

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
Pós-Graduação em Direito e Processo Penal
Teoria Geral do Delito – TGD

José Enaldo da Silva Júnior

**DESVALOR DA AÇÃO E DESVALOR DO RESULTADO NO DELITO DE
RECUSA DE OBEDIÊNCIA MILITAR.**

São Paulo/SP
2012
José Enaldo da Silva Júnior

**DESVALOR DA AÇÃO E DESVALOR DO RESULTADO NO DELITO DE
RECUSA DE OBEDIÊNCIA MILITAR.**

Monografia apresentada como requisito parcial para nota final da disciplina Teoria Geral do Delito do curso de pós-graduação em Direito e Processo Penal da Universidade Presbiteriana Mackenzie, sob a supervisão do Prof. Dr. Alexis Couto de Brito e do Prof. Dr. Marco Aurélio Florêncio Filho.

São Paulo/ SP
2012
José Enaldo da Silva Júnior

RESUMO

Esta monografia tem como finalidade apresentar o estudo do aluno sobre o desvalor da ação e desvalor do resultado obre a ótica do injusto penal. Para tanto, faremos por início a conjugação do que vem a ser ação e omissão, em síntese, passando em seguida a conceituação breve sobre o tipo injusto penal, enfatizando a distinção entre ilicitude e injusto. Adentraremos sobre a figura do desvalor da ação e desvalor do resultado. Posteriormente a conceituação sobre instituições militares e seus bens jurídicos tutelados, passando pelo tipo penal presente na Recusa de Desobediência. Por fim, adequaremos o estudo ao tipo penal estudado, sob forma de situação hipotética e a sua aplicabilidade sob forma de método quanto ao injusto penal, no caso em concreto.

Palavras-chave: Direito Penal, Teoria Geral do Delito, Desvalor da ação, Desvalor do resultado, injusto penal, recusa de obediência militar.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
CAPITULO 1 – AÇÃO E OMISSÃO.....	5
CAPITULO 2 – A ANTIJURIDICIDADE E O INJUSTO PENAL.....	7
2.1 Da Antijuridicidade	7
2.2 Do Injusto Penal	7
CAPÍTULO 3 – DESVALOR DA AÇÃO E DESVALOR DO RESULTADO	8
CAPÍTULO 4 – O DELITO DE RECUSA DE OBEDIÊNCIA	9
4.1 Organização Militar face à Constituição Federal	9
4.2 A hierarquia e a disciplina como bens jurídicos institucionais	10
4.3 Do delito de recusa de obediência	11
4.4 Desvalor da ação Desvalor do Resultado delito de Recusa de Obediência.....	12
CONCLUSÃO.....	13
REFERÊNCIAS	15

INTRODUÇÃO

A opinião acadêmica desta monografia é indubitavelmente influenciada pelas ideias dos doutrinadores estudados em sala de aula. De forma sucinta, tecerei comentários sobre a dogmática jurídica, em forma de apontamentos sobre o assunto, pois volto este trabalho para a área jurídica. O fundamento é exemplificar como o desvalor da ação e o desvalor do resultado aplica-se a um injusto penal restrito a especificidade de seu objeto, buscando no final um modelo garantista que chegue a segurança jurídica devida, objeto deste trabalho.

CAPITULO 1 – AÇÃO E OMISSÃO

O aspecto ontológico presente no finalismo de Welzel certamente foi o pronto de partida para o que hoje conhecemos como “Teoria da Adequação Social”. Assim, este sistema desenvolvido no início da década de 40 é importante marco para que possamos analisar adequadamente e de forma conceitual a ação e a omissão, sobre o aspecto sistemático.

A condição de existência do delito, conforme Welzel passa por uma necessidade efetiva de uma ação humana – excetuando-se desta concepção um nível ou estado social, bem como escolhas comportamentais que não traspassem o limite do “ser” – e, ainda sobre este prisma ontológico, aqueles desejos ou pensamentos que se limitem a existir apenas no âmbito psicológico do indivíduo, sem quaisquer relações ou demonstrações no plano exterior.

