



FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA
JOSÉ MOREIRA DA SIVA JUNIOR

**A AÇÃO DO *SNIPER* SOB O PRISMA DA
EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE**

BACHARELADO EM DIREITO

MG
2018

A AÇÃO DO *SNIPER* SOB O PRISMA DA EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE

Monografia apresentada à banca examinadora da faculdade de direito das Faculdades DOCTUM de Caratinga, como exigência parcial para obtenção de grau de Bacharel em Direito. Sob a orientação do professor Ivan Lopes Sales

CARATINGA

2018

“Se não puder voar, corra. Se não puder correr, ande.
Se não puder andar, rasteje, mas continue em frente
de qualquer jeito.”

Martin Luther King

AGRADECIMENTOS

Quero agradecer, em primeiro lugar, a Deus, pela força e coragem durante toda esta longa caminhada.

Ao professor Ivan Lopes Sales. pela dedicação na orientação e incentivo que tornaram possível a conclusão desta monografia.

Agradeço também a todos os professores que me acompanharam durante a graduação, em especial ao Professor Juliano Sepe

À minha família, por sua capacidade de acreditar em mim e investir em mim. Mãe, seu cuidado e dedicação foi que deram, em alguns momentos, a esperança para seguir.

Pai, sua presença significou segurança e certeza de que não estou sozinho nessa caminhada.

Ao meu filho amado Miguel Lucas Soares da Silva o qual me impulsiona sempre ser melhor a cada dia, e seguir em frente.

Obrigado.

RESUMO

A presença de um *sniper* nas operações militares são uma frequente quando a situação em si demanda mais precisão na atuação para a salvaguarda de terceiros. O atirador apenas irá agir sob orientações de um comandante que ordena como e quando sua atuação se faz necessária. Nesse intento, o comandante atua sob a excludente de ilicitude de legítima defesa de terceiros, enquanto o *sniper* se enquadra na excludente de culpabilidade. Isso se dá porque o *sniper* é o instrumento no cumprimento da ordem do comandante, pois é ele quem pratica o núcleo da ação. Agindo sob a excludente de culpabilidade o *sniper* não poderá ser culpado.

Palavras Chave: *sniper*; legítima defesa de terceiros, excludente de culpabilidade.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 7 |
| CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS | 9 |
| CAPÍTULO I: AS EXCLUDENTES DO CRIME MILITAR | 13 |
| 1.0 conceito analítico de crimes militares | 13 |
| 1.1 Os crimes militares | 15 |
| 1.1.1 Crimes próprios militares | 17 |
| 1.1.2 Crimes militares impróprios | 19 |
| 1.1.3 Crime militar excepcional | 20 |
| 1.2 As excludentes de ilicitude dos crimes militares | 22 |
| 1.2.1 Legítima defesa de terceiros nos delitos militares | 24 |
| 1.3 Das excludentes de culpabilidade no crime militar | 28 |
| CAPÍTULO II: O POLICIAL MILITAR | 32 |
| 2.1 Obediência Hierárquica | 33 |
| 2.2 o Delito de recusa de obediência no Código Penal Militar | 35 |
| 2.3 A atuação do sniper | 38 |
| CAPÍTULO III: A ATUAÇÃO DO <i>SNIPER</i> SOB O PRISMA DA EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE | 41 |
| 3. 1 A teoria de domínio do fato | 41 |
| 3.2 Atuação sob a obediência hierárquica | 44 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 50 |
| REFERÊNCIAS | 52 |

INTRODUÇÃO

Analisar a conduta do atirador de elite, *sniper*, sob a ótica da excludente de culpabilidade é indispensável para que em momento algum posterior à conduta possa se aventar qualquer questionamento sobre a postura do policial no momento da prática do ato.

Considerando o fato de haver um comandante que autoriza a atuação do *sniper* durante uma operação militar, é possível dizer que ele age sob as regras de excludente de culpabilidade e não de legítima defesa de terceiros?

Pensa-se que o *sniper*, na categoria que usualmente ou comumente é empregado, atua em legítima defesa de terceiros, porém esse conceito deve ser revisto pois, a autoridade que determina a atuação do *sniper* é que vai abalizar a decisão de atirar ou não.

Nesse caso, ele atua como partícipe e não como autor, ante a subordinação existente. Importante se faz essa consideração para que não se tenha nenhum tipo de dúvidas quanto à culpabilidade ou não do atirador, pois atuação expressamente sob ato de subordinação, sendo sua decisão não avaliada para o caso.

O comandante Gilmar Luciano dos Santos nos fornece o entendimento a ser extraído e usado como embasamento legal para a pesquisa

A autoridade que emanou a ordem para o disparo letal do *sniper*, fundamenta a decisão tomada, exatamente para a defesa da vida de terceiros (legítima defesa de terceiros), já o atirador de elite age em face de uma subordinação hierárquica, logo, em cumprimento de seu dever legal. Sendo assim, quem atua em legítima defesa de terceiros é quem autorizou o disparo letal do *sniper*. Dessa forma, o atirador de elite atua em função de sua subordinação hierárquica, respaldado pelo cumprimento do dever legal, em atendimento à ordem exarada pelo comandante da operação.¹

Os ganhos se mostram evidenciados sobretudo quando se analisa a partir da conduta do policial que tem o fito de proteger toda a sociedade ordeira de situações em que o perigo é eminente.

¹ SANTOS, Gilmar Luciano. **Sniper Policial. Quem autoriza o disparo letal?** Uma análise jurídica... Primeira Edição. Belo Horizonte: Probabilis Assessoria, abril 2011, p.87

Assim revela-se o ganho jurídico, pois as pesquisas aqui trazidas realizadas com base em bibliografias, jurisprudência e leis que envolvem o assunto e poderão ser usadas posteriormente

Já o ganho social é demonstrado com o conhecimento de toda a sociedade da função do *sniper*, sua importância dentro da corporação na proteção da sociedade como um todo.

O operador do direito deve ter conhecimento de questões peculiares como essa o que será de grande valia na vida profissional, seja como advogado ou mesmo em outras esferas jurídicas.

A metodologia a ser aplicada para execução do trabalho tem caráter teórico dogmática por envolver pesquisas em todos os meios necessários, como doutrina, jurisprudência, legislação aplicável ao caso, revistas, sites especializados virtuais dentre outros meios o que garantirá maior aprofundamento e conhecimentos.

Por se tratar do envolvimento de diferentes âmbitos do direito é transdisciplinar, pois envolve: Direito Constitucional, Direito Penal Militar; Direito Processual Penal Militar.

A monografia será desenvolvida em três capítulos distintos, assim definidos:

Primeiro capítulo receberá o nome de excludentes de culpabilidade e ilicitude conforme o Código Penal Militar, serão desenvolvidas as ideias sobre os institutos e particularidades de cada um.

O segundo Capítulo será dedicado ao policial militar dado ênfase no *sniper* desde seu surgimento à importância de sua atuação.

Finalizando o raciocínio o terceiro capítulo demonstrará a importância da análise da atuação do *sniper* sob o prisma da excludente de culpabilidade e não de ilicitude da legítima defesa de terceiros.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Um fato para ser considerado criminoso deve compreender elementos imprescindíveis para tal, ou seja, deve haver tipicidade, punibilidade e culpabilidade. As condutas consideradas antijurídicas encontram-se dispostas em nossas Leis Penais e leis específicas que demonstram com clareza os diversos tipos de crimes existentes.

Desse modo, o artigo 42 do Código Penal Militar determina em quais situações o agente age sob o prisma das excludentes de ilicitude do fato. Ou seja, mesmo existindo a conduta delituosa, mas praticada sob essas condicionantes, exclui-se a ilicitude do fato:

Art. 42- Não há crime quando o agente pratica o fato:
I - Em estado de necessidade;
II - Em legítima defesa;
III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito²

Especialmente sobre a legítima defesa, que nos interessa nessa pesquisa, tem-se a seguinte conceituação.

A legítima defesa nos termos em que é proposta pelo nosso Código Penal, exige a presença simultânea dos seguintes requisitos: agressão injusta, atual ou iminente; direito próprio ou alheio; meios necessários usados moderadamente.³

Nota-se que para a configuração da legítima defesa deve, impreterivelmente haver as condições de repesar de agressão injusta, atual ou iminente de direito próprio ou alheio, sendo que para tal utilize-se dos meios necessários e suficientes para repelir a agressão.

Nesse entendimento, quando se fala em legítima defesa em direito próprio ou alheio, encontra-se a chamada legítima defesa de terceiros.

² BRASIL, CÓDIGO PENAL MILITAR. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm. Acesso em 20 abr 2018

³ BITENCOURT, César Roberto. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 264.

Para Nucci o terceiro é reconhecido como aquela pessoa que deve ter seus direitos resguardados, que não necessariamente deve fazer parte do grupo de convivência daquele que está na defesa dos seus direitos.

O “terceiro” a que se refere a lei, pode ser alguém que a pessoa nem mesmo conhece: essa é uma das hipóteses em que o direito admite e incentiva a solidariedade. O terceiro pode, ainda, ser pessoa física ou jurídica, inclusive porque esta não pode agir sozinha. a configuração da hipótese de legítima defesa de terceiro não necessariamente depende do consentimento do agredido, desde que se trate de bem indisponível, como a vida. No caso de se tratar de bem disponível, como o patrimônio, o doutrinador acredita ser importante o consentimento da vítima, caso seja possível.⁴

Percebe-se que para a configuração da legítima defesa de terceiros não há necessariamente que existir o consentimento do ofendido. Basta a situação de perigo para autorizar a ação.

Outro componente do delito é a culpabilidade. As excludentes de culpabilidade se formam a partir da existência de dolo e culpa diante do cometimento de um delito. A própria legislação estabelece em quais situações exclui a culpabilidade do autor de um delito.

Para Mirabete o conceito de culpabilidade é assim descrito:

A palavra culpa e culpado tem sentido lexical comum de indicar que uma pessoa é responsável por uma falta, uma transgressão, ou seja, por ter praticado um ato condenável. somos “culpados” de nossas más ações, de termos causado um dano, uma lesão. Esse resultado lesivo, entretanto, só pode ser atribuído a quem lhe deu causa se essa pessoa pudesse ter procedido de outra forma, se pudesse com seu comportamento ter evitado a lesão.⁵

Dentre as excludentes de culpabilidade encontra-se o disposto no artigo 38, “b” do Código Penal Militar que dispõe sobre a excludente de culpabilidade no momento em que está cumprindo obediência ao superior hierárquico.:

b) em estrita obediência a ordem direta de superior hierárquico, em matéria de serviços.
 ° Responde pelo crime o autor da coação ou da ordem.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza **Manual de processo penal e execução penal**. 4. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.589.

⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini **Manual de Direito Penal**- parte Geral. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.191.

2° Se a ordem do superior tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso, ou há excesso nos atos ou na forma da execução, é punível também o inferior.⁶

Nessa perspectiva de excludente de culpabilidade que se pretende identificar a atuação do *sniper*.

O policial militar desempenha diversas funções na corporação, dentre elas nos importa e ganha destaca a função do *sniper*, podendo ser assim definido:

A palavra *sniper* vem do pássaro *snipe* que era muito difícil de caçar e passou a ser dados aos caçadores habilidosos. A palavra *sniper* foi registrado em 1824 no sentido de atirador de elite ou "sharpshooter". O verbo *sniper* originou em 1770 entre os soldados britânicos nas Índias britânicas no senso de "disparar de local oculto", em alusão a caça do *sniper*, pássaro difícil de caçar. Os que eram habilidosos em caçar a ave eram chamados de "sniper". Na Guerra Civil americana o termo era "escaramuçador" (*skirmisher*). Não usavam termo *sniper* nos EUA na época. Foram os alemães que começaram a chamar seus atiradores como *snipers*. No Brasil, a tradução de *snipe* é *Narceja* ou *Maçarico*. A tradução literal não é conveniente para uso e por isso é usado a palavra *caçador* no EB. Aqui será chamado de *sniper*. O *sniper* (*tocaieiro*, *franco atirador*, *atirador de elite*, *atirador de escol*, *caçador*) sempre ocupou uma posição ímpar, seja dentro de Forças Militares, ou na imaginação popular. A mera menção de seu nome, *sniper*, carrega com ela um ar de ameaça. Suas capacidades sempre foram muito maiores que suas limitações, geralmente relacionadas com material como alcance das armas, ângulo morto e meteorologia.⁷

Como se depreende da citação acima o papel do *sniper* é especial e importante dentro da equipe, visto que sua função por si só denota relevância na sua atuação dentro de uma operação policial militar.

