

ANTINOMIAS INCONCEBÍVEIS ENTRE OS CÓDIGOS PENAIS COMUM E MILITAR (*)

Jorge Alberto Romeiro

Costuma-se dizer e com razão, por incrível que pareça, que os códigos baixados em épocas de ditaduras políticas, através de decretos-leis, levam a vantagem sobre os demais de manter sua inteireza técnica, não quebrada por demagógicas e tumultuárias emendas do Legislativo, conservando a pureza doutrinária dos anteprojetos e projetos, elaborados por juristas de prol.

Acreditamos que, por esse motivo, entre outros, foi aproveitada a oportunidade de, em 1969, estar sendo governado o País por uma Junta Militar, *ex-vi* do Ato Institucional n.º 16, de 14 de outubro do mesmo ano, que declarou vaga a Presidência da República em virtude de enfermidade do Presidente *Costa e Silva*, para a publicação de vários códigos e leis importantes, cujos projetos já se encontravam prontos.

Assim, uma semana após o referido Ato, o Diário Oficial da União, de 21 de outubro de 1969, publicou seis Decretos-Leis de n.ºs 1.000 a 1.005, que, respectivamente, deram a lume a Lei de Registros Públicos, os Códigos Penal Militar e de Processo Penal Militar, a Lei de Organização Judiciária Militar e os Códigos Penal comum e de Propriedade Industrial.

Dessas leis vamos focalizar apenas, o CPM (Decreto-Lei n.º 1.001, de 21-10-69) e o CP comum (Decreto-Lei n.º 1.004, da mesma data).

O CP comum de 1969, como preconizava sua Exposição de Motivos, seria talvez, na época, a melhor de nossas codificações penais, porque fruto de numerosas contribuições oferecidas ao exame do seu anteprojeto de autoria do Ministro *Nelson Hungria*, com estudos e críticas apresentados por Faculdades de Direito, pelos Conselhos da OAB e por diversas instituições, entre as quais se destacava o Instituto Latino-Americano de Criminologia, com um ciclo de conferências e debates realizados em São Paulo.

Suas inovações doutrinárias, acompanhando o desenvolvimento da mais moderna ciência penal, eram tantas e tão avançadas que, por ocasião de sua feitura, o legislador do vigente CPM se entrosou com a sua Comissão Revisora, mirando, segundo declaram, *apertis verbis*, a Exposição de Motivos de ambos os códigos, ao "objetivo de dar o máximo de unidade às leis substantivas penais do Brasil, evitando a adoção de duas doutrinas para o tratamento do mesmo tema, a fim de se estabelecer perfeita aplicação das leis penais em todo o território nacional".

(*) Conferência proferida na Faculdade Brasileira de Ciências Jurídicas, em 21-10-1986.

Ocorreu, porém, o imprevisto, como sói acontecer no Brasil, notadamente no terreno político. A atual Presidência da República é bem expressiva a respeito...

Publicados os dois códigos, o CPM entrou em vigor a 01/01/70, sendo procrastinada, por várias leis, a vigência do CP comum, que aguardava a publicação do CPP comum, que ainda tramitava, em projeto, nas Casas do Legislativo.

Eis senão quando, 9 anos depois, em 1978, pela Mensagem n.º 295, foi retirado do Congresso o projeto do CPP comum, a fim de sofrer uma revisão total, e, pela Lei n.º 6.578, de 11 de outubro, foi revogado o CP comum de 1969, permanecendo em vigor o velho CP de 1940.

O tiro saiu pela culatra. Os dois Códigos Penais comum e Militar vigentes nunca se distanciaram tanto em matéria doutrinária. Restando o Militar, em alguns pontos, bem mais avançado que o comum, o que encerra um desacerto, por tratar de direito penal especial, cujos princípios gerais deveriam acompanhar os do Direito Penal Comum, coincidir com eles.

Por outro lado e como sabeis, a 11 de julho de 1984, a Lei n.º 7.209, alterou a Parte Geral do velho CP comum de 1940, que, na sua Parte Especial, continua em vigor.

Mas, essa Nova Parte Geral do CP comum, além de não afinar doutrinariamente com a do revogado CP de 1969, manteve regras e artigos do CP de 1940, a par de inovações mais arrojadas que as do revogado Código de 1969, continuando assim a brigar, doutrinariamente, os CPs comum e Militar, frustrada a *voluntas legislatoris*, à qual nos referimos de início, de igualá-los doutrinariamente.