Assim, de forma conclusiva, compete tão somente a norma em sua forma abstrata, uma restrição comportamental ou o controle de uma ação humana por meio de uma proibição, buscando desta forma salvaguardar - ou minorar - a violação de um bem jurídico relevante socialmente; muito embora não possa esta mesma norma garantir a efetiva realização de um resultado causal.

Esta lesão – ou mera possibilidade de lesão – deriva não somente de uma ação final, mecânica, voltada para o resultado propriamente dito; esta integra o conceito mais amplo de conduta, na qual para que se complete carece de outra forma: a omissão.

A ação, portanto – e de forma singela – conceitua-se como a atitude comportamental que, ultrapassando os limites individuais, volta-se para uma finalidade. É ação, é atitude, é ato. É positivo. Não estamos falando entretanto, de produção de resultado, mas somente do elemento integrante da conduta.

Na omissão apareceria como a forma comportamental negativa da conduta, ou seja: a negativa da realização de uma ação final possível. Autores como Kaufmann delimitam como cerne da omissão o requisito da censurabilidade, sob a qual “não existe ‘realização da omissão’, mas ‘omissão da realização’, da ação prescrita, apesar de contar com a capacidade para isto” (KAUFMANN, A. *Dogmática de los delitos de omisión*, p. 320)

Ao longo do tempo, diversas teorias buscaram dogmaticamente conceituar ação e omissão, sendo de relevância o estudo das teorias causal, social, finalista e funcionalista da ação. Pelo modelo sintético de deste trabalho, evitaremos nos aprofundar com relação a todas, mas necessário é firmar o conceito / modelo de ação que nos é mais adequado ao estudo do assunto.

Por acepção, toda ação é finalista. Nesta relação o nexu causal advém da finalidade, do objetivo final voluntário e desejado, numa antecipação mental. Para o causalismo esta assertiva é inexistente: a finalidade volitiva buscada não é levada como existente.

Assim sendo, como teoria causal, esta não prosperou bem como não vigorou por muito tempo, pois a própria dogmática tratou de refutar tal doutrina que não comportava a ideia simplória do desejo da ação, sem maiores objetivas finalidades contrárias e vedadas à norma. Nas palavras de Welzel: “as normas do Direito não podem ordenar ou proibir meros processos causais, mas somente atos dirigidos finalmente (por conseguinte, ações) ou a omissão de tais atos”¹.

¹ Welzel, “O Novo Sistema do Direito Penal, Uma Introdução à Doutrina da Ação Finalista, p. 14. (Versão castelhana de José Cerezo Mir, Barcelona, 1964).

CAPÍTULO 2 – A ANTIJURIDICIDADE E O INJUSTO PENAL.

2.1 Da Antijuridicidade

À relação de contrariedade de uma conduta (ação ou omissão) em referência à ordem jurídica é a forma conceitual mais clássica do que vem a ser a antijuridicidade. Em análise etimológica, a antijuridicidade, ou ilicitude, significa o que é contrário a norma, sob o ponto de vista jurídico.

Esta visão conceitual, esta relação de contrariedade entre conduta e norma, alça a antijuridicidade a um patamar que transcende a *ultima ratio*, alcançando também outros ramos do direito, muito embora o objeto de nosso estudo seja a lesão a um bem jurídico que importe a intervenção do Direito Penal.

Por consequência, e de forma simples, a relação de contrariedade social por si só não é suficiente para garantia de antijuridicidade. Necessário se faz que além desta, o agente atinja a uma norma positiva, contrariando-a. Assim, o conceito mais adequado para a antijuridicidade seria o de contrariedade normativa.

Convém notar que, no que pertine ao tipo, não há que se falar em tipo antijurídico, e sim na sua realização propriamente dita. Significa dizer que é, portanto, a conduta individual (ação ou omissão, como visto) que realizará o tipo, em sua forma antijurídica². Não há tipos antijurídicos, mas, realizações antijurídicas de tipos, pois somente a conduta que realiza um tipo, na ausência de normas permissivas, pode ser contrária ao Direito.

