próprio.

São as regras e tarefas diárias impostas pela disciplina que, sendo transversais a todas as unidades do país, dentro de cada ramo, permitem a uniformização dos costumes e tornam as Forças Armadas como uma instituição homogénea.

A disciplina é o ponto chave para o desenvolvimento de uma relação de respeito entre os superiores hierárquicos e os seus subordinados bem como entre os militares e a lei. Para o cumprimento da missão fundamental das Forças Armadas, os militares devem obediência aos seus superiores e à lei e esta obediência só se consegue através da

disciplina. O General Ferreira Martins<sup>5</sup> explica que a obediência militar materializa a disciplina que é condição essencial de eficiência e contém um significado do sacrifício pelo bem comum, na medida em que o militar deve abdicar de uma opinião pessoal e, conscientemente, atuar em sentido favorável à coletividade. Também Francisco Leandro conexas o dever de obediência e a hierarquia militar e diz que “a disciplina militar deve ser concebida para, em última análise, conduzir os indivíduos militares, através de situações limite, até ao confronto com o adversário, impulsioná-los sob a ação mortífera e, se necessário, desencadear o sacrifício supremo das suas vidas, através de um dever especial de obediência.”<sup>6</sup>. O artigo 4.º do Regulamento de Disciplina Militar estabelece que “a disciplina militar consiste no cumprimento pronto e exato dos deveres militares decorrentes da Constituição, das leis e dos regulamentos militares, bem como das ordens e instruções dimanadas dos superiores hierárquicos em matérias de serviço.”.

O Regulamento de Disciplina Militar regula o processo disciplinar em caso de infração e estabelece as respetivas sanções. O artigo 30.º tipifica como penas disciplinares a repreensão, a repreensão agravada, a proibição de saída, a suspensão de serviço e, em última instância, a prisão disciplinar. A rigidez das penas assume um papel preponderante na atuação dos militares, na medida em que, conscientes das consequências gravosas dos seus atos, os militares sentem-se pressionados ao cumprimento das normas, regras e ordens que lhes são impostas, através da disciplina.

Toda a pressão imposta ao militar pela disciplina – para o cumprimento das normas e regras e sacrifício pela finalidade última das Forças Armadas – permite dar uma resposta adequada, rápida e eficiente em situações de dificuldade e perigo iminente, onde é expectável a hesitação, o medo e a dúvida do militar. A disciplina, através da pressão e do respeito, é a fonte da capacidade de resposta do militar em situações de conflito ou na simulação das mesmas.

O espírito de camaradagem é conseguido através da disciplina, na medida em que se desenvolve a compaixão e o respeito entre pares no cumprimento obrigatório de tarefas de grupo, em situações de fadiga e perigo.

---

<sup>5</sup> Na sua obra MARTINS, F. (1944). *As virtudes na tradição histórica de Portugal*. Lisboa: Tipografia Liga dos Combatentes da Grande Guerra.

<sup>6</sup> LEANDRO, F. J. (2012). *Responsabilidade Criminal dos Chefes Militares: um crime de segunda oportunidade*. Lisboa: Universidade Católica Editora p. 221.

Nas Forças Armadas vigora um processo disciplinar rígido, com sanções rigorosas, que cria pressão no militar para o cumprimento das ordens e das normas estabelecidas. Esta pressão preserva um espírito de sacrifício e resposta rápida no militar, direcionando o seu foco na missão que lhe é atribuída, mesmo que em detrimento da sua própria segurança. Deste modo, a disciplina une todos os militares que partilham dos mesmos ideais num corpo coeso, sendo por isso a base para a concretização do fim único das Forças Armadas.

### 1.3 Deveres militares

Os artigos 11.º a 24.º, do Regulamento de Disciplina Militar, tipificam os deveres que os militares devem cumprir no âmbito da sua atividade, tendo presentes as consequências que a violação dos mesmos poderá acarretar. “Inobservados alguns dos deveres militares (e ainda decorrente da superioridade hierárquica dos seus camaradas), o militar poderá estar sujeito a penas privativas da liberdade, por via disciplinar e por simples ordem de comando. Tal compreende-se devido ao facto dos deveres dos militares serem (essencialmente) de natureza pessoal<sup>7</sup>, (...) designadamente: o dever de sacrifício na cedência da própria vida, o dever do risco no cumprimento de missões, o dever de coesão, o dever de disponibilidade, o dever de isenção política.”<sup>8</sup>

O n.º 1, do artigo 11.º, do Regulamento de Disciplina Militar destaca a ética, a honra e a “obrigação de assegurar a dignidade e o prestígio das Forças Armadas” como valores base da conduta que o militar deve adotar na execução das suas tarefas. O militar deve ser o rosto de correção e princípio, que age com sentimento de dever, dignificando o seu país.

Ao militar é também exigido o cumprimento da lei e da Constituição. Este não tem apenas o dever de a cumprir, mas também de fazer os restantes cumprirem. Nos termos do n.º 1, do artigo 11.º, do Regulamento de Disciplina Militar a lei e a Constituição devem estar acima e na base de qualquer ordem, na medida em que todas as instruções devem ser legais e constitucionais e que sempre que assim não o sejam o militar não deve

---

<sup>7</sup> De acordo com Manuel João Batista “os deveres dos demais funcionários do Estado são de natureza funcional”, são deveres aos quais os trabalhadores estão vinculados pelo respetivo título profissional, no âmbito das competências que lhes são atribuídas e necessárias ao exercício das suas funções.

<sup>8</sup> BATISTA, M. J. (2014). *Cumprimento de Ordens, Obediência Hierárquica e Disciplinar Militar Versus Perpetração (In)voluntária de Crimes*. Tese de mestrado em Direito e Segurança, Lisboa: Faculdade de Direito - Universidade Nova de Lisboa, p. 12.

obedecer às mesmas, sob pena de incorrer num crime de insubordinação, nos termos do artigo 87.º, do Código de Justiça Militar.

O regulamento de Disciplina Militar exige ainda a todos os homens a “sujeição à condição militar (...), aceitando, se necessário com sacrifício da própria vida, os riscos decorrentes das suas missões de serviço.”. Nestes termos, e com base no valor de missão que lhes é incutido, os militares devem orientar a sua conduta para o cumprimento das tarefas que lhes são atribuídas, ainda que tal possa implicar o sacrifício da própria vida. É patente a exigência e rigidez da instituição castrense quanto à atuação dos seus Homens, uma vez que o sucesso no cumprimento da sua finalidade depende deles.

Como realça Ana Marcela Silva Félix, os deveres tipificados nos artigos 11.º a 24.º do Regulamento de Disciplina Militar “não são apenas deveres, mas antes deveres especiais, isto porque têm natureza pessoal, ou seja, são dirigidos a um grupo determinado de pessoas, neste caso, os militares, pela simples qualidade de serem militares.”<sup>9</sup>. São deveres exclusivamente atribuídos aos militares das Forças Armadas, aos quais estes ficam imediatamente sujeitos por inerência à sua simples condição militar, não sendo exigida qualquer característica adicional.

Decorre do nº 2, do artigo 11.º, do Regulamento de Disciplina Militar a enumeração dos deveres concretos impostos aos militares das Forças Armadas e do nº 2, do artigo 8.º, do Regulamento de Disciplina da Guarda Nacional Republicana os deveres impostos aos militares da Guarda Nacional Republicana, que em parte se sobrepõem. Nos termos do Regulamento de Disciplina Militar, são deveres de um militar das Forças Armadas: a obediência, a autoridade, a disponibilidade, a tutela, a lealdade, o zelo, a camaradagem, a responsabilidade, a isenção política, o sigilo, a honestidade, a correção e o aprumo.

A al. e), do artigo 11.º e o artigo 16.º, do Regulamento de Disciplina Militar, bem como a alínea b), do artigo 8.º e o artigo 10.º, do Regulamento de Disciplina da Guarda Nacional Republicana tipificam o *dever de lealdade* que, em suma, se traduz na exigência, ao militar, de guardar respeito pela Constituição, pela lei e pelos seus superiores hierárquicos, de cultivar a sinceridade e a verdade nas relações decorrentes do exercício das suas funções, de ser fiel à instituição castrense, preservando discrição e seriedade na

---

<sup>9</sup> FÉLIX, A. M. (2016). *O Sistema de Justiça Militar Penal*. Tese de mestrado em Direito Criminal, Porto: Escola de Direito - Universidade Católica do Porto, p. 15.

resolução de conflitos internos e de se manter imparcial e passivo no seio de revoltas e manifestações públicas.

Os deveres explanados no artigo 11.º do Regulamento de Disciplina Militar são transversais a todos os militares, contudo, alguns deles têm mais enfoque conforme as funções e o estatuto na hierarquia do militar. Nestes termos, é de realçar a observância dos deveres de obediência, disponibilidade e camaradagem por parte do subordinado e dos deveres de autoridade, tutela e zelo pelos que assumem funções de comando.