Respigar algumas discrepâncias doutrinárias existentes entre os dois códigos, cuja aplicação passou, por isso, a gerar grandes injustiças, e focalizar equívocos, resultantes da cópia inadvertida de dispositivos do revogado código comum de 1969 pelo legislador do vigente CPM, é o objetivo dessa palestra.

Nem se pense que esse objetivo é apenas recreativo, lírico, acadêmico, como possa parecer. Tem relevantes conseqüências práticas como ides ver. E não se deve olvidar que os atuais concursos para a magistratura e o MP da Justiça comum, principalmente nos Estados cuja 2.ª instância aplica o CPM aos integrantes da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros, já vêm incluindo, em seus programas, pontos de direito penal militar.

Somente nos Estados do Rio Grande do Sul, São Paulo e Minas Gerais isso não acontece, porque ali há tribunais militares estaduais de 2.ª instância, os quais, ao que se apregoa por aí, os futuros constituintes pretendem eliminar.

Um dos institutos penais mais característico das divergências que pretendemos apontar é o do estado de necessidade.

Sabeis não ser passível de pena quem age em estado de necessidade. *Necessitas caret legem*. Ou, como diz prolóquio jurídico alemão: *was einem Menschen nicht zugemutet wird, das wird ihm auch nicht geboten* (o que não se pode exigir a um homem, não se lhe pode impor).

A crônica judiciária é pingue de casos de estado de necessidade, os mais horripilantes.

Não faz muito tempo, estareceu-se a opinião pública com o fato divulgado pela imprensa escrita e falada de alguns sobreviventes de um desastre de avião, que caiu nos Andes, se haverem alimentado dos cadáveres dos que haviam falecido, até serem localizados. Muito pior e no mesmo local, aconteceu em 1927. Quatro pessoas que atravessavam a mesma cordilheira, de *San Juan*, na Argentina, para o Chile, perdidas e sem alimentos, degolaram a mais fraca delas e comeram-lhe as carnes e beberam-lhe o sangue, a fim de sobreviverem, até conseguirem socorro.

Se alguém da seleta assistência aprecia excursões por lugares impérvios nunca se faça acompanhar de excursionistas mais robustos, pois correm o risco de, com requintes culinários, serem almoçados ou jantados por eles, cuja digestão não seria perturbada por remorsos da prática de crime.

O estado de necessidade não escapou ao gênio cômico de *Charles Chaplin*, que, no filme *Em Busca do Ouro*, coloca *Carlitos*, sem alimentos, em um casebre na neve, o qual, após comer os sapatos e seus cadarços à maneira italiana de comer macarrão, enrolando-os no garfo, é visto por seu truculento companheiro, em famélicas alucinações, como um enorme frango, a ser morto e saboreado.

Desde quando os jusnaturalistas generalizaram a noção de estado de necessidade e o transplantaram para o direito penal, que se vem discutindo se é causa de exclusão de crime ou apenas de culpa, preponderando a primeira alternativa em nosso direito penal. É a chamada *teoria unitária*.

Modernamente, entretanto, a doutrina e a jurisprudência alemã consagraram nos §§ 34 e 35 do *Strafgesetzbuch* (CP alemão) a chamada *teoria diferenciadora*, que distingue o estado de necessidade justificante, excludente de ilicitude (*Rechtfertigender Notstand*) do estado de necessidade exculpante, só excludente de culpa (*Entschuldigender Notstand*), fazendo o balanço dos bens e interesses em conflito.

Quando os bens e interesses necessariamente sacrificados são inferiores aos protegidos, o estado de necessidade é justificante, quando iguais ou superiores, o estado de necessidade é exculpante.

Quebrando uma tradição do nosso direito penal, mantida pela Nova Parte Geral do CP comum, o revogado CP comum de 1969, enjeitando a *teoria unitária*, que sempre conceituou o estado de necessidade, entre nós, como causa excludente de crime, adotou a *teoria diferenciadora*, a qual se encontrava expressa nos seus artigos 25 e 28, que foram reproduzidos, *ipsis litteris*, pelos artigos 39 e 43 do CPM.