2.2 – Do injusto penal

A ilicitude, como visto, e a tipicidade são os dois elementos que compõe a estrutura do delito, se nos referirmos de forma analítica. Esta ilicitude diferencia-se ao conceito de injusto pela sua *ratio essensi*.

² Assim, de forma pertinente preleciona PRADO, Luiz Régis in Revista de Ciências Penais, Volume 1, RT 2004, p 305; quando afirma que “O injusto é uma relação de contrariedade entre a conduta e a norma”.

Conquanto a antijuridicidade cabe um juízo negativo entre a ação e a norma, ao injusto cabe a objetividade de ser a própria conduta valorada como ilícita³.

Injusto penal é, *in fine*, é o fato (conduta) observado quanto à (norma) tipicidade e ilicitude (juízo de valor negativo sobre a conduta), excluindo-se neste momento de se levar com conta o elemento culpabilidade.

CAPÍTULO 3 – DESVALOR DA AÇÃO E DESVALOR DO RESULTADO.

Como consequência do estudo do injusto penal, temos a importante missão em traçar de forma delineada os elementos que diferenciem o desvalor da ação e um desvalor do resultado.

O desvalor da ação traz em seu bojo uma direta relação ao binômio de elementos volitivos *dolo/culpa*, transmutando-se em verdadeira matéria de intenção. Em miúdos, reflete a adição entre a violação normativa – ou do dever objetivo de cuidar – à criação de um risco juridicamente relevante⁴.

Desta forma, podemos ter a certeza que conceitualmente, o desvalor da ação é o juízo de negatividade que se tem valorados à conduta do agente - é o sentimento de reprovação; de outro modo o desvalor do resultado também infere-se ao aspecto valorativo, a reprovação negativa não quanto ao conduta do agente mas em concreto quanto a reprovação do resultado jurídico desta ação.

Para Armin Kaufmann⁵ bastava que existisse o desvalor da ação pra a concreção do injusto⁶, transferindo então o resultado jurídico desvalioso como possível condição de punibilidade. Esta teoria, desenvolvida sob a nomenclatura de teoria monista-subjetiva também teve como partidário Zielinski. Importante papel tinha nesta teoria a ação, a tal ponto desta ser o cerne da ilicitude.

³ Idem, ibidem. P 305 et seq.

⁴ “...a criação de um risco juridicamente desaprovado. Ações que não criam riscos, isto é, não perigosas, jamais são típicas, ainda que venham a causar lesões” in GRECO, Luiz. *Imputação Objetiva: uma introdução*. P 8

⁵ HICH H,J. *apud* PRADO, Luiz Regis. *In Curso de Direito Penal Brasileiro*, Volume 2. São Paulo: RT. p 328.

⁶ Para este, tratava-se de um “desvalor da intenção” – *intentionensunwert*. idem, ibidem. p 328.

Não demorou a virem críticas severas a este modelo teórico, sobretudo por situar o desvalor do resultado exterior ao injusto penal, com uma função menor, sendo seu maior crítico Hich, por acreditar que este modelo finalista, assemelhava-se mais a um direito penal do autor, conquanto o bem jurídico protegido relegava-se a uma segunda categoria analítica.

Numa ótica sucessória, a doutrina dualista do injusto pessoal em discordância conjunta o desvalor da ação ao desvalor do resultado, de forma conjunta; isto é: não há que se falar em delito sem que ambos estejam presentes neste. Isto porque refuta a ideia de Kaufmann de que o desvalor da ação deveria ser compreendido como desvalor de intenção, mas que em sua análise deva abarcar outros elementos objetivos⁷, além de trazer aos elementos volitivos (dolo/culpa) a necessária referência à forma do cometimento do delito.

Em avanço, o papel do desvalor do resultado, diferente da teoria monista, tão combatida pelo deslocamento deste resultado desvalioso para a punibilidade, esta faria remissão a lesão (ou perigo) do bem jurídico protegido. Sem ambas, para a teoria dualista, o injusto penal restaria incompleto e inconcreto⁸

Por fim, a integralidade do injusto penal, no conceito de injusto pessoal fez-se essencialmente com a existência tanto de desvalor da ação quanto do desvalor do resultado - ambos elementos objetivo e subjetivo de sua construção – entretanto admite-se em especialíssimos delitos a inexistência do desvalor da ação, não da forma monista, mas pela especificidade criminoso, tal qual figuras típicas de *perigo abstrato* e *tentativa*. Conveniente é ressaltar que jamais haverá a existência de desvalor de resultado ante a ausência de desvalor da ação.