O *dever de disponibilidade*, previsto na al. c), do artigo 11.º e no artigo 14.º, do Regulamento de Disciplina Militar e na alínea g), do artigo 8.º e no artigo 15.º, do Regulamento de Disciplina da Guarda Nacional Republicana, traduz-se na obrigatoriedade de o militar estar sempre disponível e predisposto a cumprir as tarefas que lhes são atribuídas, independentemente das circunstâncias em que se encontra no momento da ordem ou com as quais se deparará durante a execução da mesma. Há assim um dever de estar disponível para a missão, independentemente da conjuntura ou das consequências. Atinente ao dever de disponibilidade, destaca-se a restrição do direito à liberdade, tutelado no artigo 27.º da Constituição da República Portuguesa, segundo o qual “ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade”. Contudo, o n.º 2, do artigo 14.º, do Regulamento de Disciplina Militar exige ao militar uma autorização para aposentação do local de serviço, bem como a comunicação do local onde permanece quando não se encontra no exercício das suas funções. Acresce que, a qualquer momento, o militar terá que estar disponível para se deslocar ao local designado pelo seu superior<sup>10</sup>.

É o *dever de camaradagem*, previsto na al. g), do artigo 11.º e no artigo 18.º, do Regulamento de Disciplina Militar, que permite alcançar a coesão da instituição castrense – um dos valores militares fundamentais – e, nos termos do n.º 1, é cumprido sempre que o militar adota condutas como “a solidariedade e a coordenação de esforços individuais, de modo a consolidar o espírito de corpo e a valorizar a eficiência das Forças Armadas.”. Ou seja, deve ser perfilhada uma atitude altruísta, orientada para uma atuação a pares ou coletiva, com vista ao cumprimento da missão incumbida e com respeito e zelo pelo próximo, mesmo que em detrimento pessoal.

---

<sup>10</sup> Esta obrigatoriedade subsiste, mesmo que o militar se encontre em gozo de licença no país ou no estrangeiro.

Aos superiores é exigido o *dever de tutela*, previsto na al. d), do artigo 11.º e no artigo 15.º, do Regulamento de Disciplina Militar, bem como na alínea k), do artigo 8.º e no artigo 17.º-B, do Regulamento de Disciplina da Guarda Nacional Republicana. É dever do superior hierárquico zelar pelos seus subordinados, fazendo um levantamento dos seus problemas e necessidades e comunicando os mesmos a quem de direito, de modo a que as suas preocupações sejam suprimidas.

A alínea f), do artigo 11.º e o artigo 17.º, do Regulamento de Disciplina Militar, bem como a alínea d), do artigo 8.º e o artigo 12.º, do Regulamento de Disciplina da Guarda Nacional Republicana tipificam o *dever de zelo*. Ao militar é exigido o zelo pela sua área profissional, devendo este aprofundar, diariamente, os seus conhecimentos legais e técnicos, através da formação, bem como aplicar as normas, de forma pragmática, no serviço quotidiano. O militar será ainda zeloso quando transmitir aos seus subordinados os seus conhecimentos e incitá-los ao cumprimento das leis e trâmites, no exercício das suas funções.

Atendendo à temática em análise, propomo-nos a desenvolver, de forma mais aprofundada, os deveres militares de obediência e de autoridade.

#### a. Dever de obediência

O dever de obediência é tipificado na alínea a), do n.º 2, do artigo 11.º, do Regulamento de Disciplina Militar como um dever especial e "consiste em cumprir, completa e prontamente, as ordens e instruções dimanadas de superior hierárquico, dadas em matéria de serviço, desde que o seu cumprimento não implique a prática de um crime.", de acordo com o n.º 1, do artigo 12.º, do Regulamento de Disciplina Militar. O artigo acrescenta, na alínea a), do seu n.º 2 que "incumbe ao militar (...) cumprir completa e prontamente as ordens e instruções dos seus superiores hierárquicos em matéria de serviço". Também a Lei de Bases Gerais do Estatuto da Condição Militar, aprovada pela Lei n.º 11/89, de 1 de Junho, no n.º 2 do artigo 4.º explica o dever especial de obediência e estabelece os seus limites ressalvando que cessa o dever de obediência sempre que o seu cumprimento implique a prática de um crime.

De acordo com o artigo 7.º, do Regulamento de Disciplina Militar, "[c]onstitui infração disciplinar o facto, comissivo ou omissivo, ainda que negligente, praticado em violação de qualquer dos deveres militares". A violação do dever de obediência encontra-

se também tipificada como crime, no artigo 87.º, do Código de Justiça Militar. O militar que reusar cumprir uma ordem transmitida por um superior hierárquico, sem justificação, incorre no crime de insubordinação por desobediência e é punido com pena de prisão. A moldura penal aplicável varia consoantes o momento da prática do facto – tempo de guerra ou de paz – e das restantes circunstâncias conjunturais legalmente estabelecidas.

“Há que ter em conta que subordinação não significa servidão e, portanto, o dever de obediência apresenta limites.”<sup>11</sup>. As normas do n.º 3, do artigo 271.º, da Constituição da República Portuguesa, do n.º 2, do artigo 4.º, da Lei de Bases Gerais do Estatuto da Condição Militar e do n.º 1, do artigo 12.º, do Regulamento de Disciplina Militar estabelecem os limites do dever especial de obediência ressalvando que este cessa “sempre que o cumprimento das ordens ou instruções implique a prática de qualquer crime”. Dado que o militar presta juramento à Constituição e à lei, nos termos do artigo 7.º, do Estatuto dos Militares das Forças Armadas<sup>12</sup> e que estas estão acima de qualquer ordem, as normas referidas que limitam o dever de obediência abrem portas há possibilidade de desobediência quando a ordem se traduz num tipo legal do Código de Justiça Militar.

“[A] obediência a ordens superiores não exime o militar da responsabilidade pela violação de alguns direitos fundamentais consagrados na Constituição e na lei e demonstra que se o militar deve ser estrutural e intrinsecamente disciplinado isso não o impede de em certas circunstâncias (muito restritas) poder ser desobediente.”<sup>13</sup>. Contudo, a obediência é a base da prontidão, da frieza e da eficiência quando necessárias à finalidade das Forças Armadas e é também a garantia que o militar tem de que está livre de reprimendas ou sanções disciplinares. Nas palavras de Francisco Ferreira de Almeida, “o funcionamento de um sistema hierárquico, baseado no dever de obediência, postula o acatamento por parte dos soldados dos comandos dos seus superiores, sem contestação da respetiva legalidade. Tudo se volve, porém, mais complexo quando um subordinado

---

<sup>11</sup> FÉLIX, A. M. (2016). *O Sistema de Justiça Militar Penal*. Tese de mestrado em Direito Criminal, Porto: Escola de Direito - Universidade Católica do Porto, p. 19

<sup>12</sup> O militar presta juramento, perante a Bandeira Nacional, dizendo as seguintes palavras “Juro, como português(a) e como militar, guardar e fazer guardar a Constituição e as leis da República, servir as Forças Armadas e cumprir os deveres militares. Juro defender a minha Pátria e estar sempre pronto(a) a lutar pela sua liberdade e independência, mesmo com o sacrifício da própria vida.”, de acordo com o artigo 7.º do Estatuto dos Militares das Forças Armadas.

<sup>13</sup> Ac. do Tribunal Central Administrativo Sul, de 7 de março de 2013, Proc. n.º 08946/12, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/-/71F0F8F33319CAD080257B2E0058C395>

recebe uma ordem cujo cumprimento significará a prática de um crime [nacional ou] internacional. Num tal caso, confronta-se aquele com um conflito de deveres: o dever de obediência militar *versus* o dever de assegurar a supremacia do direito, não cometendo infrações de natureza criminal.”<sup>14</sup>. É nestes termos que surge o problema que nos propomos desenvolver no capítulo seguinte.

#### b. Dever de autoridade

De acordo com o Professor Freitas do Amaral, “[a]s ordens traduzem-se em comandos individuais e concretos: através delas o superior impõe aos subalternos a adoção de uma determinada conduta específica (...). As “instruções” traduzem-se em comandos gerais e abstratos: através delas o superior impõe aos subalternos a adoção, para futuro, de certas condutas sempre que se verifiquem as situações previstas”<sup>15</sup>.

Como decorre do artigo 10.º, da Lei de Bases Gerais do Estatuto da Condição Militar, “[a]os militares é atribuído um posto hierárquico, indicativo da sua categoria, e uma antiguidade nesse posto. O exercício dos poderes de autoridade, o dever de subordinação e a responsabilidade de cada militar decorrem das posições que ocupam na escala hierárquica e dos cargos que desempenham. (...) Quando, por razões de serviço, os militares desempenhem funções de posto superior ao seu, consideram-se investidos dos poderes de autoridade correspondentes a esse posto.”. Ao subordinante cabe exercer, sem abuso, o poder de autoridade no âmbito das funções que lhe são atribuídas e a correspondente competência disciplinar<sup>16</sup>, sempre que tal se mostre necessário.