Adotando, portanto, a *teoria diferenciadora*, reza o artigo 39 do CPM, com a rubrica marginal "*estado de necessidade como excludente de culpabilidade*": "Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa".

É a *unzumutbarkeit* do direito alemão, a inexigibilidade de conduta diversa fundamentando a não culpabilidade do agente. O direito alheio sacrificado, de acordo com esse artigo, notadamente se comparado com o que vamos ler a seguir, deve ser igual ou superior ao bem protegido.

Dispõe o artigo 43 do CPM, cópia do artigo 28 do revogado CP comum de 1969, com a rubrica marginal "*estado de necessidade como excludente de crime*":

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

Ficou, assim, o direito penal militar em gritante divergência doutrinária com o direito penal comum, que, adotando a *teoria unitária*, dispõe na Nova Parte Geral: "Não há crime quando o agente pratica o fato em estado de necessidade" (art. 23, I); e, no artigo 24, com a rubrica marginal "*estado de necessidade*", *tout court*:

— "Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se". § 1.º. Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo".

A fórmula do artigo de inexistência de crime é ampla. Abrange todos os casos de sacrifícios de bens e direitos alheios, iguais, inferiores ou até mesmo superiores aos protegidos, embora alguns penalistas entendam que está excluído o sacrifício de bens superiores aos protegidos.

Nestas condições, a aplicação dos dois códigos caracteriza flagrantes injustiças como já deveis ter sentido.

No exemplo clássico de estado de necessidade conhecido como da *tabula unius capax*, no qual um naufrago arrebatado a outro a tábua de salvação, fazendo-o morrer afogado, se é aplicado o CPM, o agente tem apenas excluída sua culpabilidade e só pode proteger direito seu ou de pessoa a que esteja ligado por estreitas relações de parentesco ou amizade. Se, ao invés, é aplicado o CP comum, o agente não pratica qualquer crime, mesmo protegendo o direito de um inimigo.

Há mais. Por aplicação do CPM, o estado de necessidade, quer excludente de crime, quer de culpabilidade, não pode ser invocado pelo agente quando dolosa ou culposamente haja causado a situação de perigo. Assim, p. ex., num incêndio, causado culposamente por um militar (art. 268, § 2.º), não pode ele alegar estado de necessidade para justificar dano inevitável imposto a outrem. Enquanto que, por aplicação do CP comum, isso só ocorre se a situação de perigo resultar de ação dolosa do agente, pois reza o artigo 24 da Nova Parte Geral do CP comum: — “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou *por sua própria vontade*”, isto é, por dolo; — ressalva essa inexistente nos dois artigos do CPM sobre o estado de necessidade.

Pior ainda, por aplicação do CP comum, no mesmo exemplo citado, a vítima, o que tem seu direito sacrificado, não pode reagir em legítima defesa, pois a agressão que sofre é lícita, não constitui crime. Enquanto que por aplicação do CPM pode, uma vez que o estado de necessidade exclui, apenas, a culpa do agente. O fato é criminoso.

Outra divergência doutrinária dos dois códigos focalizados que pode resultar em grave injustiça, com a aplicação de ambos a uma mesma hipótese, é a referente ao erro.

Erro, como sabeis, é o falso conhecimento da realidade, sendo a ignorância, que é a ausência de conhecimento, a ele equiparada, para efeitos penais.

Copiando o revogado CP comum de 1969, nessa parte de acordo com o velho CP comum de 1940, o CPM seguiu a tradição romanística de distinguir entre erro de fato e erro de direito, só o primeiro e não o último permitindo isenção de pena. *Error iuris nocet*.

Mas a Nova Parte Geral do CP comum colocou em radical divergência doutrinária os dois códigos.

A Nova Parte Geral do CP comum, inspirada na teoria finalista da ação, transferiu a incidência do erro, do fato e do direito para o tipo e para a ilicitude do fato. São os erros de tipo e de proibição. Os *Tatbestandsirrtum* e *Verbotsirrtum* da dogmática alemã.