Quando um *sniper* atua em uma operação, ele o faz sob ordens de um comandante imediato designado para aquela operação específica que identificou, diante da particularidade do caso, a presença de um atirador devidamente preparado e qualificado para o ato.

Buscando auxiliar o entendimento nesse sentido recorre-se à teoria do domínio do fato, defendida por Klaus Roxin

Nesse caso o autor é a figura central, porém nos crimes comissivos dolosos autor é aquele que possui o domínio do fato. Salienta-se que o domínio do fato, pode ser dar em três modalidades: domínio da ação; domínio da vontade

⁶. BRASIL, CÓDIGO PENAL MILITAR. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm. Acesso em 20 abr 2018

⁷ ARAUJO, Joao. **SISTEMA DE ARMAS-SNIPERS**. Disponível em <http://sistemasdearmas.com.br/ter/sniper01intro.html>. Acesso em 21 abr 2018

e domínio funcional. Quem tem o domínio da ação é autor direto, isto é, aquele que pratica efetivamente o tipo penal. Aquele que tem o domínio da vontade é o autor imediato, ou seja, não realiza a conduta típica, mas se utiliza de terceiro para executar o crime. Exemplo seria utilizar-se de inimputável para a prática do crime ou coagir pessoa para tanto.⁸

Conforme depreende da citação mencionada para essa teoria não há tipicidade, nem tampouco culpabilidade daquele que praticou a ação.

Dessa maneira, a Teoria do Domínio do fato assegura que autor é a pessoa que ainda não tendo cometido diretamente o núcleo do tipo penal, determinou e ordenou sua prática. O mentor intelectual da infração não é tratado como mero partícipe, existindo relação de hierarquia entre ele e seu subordinado

Diferente do que acontece com a teoria restritiva de direitos a qual, autor é apenas aquele que pratica o núcleo do verbo incriminador; já o partícipe é aquele que participa de qualquer outra forma para a configuração do delito.

O *sniper* no momento da ação em que pratica a ação ou seja, dispara o tiro letal está obedecendo a ordem hierárquica, mesmo sendo treinado para o ato quando está diante de uma ameaça à vida de outrem se vê diante de um elemento crítico e decisivo. “Ameaça à vida: este, é um elemento crítico e decisivo, mesmo quando o próprio causador da crise é que tem sua vida em risco. Em uma ocorrência de alta complexidade este risco é direto real e não uma mera possibilidade”⁹

Diante disso, assevera-se que o *sniper* age sob o prisma da excludente de culpabilidade e não de ilicitude, importante em dizer que está sob o cumprimento de ordem e conforme a teoria do domínio do fato está diante de decisões que se dão em fração de segundos.

⁸ MORO, Talitha Simões de Aquino. **Teoria restritiva de direito e teoria do domínio de fato no direito penal.** Disponível em http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17823. Acesso em 20 abr 2018

⁹ SANTOS, Gilmar Luciano. **Sniper Policial. Quem autoriza o disparo letal?** Uma análise jurídica... Primeira Edição. Belo Horizonte: Probabilis Assessoria, abril 2011, p.87

CAPÍTULO I: AS EXCLUDENTES DO CRIME MILITAR

Esse capítulo é dedicado ao entendimento do que são crimes militares, desde o conceito analítico do delito até a aplicação das causas que excluem a tipicidade e culpabilidade do delito militar.

1.O conceito analítico de crimes militares

para que se tenha a certeza de que houve o cometimento de um crime, é importante que estejam conjugadas algumas particularidades que são observadas a partir do momento em que esmiúça o conceito geral de crime.

Para Cezar Roberto Bittencourt e outros doutrinadores o conceito de crime se desdobra em crimes formais e materiais, sendo ainda escassos para um completo entendimento do que seja um delito.

Para o autor a adoção da análise analítica do crime permite uma maior compreensão e conseqüente entendimento amplo para que nenhuma dúvida seja aventada nesse sentido.

Além dos conhecidos conceitos de crime forma (Crime é toda a ação ou omissão proibida por lei, sob ameaça de pena) e material (crime é toda a ação ou omissão que contraria valores ou interesses do corpo social, exigindo sua proibição com a ameaça de pena), faz-se necessária a adoção do conceito analítico de crime. Os conceitos formal e material são insuficientes para permitir à dogmática penal a realização de uma análise dos elementos estruturais do conceito de crime.¹⁰

A identificação correta das características que compõem um delito permite que seja alcançada pelas excludentes legais previstas, seja de tipicidade, culpabilidade ou antijuridicidade.

Esse é o entendimento de Rogério Greco que afirma que ao analisar analiticamente um delito pretende-se vê-lo de forma individualizada, com o escopo de realizar a correta interpretação legal.:

A função do conceito analítico é a de analisar todos os elementos ou características que integram o conceito de infração penal sem que com isso se queira fragmentá-lo. O crime é, certamente, um todo unitário e indivisível.

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal- Parte Geral-** v. 1 16ed. São Paulo:Saraiva.2014 p.251.

Ou o agente comete o delito (fato típico, ilícito e culpável) ou o fato por ele praticado será considerado um indiferente penal.¹¹

Em se tratando de crimes militares, além desses componentes são imprescindíveis, ainda, que o conceito de crime seja composto por:

- fato típico
- antijurídico
- culpável
- artigo 9º do Código Penal Militar

sem que haja a conjugação desses quatro elementos, dentro do conceito analítico de crime militar não há que se falar em crime propriamente dito.

A questão aqui é de ordem metodológica: emprega-se o método analítico, isto é, decomposição sucessiva de um todo em suas partes, seja materialmente, seja idealmente, visando agrupá-las em uma ordem simultânea. Opõe-se ao método sintético que avança por tese, antítese e síntese [...] trata-se de um modelo teórico- preferível seja por razão científico sistemática, seja por motivo didático pedagógico, seja ainda, por fundamento de cunho prático garantista.¹²

Ressalte-se a importância da análise do conceito analítico dos crimes militares, visto que diante desse ato é possível constatar que a conduta perpetrada não é criminosa por não conter um dos elementos citados.

Nesse aspecto preleciona Bitencourt

Há uma operação intelectual de conexão entre a infinita variedade de fatos possíveis na vida real e o modelo típico descrito na lei, essa operação consiste em analisar se determinada conduta apresenta os requisitos que a lei exige, para qualificá-la como infração penal, chama-se "juízo de tipicidade".¹³

Para se constatar a existência de um fato típico, e assim dar início a perquirição acerca de sua antijuridicidade, é forçoso proceder a um juízo de compatibilização

¹¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro. Ímpetos. 2017. p. 143.

¹² PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p.251.

¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal- Parte Geral-** v. 1 16ed. São Paulo: Saraiva. 2014 p.310

entre a conduta pesquisada e o ordenamento jurídico penal. Uma vez verificado que a conduta se subsume corretamente a um tipo penal incriminador, diz tratar de uma conduta típica, ou seja, revestida de tipicidade.

1.1 Os crimes militares

Para que se tenha o cometimento de um delito militar é indispensável que seja praticado por integrante um militar estando em atividade ou não, destacando que pode ser em qualquer atividade para o qual foi designado. O que importa para a configuração da conduta é que o cometeu.

Implica, porquanto, em dizer que para que um crime seja considerado como militar, forçoso se faz que a condição do agente ou que a situação fática seja acatada como de natureza militar ou contrária as instituições militares.

A partir daqui passa-se a dissertar sobre os crimes comuns, próprios e impróprios militares.

Trazendo a diferenciação de crime comum e crime próprio militar deve-se analisar a citação de Cicero Robson Martins a seguir:

Crime comum é o que pode ser praticado por qualquer pessoa (lesão corporal, estelionato, furto). Crime próprio ou especial é aquele que exige determinada qualidade ou condição pessoal do agente. Pode ser condição jurídica (acionista); profissional ou social (comerciante); natural (gestante, mãe); parentesco (descendente) etc. Crime de mão própria é aquele que só pode ser praticado pelo agente pessoalmente, não podendo utilizar-se de interposta pessoa (falso testemunho, adultério, prevaricação)¹⁴

Identifica-se que crimes comuns são aqueles cometidos por qualquer civil descrito no ordenamento jurídico voltado a qualquer cidadão da comunidade, independente de cargo, função, sexo, idade, dentre outras perspectivas.

Existem algumas variáveis que definem a competência de um delito militar. Num primeiro momento identifica-se a competência fixada em razão da pessoa, que não caso é um militar.

A justiça militar é voltada, como o próprio nome diz para processar e julgar os delitos de cunho militar. Assim, não se confunde com a Justiça comum.

¹⁴ NEVES, Cicero Robson Coimbra. **Manual de Direito Penal Militar** 14ª ed, São Paulo : Saraiva, p.257

Normalmente reserva-se a expressar justiça especializada como referência à Justiça Militar e Justiça eleitoral, no âmbito da jurisdição penal, e à Justiça Trabalhista, em matéria não penal. Fala-se em justiça comum quando se quer aludir à competência da Justiça Estadual e Justiça Federal.¹⁵

Assim a competência *ratione Personae* se dá em razão da pessoa, nem todos os que cometem delito podem ser sujeitos ativo de crime militar somente determinada categoria pode ser sujeito ativo de crime militar.

No que diz respeito à competência *ratione personae* considera-se as questões em que deve se levar em conta a prerrogativa da função daquele que cometeu o ilícito.

É a fixação do foro competente conforme a pessoa que cometeu o crime, nos casos dos militares a Justiça Militar. Auxiliando nosso entendimento Eugenio Pacceli Oliveira:

Tendo em vista a relevância de determinados cargos ou funções públicas, cuidou o constituinte brasileiro de fixar *foros privativos* para o processo e julgamento de infrações penais praticadas pelos seus ocupantes, tentando-se para as graves implicações políticas que poderiam resultar das respectivas decisões judiciais.¹⁶

Ainda que num primeiro momento tem-se no local da infração o ponto básico para realizar os critérios de competência, existem outras prerrogativas que devem ser analisadas.

A competência pelo local da infração (*ratione loci*) deve ser avaliada como regra e as exceções nesse contexto se dão: a) quando houver matéria especial a ser analisada (*ratione materiae*); levando-se em conta a natureza da infração (é o que ocorre com a Justiça Militar ou Eleitora, para civis militares ou eleitorais); quando houver privilegio especial e, função da pessoa a ser julgada (*ratione personae*) como ocorre nos julgamentos de altas autoridades.¹⁷

Desse modo, a competência *ratione loci*, a que se dá em razão do lugar, identifica que algumas condutas somente serão classificadas como crime militar se praticadas em lugar sujeito a administração militar.

¹⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacceli. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p.213

¹⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacceli. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p.186

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 7 ed, ;São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.252.

Outra espécie de competência é definida em razão da norma, da matéria a ser julgada. Desse modo a competência *ratione legis*, nos casos de crimes militares se dá em virtude de ser o delito de cunho militar apenas quando a lei disser que é crime militar, quando falo de lei falo de ato normativo a norma.

Também identificada como *ratione materiae*, são casos de competência absoluta. Nesses casos englobam a natureza da ação e o descrito em lei.