A autoridade não é apenas um poder, mas também um dos deveres especiais dos militares tipificado na alínea j), do n.º 2, do artigo 8.º, do Regulamento de Disciplina da Guarda Nacional Republicana e na alínea b), do n.º 2, do artigo 11.º, do Regulamento de Disciplina Militar. O dever de autoridade está discriminado no artigo 17.º-A, do Regulamento de Disciplina da Guarda Nacional Republicana e no artigo 13.º, do Regulamento de Disciplina Militar como o dever de “promover a disciplina, a coesão, a

---

<sup>14</sup> FERREIRA de ALMEIDA, F. A. de M. L. (2012). “Codificação e desenvolvimento progressivo do direito internacional penal”. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. 88, n.º 2, p. 622.

<sup>15</sup> FREITAS DO AMARAL, D. (2015). *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 4ª ed., Coimbra: Almedina, pp. 816 e 817.

<sup>16</sup> Nos termos dos artigos 13.º, n.º 1, do Estatuto dos Militares das Forças Armadas e 9.º, n.º 1, da Lei de Bases Gerais do Estatuto da Condição Militar.

segurança, o valor e a eficácia das Forças Armadas, mantendo uma conduta esclarecida e respeitadora da dignidade humana e das regras de direito.”. O subordinante deve ser prudente e justo, mas firme na exigência do cumprimento das normas e das ordens. Contudo, no âmbito do dever de autoridade, cabe também ao superior hierárquico recompensar os seus subordinados sempre que mereçam<sup>17</sup>.

O dever de autoridade anda em par e passo com o dever especial de lealdade, previsto na alínea b), n.º 2, do artigo 8.º e no artigo 10.º, ambos do Regulamento de Disciplina da Guarda Nacional Republicana e na alínea e), do n.º 2, do artigo 11.º e no artigo 16.º, ambos do Regulamento de Disciplina Militar. De acordo com o Regulamento de Disciplina Militar, “[o] dever de lealdade consiste em guardar e fazer guardar a Constituição e demais leis e no desempenho de funções em subordinação aos objetivos de serviço na perspetiva da prossecução das missões das Forças Armadas.”. O superior deve ser leal e ter por base a Constituição e a lei sempre que emana uma ordem no exercício do poder de autoridade, para cumprimento do dever de lealdade a que está sujeito. Também a Constituição da República Portuguesa legisla, no seu artigo 266.º, n.º 2, primeira parte, a subordinação dos órgãos e agentes administrativos à Constituição e à lei.

Uma vez que o militar está subordinado à Constituição e à lei, estas constituem um limite ao exercício do poder de autoridade, nos termos do n.º 3, do artigo 19.º, do Estatuto dos Militares das Forças Armadas. A autoridade deve ser exercida de forma responsável<sup>18</sup> pois, nos termos do n.º 2, do artigo 13.º, do Estatuto dos Militares das Forças Armadas e do n.º 2, do artigo 9.º, da Lei de Bases Gerais do Estatuto da Condição Militar, o exercício dos poderes de autoridade implicam a responsabilização do superior pelos atos praticados por si ou ao abrigo das suas ordens. Nos termos do artigo 48.º do Código de Justiça Militar um subordinante é criminalmente responsável quando os atos do seu subordinado violam a Constituição e as normas que constam da mesma, as convenções e acordos internacionais e as leis e os costumes de guerra. Cabe ao superior hierárquico, no âmbito do dever de autoridade, ter conhecimento de que o seu subordinado comete ou prepara-se para cometer um crime – tipificado no Código de Justiça Militar, no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional ou noutro diploma

---

<sup>17</sup> Nos termos das alíneas a) e c), do artigo 13.º, do Regulamento de Disciplina Militar.

<sup>18</sup> De acordo com o artigo 4.º, da Lei de Bases Gerais do Estatuto da Condição Militar.

de Direito Internacional Penal aplicável – e constitui um ilícito típico a omissão de adoção das medidas necessárias à prevenção ou repressão do ato ou a falta de reporte do ato a quem de direito, para efeitos de inquérito e procedimento Criminal<sup>19</sup>.

Ao dever/poder de autoridade do subordinante corresponde o dever de obediência do subordinado. O superior hierárquico goza de diversos recursos para repreender e para instigar o subordinado ao cumprimento de uma ordem, na medida em que o Regulamento de Disciplina Militar concede poderes ao subordinante para “empregar quaisquer meios extraordinários indispensáveis para compelir os inferiores hierárquicos à obediência devida” e ainda para ser “sensato e enérgico na atuação contra qualquer desobediência, falta de respeito ou outras faltas de execução usando para esses fins todos os meios que as normas de direito lhe facultem”<sup>20</sup>.

A pergunta que se coloca é: *qual a atitude que o subordinado deve tomar quando o cumprimento da instrução se traduz num crime, atendendo a que de um lado vigora o dever de obedecer ao superior e do outro o dever de lealdade para com a Constituição e a lei?* É esta temática que nos propomos estudar nos próximos capítulos.

#### **1.4 Código de Justiça Militar**

Até ao ano de 2003 vigorava o Código de Justiça Militar de 1977, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 141/77, de 9 de Abril. O Código sofreu diversas alterações ao longo dos anos e, em 2003, foi revogado pelo novo Código de Justiça Militar, aprovado pela Lei n.º 100/2003, de 15 de novembro e posteriormente retificado pela Declaração de Retificação n.º 2/2004, de 14 de setembro.

Nos termos do n.º 1, o Código de Justiça Militar aplica-se aos crimes estritamente militares. “O crime estritamente militar é caracterizado pela exclusividade do bem militar em causa, o qual se reconhece atendendo às funções atribuídas às Forças Armadas pela Constituição”<sup>21</sup>, no seu Título X dedicado à Defesa Nacional. Poderia deduzir-se que os crimes são denominados de estritamente militares por serem praticados apenas por militares, contudo, este tipo de crimes engloba crimes específicos e comuns, que podem

---

<sup>19</sup> Também o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, concluso a 17 de julho de 1998, estabelece no seu artigo 28.º a responsabilidade dos chefes militares e de outros superiores hierárquicos.

<sup>20</sup> Nos termos das alíneas a) e b), do n.º 2, do artigo 13.º, do Regulamento de Disciplina Militar.

<sup>21</sup> FÉLIX, A. M. (2016). *O Sistema de Justiça Militar Penal*. Tese de mestrado em Direito Criminal, Porto: Escola de Direito - Universidade Católica do Porto, p. 25.

ter por agente militares, determinado tipo de pessoas civis ou qualquer pessoa, desde que verificados os elementos objetivos e subjetivos do tipo.

Nos termos do n.º 2, do Código de Justiça Militar, o Código Penal é-lhe subsidiariamente aplicável “em tudo o que não for contrariado pela presente lei”, ou seja, ao Código de Justiça Militar é aplicável apenas a Parte Geral do Código Penal. Os tipos de crimes estritamente militares estão previstos na Parte Especial do Código, designadamente do artigo 25.º ao artigo 106.º.

A moldura penal aplicável estabelecida nos crimes estritamente militares altera consoante a conjuntura temporal em que o facto é praticado – tempo de guerra ou tempo de paz –, podendo variar entre um mês e vinte cinco anos de prisão.

## Capítulo 2 - O Dever de Obediência

Como abordado nas alíneas a) e b) do capítulo 1.3, o militar, no exercício das suas funções, pode deparar-se com situações de dúvida e de difícil decisão de atuação. Se o militar estiver sujeito à prática de uma ordem e esta ordem se traduzir na prática de um crime, terá de decidir entre o dever de obediência à instrução e o dever de lealdade à Constituição e à lei.

O artigo 36.º do Código Penal estabelece, no seu n.º 1, que “[n]ão é ilícito o facto de quem, em caso de conflito no cumprimento de deveres jurídicos ou de ordens legítimas da autoridade, satisfizer dever ou ordem de valor igual ou superior ao do dever ou ordem a sacrificar.”. Nestes termos, é excluída a ilicitude do facto praticado quando prevalecer o dever de igual valor ou de maior importância para o ordenamento jurídico. Contudo, o n.º 2 do mesmo artigo tipifica a situação em análise, estabelecendo a prática do crime como limite ao dever de obediência. A questão do dever de obediência e respetiva cessação cria dúvidas quando tratada no âmbito militar, porque é um meio que pressupõe a execução de ordens em situações limite de risco, onde é imprescindível a total confiança no subordinante para o cumprimento eficaz da missão. *Estaremos então perante um dever de obediência especial?*

De acordo com Orlando Geraldes, se o facto se traduzir num ilícito criminal, o dever de obediência cessa e não chega a dar-se um conflito de deveres, na medida em que “o dever de abstenção de factos criminosos sobrepõe-se, naturalmente, ao dever de obediência, dada pois a prioridade emergente da proteção atribuída a valores fundamentais da vida em sociedade.”<sup>22</sup>. Apesar de tendermos a concordar, há que considerar que em tempo de guerra a situação não é tão estanque, uma vez que os valores sociais são postos de parte devido às derrogações e exceções criadas pelas leis da guerra<sup>23</sup> aos direitos humanos. O capítulo II do Código de Justiça Militar, na secção I, tipifica os crimes de guerra e tutela bens jurídicos essenciais – como a vida e a integridade física – de civis, feridos, doentes, náufragos e prisioneiros. Contudo, não é criminalizada a ofensa a estes bens jurídicos de militares pertencentes às forças inimigas. Como menciona

---

<sup>22</sup> GERALDES, O. (2009). “Conflito de deveres”, separata da Revista *O Direito*, Ano 141º, Coimbra: Almedina, p. 422.