CAPÍTULO 4 – O DELITO DE RECUSA DE OBEDIÊNCIA.

4.1 – Organização Militar face à Constituição Federal.

⁷ Idem, ibidem. p 329.

⁸ "para a fundamentação completa do injusto, faz-se necessária a coincidência entre desvalor da ação e o desvalor do resultado, visto que a conduta humana só pode ser objeto de consideração do Direito Penal na totalidade de seus elementos objetivos e subjetivos". Idem, ibidem. p 329.

As organizações militares, pela especificidade de seu *mister*, construídas sobre rígidos pilares da hierarquia e disciplina⁹, constituem *prima facie* singular e estranha estrutura no âmbito jurídico. Quer queira pelas tipificações normativas especiais, quer pela eleição de seus principais bens jurídicos tutelados: o binômio hierárquico-disciplinar.

Esta alusão é extensiva não somente aos militares tidos como próprios – os naturalmente membros das forças armadas¹⁰ – como também aos membros de Polícias e Corporações de Bombeiros, quando militares¹¹, aos quais usa o aditivo a denominação de “militares dos Estados”.

Tais descrições constitutivas não nos deixam dúvidas, quanto ao conceito *strictu sensu* de militar, analogicamente àquele o qual pertence a uma das instituições descritas constitucionalmente, seja ele militar originário, ou assemelhado¹²

4.2 – A hierarquia e a disciplina como bens jurídicos institucionais.

Os elementos constitutivos destas instituições, sejam elas propriamente ditas ou de forma genérica, trazem em comum à base de sua concepção um curioso aspecto: a de alçar elegendo como bens jurídicos os elementos de sua própria essência.

Torna-se então imperioso conceituar estes bens jurídicos, de forma a tornar factível e garantir a percepção de seu resguardo normativo. Para tanto, tomemos como parâmetro o disposto na Lei Estadual de Alagoas nº 5346, de 26 de maio de 1992, que

⁹ “Aliadas a estes pilares, temos valores considerados de secundários, mas nem por isto de menor importância no mundo concepcional militar: A honra, o pundonor e o decoro da classe; de segunda geração mais sem os quais estaria fadado ao insucesso.” SILVA JUNIOR, José Enaldo da. *Do assédio moral na polícia militar: Um debate*. Blog Palavra Direito, São Paulo - SP, 29 de abril 2012. Disponível em: <http://palavradireito.blogspot.com/2012/04/do-assedio-moral-na-policia-militar-um.html>. Acesso em: 09-05-2012, 17:45h.

¹⁰ “Art. 142 - As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.” BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1988.

¹¹ “Art. 42 - Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.” Idem.

¹² Diz-se do assemelhado militar aquele que pertença a uma instituição que, embora regida por ordenamento militar, não é pertencente a nenhuma instituição militar originária. Seria, na visão deste autor, uma ficção jurídica de equiparação.

em seu artigo 6º, incisos XI e XII, trazem conceitadas estas duas ideias de forma normativa:

XI - Hierarquia - é a ordenação da autoridade nos diferentes níveis, dentro da estrutura policial militar;

XII - Disciplina - é a rigorosa observância e acatamento integral das leis, regulamentos, normas e dispositivos que fundamentam a Organização Policial Militar

Em oportuno, a orientação conceitual de Clauss Roxin, acerca do bem jurídico, parece-nos mais interessante, na medida que este entende que “os bens jurídicos são pressupostos imprescindíveis para a existência em comum, caracterizadas por situações valiosas, como a vida, a integridade física, a liberdade de atuação, a propriedade...”. Na mesma linha, Aníbal Bruno define bens jurídicos como “valores de vida individual ou coletiva, valores da cultura.”.