1.1.1 Crimes próprios militares

Crime Militar próprio ou propriamente militar é aquele que o sujeito ativo só pode ser o militar e a conduta está escrita prevista no Código Penal Militar.

Crimes próprios militares também conhecidos como propriamente militares, se forma sinônimas recebe a nomenclatura de crime puramente militar, crime meramente militar, crime essencialmente militar, crime exclusivamente militar e crime militar próprio sendo aqueles praticados por militares diante do critério do cargo que ocupam.¹⁸

Tem-se as considerações de Robson Cicero Coimbra Neves sobre os crimes próprios militares, com a denominada tipicidade indireta que se perfaz diante da análise dos crimes militares em si.

Tipicidade indireta: como o delito só pode ser perpetrado propriamente por militar da ativa, para se ter a completa compreensão da tipicidade deste crime, devesse verificar o inciso I do art. 9º do CPM, que trará ao intérprete o entendimento de que, para haver subsunção do fato a este delito, basta que sejam encontrados os elementos grafados no tipo penal da Parte Especial¹⁹

Desta feita, os crimes próprios cometidos por militares que são processados e julgados conforme o Código penal e processual penal militar e uma justiça própria aos quais são subordinados, que num primeiro momento tem-se a apuração dos fatos por meio de um procedimento administrativo.

O artigo 9º do Código Penal Militar descreve quais são as condutas praticadas por militares que são consideradas como criminosas. Recentemente alterada pela Lei

¹⁸ LIMA, RENATO BRASILEIRO DE **Manual de Direito Penal** São Paulo: JusPODVIM, 2015, p.353

¹⁹ NEVES, Cicero Robson Coimbra. **Manual de Direito Penal Militar** 14ª ed, São Paulo : Saraiva, 2014, p.780.

13.491/17, são assim tipificadas as condutas, trazendo a ressalva de que o rol contido nesse artigo diz respeito a delitos praticados por militares e civis.

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados:

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.²⁰

Diante do contido no dispositivo mencionado aquelas infrações mencionadas na legislação penal comum quando praticados por militares passam a ser considerados crimes militares, não sendo crimes propriamente militares, mas devido o fato de serem praticados por esses ganham contorno específicos ficando a encargo da Justiça Militar realizar o seu processamento.

Por conseguinte, qualquer delito praticado por militar nos moldes do dispositivo legal militar descrito passa a ser crime militar.

O legislador abandonou a expressão “embora também o sejam com igual definição na lei penal comum”, para agasalhar a expressão “e os previstos na

²⁰ BRASIL, CÓDIGO PENAL MILITAR. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm. Acesso em 20 abr 2018

legislação penal”, significando que não mais existe necessidade de identidade de definição penal, criando outra categoria de crime militar, que passa a ser, qualquer crime previsto na legislação penal [Código Penal e legislação extravagante específica²¹

A título de exemplo dos crimes propriamente militares cita-se o contido no artigo 163 do Código Penal Militar. Vejamos o que diz sobre a 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.²²

A recusa a obediência hierárquica apenas pode ser praticada por milita, sendo a previsão expressa e única no código penal militar.

Sobre o crime de recusa de obediência o segundo capítulo terá um título próprio para que o assunto seja melhor explanado, sobressaltando que se trata de crime militar com previsão expressa na Lei Penal Militar.

1.1.2 Crimes militares impróprios

Crime Militar impróprio é aquele que o sujeito ativo pode ser tanto o militar quanto o civil, e está previsto tanto no código penal militar quanto na legislação penal comum.

A principal diferença entre crimes militares próprios e impróprios estabelece-se no fato de que nos crimes militares impróprios não somente o militar comete, mas de igual maneira qualquer um da sociedade. Já os crimes militares próprios ou propriamente militares são exclusivos a esses e não podem ser praticados por civis.

Para uma melhor compreensão do tema cita-se:

A classificação crime militar próprio e crime militar impróprio, pois, agora, temos três categorias: (i) crimes militares previstos exclusivamente no Código Penal Militar (sem paralelo em outros diplomas); (ii) crimes militares previstos no Código Penal Militar e com previsão idêntica ou similar em outros diplomas; e (iii) crimes militares sem previsão no Código Penal Militar e

²¹ Assis, Jorge Cesar. **Considerações sobre a Lei 13.491/17 Define crimes militares. Primeiras inquietações.** Disponível em <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/01/18/A-Lei-1349117-e-a-altera%C3%A7%C3%A3o-no-conceito-de-crime-militar-primeiras-impres%C3%B5es-%E2%80%93-primeiras-inquieta%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em 14 mai 2017.

²² BRASIL, CÓDIGO PENAL MILITAR. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm. Acesso em 20 abr 2018

englobados a partir da legislação penal pela incidência de uma das hipóteses de afetação do bem jurídico (interesse militar).²³

Mesmo se tanto de crime próprio ou crime propriamente militar o importante é considerar que a competência é dada à Justiça Militar para processar e julgar os casos em questão. Desse modo, a competência da Justiça Militar se perfaz em se tratando de delitos praticados no contexto descrito.

1.1.3 Crime militar excepcional

Importante ressaltar que o civil não comete crime militar contra as forças estaduais, com exceção ao contido no Código Penal Militar no capítulo que trata dos Crimes contra o serviço militar e o dever militar.

No artigo 183 está descrito o delito de insubmissão que é considerado como crime excepcional por ser crime que mesmo praticado por um civil é delito militar.

Assim dispõe a legislação, *in verbis*:

Art. 183. Deixar de apresentar-se o convocado à incorporação, dentro do prazo que lhe foi marcado, ou, apresentando-se, ausentar-se antes do ato oficial de incorporação:

Pena - impedimento, de três meses a um ano.

Caso assimilado

§ 1º Na mesma pena incorre quem, dispensado temporariamente da incorporação, deixa de se apresentar, decorrido o prazo de licenciamento.

Diminuição da pena

§ 2º A pena é diminuída de um terço:

- a) pela ignorância ou a errada compreensão dos atos da convocação militar, quando escusáveis;
- b) pela apresentação voluntária dentro do prazo de um ano, contado do último dia marcado para a apresentação.²⁴

Da análise da tipificação do delito observa-se que o sujeito ativo é o civil que em conduta omissiva deixa de cumprir uma determinação legal do Estado. Portanto, diz-se que se o civil é o sujeito ativo o sujeito passivo é o Estado.

²³ POLITANO, Rafael. **Crimes militares próprios e impróprios.** Disponível em <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/192660754/crimes-militares-proprios-e-impropriis>. Acesso em 11 set 2018.

²⁴ BRASIL, CÓDIGO PENAL MILITAR. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm. Acesso em 20 abr 2018

Se convocado para o serviço militar, o jovem ao completar os 18 (dezoito anos) não atende a essa convocação comete o delito de insubmissão, ainda que esteja apto para prestar os serviços.

Igualmente, como descreve o parágrafo segundo do dispositivo citado comete o delito de insubmissão aquele que apresenta para a prestação dos serviços militar o deixe ou se retire do militar antes mesmo que se oficialize a incorporação.

O principal elemento para a tipificação desse tipo de crime é o dolo, pois sem ele não há caracterização da insubmissão, mesmo sendo reconhecida a possibilidade de erro de proibição:

crime é doloso. Não há elemento subjetivo específico, nem se pune a forma culposa. *erro de proibição*, mais . A previsão formulada neste parágrafo é apenas uma específica hipótese de erro quanto à ilicitude do fato, impondo-se a redução de um terço na pena. Quando se configura a previsão genérica do art. 35 deste Código, a redução pode ser de um quinto a um terço. Diante disso, a ignorância (ausência de conhecimento) ou a errada compreensão (captação equivocada do conteúdo da norma) dos atos de convocação, desde escusáveis, vale dizer, impossíveis de serem entendidos em face da condição do agente, pois a informação não lhe chegou ao conhecimento, nem havia a viabilidade de chegar. Ex.: trabalhador rural de pouca cultura e instrução desconhece a obrigação referente ao serviço militar, razão pela qual interpreta mal o ato de chamamento.²⁵

A constituição da República em seus artigos 124 e 125 traz a expressa diferenciação entre os militares das Forças Estaduais e dos militares das Forças Federais explicitando a competência para processar e julgar os casos voltados a esses militares .Assim sendo, o civil não comete crime militar contra as Forças Estaduais.

Sobressalte-se ainda, que quando se trata das Forças Armadas Federais, como Exército, marinha ou Aeronáutica há a possibilidade de cometimento de delito nesse sentido, sendo a competência da Justiça Militar para proceder o julgamento de tais condutas civis.

Assim, em considerando o crime militar praticado por civil deve-se estar atento para o juízo competente para atua. Ainda, é de sum importância identificar a intenção do agente civil no momento da prática do ato.

Crime militar extraordinário excepcional ou acidental, é aquele que o sujeito ativo só pode ser um civil e o crime está escrito exclusivamente no código penal militar.

²⁵ NEVES, Cicero Robson Coimbra. **Manual de Direito Penal Militar** 14ª ed, São Paulo : Saraiva, 2014, p.287.

1.2 As excludentes de ilicitude dos crimes militares

As excludentes de ilicitude estão amparadas no artigo 42 do Código Penal Militar que assim expressa:

Art. 42. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento do dever legal;

IV - em exercício regular de direito.

Parágrafo único. Não há igualmente crime quando o comandante de navio, aeronave ou praça de guerra, na iminência de perigo ou grave calamidade, compele os subalternos, por meios violentos, a executar serviços e manobras urgentes, para salvar a unidade ou vidas, ou evitar o desânimo, o terror, a desordem, a rendição, a revolta ou o saque.

Ao considerar as excludentes de ilicitude no delito militar entende-se que existem condutas que retiram a antijuridicidade do delito descaracterizando, assim, a existência do crime.

Especificamente nos casos dos militares as excludentes de antijuridicidades encontram previsão legal no Código Penal Militar já exposto nas considerações conceituais dessa pesquisa.

Fornecendo um exemplo de uma situação que se configura como estado de necessidade tem-se Bitencourt:

Quando, no exemplo clássico, dois naufragos disputam a mesma tábua, que não suporta mais de um, uma vida terá que ser sacrificada para salvar a outra. em tais hipótese o Direito, reconhecendo sua impotência para salvar os bem em perigo, admite que um deles seja sacrificado em benefício do outro, aguardando a solução natural.²⁶

Nesse intento, para a configuração do chamado estado de necessidade reste configurado, é indispensável a presença dos requisitos do perigo atual, não provocado por sua vontade e que também não podia evitar, para resguardar direito próprio ou alheio. Imprescindível, ainda, que o sacrifício seja superior ao fato, ou pelo menos razoável.

²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal- Parte Geral-** v. 1 16ed. São Paulo:Saraiva. 2017.p.364.

Por perigo atual e inevitável-significa o perigo concreto, presente, imediato, com real probabilidade de dano (insuficiente mera probabilidade) e que ainda, seja dotado de certeza e objetividade. o direito que se pretende salvar pode ser próprio ou de outrem (socorro de terceiros) por motivo de ordem pessoal (amizade, parentesco) ou solidariedade humana. Evidencia-se que o agente não pode ter provocado por vontade própria, ou de modo intencional causar a situação de perigo. deve haver, ainda, a inexistência do dever de enfrentar o perigo.²⁷

É de suma importância que se tenha esses elementos para que se configure a excludente de ilicitude do estado de necessidade.

Desse modo o estado de necessidade pode ser entendido como “o sacrifício de um interesse juridicamente protegido, para salvar de perigo atual e inevitável o direito próprio do agente ou de terceiros, desde que outra conduta, nas circunstâncias concretas, não era razoavelmente exigível.”²⁸

Trata-se, portanto, de uma causa de justificativa a fim de excluir a ilicitude de uma ação ou omissão cometida.

Tem-se ainda, como causa excludente de ilicitude o exercício regular do direito e quando o agente se encontra no estrito cumprimento de um dever legal.