<sup>23</sup> por leis de guerra entenda-se todas as normas nacionais e internacionais aplicáveis ao nosso ordenamento jurídico que regulam e estabelecem os comportamentos proibidos e obrigatórios a adotar em tempo excepcional de guerra, designadamente o Código de Justiça Militar, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, as quatro Convenções de Genebra de 1948 e os dois Protocolos Adicionais, entre outros.

Francisco Leandro, “[p]or um lado, a essência do conceito de obediência associado à disciplina militar requer a execução de uma ordem emanada de um agente titular de uma legitimidade fundamentada na lei. Todavia, essa mesma execução pode conflitar com a imperativa necessidade de observar a própria supremacia da lei, na conformidade do ato obediente com o próprio direito. A questão fundamental é, pois, como preservar, por um lado, a supremacia da lei e, por outro, manter um atributo tão essencial a todos os exércitos, como é a disciplina militar através da obediência”<sup>24</sup>. É esta a problemática que nos propomos analisar.

A questão exposta é já antiga e tem recebido diversos contributos da doutrina para uma possível solução. O que se discute essencialmente é a responsabilização criminal do militar, ou a exclusão da mesma, pela prática de um tipo ilícito de crime ao abrigo de uma ordem de um superior.

## **2.1 A insubordinação militar por desobediência**

O Código de Justiça Militar prevê, no artigo 87.º, o crime de insubordinação por desobediência, segundo o qual “[o] militar que, sem motivo justificado, recusar ou deixar de cumprir qualquer ordem que, no uso de atribuições legítimas, lhe tenha sido dada por algum superior é punido (...)”. A expressão “sem motivo justificado” do preceito, trouxe à colação a dúvida de quais as situações que constituem justificação para a desobediência.

Apesar de o Código de Justiça Militar não indicar qual o dever que prevalece no conflito entre o dever de obediência e o dever de lealdade, o artigo 2.º do Código de Justiça Militar estabelece a aplicação da lei penal comum aos crimes estritamente militares. Nos termos do artigo 36.º do Código Penal, bem como do artigo 271.º, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa (que constitui limite à lei penal) o dever de obediência cessa quando a prática do facto se traduz na prática de um crime.

É-nos de concluir que, o militar pratica o crime de insubordinação por desobediência sempre que recusa o cumprimento da ordem, exceto quando esta recusa é motivada pela abstenção da prática de um ilícito típico.

O preceito do n.º 1, do artigo 87.º, do Código de Justiça Militar obriga o subordinado à obediência de “qualquer ordem que, no uso de atribuições legítimas, lhe

---

<sup>24</sup> LEANDRO, F. J. (2012). *Responsabilidade Criminal dos Chefes Militares: um crime de segunda oportunidade*. Lisboa: Universidade Católica Editora p. 223.

tenha sido dada”. São as circunstâncias de obediência devida impostas aos subordinados que nos propomos analisar de seguida.

## 2.2 Obediência hierárquica devida

É possível perceber no nosso ordenamento jurídico o regime da obediência hierárquica devida com base nas normas que regulam o dever de obediência já elencadas supra, designadamente o artigo 271.º da Constituição da República Portuguesa, o artigo 36.º do Código Penal, o artigo 68.º e 87.º do Código de Justiça Militar, o artigo 4.º, n.º 2 da Lei de Bases Gerais do Estatuto da Condição Militar e o artigo 12.º, n.º 1 do Regulamento de Disciplina Militar.

Para que a obediência ao subordinante seja devida pelo subordinado, “é necessário que a ordem seja não só formal, mas também materialmente legítima. Se a ordem for formal ou materialmente ilegítima e conduzir à prática de facto típico, esse facto não será justificado.”<sup>25</sup>. Nas palavras de Luís Pimentel, “nem sempre o militar está obrigado a cumprir ordens. Não lhes deve obediência se não vierem de legítimo superior hierárquico; se não tiverem a forma legal; ou se não versarem matéria de serviço (EMFAR art. 12.º), [bem como] quando a ordem provenha de ato administrativo nulo (art. 133.º e 134.º n.º 1 CPA); ou quando conduza à prática de um crime (CRP art. 271.º, n.º 3 e EMFAR art. 12.º) e o militar tenha condições, nas circunstâncias concretas, para se aperceber de qualquer desses factos.”<sup>26</sup>.

De acordo com Nuno Brandão, a ordem é formalmente legítima quando o superior é competente e tem atribuições para determinar a prática de determinado facto e o subordinado é competente para a execução do mesmo; quando há, entre o superior e o subordinado uma relação de subordinação jurídica reconhecida que habilite o primeiro a dirigir comandos que o segundo possa considerar de cumprimento obrigatório; e quando estão observadas as formalidades legais essenciais<sup>27</sup>, respeitando as formas e os

---

<sup>25</sup> SILVA, G. M. da (2015). *Direito Penal Português: Teoria do crime*, 2ª ed, Lisboa: Universidade Católica Editora, p. 211.

<sup>26</sup> PIMENTEL, L. (2008). *A Restrição de Direitos aos Militares das Forças Armadas*, Lisboa: AAFDL p. 139.

<sup>27</sup> De acordo com o Autor, quando a formalidade tem como escopo a proteção da esfera jurídica do subordinado, serve de fundamento ao dever de obediência e consequentemente justifica a prática do facto, BRANDÃO, N. (2006). *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora p. 37.

procedimentos determinados.<sup>28</sup> Nuno Brandão e Germano Marques da Silva<sup>29</sup> defendem que a ordem deve ser legítima para que possa servir de fundamento a uma causa de justificação quando executada. O dever de obediência justifica-se quando a ordem se encontra de acordo com a vontade da lei legítima.

Para que a ordem seja materialmente legítima, “deve aquele facto [típico do superior] estar necessariamente coberto por uma autorização legal, de carácter justificante”<sup>30</sup>. A atuação é materialmente lícita “se forem observados de modo efetivo e integral os pressupostos materiais da autorização legal respetiva e ainda os pressupostos gerais de intervenção estadual”<sup>31</sup>. Assim, “os pressupostos substanciais respeitam à legalidade intrínseca da ordem”<sup>32</sup>. No que toca à legitimidade material da norma, Luís Pimentel diz-nos que “a Constituição legitima o cumprimento [pelo militar] de certas ordens ilegais, sendo aquelas que, sem conduzirem à prática de um crime, nem se fundarem em ato nulo, provêm de legítimo superior hierárquico, têm forma legal e versam matéria de serviço, ainda que violem uma norma ou princípio legal.”<sup>33</sup>.

A exclusão da ilicitude do facto praticado pelo subordinado por obediência devida assenta na execução de um ato típico pelo subordinado e na legitimidade da ordem emanada pelo superior. A ordem imaterial do superior condiciona e pré-determina o ato material do subordinado. O ato executado pelo subordinado constitui a corporização da decisão do superior e deve manter-se dentro dos estritos limites por ela definidos. É a decisão tomada pelo superior que consubstancia a legitimidade material da ordem. A obediência devida só opera como causa de justificação quando a ordem se refira a um facto típico e o subordinante atua em conformidade, praticando o referido facto, já se a

---

<sup>28</sup> BRANDÃO, N. (2006). *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora pp. 33 a 37. No mesmo sentido Germano Marques da Silva em SILVA, G. M. da (2015). *Direito Penal Português: Teoria do crime*, 2ª ed, Lisboa: Universidade Católica Editora, p. 209.

<sup>29</sup> BRANDÃO, N. (2006). *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora p. 38 e SILVA, G. M. da (2015). *Direito Penal Português: Teoria do crime*, 2ª ed, Lisboa: Universidade Católica Editora, p. 209.

<sup>30</sup> BRANDÃO, N. (2006). *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora pp. 45 e 46.

<sup>31</sup> BRANDÃO, N. (2006). *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora p. 119.

<sup>32</sup> SILVA, G. M. da (2015). *Direito Penal Português: Teoria do crime*, 2ª ed, Lisboa: Universidade Católica Editora, p. 209.

<sup>33</sup> PIMENTEL, L. (2008). *A Restrição de Direitos aos Militares das Forças Armadas*, Lisboa: AAFDL p. 139.

ordem constituir um facto atípico, não é aplicável a obediência devida.<sup>34</sup> Se a obediência não é devida, então não constitui causa de justificação do facto praticado pelo subordinado e este é tido como ilícito.