No erro de tipo, incide o erro nos elementos constitutivos do tipo legal, excluindo o dolo e só permitindo a imposição de pena por crime culposos, se previsto este pela lei (art. 20). No erro de proibição, a incidência do erro vai para a ilicitude do fato, excluindo a culpabilidade do agente se inevitável e, quando evitável, apenas minorando a pena (art. 21 e seu parágrafo único). Ambos esses erros que podem isentar de pena, pela exclusão do dolo no erro de tipo e da culpabilidade no erro de proibição, não correspondem, respectivamente, ao erro de fato e de direito do CPM, embora possam algumas vezes coincidir com eles. A diferença não está no *nomen iuris*, mas no local da incidência do erro. Nem importa o erro de proibição em desconhecimento da lei, que é inescusável, *ex-vi* da primeira parte do artigo 21 da Nova Parte Geral do CP comum.

Assim, a aplicação dos dois códigos penal militar e penal comum ao crime de violação de domicílio, p. ex., previsto por forma idêntica por eles (arts. 226 e 150), pode acarretar uma grande injustiça, em virtude de erro do agente.

Suponha-se que alguém invada compartimento não aberto ao público onde outrem exerça profissão, supondo não estar violando um domicílio.

De acordo com o CPM, trata-se de erro de direito e com o CP comum de erro de tipo, pois está escrito, em ambos os códigos, que o compartimento em foco é abrangido pela expressão "casa" equivalente a domicílio (§ 4.º, inciso III, dos arts. 226 e 150 dos CPM e CP comum).

Portanto, por aplicação do CP comum, haveria isenção de pena, uma vez que o crime de violação de domicílio não é previsto como culposos e, segundo o seu artigo 20, "o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei". Enquanto que, se aplicado o CPM, a pena teria de ser imposta, por força de seu artigo 35, que reza: — "A pena pode ser atenuada ou substituída por outra menos grave quando o agente, salvo em se tratando de crime que atente contra o dever militar, supõe lícito o fato, por ignorância ou erro de interpretação da lei, se escusáveis".

Com relação ao crime continuado, que, como sabeis, ocorre quando o "agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo,

lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro”, a injustiça decorrente da aplicação da Nova Parte Geral do CP comum e do CPM chega a ser estrupidante.

O CPM, que em matéria de concurso de crimes, copiou o revogado CP comum de 1969 (arts. 79 e 80, combinados, correspondentes aos copiados arts. 65 e 66, combinados), manda unificar as penas dos crimes praticados em continuação pela forma seguinte:

— “Se as penas são da mesma espécie, a pena única é a soma de todas; se de espécies diferentes, a pena única é a mais grave, mas com o aumento correspondente à metade do tempo das menos graves”.

A Nova Parte Geral do CP comum, repetindo a Parte Geral do velho Código de 1940, manda aplicar a pena de um só dos crimes se idênticos ou a mais grave, se diversas, aumentada em qualquer caso, de um sexto a dois terços (art. 71).

Assim, um crime continuado ocorrido através de meia dúzia de furtos, se a cada um deles é imposta a pena mínima cominada em ambos os códigos, que é de um ano de reclusão, a pena unificada será de seis anos, se aplicado o CPM, e de um ano e quatro meses no máximo, se aplicado o CP comum.

Ainda quando o juiz militar, no exemplo focalizado, quisesse exercer a faculdade que lhe confere o § 1.º do artigo 81 do estatuto penal castrense de diminuir no máximo um quarto da pena unificada no crime continuado, ela ainda assim seria fixada em 4 anos e 2 meses. . .

Em matéria de obediência hierárquica, a cópia de dispositivos do revogado CP comum de 1969 pelo legislador do CPM, a fim de igualá-los doutrinariamente, chegou a atingir as raias de um absurdo, o qual vamos referir.

Em direito penal militar, a recusa de obediência à ordem do superior hierárquico, sobre assunto ou matéria de serviço, constitui fato muito grave. É crime previsto pelo CPM: o crime de insubordinação (art. 163), pois a obediência é o fundamento básico da disciplina, alma das Forças Armadas, sustentadora de impérios, na célebre frase do testamento político de *Frederico, o Grande* (*cette discipline fait l'âme des armées, tant qu'elle est en vigueur, elle soutiens les empires*).

Haveis de ter estranhado havermos dito em francês, tal qual a deparamos, aliás, no *Militärstrafrecht* de *Eberhard Schmidt* (Berlin, 1930, p. 1), a frase do rei da Prússia, quando ele era alemão e não francês.