Ademais, ainda sob a análise das excludentes de ilicitude é aquela em que não se considera crime quando o agente pratica o fato no estrito cumprimento de dever legal, dentro do que prescreve o inciso III, do já mencionado artigo 42 do Código Penal Militar.

Importante frisar que parte da doutrina, considera o estrito cumprimento de dever legal como excludente de tipicidade e não de ilicitude, como expressa Zafaroni:

Daí que tipicidade penal não se reduz à tipicidade legal (isto é, a adequação à formulação legal), e sim que deva evidenciar uma verdadeira proibição com relevância penal, para o que é necessário, que esteja proibida à luz da consideração conglobada da norma. Isto significa que a tipicidade penal implica a tipicidade legal corrigida pela tipicidade conglobante, que pode reduzir o âmbito de proibição aparente, que surge da consideração isolada da tipicidade legal. Embora um bom número de autores considere que se trata de uma causa de justificação, vimos que assim não é, porque as causas de justificação são geradas a partir de um preceito permissivo, enquanto no cumprimento de um dever jurídico há somente uma norma preceptiva (uma ordem). Quem não quer agir justificadamente pode não o fazer, porque o

²⁷ PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro V.1**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016, p.444.

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal. Parte geral. Parte especial**. 2 ed. São Paulo. Revista dos tribunais. 2015.p.216.

direito não lhe ordena que assim o faça, mas simplesmente lhe dá uma permissão. Por outro lado, quem deixa de cumprir com um dever jurídico é punido, porque o direito lhe ordena que aja desta forma.²⁹

Dentro dessa perspectiva e no conceito de estrito cumprimento do dever legal, a tipicidade conglobante, que é a junção da tipicidade formal e material se fazem presente e devem desse modo ser observadas.

Com esse entendimento a maior implicação da tipicidade conglobante, quando se procede a análise da antinormatividade da conduta, tem relação direta no entendimento da infração penal, sobretudo no que concerne à tipicidade penal e antijuridicidade, em que esses institutos, fazem a migração para a ilicitude para a tipicidade.

Em se tratando de estrito cumprimento do dever legal em sede de direito penal militar, é possível identificar está relacionado com a obediência de ordens emanadas de superiores hierárquicos, seja de qualquer forma, por meio de decretos, portarias, ordens imediatas, etc

Trata-se de deveres que são impostos pela ordem jurídica lato sensu. Não são apenas obrigações decorrentes de lei em sentido estrito, mas de qualquer disposição que tenha eficácia de forma a poder constituir um vínculo jurídico. É o caso dos decretos, dos regulamentos, das portarias, e mesmo das sentenças judiciais e provimentos judiciários em geral, e até de ordem legítima de autoridade hierarquicamente superior. Podem tais deveres, outrossim, derivar de norma penal, como de norma extrapenal, tanto de direito público como de direito privado³⁰

Assim, como depreende-se da citação supra para que se tenha o estrito cumprimento do dever legal é necessário a previsão legal para que o agente possa agir dentro dos parâmetros do estrito cumprimento do dever legal, fazendo com que a conduta, não seja revestida de ilicitude.

1.2.1 Legítima defesa de terceiros nos delitos militares

²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro- parte geral*. v1.9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.479.

³⁰ MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado**: parte geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p.259.

A legítima defesa de terceiros tem previsão legal no artigo 42 do Código Penal Militar.

Trazendo um conceito de legítima defesa de modo amplo, os dizeres de Fernando Capez são pertinentes nesse momento. A legítima defesa pode ser avaliada como circunstâncias de justificação em que a conduta realizada pelo agente é autorizada pelo próprio Estado e, conseqüentemente, não possuem o *status* de crime.³¹

Urge ressaltar que não deve confundir a legítima defesa com a vingança privada. Trata-se de uma benesse que o Estado conferiu ao cidadão para que tivesse a possibilidade de se defender da agressão injusta, uma vez, que ao agente não pode ser imposto a obrigação de ficar inerte e suportar a ofensa a bem jurídico próprio ou de terceiros. Com fulcro nessas considerações Greco dispõe que:

Para que se possa falar em legítima defesa, que não pode jamais ser confundida com vingança privada é preciso que o agente se veja diante de uma situação de total impossibilidade de recorrer ao Estado, responsável constitucionalmente por nossa segurança pública, e, só assim, uma vez presentes os requisitos legais de ordem objetiva e subjetiva, agir em sua defesa ou na defesa de terceiros.³²

Portanto, a ação só será legítima quando houver o uso moderado dos meios necessários para repelir agressão injusta atual ou iminente. Ressalta-se que agressão injusta é aquela praticada pela conduta humana que põe a perigo ou lesione um bem juridicamente protegido.

Para Fernando Capez agressão injusta pode ser entendida da seguinte maneira:

Agressão é toda conduta humana que ataca um bem jurídico. Só as pessoas humanas, portanto, praticam agressões. Ataque de animal não a configura, logo não autorizam a legítima defesa. No caso, se a pessoa se defende do animal, está em estado de necessidade. Convém notar, contudo, que, se uma pessoa açula um animal para que ataque outra pessoa, nesse caso existe agressão autorizadora da legítima defesa, pois, o animal é utilizado como instrumento do crime (poderia usar uma arma branca, uma arma de fogo, mas

³¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 8 ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2017. p. 382.

³² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 8 ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2017. p. 382.

preferiu servir-se do animal).³³

A legítima defesa tem por objetivo o resguardo a uma agressão injusta. Assim sendo, é imprescindível que se tenha uma agressão, que também deve ser injusta. Nesse norte, “por agressão deve-se entender a ameaça humana de lesão de interesse juridicamente protegido.”³⁴

Outro requisito para que a conduta se enquadre nos critérios da legítima defesa é que seja atual ou iminente. Entende-se que atual é aquela agressão que está acontecendo, e iminente é aquela que embora não esteja acontecendo está prestes a acontecer.

A agressão atual ou iminente deve-se entender por agressão toda ação dirigida à produção de um resultado lesivo a um bem jurídico, violenta ou não. atual, como já observado, designa presente, já se ter começado e ainda não estar concluída; e iminente, ou seja, imediata, prestes a acontecer.³⁵

Desse modo, pode-se diferenciar a agressão atual e iminente da seguinte forma: Atual é agressão presente, que está se realizando, iminente é a que está prestes a acontecer e parece inevitável.

Deve ainda a agressão ser injusta “significa ilícita antijurídica, sem amparo da ordem legal (não só da lei penal), ainda que não obrigatoriamente punível”³⁶

Considera-se ainda a necessidade da existência dos “meios necessários”. Segundo Júlio Fabbrini: “Meio necessário é aquele que o agente dispõe no momento em que rechaça a agressão, podendo ser até mesmo desproporcional como o utilizado no ataque, desde que seja o único à sua disposição no momento”³⁷.

Igualmente Bitencourt preleciona: “Necessários são meios suficientes e indispensáveis para o exercício eficaz da defesa”³⁸

Exige-se proporcionalidade entre a defesa empreendida e a agressão sofrida,

³³ CAPEZ, Fernando. **Direito Penal:- Parte Geral**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.163.

³⁴ CAPEZ, Fernando. **Direito Penal:- Parte Geral**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.343.

³⁵ PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro** V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016, p.447.

³⁶ PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro** V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016, p.447.

³⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal, parte geral**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 17.

³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal- Parte Geral-** v. 1 16ed. São Paulo:Saraiva.p.377.

uma vez que a legítima defesa foi instituída para legalizar a proteção de um bem jurídico e não para a punição do agressor.

Exige-se proporcionalidade entre a defesa empreendida e a agressão sofrida, uma vez que a legítima defesa foi instituída para legalizar a proteção de um bem jurídico e não para a punição do agressor.

O uso imoderado está diretamente ligado com o excesso. Novamente, Fernando Capez vem fornecer um conceito penal de excesso que auxilia o entendimento:

Excesso é a intensificação desnecessária de uma ação inicialmente justificada. Presente o excesso os requisitos das discriminantes deixam de existir, devendo o agente responder pelas desnecessárias lesões causados ao bem jurídico ofendido.³⁹

Para Cezar Roberto Bitencourt “Em qualquer das causas de quando o agente, dolosa ou culposamente, exceder-se dos limites das normas permissivas, responderá pelo excesso. Com efeito, o excesso pode ocorrer em qualquer das modalidades de excludentes.”

Diante disso, pode-se dizer que quando nos remetemos ao cometimento de excessos percebemos que agente extrapolou os limites impostos por lei, quando amparados por uma causa de justificação no cometimento de uma determinada conduta.

Nesse sentido, Rogério Greco afirma:

Pode-se afirmar que, no Direito Penal, o excesso é um instituto sem vida autônoma, pois ele é funcionalmente vinculado à configuração de uma situação na qual se identifique uma causa de justificação. Assim, surge o excesso quando o agente, ao versar numa causa de exclusão de ilicitude, viola os requisitos exigidos em lei, ultrapassando as fronteiras do permitido.⁴⁰

Diante do cometimento de qualquer tipo de excesso durante uma ação, seja ele culposos ou doloso o agente será responsabilizado pelas consequências obtidas após a agressão.

³⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal-Parte Geral**. v.1. 12 ed.,. São Paulo: Saraiva. 2017.p.276.

⁴⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral** 11 ed.. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 326

Com relação ao excesso doloso, a conduta do agente se dá por vontade consciente e livre e ele tem ciência de onde se extingue o amparo que a lei lhe oferece, porém não obstante a isso, age movido por desejo autônomo, sendo que quase sempre se faz valer de sua ira, vingança, ódio.

Para Bitencourt: “O excesso será doloso, quando o agente, deliberadamente, aproveitar-se da situação excepcional que lhe permite agir, para impor sacrifício maior do que o estritamente necessário à salvaguarda do seu direito ameaçado ou lesado.”⁴¹

Outra espécie de excesso classificado na doutrina é denominada de culposo o qual, passa-se a dissertar.

Quando se fala em excesso culposo, tem-se o entendimento de que o agente estando num estado de licitude penal, ultrapassa os seus limites, sem consciência e previsão, porque esse excesso é decorrente de um descuido.

Em se tratando de excesso culposo o agente não percebe que se está excedendo, na verdade ele acredita que ainda persiste a agressão ou que essa ainda irá ocorrer, podendo ter sido evitado, se o agente houvesse agido com mais prudência.

Nesse intento, pode-se dizer que a regra, portanto, é que o indivíduo seja controlado em sua reação e que a mesma não seja absolutamente desproporcional, pois embora se reconheça a legitimidade da reação pessoal, o Estado exige que essa legitimação, em circunstâncias especiais, obedeça aos limites da necessidade e da moderação.

Os crimes militares seguem as mesmas regras dos crimes comuns, ou seja, é imperioso o emprego de todos os requisitos para que se configure a legítima defesa.

Em se tratando de legítima defesa de terceiros o militar estará cometendo uma conduta considerada delituosa para defesa de terceiros, como o próprio nome diz.

1.3 Das excludentes de culpabilidade no crime militar

É possível entender que dentro do conceito analítico de crime que a culpabilidade é elemento essencial. Dessa feita, tanto para a doutrina penal castrense quanto para a doutrina penal comum, pode-se considerar a culpabilidade como elemento essencial para a configuração de um delito militar

⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal- Parte Geral-** v. 1 16ed. São Paulo:Saraiva.2015. p.379.

Nos fornecendo conceito de culpabilidade e assim auxiliando nosso entendimento Rogerio Greco expressa o seguinte:

a culpabilidade consiste no juízo de reprovação que a pessoa faz sobre a conduta ilícita do agente. Sendo ainda constituída pelos seguintes elementos que se caracterizam como excludentes: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude do fato e exigibilidade de conduta adversa.