Uma das questões que paira na doutrina é se a legitimidade da ordem pode e/ou deve ser examinada e sindicada pelo subordinado. O artigo 271.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa exclui a responsabilidade do funcionário que cumpre ordens ilícitas “se previamente delas tiver reclamado ou tiver exigido a sua transmissão ou confirmação por escrito.”. A Constituição estabelece como requisito para a desresponsabilização do funcionário uma tomada de posição por parte deste, através de reclamação ou pedido de confirmação escrita. É notória a exigência de um exame, por parte do subordinado, anterior ao cumprimento da ordem.

Taipa de Carvalho defende que vigora o princípio da “presunção da conformidade ao direito” da ordem formalmente legítima, uma vez que ao superior hierárquico é exigível um conhecimento da lei e uma atuação em conformidade com a mesma. O autor entende que no caso de ordem insindicável, sendo o subordinado obrigado a executar a mesma, o seu facto não é ilícito porque é justificado pela obediência devida. Caso o subordinado execute a ordem que se traduz num ato ilícito, é apenas responsabilizado o superior hierárquico, que usa o subordinado como um mero instrumento<sup>35</sup>.

Segundo Mitchell Franklin, o autor Heinrich Dietz defendia que o *Militärstrafgesetzbuch* não reconhecia a obediência cega de um soldado, que a educação dos soldados alemães requeria uma obediência baseada na perceção e que havia um poder de desobedecer ao comando de um superior. Mitchell Franklin cita também Rittau que referia que o subordinado não deve obediência ao comando do superior se o mesmo afetar “a sua honra, respeito, posição militar, solidez, a vida, vida económica...”. Mitchell Franklin refere ainda que também os Ingleses rejeitavam o cumprimento absoluto e cego de uma ordem superior<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> BRANDÃO, N. (2006). *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora pp. 42 e 43.

<sup>35</sup> CARVALHO, T. de (2004). *Direito Penal/Parte Geral, vol. II - Teoria Geral do Crime*. Porto: Universidade Católica Editora pp. 264 a 269.

<sup>36</sup> FRANKLIN, M. (1945). “Sources of International Law Relating to Sanctions against War Criminals” in *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 36, n.º 3. Evanston: Northwestern University Pritzker School of Law. p. 163. Acedido a 16 de setembro 2020 em <https://www.jstor.org/stable/1138514>.

Somos da opinião de que, atendendo a que a legitimidade da ordem condiciona a licitude do ato do subordinado, a este deve ser dada a possibilidade de sindicá-la a mesma, pois se a ordem for ilegítima, a sua execução não é justificada pela obediência devida<sup>37</sup>. No mesmo sentido pugna Paulo Pinto de Albuquerque, segundo o qual “o subordinado tem sempre o poder-dever de sindicá-la a legitimidade da ordem do superior hierárquico”<sup>38</sup>.

Caso a ordem seja formalmente legítima, mas materialmente ilegítima, no entendimento do Professor Germano Marques da Silva, pelo já exposto, ainda que insindicável, o cumprimento da ordem constitui um ato ilícito, sem prejuízo da possível aplicação do instituto da obediência indevida desculpante, previsto no artigo 37.º, do Código Penal<sup>39</sup>.

Em suma, e atendendo a que no âmbito do Direito Penal a ordem é materialmente ilegítima e traduz-se na prática de um crime (sendo a ilegalidade manifesta), entendemos que a obediência é devida e o ato é justificado apenas quando a ordem é material e formalmente legítima. No âmbito do dever de obediência, as normas que regem o direito militar são as mesmas aplicáveis ao direito administrativo e o ordenamento militar não estabelece disposições especiais, pelo que entendemos que o dever de obediência militar se equipara ao dever de obediência geral.

Independentemente do direito/dever de exame do subordinado, sempre que a ordem padece de uma ilegitimidade formal ou material manifesta e se traduz na prática de um crime, não é devida obediência e, conseqüentemente, o facto praticado pelo subordinado não é justificado. Sem prejuízo da possível aplicação do instituto da obediência indevida desculpante, previsto no artigo 37.º, do Código Penal, que analisaremos infra, no capítulo 3.1.C.

---

<sup>37</sup> Neste sentido, Germano Marques da Silva em SILVA, G. M. da (2015). *Direito Penal Português: Teoria do crime*, 2ª ed, Lisboa: Universidade Católica Editora, p. 210 e Nuno Brandão em BRANDÃO, N. (2006). *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 41.

<sup>38</sup> ALBUQUERQUE, P. P. de (2015). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, artigo 37.º, anotação 2.

<sup>39</sup> SILVA, G. M. da (2015). *Direito Penal Português: Teoria do crime*, 2ª ed, Lisboa: Universidade Católica Editora, p. 211.

## Capítulo 3 – Responsabilidade Penal

### 3.1. Causas de Justificação

A Constituição da República Portuguesa, no n.º 1, do artigo 271.º, responsabiliza todos os funcionários do setor público e agentes que estão hierarquicamente subordinados ao Estado – seja na administração direta ou indireta do Estado – civil, criminal e disciplinarmente pelos atos praticados “no exercício das suas funções e por causa desse exercício” e que se traduzam na lesão dos bens, direitos ou interesses dos cidadãos legalmente protegidos<sup>40</sup>. Pelo princípio da respeitosa representação, no n.º 2 do mesmo artigo, a Constituição permite a prática de atos ilícitos ao abrigo do dever de obediência, desresponsabilizando os funcionários que, apesar de terem atuado de forma ilícita, reclamaram previamente a ordem ou exigiram a sua transmissão por escrito. Nos termos do n.º 3, a exclusão da ilicitude é afastada sempre que o ato praticado se traduza num crime, uma vez que a lei criminal se encontra acima das ordens emitidas ao abrigo do poder de autoridade e que o funcionário deve ter discernimento para perceber que a sua atuação se traduzirá num crime. Nestes termos, o agente atua voluntariamente, com culpa.

O Código de Justiça Militar regula uma causa de exclusão da ilicitude, no seu artigo 13.º, segundo o qual a responsabilidade e a culpa do agente são excluídas quando o crime praticado pelo militar tem por finalidade proteger um perigo de mal maior. O militar procede a um juízo valorativo para perceber a legalidade do ato. Nas palavras de Ana Félix, “[e]xistem deveres militares que não exigem que o militar suporte o perigo de um mal igual ou maior que lhe está intrínseco e a estes aplica-se o regime geral de exclusão da ilicitude e da culpa. Aos restantes, ou seja, os que exigem que o militar suporte o perigo igual ou maior, é aplicado o regime do Código de Justiça Militar”<sup>41</sup>.

A alínea l), do artigo 22.º, do Código de Justiça Militar acolhe a possibilidade da exclusão da ilicitude quando o ato é praticado devido ao “cumprimento de ordem do superior hierárquico do agente”, uma vez que apenas equaciona este fator para a

---

<sup>40</sup> Esta responsabilização decorre da violação de um dos princípios fundamentais ao qual a Administração Pública está adstrita, tipificado no artigo 266.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa e que se traduz na prossecução do interesse público, através do respeito pelos direitos e interesses dos cidadãos.

<sup>41</sup> FÉLIX, A. M. (2016). *O Sistema de Justiça Militar Penal*. Tese de mestrado em Direito Criminal, Porto: Escola de Direito - Universidade Católica do Porto, pp. 39 e 40.

determinação da medida da pena “quando não baste para excluir a responsabilidade ou a culpa”.

O artigo 31.º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional enumera diversas causas de exclusão da responsabilidade criminal aos agentes que são inimputáveis, que agem em legítima defesa ou que atuam sob coação.

O Código Penal regula, nos artigos 31.º e seguintes, alguns institutos de exclusão da ilicitude dos factos, designadamente a legítima defesa, prevista no artigo 32.º, o direito de necessidade, tipificado no artigo 34.º, o conflito de deveres, regulado no artigo 36.º, a obediência indevida desculpante, nos termos do artigo 37.º e o consentimento, no seu artigo 38.º.

De acordo com o artigo 2.º, do Código de Justiça Militar, aplica-se subsidiariamente aos crimes estritamente militares apenas a Parte Geral do Código Penal, uma vez que os ilícitos típicos estão previstos na Parte Especial do Código de Justiça Militar. Atendendo a que os militares, embora membros da Administração Pública, se encontram sob uma estrutura disciplinar rígida, toldados por princípios de confiança e respeito pelos superiores, em cenários atípicos (nos quais o homicídio pode não ser considerado crime quando cometido contra forças militares inimigas) entendemos que deve ser estudada a aplicação dos institutos de exclusão da ilicitude aos atos por estes praticados.

#### **A. Conflito de deveres**

Entendemos que na base do tema em estudo, está em causa um conflito entre o dever de lealdade e o dever de obediência.

De acordo com a Constituição, entre o dever de obediência e o dever de não cometer factos penalmente puníveis, prevalece o segundo. Contudo, há que analisar a possibilidade da exclusão da ilicitude do facto praticado pelo subordinado.