É que *Frederico, o Grande*, desprezava sua língua nativa, só a usava para falar com soldados e cavaleiros, como nos informa *Afrâ-*

nio Peixoto, em sua *Noções de História de Literatura Geral* (Rio, 1932, pp. 363/369). O idioma oficial de sua Corte era o francês, no qual, aliás, está redigida toda sua volumosa obra de história, de política e de correspondência.

Mas, prosseguindo, se o CPM pune a desobediência como crime de insubordinação, não poderia, logicamente, deixar de dispor, por outro lado, como fez no artigo 38, letra *b*, não ser "culpado quem comete o crime... em estrita obediência à ordem direta do superior hierárquico, em matéria de serviços". Ressalvando, entretanto, nos parágrafos 1.º: "responde pelo crime o autor... da ordem"; e 2.º: "se a ordem do superior tem por objeto a prática de ato *manifestamente criminoso*, ou há excesso nos atos ou na forma de execução, é punível também o inferior".

Acolhe o artigo um sistema intermediário ou sincrético entre as teorias conhecidas em direito penal militar, como das baionetas inteligentes (*baïonettes intelligentes*), segundo as quais o militar deve desobedecer as ordens não objetivamente legítimas, e da obediência cega (*obeissance aveugle*).

É o sistema do direito penal militar anglo-americano, alemão, italiano, francês e suíço.

O militar só pode e deve desobedecer a ordem direta do superior hierárquico em matéria de serviço, sem incorrer no crime de insubordinação, se ela "tem por objeto a prática de ato *manifestamente criminoso*".

A expressão *manifestamente*, usada no artigo 38, há de ser entendida, de acordo com as circunstâncias, por forma objetiva, como conhecimento instantâneo da criminalidade do ato, sem necessidade de outras reflexões (*ohne weiteres Nachdenken erkennt*), como bem acentua Joachim Schölz (*Wehrstrafgesetz Kommentar, München, 1975, §§ 5, 10, pp. 71/72*), a propósito de vocábulo semelhante (*offensichtlich*) na Lei Penal Militar alemã. O juiz não deve levar em conta a capacidade de conhecimento do subordinado, mas a de qualquer soldado (*beliebigen Soldaten*), que se não distinga por sua inteligência, nem por sua maior ou menor responsabilidade pessoal (*Zurechnungsfähigkeit*). O caráter criminoso do ato deve ser *manifesto* para todo o mundo (*Jedermann*), como, p. ex., a ordem de agressão a um subordinado por vingança pessoal.

A expressão *manifestamente* deve ser interpretada, portanto, não subjetiva, mas objetivamente!

Acontece, entretanto, que logo adiante, o CPM, no artigo 41, nega tudo o que está dito no já focalizado artigo 38.

Dispõe o artigo 41: — "No caso do artigo 38 se a ordem *não* era manifestamente ilegal... o juiz, tendo em vista as condições pessoais do réu, pode atenuar a pena".

Mas, se a ordem *não* era manifestamente criminosa, ou ilegal, como diz o artigo 41, de acordo com o artigo 38 não é punível o subordinado. Como, pois, pode o juiz atenuar-lhe a pena?

É que o artigo 41 do CPM copiou o artigo 26 do revogado CP comum de 1969, que rezava: — “No caso do artigo 24, letra *b* (que dizia não ser culpado quem comete o crime em obediência à ordem *NÃO* manifestamente ilegal, ao invés de criminosa, de superior hierárquico), o juiz, tendo em vista as condições pessoais do réu, pode atenuar a pena”.

O artigo 24, letra *b*, do revogado CP comum de 1969 se referia à “obediência à ordem *não* manifestamente ilegal” (por forma negativa) e o artigo 38, em seu § 2.º, do CPM à ordem que “tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso (por forma afirmativa). Daí a contradição dos artigos 38 e 41 no CPM.

Demais, o CPM é bem mais restrito que o CP comum quanto à possibilidade do descumprimento de ordens em matéria de serviço pelo subordinado, por interesse, como é óbvio, da disciplina militar. Só quando a ordem em matéria de serviço tem por objeto a prática de ato *manifestamente criminoso* deve ser descumprida, enquanto que no CP comum, para tanto, basta que a ordem seja *manifestamente ilegal*, expressão bem mais ampla que a só abrangente de ato *manifestamente criminoso*.