A rigidez institucional a qual estão sujeitos os agentes militares, justifica a eleição destes dois pressupostos como bens jurídicos nesta “esfera de poder” administrativo, sem que, no entanto, bens jurídicos de maior importância – como a vida e integridade física - *exempli gratia*, devendo aqueles serem relegados a segundo plano quanto a simples ameaça a lesão destes estiver em iminência.

4.3 - Do delito de recusa de obediência.

Entrementes, a figura típica presente no Código Penal Militar, em seu artigo 163¹³, prevê o resguardo prioritário dos bens jurídicos militares, de forma quase que sagrada e imediata, sobre o argumento da proteção – por esta via – do próprio sistema militar, visando evitar a sua completa falência.

¹³ “Recusa de Obediência

Art. 163. Recusar obedecer a ordem do superior sobre assunto ou matéria de serviço, ou relativamente a dever imposto em lei, regulamento ou instrução:

Pena - detenção, de um a dois anos, se o fato não constitui crime mais grave.” BRASIL, *Decreto-Lei 001.001*, Brasília, DF, 1969.

Com base em tudo que foi visto, de forma geral incide sobre a figura típica aquele militar que, ao receber ordem de superior hierárquico, recusa a obediência (elemento objetivo do tipo), “sobre assunto ou matéria de serviço, ou relativamente a dever imposto em lei, regulamento ou instrução” (elemento subjetivo do tipo).

Quanto a ação finalista, encontra-se presente a omissão (negativa) de forma dolosa como aspecto volitivo do tipo.

Entretanto, vimos anteriormente que para a existência do injusto penal faz-se necessário não somente a ação finalista, e sua antijuridicidade. Mas aos elementos que compõe o injusto é ainda necessária a existência de um desvalor da ação, aliado ao desvalor do resultado (à conduta) para que tenhamos o preenchimento e a eficácia do próprio injusto penal.

4.4 – Desvalor da ação e Desvalor do Resultado no delito de Recusa de Obediência.

Imagine-se a seguinte situação hipotética:

O agente “A”, membro de corporação militar assemelhada, ocupa as funções de motorista veículo automotor especial. Devidamente escalado para o serviço, “A” percebe que o veículo que lhe é designado possui irregularidades no tocante a registro e licenciamento, além de não ter sido feita a revisão preventiva visando garantia da segurança a todos os embarcados. Desta forma, comunica a seu superior hierárquico, “B” a irregularidade com o veículo. Ainda assim, “B” ordena a “A” que assuma o serviço como motorista e que, por “doutrina interna” não faça o uso de cinto de segurança – dispositivo obrigatório que visa minimizar o risco de acidentes. – Tal hipótese é prontamente rechaçada por “A” que recusa-se a obedecer a ordem emanada pelo superior, visando salvaguardar sua própria integridade física quanto a integridade dos demais componentes que ali embarcariam.

Desta forma, “B” prende em flagrante delito a “A”, sob a acusação de incidir no tipo penal elencado como Recusa de Obediência. Nestas circunstâncias, lavra o auto de prisão em flagrante de crime militar.

Com base em nosso entendimento, tal flagrante não merece prosperar na esfera penal, uma vez que é necessária mesmo para os crimes militares a existência de uma

conduta desvalorativa sobre o âmbito da ação, além de uma lesão ao bem jurídico protegido pela norma.

Vê-se, sem esforço, que a conduta omissiva de “A” embora tenha ensejado fato típico e antijurídico, e ainda, embora esteja presente o dolo em transgredir a norma, em que pese a relação de contrariedade entre conduta e norma jurídica, o mesmo não se vê com relação a ação (conduta) valorada como ilícita.

Ora, e, com efeito: Como (des)valorar ou melhor; como valorar negativamente a ação de “A” que, buscando a proteção de um bem jurídico maior – a sua integridade física ante a criação de um risco proibido¹⁴ - fere um bem jurídico menor, cuja anterioridade da valoração de sua conduta não gera desaprovação sob o ponto de vista legal, social? Em termos claros: não há que se falar em existência de desvalor da ação, posto que o elemento objetivo de sua concepção é esta relação de desaprovação, de contrariedade social.