Na mesma esteira de pensamento Guilherme Nucci entende que a excludente de culpabilidade pode ser entendida como um juízo de reprovação sobre o fato e quem o comete ou ainda sobre a possibilidade de agir de forma diferente, mas seguiu ordens hierárquicas ou as normas.

trata-se de um juízo de reprovação social, incidente sobre o fato e seu autor, devendo o agente ser imputável, atuar com consciência potencial de ilicitude, bem como ter a possibilidade e a exigibilidade de atuar de outro modo, seguindo as regras impostas pelo direito (teoria normativa pura, proveniente do finalismo). se indagarmos aos inúmeros seguidores da corrente finalista o que é a culpabilidade e onde pode ela ser encontrada, receberemos esta resposta: 1.^a) culpabilidade é, sem dúvida, um juízo valorativo, um juízo de censura que se faz ao autor de um fato criminoso; 2.^a) esse juízo só pode estar na cabeça de quem julga, mas tem por objeto o agente do crime e sua ação criminosa⁴²

O código Penal Militar no artigo 38, expõe em que causas a culpabilidade não é considerada dentro do delito militar penal:

Art. 38. Não é culpado quem comete o crime:

Coação irresistível

a) sob coação irresistível ou que lhe suprima a faculdade de agir segundo a própria vontade;

Obediência hierárquica

b) em estrita obediência a ordem direta de superior hierárquico, em matéria de serviços.

1° Responde pelo crime o autor da coação ou da ordem.

2° Se a ordem do superior tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso, ou há excesso nos atos ou na forma da execução, é punível também o inferior.⁴³

⁴² NUCCI, Guilherme de Souza **Manual de processo penal e execução penal**. 4. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.589.

⁴³ BRASIL, CÓDIGO PENAL MILITAR. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm. Acesso em 20 abr 2018

Nota-se que o dispositivo aduz sobre a coação irresistível, ou seja, aquela em que não é possível considerar a vontade do agente.

A vontade de agir é o elemento principal, pois lhe é retirada a ponto de não haver qualquer manifestação própria nesse sentido, a coação é irresistível, sem qualquer possibilidade de refuta por parte daquele que está sendo coagido.

É importante ressaltar que a coação irresistível pode ser física ou moral, considerando os elementos que se seguem:

A física se distingue quando o esforço físico/muscular do autor é escasso para livrá-lo da ação do coator.

A coação moral se exhibe sob forma de ameaça feita pelo coator ao autor, que é obrigado a cometer ação a criminoso, sob pena de aguentar um estrago máximo.⁴⁴

Assim, sendo quando se fala em coação, seja direta ou indireta não há que se falar na presença da culpabilidade como elemento do delito sendo identificada a inexigibilidade de conduta diversa.

Nesse caso o reconhecimento e consciência sobre a licitude ou ilicitude da ação é imprescindível para caracterizar a inexigibilidade de conduta diversa ou caso contrário não existiria compreensão da norma a ser infringida e conseqüentemente não haveria coação.

Vejamos o que diz Alexandre Saraiva: “Para a exigibilidade de conduta diversa, é necessário reconhecer a possível consciência da ilicitude que é reconhecida quando o agente conhece a lei, mas realiza a conduta, entendendo que não está englobada pela mesma.”⁴⁵

Conseqüentemente para a inexigibilidade de conduta diversa, como causa supralegal que exclui a culpabilidade de conduta o conjunto probatório deve apontar para o reconhecimento da reprovabilidade da conduta realizada.

Indo ao encontro do pensamento das excludentes de culpabilidade o artigo 258 do Código de Processo Militar é claro ao afirmar que em existindo as causas que

⁴⁴ ORTEGA, Flavia Teixeira. **DA coação irresistível.** Disponível em <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/444128308/em-que-consiste-a-coacao-moral-irresistivel>. Acesso em 19 set 2018

⁴⁵ SARAIVA, Alexandre. **Código Penal Militar: comentado artigo por artigo.** 2. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 267

excluem a culpabilidade da conduta sequer poderá ser decretada prisão preventiva ao agente.

Conforme dispõe o art. 258 do CPPM, a prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar, pelas provas constantes dos autos, ter o agente praticado o fato nas condições dos arts.35 (erro de direito), 38 (coação moral irresistível e obediência hierárquica), 39 (estado de necessidade excludente da culpabilidade), 40 (coação física ou material) e 42 (excludentes de ilicitude) .⁴⁶

Ao reconhecer as excludentes de culpabilidade o delito deixa de se caracterizar, ante o conceito analítico aqui expresso.

⁴⁶ LIMA, RENATO BRASILEIRO DE **Manual de Direito Penal** São Paulo:JusPODVIM, 2015, p.973

CAPÍTULO II: O POLICIAL MILITAR

Em conformidade com o descrito no Código Penal Militar em seu artigo 22, considera-se militar aqueles que pertencem às forças armadas ou que se sujeitam a disciplina militar: “É considerada militar, para efeito da aplicação deste Código, qualquer pessoa que, em tempo de paz ou de guerra, seja incorporada às forças armadas, para nelas servir em posto, graduação, ou sujeição à disciplina militar.”⁴⁷

Por justiça militar tem-se a seguinte conceituação, considerando-a como uma das instituições mais antigas pertencentes ao ordenamento jurídico.

A Justiça Militar da União (JMU) faz parte do Poder Judiciário e tem a organização e competência previstas nos artigos 122, 123 e 124 da Constituição Federal de 1988. Ela é responsável por julgar os crimes militares definidos no Código Penal Militar.⁴⁸

Sendo uma das mais antigas organizações tem o condão de dar proteção não somente aos servidores que a compõe, mas à sociedade em geral.

A Justiça Militar é uma das mais antigas organizações judiciárias da humanidade. Antigos e históricos documentos legislativos egípcios, assírios e gregos atestam a existência de um ordenamento jurídico regulador da conduta do cidadão militar e da proteção dos interesses específicos das corporações armadas. No entanto, ainda que existisse nas civilizações muito remotas, a Justiça Militar apenas se tornou mais bem organizada após o aparecimento dos exércitos permanentes, entre os quais se destacam os romanos. A Justiça Militar teve origem, pois, dentro da própria organização militar, a princípio, com o estabelecimento de regras de conduta para os militares e com a fixação de severas sanções para quem não cumprisse tais regras. Na legislação de todos os países com instituições militares organizadas, sempre se faz presente a Justiça Militar e o Direito Militar.⁴⁹

Assim, embasado no que diz a Constituição Federal que distribui e organiza as funções e exercício de poder, quando praticado um delito militar deverá a Justiça militar processar e julgar esses casos, diante da competência que essa exerce sobre os militares.

⁴⁷ BRASIL, CÓDIGO PENAL MILITAR. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm. Acesso em 20 abr 2018

⁴⁸ BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR. Disponível em <https://www.stm.jus.br/transparencia/perguntas-frequentes>. Acesso em 25 mar 2018

⁴⁹ CARVALHO, Maria Beatriz Andrade. **A Justiça Militar Estadual: estrutura, competência e fundamentos de existência**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17546>>. Acesso em 20 set 2018.

Assim dispõe o artigo 125 do Constituição Federal, no que tange à justiça militar:

Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 3º A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juizes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes.⁵⁰

Desse modo, como os crimes militares devem ser julgados pela justiça militar os que não enquadram nesse contexto pela justiça comum que pode ser entendida como aquela justiça voltada para a maioria da população.

2.1 Obediência Hierárquica

Em se tratando de obediência hierárquica importantes são as considerações de Nucci no que tange a hierarquia:

Hierarquia é relação de Direito. Para que possa funcionar com eficiência, é preciso que exista uma escala hierárquica entre aqueles que detêm o poder de mando e seus subordinados. Nesse sentido, para que se possa falar em obediência hierárquica é preciso que “exista dependência funcionado executor da ordem dentro do serviço público, em relação a quem lhe ordenou a prática do ato delituoso. Isso quer dizer que não há relação hierárquica entre particulares, como no caso do gerente de uma agência bancária e seus subordinados, bem como tal relação inexiste nas hipóteses de temor reverencial entre pais e filhos ou mesmo entre líderes religiosos e seus fiéis.⁵¹

A hierarquia é vista como necessária para a manutenção da eficiência das corporações, especialmente de Direito Público, como assevera a seguir:

Superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função diz respeito a uma relação de Direito Público, a exemplo do que ocorre entre o delegado de polícia e seus agentes, os oficiais de patentes superiores com seus inferiores, entre o juiz de direito e o oficial de justiça *etc.* Hierarquia, portanto, é relação de Direito Público. Para que a máquina administrativa possa funcionar com eficiência, é preciso que exista uma escala hierárquica entre aqueles que detêm o poder de mando e seus subordinados.⁵²

⁵⁰ BRASIL, CONSITITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2016, p.234.

⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza **Manual de processo penal e execução penal**. 4. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.589.

⁵² GRECO, Rogério. **Código Penal comentado** 11 ed.. Rio de Janeiro: Impetus, 2017. p. 718.

A obediência ao superior hierárquico faz parte da organização da polícia militar estadual nos moldes do artigo 38 do Código Penal Militar já mencionado ao longo da pesquisa nos casos em que exclui a culpabilidade do agente.

Para Renato Brasileiro de Lima em existindo a obediência a ordem de superior hierárquico de pronto deve-se excluir a culpabilidade do agente que praticou a ação ou omissão.

a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade: como exemplos de causas excludentes da culpabilidade que autorizam a absolvição sumária, podemos citar a coação moral irresistível, obediência hierárquica ou a inexigibilidade de conduta diversa, que funciona como causa suprallegal de exclusão da culpabilidade.⁵³

Em se tratando especificamente de agente militar é preciso considerar o contido no artigo 42 da Constituição da República: “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.”⁵⁴

Nota-se, de forma evidente que a hierarquia e disciplina são os agentes que permeiam toda a instituição da Polícia Militar e Corpo de Bombeiros em todo território nacional, não deixando qualquer margem de dúvidas a esse respeito, como determinação da Lei Maior de nosso país.

O artigo 5º do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais é enfático sobre o dever de respeito a hierarquia de toda a corporação.

Art. 5º – A disciplina e a hierarquia constituem a base institucional da Polícia Militar.

§ 1º – A hierarquia é a ordem e a subordinação dos diversos postos e graduações que constituem a carreira policial militar e que investe de autoridade o de maior posto ou graduação, ou o de cargo mais elevado.

§ 2º – A disciplina se manifesta através do exato cumprimento dos deveres de cada um em todos os escalões e em todos os graus da hierarquia, quanto aos aspectos:

I – Obediência pronta às ordens dos superiores hierárquicos;

II – Rigorosa observância às prescrições regulamentares;

III – emprego de todas as energias em benefício do serviço policial militar;

IV – Correção de atitudes;

V – Colaboração espontânea à disciplina coletiva e à eficiência da Polícia Militar.⁵⁵

⁵³ LIMA, RENATO BRASILEIRO DE **Manual de Direito Penal** São Paulo: JusPODVIM, 2015, p.1298.

⁵⁴ BRASIL, CONSITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2016, p.234.

⁵⁵ BRASIL, REGULAMENTO DISCIPLINAR DA POLICIA MILITAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Disponível em <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=DEC&num=23085&ano=1983>. Acesso em 05 out 2018.

Denota-se, novamente a presença da obediência hierárquica como fator indispensável dentro da corporação militar.

Ademais, a hierarquia pode ser identificada como a conexão de ordem e subordinação do poder militar. portanto, versa na ordenação da autoridade, em diferentes planos, incluso da estrutura das Forças Armadas.

Deste modo hierarquia é a graduação em nível de subordinação que compõe uma estrutura institucional, pertencente a administração pública, como as Forças Armadas, ou mesmo dentro da esfera privada, visto que que são frequentes os exemplos de sucesso quanto aos que aceitam essa configuração de administração em seus negócios.

2.2 o Delito de recusa de obediência no Código Penal Militar

O delito de recusa de obediência encontra respaldo no Código Penal Militar, no artigo 163 que assim dispõe:

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.