De acordo com Paulo Pinto de Albuquerque, “[a] ordem ilegítima do superior hierárquico que conduz à prática de um crime não é obrigatória para o subordinado, (artigo 271.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa), nem constitui causa de justificação do facto do subordinado. Pode, contudo, constituir uma causa de exclusão da culpa do subordinado”. “(...) [S]e o agente dá preferência ao dever de ação menos importante em detrimento do dever de ação mais importante, por se encontrar numa

situação de conflito existencial e resolver o conflito influenciado por perturbação medo ou susto não censuráveis, fica excluída a culpa.”<sup>42</sup>.

De acordo com o Professor Germano Marques da Silva, o conflito de deveres como causa de justificação, previsto no artigo 36.º do Código Penal, trata-se de uma forma de “justificar um facto tipicamente ilícito resultante do incumprimento de um dever em razão do cumprimento de outro. É o cumprimento de um dever que vai justificar o facto típico decorrente do incumprimento de outro e é a este incumprimento que se refere a causa de justificação prevista no art. 36.º do Código Penal”<sup>43</sup>. O Professor acrescenta que, sendo impossível cumprir todos os deveres, terá que haver uma hierarquização, prevalecendo o que a lei indicar. Os deveres devem ser hierarquizados atendendo ao bem jurídico tutelado.<sup>44</sup>

No n.º 2, o artigo 36.º do Código Penal esclarece que quando um dos deveres em conflito é o de obedecer e este conduzir à prática de um crime, então deve ser desvalorizado, prevalecendo o dever de obedecer à lei penal. De acordo com Francisco Ferreira de Almeida, “do ponto de vista do direito internacional, (...) aparece secundarizado o dever de preservação da disciplina militar, prevalecendo, por conseguinte, a obrigação de não praticar crimes que lesam valores preciosos da comunidade internacional. Daí que, *prima facie*, não possa senão rejeitar-se a pretensão de quem alega ter estado perante um dilema, pois que, se haveria que punir o subalterno que, cumprindo uma ordem, cometeu um *crime under internationallaw*, não se avistam aí razões ponderosas para condená-lo por insubordinação caso, ao invés, se tenha recusado a praticar o ato.”<sup>45</sup>.

Entendemos que estão em causa dois interesses conflitantes: a necessidade de assegurar o cumprimento da missão das forças militares e a necessidade de garantir os direitos e liberdades dos militares. Para proteção do subordinado destinatário de ordens ilegítimas, deve prevalecer o dever de não praticar ilícitos típicos, contudo, para que se

---

<sup>42</sup> ALBUQUERQUE, P. P. de (2015). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, pp. 259 e 260

<sup>43</sup> SILVA, G. M. da (2015). *Direito Penal Português: Teoria do crime*, 2ª ed, Lisboa: Universidade Católica Editora, p. 212.

<sup>44</sup> SILVA, G. M. da (2015). *Direito Penal Português: Teoria do crime*, 2ª ed, Lisboa: Universidade Católica Editora, pp. 212 a 215.

<sup>45</sup> FERREIRA de ALMEIDA, F. A. de M. L. (2012). “Codificação e desenvolvimento progressivo do direito internacional penal”, separata da Revista *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, VOL. LXXXVIII, Tomo II, p. 624.

possa assegurar a utilidade e a eficiência das nossas forças militares, percebe-se que os Homens, em determinadas circunstâncias, privilegiem o dever de obediência e nesses casos deve ser excluída a sua culpa, nos termos abaixo expostos.

## **B. Erro**

O instituto do erro encontra-se previsto nos artigos 16.º e 17.º do Código Penal.

O artigo 16.º do Código Penal regula o instituto do erro sobre as circunstâncias do facto e reporta aos casos em que o conhecimento da proibição legal é indispensável para que o agente tome consciência da ilicitude do facto, ou seja, estamos perante factos que não contêm um desvalor ético intrínseco e que constituem apenas crimes de *mala prohibita*. Não há uma censura ética, logo, o erro sobre a proibição exclui o dolo. O artigo 16.º engloba o erro sobre a proibição legal, sobre a factualidade típica e sobre os pressupostos de facto de uma causa de exclusão da culpa. O erro sobre os pressupostos da causa de exclusão da culpa, previsto no n.º 2, reporta-se aos casos em que o agente atua erroneamente convencido de que está a agir ao abrigo de uma causa de justificação, do qual não decorre um desvalor da ação. Fica aberta a possibilidade de o agente ser punido por culpa negligente, nos termos do n.º 3.

O artigo 17.º do Código Penal é um artigo geral que prevê os casos de erro sobre a ilicitude e abrange as situações em que a conduta do agente carrega um próprio e específico conteúdo de desvalor ético prévio à previsão normatividade da conduta como ilícita-crime, traduz-se num crime *mala in se*. O artigo 17.º abrange o erro sobre ilicitude da ação, sobre a existência de um dever de garante na omissão, sobre a existência ou limites de uma causa de justificação, sobre o significado dos elementos normativos do tipo e sobre a validade da norma.

Segundo o regime estabelecido no Código Penal “(...) o agente só pode merecer um juízo de censura ética se tiver atuado com consciência da ilicitude do facto. Porém, se tiver agido sem consciência da ilicitude e se o erro lhe for censurável, o agente «será punido com a pena aplicável ao crime doloso respetivo, que pode ser especialmente atenuada» (artigo 17.º, n.º 2).”<sup>46</sup>. “A deficiência da consciência ética do agente não lhe permite apreender os valores jurídico-penais e orientar-se para a observância do direito. (...) Se essa deficiência não derivar de qualquer atitude interna desvaliosa, a falta de

---

<sup>46</sup> Introdução constante do Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro.

consciência da ilicitude não é censurável e exclui a culpa. O erro sobre a ilicitude não é censurável é, pois, uma causa de exclusão da culpa.”<sup>47</sup>.

O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional estabelece, no artigo 32.º, o instituto do erro, distinguindo o erro de facto do erro de direito. Segundo o n.º 1, “[o] erro de facto só excluirá a responsabilidade criminal [do agente] se eliminar o dolo requerido pelo crime.” e de acordo com o n.º 2, “[o] erro de direito sobre se determinado tipo de conduta constitui crime da competência do Tribunal, não será considerado fundamento de exclusão de responsabilidade criminal. No entanto, o erro de direito poderá ser considerado fundamento de exclusão de responsabilidade criminal se eliminar o dolo requerido pelo crime ou se decorrer do artigo 33.º do presente Estatuto.”.

Entendemos que o regime do erro previsto nos artigos 16.º e 17.º do Código Penal é de carácter geral, aplicando-se à maioria das situações. Contudo o regime de erro patente no artigo 37.º do Código Penal afigurar-se mais adequado à temática em análise.

### **C. Obediência indevida desculpante**

Como já exposto, a obediência a uma ordem ilegítima que se traduz na prática de um crime será sempre ilícita, contudo, poderá ser ponderada a exclusão da culpa do subordinado que age em erro. O Código Penal regula a obediência indevida desculpante como uma causa de exclusão da culpa, no seu artigo 37.º, segundo o qual “age sem culpa o funcionário que cumpre uma ordem sem conhecer que ela conduz à prática de um crime, não sendo isso evidente no quadro das circunstâncias por ele representadas.”.

De acordo com Manuel João Baptista, “o legislador desenhou o artigo 37.º tal como ele se encontra, fê-lo porque sabia que tinha consagrado antes (...), em termos de interpretação e sistematização da lei, a atuação ao abrigo do artigo 17.º. E assim quis estabelecer um regime diferenciado, para aplicar a situações diferenciadas. (...) [É] a diferenciação estabelecida para um regime geral (do tal quem, previsto no art.º 17.º do CP) e o previsto para um outro regime que se entende por específico (ou especial),

---

<sup>47</sup> ALBUQUERQUE, P. P. de (2015). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, p. 168.

atendendo à outra realidade que pretende salvaguardar (do tal funcionário, previsto no art.º 37.º do CP).”<sup>48</sup>.

Paulo Pinto de Albuquerque entende que o erro previsto no artigo 37.º, do Código Penal “não obsta ao funcionamento do regime do erro nos termos gerais do artigo 16.º quando o funcionário cumpra uma ordem com desconhecimento dos pressupostos de facto do tipo de crime (artigo 16.º, n.º1, 1ª parte) ou em erro sobre o pressuposto da legitimidade material da ordem (16.º, n.º 2). Estas são questões que se colocam num momento prévio ao da obediência devida desculpante, pois devem ser decididas logo no plano da ilicitude (subjéctiva) do facto.”<sup>49</sup>.