Para além, ainda que resulte o desvalor do resultado, posto que o bem jurídico hierárquico-disciplinar foi lesionado – isto indubitavelmente - este, por mais sacrossanto que enquadre-se no ordenamento jurídico castrense, deve ser interpretado de forma dogmática quanto ao método, e neste jamais ter-se-á um desvalor de resultado ante a ausência do desvalor da ação.

CONCLUSÃO

O conceito de ação e omissão é de essencial relevância para que compreenda-se o conceito de conduta e sua aplicação no modelo de injusto penal atual. A dogmática, como método, oferta através de suas ferramentas jurídicas a segurança jurídica eficaz para a justa aplicação penal.

A concepção moderna acerca do desvalor da ação e desvalor do resultado vem a atribuir uma conceituação penal mais justa, eliminando aberturas na interpretação fechada que tendemos a aplicar com relação a fórmulas prontas e a falsa premissa de

¹⁴ “Risco é o adjetivo que se coloca ao agir humano diante do perigo, ou da possibilidade de perigo. Não há risco sem potência de perigo, sem iminência de perigo.” BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Princípio da Precaução, direito penal e sociedade de risco*. RBCCRIM 61, 2006. p 47

que a mera subsunção do fato a norma traz elementos suficientes para a análise do injusto. Esta é a real segurança pena, isso é justiça!

Entretanto, é imperioso que interpretemos e fixemos os conceitos desvalorativos de ação e a inexistência do desvalor do resultado sem a mácula falsa de que não houve um resultado ao ordenamento jurídico. A simples lesão a um bem jurídico não enseja a existência do injusto penal.

A necessária conjugação entre estes dois “desvalores” oferta esta segurança.

Quanto ao delito de recusa de obediência, este deve ser interpretado sob a ótica aqui proposta, sobretudo para conferir ao sistema penal *Lastro Probatório* suficientes para sua concreção.

No que tange ao povo, tenho fé que mesmo ante a balburdia que se instalou no nosso mundo, a noção da necessidade do respeito ao direito de defesa prevaleça. Muito mais do que simplesmente beneficiar a um ou outro, é a garantia de cada cidadão. Violar esta é o mesmo que atentar contra a sociedade.

Os dois institutos, a saber, o desvalor da ação e o desvalor do resultado, visam a mesma coisa: a essência da virtude da justiça que é a igualdade. Ambos são a razão, a real equidade: ante ao abstratíssimo da lei, o outro na concreção da justa aplicação.

É urgente que aceitemos a realidade, que entendamos o caráter que se apresenta, quer seja a realidade imediata debaixo dos nossos olhos, ou aquela que se apresenta distante, mas galopante ao nosso horizonte, e sobretudo real, embora ainda ao longe.

Por tudo que foi exposto e repetido, parece ser redundante ao assunto, mas é tão necessário que assim seria feito tantas quantas vezes fosse preciso.

Por fim, para mim é mais valioso pertencer a tropa dos vencidos, vencidos sim, mas com coragem e acreditando em seus valores e ideias, e vivendo a expectativa de uma mudança, do que me esconder na fração maior dos vitoriosos, tímidos, inseguros, covardes e surreais, temerosos em enfrentar os desafios diários, por medo humano e comum de tão somente ser derrotados.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, César Roberto. **Curso de direito penal – Parte Geral. Vol.I.** Editora Impetus, Niteroi, 2009. p. 279-280.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, Volume 2. São Paulo: RT

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 6ª edição, editora RT, São Paulo, 2009. p. 246-250.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil. Vade Mecum.** 7ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Código Penal. Vade Mecum.** 7ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Código Penal Militar. Vade Mecum.** 7ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ALAGOAS, **Lei Estadual nº 5346, Estatuto dos Policiais Militares de**, 26 de maio de 1992. Impresso.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 33ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TAVARES, Juarez; PRADO, Luiz Régis; REALE JR, Miguel. **Ciências Penais. Vol 1.** São Paulo: RT, 2004.