Trata-se de um delito militar de insubordinação em que a recusa a ordem está relacionada à matéria de serviço militar.

Para Guilherme de Souza Nucci o crime de recusa de obediência tem a seguinte conceituação:

Recusar obedecer significa exatamente o mesmo que desobedecer ou não obedecer, motivo pelo qual o verbo correto, em nosso entendimento, deveria ter sido *desobedecer*. O objeto da não submissão do militar é a ordem de seu superior, em assuntos de serviço, mas também no tocante a dever legal, regulamentar ou de instrução.⁵⁶

Embora com significados parecidos o crime de recusa de obediência não se confunde com o crime de desobediência (artigo 301, CPM) nos casos de crime

⁵⁶ NUCCI, Guilherme de Souza **Código Penal Militar comentado**. 4. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.271

militares, ainda que tenha como tipificação a desobediência a uma norma proibitiva emanada de um comando militar.

Isso se dá devido ao fato de que na recusa de obediência a afronta se dá contra a autoridade e disciplina militares, enquanto no delito de desobediência se dá junto à administração militar.

Indo ao encontro do entendimento, Guilherme de Souza Nucci também expressa a necessidade de salientar a conduta do delito descrito pelo artigo 163 do Código Penal Militar

Difere do crime de desobediência (art. 301 do CPM), porque esta figura é voltada, basicamente, ao particular, quando se orienta contra a administração pública militar. Ademais, o tipo penal do art. 163 é mais amplo, prevendo o desrespeito a regulamentos ou instruções. De toda forma, somente se configura a infração penal se a ordem dada pelo superior tiver previsão legal; ordens ilegais não merecem cumprimento⁵⁷

O Superior Tribunal de Justiça Militar tem reconhecido essa distinção, como se verifica da jurisprudência colacionada:

EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES. ART. 163 DO CPM. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 301 DO CPM. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DO ACORDÃO RECORRIDO. Os presentes Embargos Infringentes cingem-se estritamente à tese vencida que desclassificava o crime de recusa de obediência para o crime de desobediência. Acusado se recusou a obedecer a ordem de Superior para que almoçasse na Unidade, e posteriormente comparecesse ao Hospital juntamente com o médico a fim de agilizar os procedimentos de seu retorno ao serviço. **Os delitos de desobediência e de recusa de obediência têm como norma proibitiva a conduta de desobedecer a ordem de autoridade militar. No entanto, quando essa ordem versar sobre assunto ou matéria de serviço, ou relativamente a dever imposto em lei, regulamento ou instrução, a lei apena o autor do fato com maior rigor. Na recusa de obediência afronta-se a autoridade e a disciplina militares, diferentemente do que ocorre com a desobediência, onde o bem jurídico protegido é a Administração Militar.** Comprovado nos autos que a ordem versava sobre assunto de serviço, haja vista que a confirmação da higidez do Embargante implicaria no seu retorno imediato às atividades na caserna, caracterizando, assim, o delito de recusa de obediência. Embargos rejeitados. Decisão por maioria. ⁵⁸ (Grifei)

⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza **Código Penal Militar comentado**. 4. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.271

⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal Militar. Embargos Infringentes e de Nulidade nº 7000238-77.2018.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) Marcus Vinicius Oliveira dos Santos. Data de Julgamento: 30/08/2018, Data de Publicação: 10/09/2018. Acesso em 01 out 2018.

Da simples leitura da decisão proferida é possível identificar a importância do delito de recusa de obediência dentro do comando militar que é norteado pela hierarquia de autoridades e disciplina militar.

Em outro julgado do Superior Tribunal de Justiça Militar reconhece-se a importância de manter a obediência às ordens emanadas em sede militar:

EMENTA: APELAÇÃO. DEFESA CONSTITUÍDA. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. RECUSA DE OBEDIÊNCIA. ART. 163 DO CPM. PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 88, INCISO II, ALÍNEA "A", DO CPM. NÃO CONHECIMENTO. UNANIMIDADE. MÉRITO. Tratando-se de alegação de inconstitucionalidade de dispositivo do Código Penal Militar, as supostas violações dos postulados constitucionais devem ser apreciadas na análise do mérito, sob a ótica da compatibilidade. Preliminar de inconstitucionalidade do art. 88, inciso II, alínea "a", do CPM, não conhecida. Unanimidade. Mérito. **Para a configuração do delito descrito no art. 163 do Código Penal Militar, a natureza da ordem emanada pelo superior deve estar relacionada a matéria de serviço, aí incluídas ordens relativas ao dever legal, regulamentar ou de instrução. O tipo penal em comento tutela diretamente a disciplina e a hierarquia.** O reconhecimento do estado de necessidade deve ser comprovado pela Defesa com provas idôneas e contundentes, aptas a caracterizar a inexigibilidade de conduta diversa. As provas coligidas ao longo da instrução criminal demonstram satisfatoriamente a autoria, a materialidade e a culpabilidade do Réu, não sendo possível aplicar o Princípio in dubio pro reo. **O elemento subjetivo do tipo penal descrito no art. 163 do CPM é o dolo consistente na conduta livre e consciente de recusar o cumprimento da ordem emanada de superior hierárquico.** Embora os fatos narrados na Denúncia estejam contemplados no Regulamento Disciplinar do Exército como transgressão disciplinar, quando a conduta praticada estiver tipificada em lei como crime ou contravenção penal não se caracterizará a infração administrativa. Além disso, estando tipificada a prática delituosa descrita nos autos no art. 163 do Código Penal Militar, a conduta goza de relevância penal, não sendo possível aplicar o Princípio da Intervenção Mínima. **Embora o tipo penal descrito no art. 301 do Código Penal Militar também encerre em sua conduta nuclear o verbo "desobedecer", o tipo penal no qual o Réu foi incursionado, art. 163 do referido Códex, caracteriza-se quando a recusa de obediência diz respeito a assuntos relacionados ao serviço, ou a dever legal, regulamentar ou de instrução, não sendo possível acolher a desclassificação pretendida pela Defesa.** O artigo 88, inciso II, alínea "a", do Código Penal Militar, que veda a concessão do benefício do sursis a determinados crimes dispostos no Código Penal Militar, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal. Negado provimento ao Apelo defensivo. Unanimidade. ⁵⁹ (Grifei)

⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal Militar. Apelação nº 0000055-27.2015.7.10.0010. Relator(a): Ministro(a) Cleonilson Nicácio Silva. Data de Julgamento: 08/02/2018, Data de Publicação: 07/03/2018)

Segundo esse entendimento o elemento que constitui a conduta de recusa de obediência é a intenção de desobedecer claramente a ordem emanada por superior hierárquico no que tange a seu serviço ou a uma ordem legal.

Diante disso, vistas as nuances do crime militar de desobediência diz-se há poucas formas de ter desculpas como subterfugio para a não concretização do delito, pois a obediência a ordem hierárquica superior faz parte do sistema militar como um todo, sendo reconhecida, sobretudo nos casos de excludente de ilicitude ou culpabilidade,

O dever de cumprimento de ordem legal que permeia o serviço militar e das forças armadas como um todo, é claro fazendo com que a omissão ou mesmo o excesso no cumprimento permite com que o subordinado esteja sob o crivo de norma penalizadora, com exceção das excludentes mencionadas.

2.3 A atuação do sniper

As forças armadas, sejam federais ou estaduais tem formas próprias de combate ao crime sofrendo variações conforme cada estado que é implantada atendendo as particularidades e necessidade de cada localidade.

Os Batalhões de Operações Especiais (BOPE) no estado de Minas Gerais são compostos de policiais treinados para realizar a intervenção em situações especiais e solução de incidentes críticos de alta complexidade em todo território mineiro, por meio do emprego operacional de suas equipes táticas, sendo a Equipe Snipes uma delas.

Nesse contexto a figura do *sniper* aparece com frequência tendo em vista sua atuação em missões e planejamento de operações, devido as suas diferentes funções que são: observação, coleta e transmissão de informações em tempo real, cobertura de Equipes Táticas, proteção de autoridades e, por fim, o tiro neutralização imediata ou de incapacitação instantânea, sendo esta última pouco utilizada atualmente, tornando-se imprescindível a participação de um *sniper* no planejamento de operações táticas devido aos seus conhecimentos específicos.⁶⁰

O *sniper*, também conhecido como franco atirador ou atirador de precisão se mostra como uma das alternativas táticas para que o comandante da ação, em

⁶⁰ PEREIRA, Jeferson Botelho; CARVALHO, Geraldo Guilherme Ribeiro de et al. **Aspectos jurídicos do tiro do sniper policial**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65726>>. Acesso em: 9 out. 2018.

havendo necessidade lance mão das suas habilidades a fim de neutralizar perigo, parar instantaneamente a sua capacidade motora.

Ressalte-se que o *sniper* não tem autonomia para agir a seu bel prazer, sendo imperiosa a ordem do comandante da crise para executar o tiro de alta precisão contra o perpetrador da crise, o qual está prestes a matar uma ou mais vítimas, induzindo a sua incapacitação rápida, conforme determinado pela legislação penal militar.

Para Rogerio Greco a atuação do *sniper* se releva como imprescindível no direcionamento de determinadas crises uma vez esgotadas todas as possibilidades de negociação e havendo risco de morte iminente de uma ou mais vítimas.

A partir do momento em que estão estafadas as possibilidades de negociação, de gerenciamento da crise, for dado, pelo comandante da operação, o sinal verde para ação do sniper, ele terá continuamente em enfoco duas escolhas, que conduzirão, certamente, a neutralização do agressor: Seu tiro poderá ser efetuado em direção a uma zona mortal do corpo humano, eliminando-o instantaneamente e, com isso, prevenindo sua ação criminosa apontada à vítima; ou poderá efetuar um disparo com a intenção de, tão exclusivamente, ferir o agressor desde que isso autorize o resgate protegido da vítima.⁶¹

Conforme se depreende da citação mencionada, o *sniper* em uma situação de crise, a partir do momento que recebe a ordem do comando passa a ter duas opções de atuação, conforme o caso concreto, qual seja a de atirar com o objetivo de lesionar ou de ocasionar a morte.

Nota-se que não se escolhe o que fazer sem que avalie minuciosamente o caso concreto pois, existem situações em que somente ocasionar a lesão não é o suficiente para neutralizar o perigo existente, levando o atirador a efetuar um disparo mortal.

o emprego do sniper policial consiste em ação extrema na defesa da vida, não se admitindo falhas, de modo que um disparo que não atinja a zona alvo, ou seja, não cause a incapacitação instantânea do perpetrador, colocará em risco iminente a vida dos reféns, uma vez que o agressor ainda teria condições físicas de utilizar sua arma. Tome-se como exemplo um infrator que esteja empunhando uma arma de fogo, ao sofrer o impacto causado por um disparo em área que não o incapacite instantaneamente poderia acionar a tecla do gatilho por espasmo muscular ou voluntariamente.⁶²

Diante disso é possível dizer que o tiro de neutralização contígua desferido pelo atirador de elite estabelece uma ação humana que causará a morte instantânea

⁶¹ GRECO, Rogério. **Código Penal comentado** 11 ed.. Rio de Janeiro: Impetus, 2017. p. 135.

⁶² PEREIRA, Jeferson Botelho; CARVALHO, Geraldo Guilherme Ribeiro de et al. **Aspectos jurídicos do tiro do sniper policial**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65726>>. Acesso em: 9 out. 2018.

daquele que é o causador da crise, o qual está no prenúncio de extinguir a vida de um ou mais reféns no transcorrer de um incidente crítico.

Ademais, o disparo é único por isso fundamentalmente vem delimitar a possibilidade de resultado mais gravoso, por isso vem delimitando a possibilidade de reconhecimento de excludente de culpabilidade da conduta do atirador que agiu sob ordem de superior hierárquico expressa.