O artigo 37.º foi criado pelo legislador para as situações em que o subordinado obedece a uma ordem de um superior e age em erro sobre a ilicitude não censurável. A justificação do artigo 37.º do Código Penal traduz-se no “alargamento do âmbito do espaço de desculpa e na concomitante redução do espaço de censurabilidade da acção do subordinado (...) [, devido ao facto de] o erro sobre a ilicitude da ordem só ser censurável quando ele for evidente no quadro das circunstâncias em que agiu o subordinado”<sup>50</sup>. De acordo com Manuel Lopes Maia Gonçalves, esta evidência deve ser aferida tanto pelo subordinado, perante o quadro de circunstâncias por si representado (como decorre da letra do preceito) como pelo homem médio, quando confrontado com o mesmo quadro de circunstâncias<sup>51</sup>. O Professor Germano Marques da Silva e Nuno Brandão, defendem que esta evidência deve ser retirada das circunstâncias que o subordinado representou e não das que deveria ter representado, que, de acordo com Nuno Brandão, é aferida pelo cuidado colocado pelo subalterno no esclarecimento da questão, através do seu exame. Já o Professor Germano Marques da Silva entende que a evidência do erro se afere atendendo ao critério da *manifesta ilegalidade*. O Professor refere que “nas relações de hierarquia é razoável que o funcionário confie no seu superior hierárquico, que as ordens

---

<sup>48</sup> BATISTA, M. J. (2014). *Cumprimento de Ordens, Obediência Hierárquica e Disciplinar Militar Versus Perpetração (In)voluntária de Crimes*. Tese de mestrado em Direito e Segurança, Lisboa: Faculdade de Direito - Universidade Nova de Lisboa, pp. 37 e 38.

<sup>49</sup> ALBUQUERQUE, P. P. de (2015). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, artigo 37.º, anotação 4.

<sup>50</sup> ALBUQUERQUE, P. P. de (2015). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, artigo 37.º, anotação 5.

<sup>51</sup> GONÇALVES, M. L. (2005). *Código Penal Português, Anotado e Comentado – Legislação Complementar*. Coimbra: Almedina, p. 170.

que recebe são legítimas, que não conduzem à prática de crimes e por isso que se lhe desculpe o afrouxamento da sindicância da ordem do superior. Mas se nas circunstâncias concretas do facto for evidente a ilegalidade da ordem para o funcionário então já não há desculpa alguma”<sup>52</sup>.

Consideramos que no meio militar o subordinado atua no seio de uma estrutura organizacional hierarquizada que, atendendo à sua missão primordial de manutenção da paz e segurança do país, mantém uma disciplina rígida para uma resposta urgente e útil em situações de risco ou perigo. Devido à forte hierarquia cultivada, às instruções administradas e ao respeito enraizado, os subordinados presumem legítimas, conformes com a lei e de execução obrigatória as ordens dos seus superiores, convictos de que atuam licitamente. Com base nestes circunstancialismos, sempre que o subordinado atua ilicitamente e a ordem não é manifestamente ilegal, na nossa humilde opinião, não é exigível ao subordinado outra atuação senão a escolha pelo cumprimento do dever de obediência, mesmo que tal se traduza na prática de um ilícito típico. O comportamento do subordinado é justificado na medida em que não lhe é exigido um comportamento diverso do adotado. Há uma convicção pessoal da existência de uma ordem legítima ou de um dever legalmente imposto que justifica o cumprimento do facto ilícito e o agente atua sem o conhecimento da ilegalidade dos seus atos. Consideramos que deve ser excluída a sua culpa por erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação, nos termos do artigo 37.º do Código Penal.

O erro não é censurável ao inferior quando este atua ilicitamente, no cumprimento de uma ordem, com erro sobre a sua licitude, justificado pela obediência indevida desculpante. O superior que proferiu a ordem ilícita é responsabilizado pelo facto ilícito praticado pelo subordinado. Podemos considerar que nestes casos estamos perante uma situação de autoria mediata do superior hierárquico<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> SILVA, G. M. da (2015). *Direito Penal Português: Teoria do crime*, 2ª ed, Lisboa: Universidade Católica Editora, p. 292

<sup>53</sup> No mesmo sentido Paulo Pinto de Albuquerque em ALBUQUERQUE, P. P. de (2015). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, artigo 37.º, anotação 7 e Germano Marques da Silva em SILVA, G. M. da (2015). *Direito Penal Português: Teoria do crime*, 2ª ed, Lisboa: Universidade Católica Editora, p. 292.

### 3.2. Posição internacional

De acordo com o autor espanhol Rodríguez Devesa, o código de justiça militar espanhol de 1945 previa as situações em que a obediência era devida, designadamente, quando era genuína, ou seja, quando a ordem era legítima, sendo o ato do subordinado lícito, ou quando era imprópria. A obediência devida imprópria excluía a culpa do agente e traduzia-se nos casos em que o agente obedecia porque se encontrava toldado pelo erro desculpante sobre os factos ou sobre a obrigação de obedecer, ou porque atuava sob medo ou coação. O autor entende que, quando o subordinado executa a ordem na equivocada crença de que está obrigado a obedecer ou por medo das consequências que para ele podem derivar de modo imediato, deve ser excluída a culpa<sup>54</sup>. Pelo já expostos, concordamos com a exclusão da culpa do subordinado, contudo não consideramos que a obediência seja devida, ainda que “imprópria”.

Segundo Ferreira de Almeida, no âmbito da responsabilidade penal pela prática de um crime ao abrigo do dever de obediência, brotaram no direito internacional duas tendências, a conditional liability approach, que tem sido consagrada nas ordens jurídicas internas e a absolute liability approach que, a partir de determinada altura conheceu acolhimento favorável no plano internacional<sup>55</sup>, inclusivamente foi adotada pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberga. De acordo com Mitchell Franklin, os Franceses estabeleceram uma teoria mais relativista da obediência hierárquica, a “obediência razoável”, oposta à teoria absolutista da “obediência passiva”, que recusa ao subordinado a faculdade de discutir a ordem. A teoria francesa intermédia defende que o inferior militar deve resistir a uma ordem quando a sua ilegalidade for certa e evidente. Esta posição seria a mais aproximada da conditional liability approach, ou teoria da responsabilidade condicionada.

Mitchell Franklin refere que, de um ponto de vista histórico, nos EUA e na Alemanha Nazi pareciam defender a teoria “respondeat superior”, segundo a qual o superior é o único responsável pela prática do facto, isto porque o subordinado era visto como um mero instrumento. Contudo, esta teoria entra em contradição quando o jurista

---

<sup>54</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. (1957). *La obediência debida em el Derecho penal militar*. Madrid: Instituto Francisco de Vitoria, pp. 48 a 50.

<sup>55</sup> FERREIRA de ALMEIDA, F. A. de M. L. (2012). “Codificação e desenvolvimento progressivo do direito internacional penal”. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. 88, n.º 2, pp. 622 e 623

germânico Rittau refere que os prisioneiros de guerra Aliados presentes nos campos de concentração germânicos deveriam ser punidos pelos crimes de guerra cometidos sob o comando de um superior<sup>56</sup>.

Ferreira de Almeida ilustra duas das teorias internacionais no pós Segunda Guerra Mundial, através do relato do julgamento dos grandes criminosos de guerra do Eixo, em 1946. Segundo o autor, Marechal Montgomery fez uso da teoria da responsabilidade do superior e dirigiu-se à armada britânica defendendo que a disciplina é a essência do exército e que o soldado não tem palavra quanto às ordens que lhe são emanadas, sendo seu dever obedecer, sem questionar. Já na contraparte e ao abrigo da teoria da responsabilidade condicionada, Sir Hartley Shawcross profere que a lealdade política e a obediência militar não justificam a perpetração de atos manifestamente ilegais, devendo o subordinado recusar-se a obedecer ao seu superior, pois deve também obediência à sua consciência. Continua dizendo que a obediência a ordens ilícitas não isenta o agente de responsabilidade, desde que ele tenha tido moralmente a faculdade de escolher. Ferreira de Almeida refere ainda que diversos manuais militares estabeleceram o dever de desobedecer quando as ordens se mostrassem manifestamente ilícitas, dando a possibilidade de resistência aos subordinados.

Esta divergência de posições é visível no artigo 33.º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional que estabelece soluções diferenciadas para os crimes de guerra, por um lado, e para o genocídio e crimes contra a humanidade, por outro. Nos crimes de guerra vigora o princípio da responsabilidade condicionada. É excluída a responsabilidade do militar que está obrigado por lei a obedecer à ordem do superior hierárquico e que não tenha tido conhecimento de que o comando é ilegal, desde que a ilegalidade não seja manifesta. No genocídio e crimes contra a humanidade vigora o princípio da responsabilidade absoluta, pois é manifesta a ilegalidade da decisão hierárquica, pelo que o agente nunca poderá ser desculpado pela prática do facto. Estes crimes envolvem o emprego de muitos recursos e de uma estratégia pré-definida, não havendo lugar a um erro de julgamento<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> FRANKLIN, M. (1945). “Sources of International Law Relating to Sanctions against War Criminals” in *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 36, n.º 3. Evanston: Northwestern University Pritzker School of Law. pp. 163 e 164. Acedido a 16 de setembro 2020 em <https://www.jstor.org/stable/1138514>.

<sup>57</sup> No mesmo sentido pugna Francisco Leandro, que dá destaque ao novo critério exarado no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, o critério da “manifesta ilegalidade”. O autor entende que não vigora a teoria da responsabilidade condicionada, mas sim a responsabilização do subordinado (como regra)

Ferreira de Almeida destaca que “(...) as condições muito particulares (de stress, de medo, de fadiga, de cólera, de mimetismo, etc.) em que se desenrolam os conflitos armados, são evidentemente de molde a toldar o discernimento e a afetar, de modo significativo, a capacidade de autodomínio dos executantes de uma decisão hierárquica, de tal forma que sempre haverá casos em que o agente poder considerar como licita a ordem para cometer um crime de guerra, levando-o, v.g., a conta de medida legítima de represália.”<sup>58</sup>.