Em face do exposto, dogmaticamente, deve ser considerada como não escrita a parte do artigo 41 do CPM referente ao artigo 38, por força da regra de hermenêutica conhecida como *interpretatio abrogans*. A interpretação que ab-roga, que considera revogado um dispositivo que briga com outro mais relevante.

Atendendo, porém, a que, no magistério de *Coviello (Manuale di Diritto Civile Italiano, Parte Generale, 2.ª ed., 1915, § 25, p. 78)*, só se deve considerar letra morta um dos dispositivos legais em flagrante contradição ou antinomia quando são vãs todas as tentativas para removê-la (*quando tutti i tentativi per rimovela siano riusciti vani*), pode o artigo 41 ser entendido às avessas e como mencionando *ordem manifestamente criminosa* ao invés de não manifestamente *ilegal*, pois outra não poderia ter sido a *voluntas legislatoris*, como se depreende da interpretação histórica do dispositivo. Assim, deve ser lido o artigo 41 como se dissesse: — “No(s) caso(s) do artigo 38, letra(s)... *b*... se a ordem *era* manifestamente *criminosa*... o juiz, tendo em vista as condições pessoais do réu, pode atenuar a pena”.

Essa admissão de validade às avessas do artigo 41 só consideramos possível, em se tratando de direito penal, porque beneficia o réu. Em caso contrário, preponderaria a *interpretatio abrogans*.

Em matéria de obediência hierárquica em nosso direito penal militar, há uma hipótese interessante com a qual pretendemos encerrar esta palestra, deixando sua controvertida solução à argúcia jurídica dos simpáticos e inteligentes ouvintes.

É o caso do superior que, em matéria de serviço, dá uma ordem que, para ele e a maioria dos que a presenciaram, seria perfeitamente lícita, a qual, entretanto, só ao subordinado se apresenta criminosa.

Seria o caso do oficial que, por engano, ordena a prisão de um soldado por outro, quando só o subordinado tem ciência dessa confusão, em virtude de conhecimento próprio.

Neste caso, em frente à expressão legal "ato manifestamente criminoso", deve o subordinado não cumprir a ordem, sob pena de cometer o crime de abuso de autoridade (art. 4.º, letra a, da Lei n.º 4.898, de 9-12-65)?

A quem o ato, na forma da lei, deve ser manifestamente criminoso? Ao executor da ordem (critério subjetivo) ou à generalidade dos militares (critério objetivo), a fim de impedir, no interesse da disciplina, o descumprimento de ordens, sob a alegação de motivos particulares?

Seria lícito, legalmente, admitir-se uma evidência particular, uma evidência que não fosse geral ou comum?

Como já dissemos, trata-se de uma *vexata quaestio*. Os penalistas alemães e a maioria dos italianos, opinam pelo não cumprimento de ordem pelo subordinado, sob pena de ser responsabilizado criminalmente. Mas, na Alemanha, é expresso nesse sentido o § 5.º, I, da *Wehrstrafgesetz* (Lei Penal Militar) e a *Relazione al Re* (Exposição de Motivos) do *Codice Penali Militari di Pace* italiano, que no artigo 40, também usa a expressão "manifestamente", como o artigo 38 do nosso CPM, excepciona, na hipótese, o inegável critério objetivo da lei, no item 32, *verbis*: — "Quando seja, todavia, adquirida a certeza da ciência pelo militar de cometer um crime na execução de ordem recebida, isso dispensa toda ulterior indagação objetiva da manifesta criminalidade da mesma ordem" (*cio dispensa da ogni ulteriori indagina obiettiva sulla palese criminalità dell'ordine stesso*).

Se, no exemplo dado, o subordinado cumpre a ordem, parece que nada o impede de invocar em seu favor a eximente da obediência hierárquica, pois, com a realização da prisão, o equívoco será afinal esclarecido e uma ordem de prisão não é um ato manifestamente criminoso.

Mas, quando seja irreparável a conseqüência criminosa da ordem, como a morte da pessoa objeto do engano, contra a qual, em virtude de sua resistência, teve de atirar o subordinado?

Com esta interrogação encerramos a palestra, agradecendo a honra da atenção que nos foi dispensada.