CAPÍTULO III: A ATUAÇÃO DO *SNIPER* SOB O PRISMA DA EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE

3. 1A teoria de domínio do fato

No direito penal existem algumas teorias para a classificação de autor e partícipe, sendo as principais: teoria unitária, teoria restritiva, teoria extensiva e teoria do domínio do fato.

Para Rogério Greco na teoria de domínio do fato “autor é aquele que decide o *se*, o *como* e o *quando* da infração penal; é o senhor de suas decisões.”⁶³

Com entendimento sobre a teoria do domínio do fato, corroborando com a citação anterior, Cícero Robson C. Neves diz que: “autor é quem realiza a figura típica, mas também quem tem o controle da ação típica dos demais.”⁶⁴

Nessa esteira de entendimento, a tomada de decisões é imperiosa no caso concreto, sob a análise do fato em consideração ao domínio do fato.

Já que a teoria do domínio do fato está relacionada à ideia de autoria sobretudo de autoria mediata, do delito cumpre-nos estabelecer a diferença entre os conceitos de autoria, coautoria e participação, sendo considerado num primeiro momento a definição de autor:

Auxiliando nosso entendimento diz Guilherme de Souza Nucci

Prevaleceu, pois, o conceito restrito de autor, embora, dentro dessa teoria, que é objetiva, a teoria formal que diz ser o autor é quem realiza a figura típica e partícipe é aquele que comete ações fora do tipo, ficando praticamente impunes, não fosse a regra de extensão que os torna responsáveis. Atualmente, é a concepção majoritariamente

Conforme o autor mencionado a autoria de delito é objetivo, assim tem ligação direta com a tipicidade descrita no delito, ou seja, autor do crime é aquele que praticou a ação descrita como criminosa pela lei penal, seja na justiça comum ou na justiça militar.

Já a coautoria tem outra definição como preleciona Luiz Flavio Gomes:

⁶³ GRECO, Rogério. **Código Penal comentado** 11 ed.. Rio de Janeiro: Impetus, 2017. p. 178

⁶⁴ NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Manual de Direito Penal Militar** 14ª ed, São Paulo : Saraiva, p. 121.

Ocorre coautoria (no Direito penal) quando várias pessoas participam da execução do crime, realizando ou não o verbo núcleo do tipo. Todos os coautores, entretanto, possuem o domínio do fato. Todos praticam fato próprio. Enquanto o coautor participa de fato próprio, o partícipe contribui para fato alheio. Três são os requisitos da coautoria: 1) pluralidade de condutas; 2) relevância causal e jurídica de cada uma; 3) vínculo subjetivo entre os coautores (ou pelo menos de um dos coautores, com anuência ainda que tácita do outro ou dos outros coautores). A coautoria, como se vê, conta com uma parte objetiva (concretização do fato) e outra subjetiva (acordo explícito ou tácito entre os agentes).⁶⁵

No tocante a coautoria nos delitos penais fica então entendido que são os casos em que há várias condutas com relevância causal e jurídica em cada uma delas, com vínculo mesmo que subjetivo com o autor do delito.

Dentro da teoria do domínio do fato a coautoria ganha relevância, como expressa Rogerio Greco:

A teoria do domínio do fato fica mais evidente quando diversas pessoas, unidas pelo vínculo subjetivo, resolvem praticar uma mesma infração penal. Aqui, mais do que nunca, será de extrema importância saber quais são os autores e os partícipes.⁶⁶

Num outro contexto, além do autor e/ou o coautor tem-se ainda, a figura do partícipe que conforme Fernando Capez é diferente do autor visto que sua participação na ação delituosa ocorre sem que haja o cometimento do que está descrito no núcleo do verbo que tipifica a conduta.

De acordo com o que dispõe nosso Código Penal, pode-se dizer que autor é aquele que realiza a ação nuclear do tipo (o verbo), enquanto partícipe é quem, sem realizar o núcleo (verbo) do tipo, concorre de alguma maneira para a produção do resultado ou para a consumação do crime.

Feitas as diferenciações entre autoria, coautoria e participação dentro da análise de crime, é indispensável, ainda, que sejam consideradas os diferentes tipos de autoria, pois em se tratando da teoria do domínio do fato relaciona-se com a denominada autoria mediata.

⁶⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Conceito de coautoria em direito penal**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8120>>. Acesso em: 27 out. 2018.

⁶⁶ GRECO, Rogério. **Código Penal comentado** 11 ed.. Rio de Janeiro: Impetus, 2017. p. 179

Para Claus Roxin a teoria do domínio do fato tem relação com a autoria mediata de um crime, diante da existência de um autor mediato que dá as ordens sendo responsabilizado pelo ato.

é possível a existência de um autor mediato por detrás de outro plenamente responsável. O domínio da ação do executor e o domínio da vontade do homem de trás se fundem em pressupostos próprios, quais sejam – domínio da ação e domínio da organização.⁶⁷

No que pese sobre a autoria mediata é importante dizer que tem relação direta com as excludentes de ilicitude e de culpabilidade como se observa:

Em geral, há autoria mediata nos casos de coação irresistível, erro, emprego de inimputáveis ou usando pessoas acobertadas por causas de exclusão da ilicitude. Autor mediato como sendo aquele que se vale, para cometer o crime, de uma pessoa, que age sem dolo, atipicamente ou acobertado por causa de exclusão ilicitude ou culpabilidade.

Desse modo, como mencionado é possível identificar que conforme a teoria do domínio do fato que o autor é aquele que tem domínio das suas decisões, quando ligada às questões de autoria mediata passa-se ao questionamento, pois como se trata de crime militar próprio o *sniper* não tem autonomia para agir sem a ordem do comandante superior da ação emprega.

Não existe, desse modo a ação do *sniper* por livre e espontânea vontade e por isso encontra-se abarcado pela excludente de culpabilidade no momento de suas ações.

Para Bitencourt a teoria do domínio do fato tem a seguinte relação com a autoria mediata de cometimento de crime, reconhecendo a existência de uma pessoa que dá ordens, em sua concepção denominada de “controlador do executor” o qual emanada as ordens a serem cumpridas:

A teoria do domínio do fato reconhece a figura do *autor mediato*, desde que a realização da figura típica, apresente-se como obra de sua *vontade reitora*, que é reconhecido como o “homem de trás”, e controlador do executor. A teoria do domínio do fato tem as seguintes consequências: 1ª) a realização pessoal e plenamente responsável de todos os elementos do tipo fundamentam sempre a autoria; 2ª) é autor quem executa o fato utilizando a outrem como instrumento (autoria mediata); 3ª) é autor o coautor que realiza

⁶⁷ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio de hecho en derecho penal*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madri: Marcial Pons, 2000.

uma parte necessária do plano global (“domínio funcional do fato”), embora não seja um ato típico, desde que integre a resolução delitiva comum.⁶⁸

Ainda para Rogerio Greco a relação da teoria do domínio do fato com a autoria mediata como sendo o fato que se consolida por meio de outra pessoa, considerando comissivo doloso, visto que agiu diante do cumprimento de ordens.

Autor mediato é quem comete o fato punível ‘por meio de outra pessoa’, ou seja, realiza o tipo legal de um delito comissivo doloso de modo tal que, ao levar a cabo a ação típica, faz com que atue para ele um ‘intermediário’ na forma de um instrumento”. Nesse caso, para que se possa falar em autoria indireta ou mediata, será preciso que o agente detenha o controle da situação, isto é, que tenha o domínio do fato⁶⁹

Diante disso, com os ensinamentos da teoria do domínio do fato é possível dizer que o *sniper* no momento da atuação, no caso concreto depende da ordem direta do seu superior hierárquico para a tomada de decisões e por isso está amparado pela excludente de culpabilidade quando obedece a ordem de superior hierárquico.

3.2 Atuação sob a obediência hierárquica

Em conformidade com o demonstrado no capítulo II dessa dissertação, o militar encontra-se amparado pelos deveres de hierarquia e disciplina como componentes indispensáveis de sua atuação, sob pena de ser responsabilizado ante a inobservância desses critérios.

Nesse diapasão inclui-se o *sniper* que durante a operação para a qual foi designado em hipótese alguma pode se esquivar dessas observações, como afirma o Gilmar Luciano Santos:

Podemos afirmar que o policial militar que estiver no exercício da atividade de sniper, deve observar estritamente o preconizado no Código Penal Militar, além, é claro, das demais normas jurídicas militares, como decretos e resoluções⁷⁰

⁶⁸ BITENCORT, Cezar Roberto. **A teoria do domínio do fato e a autoria colateral**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2012-nov-18/cezar-bitencourt-teoria-dominio-fato-autoria-colateral>. Acesso em 18 out 2018.

⁶⁹ GRECO, Rogério. **Código Penal comentado** 11 ed.. Rio de Janeiro: Impetus, 2017. p. 179

⁷⁰ SANTOS, Gilmar Luciano. **A atuação do sniper- Prática Forense para a Justiça Militar**. Disponível em <https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/1504-Pratica-Forense-para-o-Juiz-Militar-GILMAR-LUCIANO-SANTOS.pdf>. Acesso em 18 out 2018.

Fica, portanto, a afirmativa irrefutável de que o *sniper* atue sob o comando do superior hierárquico designado para a ação, observando de forma irrestrita o que a lei penal militar dispõe.

Nessa esteira de raciocínio é de suma importância considerar o contido no Código Penal Militar que expõe no parágrafo 2º do artigo 29 que pode haver a prática criminosa por omissão entre os militares, assim dispondo:

2º- A omissão é relevante como causa quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; a quem, de outra forma assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; e a quem, com seu comportamento anterior, criou o risco de sua superveniência.

Veja que o artigo fala daquele que poderia agir e não o fez, nesse caso deve ser considerada a omissão própria ou imprópria, considerando a existência do dever legal em agir que é voltado ao militar.

A citação que se segue é possível identificar como ocorre os crimes comissivos sejam próprios ou impróprios, sendo que quando se fala em omissão própria volta-se aos delitos que são determinados por lei, portanto a omissão própria revela-se quando o agente não cumpre o que a lei determina.

Já a omissão imprópria o agente deixa de cumprir aquilo que tem por dever legal, ou seja, não cumpre a determinação legal determinada a ele.

Na Omissão Própria, que são os crimes omissivos próprios, do não se fazer o que a lei manda, consuma-se o crime. Na Omissão Imprópria, que são os crimes comissivos por omissão, há como núcleo a comissão – fazer o que a lei proíbe. Nestes crimes (comissivos por omissão) ao lado do preceito proibitivo (p. ex., não matar), existe o dever legal de agir.⁷¹

De igual maneira considera-se as citações de Cícero Robson Neves, que liga os omissivos próprios ao fato de não fazer e os omissivos impróprios de deixar de cumprir determinação legal.:

são delitos omissivos próprios aqueles cuja conduta envolve um *não fazer* típico, que pode – ou não – dar causa a um resultado naturalístico. “o sujeito

⁷¹ SANTOS, Gilmar Luciano. **A atuação do *sniper*- Prática Forense para a Justiça Militar.** Disponível em <https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/1504-Pratica-Forense-para-o-Juiz-Militar-GILMAR-LUCIANO-SANTOS.pdf>. Acesso em 18 out 2018.

se abstém de praticar um movimento tendente a obter determinado efeito útil ou deixa de impedir a atuação de forças modificadoras da realidade, possibilitando o surgimento do mal” (*Crimes comissivos por omissão*, p. 250). Exemplo: deixar o comandante de socorrer, sem justa causa, navio de guerra ou mercante, nacional ou estrangeiro, ou aeronave, em perigo, ou náufragos que hajam pedido socorro (art. 201, CPM). São crimes omissivos impróprios os que envolvem um *não fazer*, implicando a falta do dever legal de agir, contribuindo, pois, para causar o resultado. Não têm tipos específicos, gerando uma tipicidade por extensão. Para que alguém responda por um delito omissivo impróprio é preciso que tenha o dever de agir, imposto por lei, deixando de atuar, dolosa ou culposamente, auxiliando na produção do resultado. Exemplo: um policial acompanha a prática de um roubo, deixando de interferir na atividade criminosa, propositadamente, porque a vítima é seu inimigo. Responderá por roubo, na modalidade comissiva por omissão.⁷²

O autor acima citado é enfático ao afirmar que para que uma pessoa possa cometer um delito que se caracteriza por ser omissivo impróprio deve ter o dever de agir e não o faz. Esse dever é imposto por lei e simplesmente não é respeitado, seja culposa ou dolosamente.