O artigo 47.º, (1), 1. do *Militärstrafgesetzbuch*, de 1940, estabelecia que quando o cumprimento de uma ordem se traduzia na prática de um crime, o único responsável era o superior que emanava a ordem. Dizia ainda o 2., do (1), do artigo 47.º que o subordinado apenas seria punido se excedesse a ordem que lhe foi dirigida ou se tivesse conhecimento que a ordem se traduziria na prática de um crime militar ou civil, maior ou menor.

Nos termos do artigo 47.º (1), 2. do *Militärstrafgesetzbuch* era responsabilizado o subordinado que sabia que o superior tinha a intenção de cometer um crime. Segundo Mitchell Franklin, apesar do preceito ser dúbio para alguns, este foi mantido porque o conhecimento da ilegalidade pelo subordinado era difícil de provar, uma vez que era determinado em relação às circunstâncias sobre as quais foi emitida a ordem, bem como à intenção do superior ao emanar a mesma. A responsabilização dependia de elementos subjetivos muito difíceis de serem do conhecimento do inferior e por isso não lhe podia ser atribuída culpa, funcionando ainda como uma causa de justificação pela prática do facto. O preceito não poderia ser fundamento de exclusão da culpa dos soldados do partido nazi ou de outras organizações com ideologias ilegais porque, como membros, eram obrigados a conhecer as intenções dos seus superiores<sup>59</sup>.

---

estando, contudo, estabelecidas exceções. É, portanto, um regime especial de responsabilidade. LEANDRO, F. J. (2012). *Responsabilidade Criminal dos Chefes Militares: um crime de segunda oportunidade*. Lisboa: Universidade Católica Editora, p. 232.

<sup>58</sup> FERREIRA de ALMEIDA, F. A. de M. L. (2012). “Codificação e desenvolvimento progressivo do direito internacional penal”. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. 88, n.º 2, pp. 623 a 625.

<sup>59</sup> FRANKLIN, M. (1945). “Sources of International Law Relating to Sanctions against War Criminals” in *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 36, n.º 3. Evanston: Northwestern University Pritzker School of Law. p. 164 a 166. Acedido a 16 de setembro 2020 em <https://www.jstor.org/stable/1138514>.

## CONCLUSÃO

As Forças Armadas são uma organização que tem por base uma disciplina firme e rígida, que se traduz na observância das leis e dos regulamentos militares, bem como na execução pronta e eficiente das ordens legítimas recebidas através da cadeia de comando. O artigo 9.º do Regulamento de Disciplina da Guarda Nacional Republicana e o artigo 12.º do Regulamento de Disciplina Militar preveem o dever especial de obediência dos militares aos seus superiores hierárquicos. O artigo 10.º do Regulamento de Disciplina da Guarda Nacional Republicana e o artigo 16.º do Regulamento de Disciplina Militar estabelecem o dever de lealdade para com a lei e a constituição. Sempre que uma ordem é ilícita, o militar encontra-se em conflito de deveres.

A Constituição da República Portuguesa, no n.º 3, do artigo 271.º esclarece que, sempre que uma ordem se traduz na prática de um crime, cessa o dever de obediência, prevalece o dever de lealdade e o ato do subordinado não é justificado. Assim, ao militar, a obediência só será devida e o ato justificado quando a ordem for formal e materialmente legítima, caso contrário, o subordinado comete um crime. Entendemos que o dever de obediência militar se equipara ao dever de obediência geral, uma vez que são aplicáveis as mesmas disposições e que não há normas especiais que legislem em sentido diverso.

Apesar de entendermos não haver um dever de obediência especial, consideramos que, para um militar, integrado num ambiente em que o respeito e a disciplina são a fórmula para o sucesso da sua missão final – a manutenção da paz e da segurança do país – é difícil a recusa da prática de uma ordem, ainda que ilícita, seja pelo desconhecimento da proibição legal ou pela crença na sua obrigatoriedade. Somos de concluir que deve haver um especial cuidado quanto à justificação do facto praticado, devendo ser excluída a culpa do subordinado quando a sua atuação é motivada por uma ordem ilegal.

Se a obediência não é devida e o subordinado pratica o facto toldado pelo erro, julgamos que a culpa deve ser excluída com fundamento no instituto da obediência indevida desculpante, previsto no artigo 37.º, do Código Penal. O comportamento do subordinado é justificado por erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação, na medida em que não lhe é exigido um comportamento diverso do adotado, há uma convicção da existência de uma ordem legítima ou de um dever legal que fundamenta a obediência e o agente atua sem o conhecimento da ilegalidade dos seus atos. O erro só não será fundamento de exclusão da culpa quando for evidente, ou seja, quando houver

manifesta ilegalidade na prática do facto. Esta evidência deve ser retirada das circunstâncias que o subordinado representou e não das que deveria ter representado.

Entendemos que no meio militar, devido ao respeito e disciplina cultivados, é expectável uma reduzida sindicância pelo subordinado às ordens do seu superior, contudo, se a ilicitude for manifesta, o subordinado deve ser responsabilizado. O superior que proferiu a ordem ilegítima é sempre responsabilizado pelo facto ilícito praticado pelo subordinado ao abrigo da mesma. Podemos considerar que, em caso de exclusão da culpa do subordinado, estamos perante uma situação de autoria mediata do superior hierárquico.

Concluimos que um militar não deve obedecer a uma ordem de um superior quando esta for ilegítima, contudo, sempre que – de acordo com as circunstâncias por si representadas – a obediência for devida, o subordinado é exculpado desde que o seu erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação não seja manifesto.

## BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, P. P. de (2015). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora.

BATISTA, M. J. (2014). *Cumprimento de Ordens, Obediência Hierárquica e Disciplinar Militar Versus Perpetração (In)voluntária de Crimes*. Tese de mestrado em Direito e Segurança, Lisboa: Faculdade de Direito - Universidade Nova de Lisboa.

BRANDÃO, N. (2006). *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora.

CARVALHO, T. de (2004). *Direito Penal/Parte Geral, vol. II - Teoria Geral do Crime*. Porto: Universidade Católica Editora

FÉLIX, A. M. (2016). *O Sistema de Justiça Militar Penal*. Tese de mestrado em Direito Criminal, Porto: Escola de Direito - Universidade Católica do Porto.

FERREIRA de ALMEIDA, F. A. de M. L. (2012). “Codificação e desenvolvimento progressivo do direito internacional penal”. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. 88, n.º 2.

FRANKLIN, M. (1945). “Sources of International Law Relating to Sanctions against War Criminals” in *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 36, n.º 3. Evanston: Northwestern University Pritzker School of Law. Acedido a 16 de setembro 2020 em <https://www.jstor.org/stable/1138514>

FREITAS DO AMARAL, D. (2015). *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 4ª ed., Coimbra: Almedina

GERALDES, O. (2009) “Conflito de deveres”, separata da Revista *O Direito*, Ano 141o, Coimbra: Almedina.

GONÇALVES, M. L. (2005). *Código Penal Português, Anotado e Comentado – Legislação Complementar*. Coimbra: Almedina,

LEANDRO, F. J. (2012). *Responsabilidade Criminal dos Chefes Militares: um crime de segunda oportunidade*. Lisboa: Universidade Católica Editora.

MARTINS, F. (1944). *As virtudes na tradição histórica de Portugal*. Lisboa: Tipografia Liga dos Combatentes da Grande Guerra.

PIMENTEL, L. (2008). *A Restrição de Direitos aos Militares das Forças Armadas*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

Portal da Defesa Nacional (2020), *Forças Armadas*. Acedido em 24 de junho de 2020, em: <https://www.defesa.gov.pt/pt/defesa/organizacao/forcasarmadas>

Portal do Exército Português (2021), *Missão-Visão-Valores*. Acedido em 20 de fevereiro de 2021, em: <https://www.exercito.pt/pt/quem-somos/missao>

RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. (1957). *La obediência debida en el Derecho penal militar*. Madrid: Instituto Francisco de Vitoria.

SILVA, G. M. da (2015). *Direito Penal Português: Teoria do crime*, 2ª ed, Lisboa: Universidade Católica Editora.

## JURISPRUDÊNCIA

Ac. do Tribunal Constitucional n.º 33/2002, Proc. n.º 1141/98, in Diário da República – II Série, n.º 55, de 6 de março, pp. 4407

Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 27 de janeiro de 2016, Proc. n.º 1/14.1FCOLH.L1.1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/1656E8C9CCC0F6DA80257FF1003AA12E>

Ac. do Tribunal Central Administrativo Sul, de 7 de março de 2013, Proc. n.º 08946/12, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/-/71F0F8F33319CAD080257B2E0058C395>