Considerando o fato de que uma conduta verificável do agente militar, implica confrontá-la com a norma com a finalidade de avaliar-se do cumprimento ou não do mandamento dali procedido.

Desde que a omissão constitui a não execução do tal mandamento, esta pode ocorrer por meio de uma conduta positiva (na prática de uma atividade diversa da preconizada pela norma) ou negativa (na inatividade do agente), sendo esta conduta o fundamento material do juízo a ser articulado.

Num segundo momento, há de se averiguar do ajustamento de conduta à norma que motiva a norma. Assim, a valoração da conduta omissiva é um exercício difícil, diante do fato que se julga não aquilo que foi adimplido, mas o que deveria ter sido: não tendo sido concretizado o preceito apurado, a conduta é omissiva.⁷³

Em consideração a essas condutas visualiza-se que o Código Penal Militar surge com a necessidade de haver a menção da existência da hierarquia, ou seja, de um superior hierárquico nas condutas dos militares.

Designadamente em âmbito do direito militar, a demarcação da abrangência da norma incriminadora acrescenta ainda outra condicionante, que incide das características da função, e é levada em conta na investigação das circunstâncias

⁷² NEVES, Cicero Robson Coimbra. **Manual de Direito Penal Militar** 14^a ed, São Paulo : Saraiva, p. 68/69

⁷³ NEVES, Getulio Marcos Pereira **Os crimes omissivos militares**. Disponível em <http://gtneves.blogspot.com/2013/09/omissao-impropria-no-direito-penal.html>. Acesso em 29 out 2018.

fáticas da prática do delito por militar em serviço: a presença ou não, na ocorrência, de superior em condições de atuar para impedir o resultado

Novamente Gilmar Luciano Santos aduz que em se tratando do *sniper* que não cumprir a ordem de seu superior estará cometendo a conduta delituosa por omissão. “pode-se mencionar o caso de um superior que, tendo verificado que o tiro de elite é a melhor ou única solução para uma crise, deixa de dar ao *sniper* a ordem de execução. Estará cometendo, nesse caso, um crime por omissão.”⁷⁴

A manifesta ordem e o crime de desobediência ao superior hierárquico, também explanado no capítulo II dessa pesquisa demonstram que o *sniper* atua abarcado sob a excludente de culpabilidade e não de ilicitude.

Assim, por entendermos que a autoridade que emanou a ordem para o disparo letal do *sniper* fundamenta a decisão tomada, exatamente, na defesa da vida de terceiros (legítima defesa de terceiros); já o atirador de elite age em face de uma subordinação hierárquica, logo, em cumprimento de seu dever legal.⁷⁵

Essa afirmativa confirma o entendimento mencionado como marco teórico que fundamenta essa dissertação visto que o *sniper* deve atuar sob ordem manifestamente expressa com o risco que estar cometendo homicídio.

Sobressalte-se a prevenção dos excessos quando emanada a ordem manifestamente legal, nos moldes do artigo 38 do Código Penal Militar: “[...] se a ordem do superior tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso, ou há excesso nos atos ou na forma da execução, é punível também o inferior”.

A ordem manifestamente ilegal não deve ser cumprida pelo subordinado, pois, caso a cumpra, ele responderá em concurso com quem ordenou. Um bom exemplo é uma ocorrência com reféns, em que as negociações estejam fluindo bem e, no momento da rendição do sequestrador, estando este já com as mãos para cima e desarmado, o atirador receba a ordem para neutralizá-lo. Caso o *sniper* cumpra a ordem, responderá pelo crime de homicídio doloso, juntamente com quem determinou a execução do tiro⁷⁶

A vantagem de estar sob o prisma da excludente de culpabilidade e não da legítima defesa de terceiros encontra amparo no fato que mesmo que aja sem a ordem

⁷⁴ SANTOS, Gilmar Luciano. **A atuação do *sniper*- Prática Forense para a Justiça Militar.** Disponível em <https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/1504-Pratica-Forense-para-o-Juiz-Militar-GILMAR-LUCIANO-SANTOS.pdf>. Acesso em 18 out 2018.

⁷⁵ SANTOS, Gilmar Luciano. **Sniper Policial. Quem autoriza o disparo letal?** Uma análise jurídica... Primeira Edição. Belo Horizonte: Probabilis Assessoria, abril 2011, p.87

⁷⁶ SANTOS, Gilmar Luciano. **Sniper Policial. Quem autoriza o disparo letal?** Uma análise jurídica... Primeira Edição. Belo Horizonte: Probabilis Assessoria, abril 2011, p.91

manifesta de seu superior hierárquico o *sniper* estará incorrendo nas condutas delituosas da desobediência a ordem hierárquica e homicídio, pois não possui o domínio do fato no caso em que está atuando, considerando toda a pressão e condições do momento da ação.

Caso a ordem do comandante da crise dada ao sniper seja ilegal ou manifestamente ilegal responderá penalmente pelo crime de homicídio. um exemplo da ordem manifestamente ilegal dada pelo comandante, como se vê: “[...] situação na qual as negociações estão indo fluindo bem, com a liberação de vários reféns e, no momento da rendição do sequestrador, estando este já com as mãos para cima e sem arma alguma o atirador recebe a ordem para neutralizá-lo”.

Nesses casos é importante destacar que o delito de homicídio pode ser realizado por civis ou militares sendo considerado crime militar improprio, são, portanto, crimes de dupla tipicidade

Em uma negociação militar em que há a presença de um *sniper* o tiro de comprometimento é o ultimo recurso do qual o comandante lança mão para que tenha o controle da situação e não coloque em risco a vida de terceiros que se encontram envolvidos no caso.

O tiro de precisão só será realizado se necessário, observadas as situações de sua utilização, quais sejam: proporcionalidade, legalidade, conveniência e necessidade e, como já dito, deve ser autorizado pelo gerente da crise, salvo raras exceções, com condições técnicas para tal. O responsável por essa análise técnica é o comandante da Equipe *Snipes* (ouvidos os demais *snipers* quando possível) ou o sniper mais antigo na função, posicionado no local da crise.

Dissertando sobre o tiro do sniper, preleciona Greco

se esgotadas as possibilidades de negociação, de gerenciamento da crise, for dado, pelo comandante da operação, o sinal verde para atuação do sniper, ele terá sempre em foco duas alternativas, que conduzirão, certamente, a neutralização do agressor: Seu tiro poderá ser efetuado em direção a uma zona mortal do corpo humano, eliminando-o instantaneamente e, com isso, impedindo sua ação criminosa dirigida à vítima; ou poderá efetuar um disparo com a intenção de, tão somente, ferir o agressor desde que isso possibilite o resgate seguro da vítima.⁷⁷

⁷⁷ GRECO, Rogério. **Código Penal comentado** 11 ed.. Rio de Janeiro: Impetus, 2017. p. 179

Resta evidenciado, dessa maneira, que não pode haver nenhum tipo de responsabilização ao *sniper* caso ele não venha ter atitudes como o socorro à vítima em questão.

A responsabilidade passa a ser do comandante do ato, ou seja, daquele que determinou a ordem a ser cumprida, seja para realizar ou não a conduta. O *sniper* como dito não possui autonomia pra fazê-lo.

A ordem para o tiro de precisão é dada pelo gerente do incidente crítico, produzindo o denominado “sinal verde”, liberando absolutamente o *sniper*, para atuar e efetuar o devido disparo. ⁷⁸ “[...] o atirador de elite somente poderá atuar após ser dada a ordem pelo seu superior”.

Os casos em que a mídia noticiou de forma ampla demonstram que o atirador não pode atirar sem a devida autorização como, por exemplo, se verifica do “caso Eloá” em que o *sniper* não pode atirar já que não recebeu ordens para tal.

Casos emblemáticos marcaram a inação dos atiradores de elite, em virtude de não terem sido autorizadas as ordens de disparo, a exemplo do que ocorreu no Rio de Janeiro, com o sequestro dos passageiros no ônibus 174, bem como na cidade de São Paulo, que culminou com a morte da vítima Eloá, que foi atingida a tiros por seu ex-namorado, quando da invasão de sua residência pela Polícia Militar.⁷⁹

Diante disso o comandante da ação é o responsável pela atuação do *sniper* no caso concreto, devendo ser ele o responsável pelos resultados obtidos na ação, seja pela ação ou pela omissão do atirador que tem suas ações atreladas ao recebimento de ordens expressamente legais, com o risco de cometimento de crime militar que é o já dito desobediência a ordem de superior hierárquico.

⁷⁸ RECO, Rogério. **Código Penal comentado** 11 ed.. Rio de Janeiro: Impetus, 2017. p. 135

⁷⁹ PEREIRA, Jeferson Botelho; CARVALHO, Geraldo Guilherme Ribeiro de et al. **Aspectos jurídicos do tiro do sniper policial**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65726>>. Acesso em: 30 out. 2018.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do cometimento de um delito por um militar tem-se a classificação em crimes próprios, impróprios e crimes militares excepcionais.

Os crimes próprios são aqueles contidos no artigo 9º do Código Penal Militar é aquele que o sujeito ativo só pode ser o militar e a conduta está escrita prevista no Código Penal Militar. Já os crimes Militares impróprios são aqueles que o sujeito ativo pode ser tanto o militar quanto o civil, e está previsto tanto no código penal militar quanto na legislação penal comum.

O que faz a diferenciação entre crimes militares próprios e impróprios é a necessidade de entendimento que nos crimes militares impróprios não somente o militar comete, mas de igual maneira qualquer um da sociedade. Já os crimes militares próprios ou propriamente militares são exclusivos a esses e não podem ser praticados por civis.

Importante ressaltar que o civil não comete crime militar contra as forças estaduais, com exceção ao contido no Código Penal Militar no capítulo que trata dos Crimes contra o serviço militar e o dever militar. No artigo 183 está descrito o delito de insubmissão que é considerado como crime excepcional por ser crime que mesmo praticado por um civil é delito militar.

As excludentes de ilicitude encontram-se relacionadas no artigo 42 do Código Penal Militar, referenciando condutas que são permissivas sem que haja a consideração de um delito, como é o caso da legítima defesa.

O militar faz parte da corporação que tem por atribuições o resguardo da sociedade como um todo e nesse rol tem-se a atuação do *sniper* também conhecido por franco atirador, cujo papel dentro de uma operação é o de efetuar o tiro de precisão em dependendo do caso.

Frisou-se que o militar como um todo e o *sniper* tem como permissão de trabalho a disciplina e obediência à hierarquia como norte para sua atuação, sendo o crime de desobediência a ordem de superior hierárquico punível nos moldes da lei penal militar.

A atuação do *sniper*, portanto, fica condicionado a essas regras, devendo receber ordem direta de superior para realizar ou não o tiro de precisão.

Nessa esteira de entendimento é possível afirmar que, se diante do caso concreto, o *sniper* não atira por falta de ordem e a vítima venha a sofrer algum tipo de lesão ou até mesmo a morte o atirador não pode ser responsabilizado.

Essa falta de responsabilização se dá devido ao fato de não possuir o domínio do fato para decidir se atira ou não e, ainda, estar atrelado ao dever de obediência à ordem emanada por seu superior.

Assim, portanto, exclui-se, a culpabilidade ao considerar a inexigibilidade de conduta diversa do *sniper* diante do fato concreto, ao constatar que necessita de ordem direta para a sua atuação.

Não há a concordância do autor com a excludente da legítima defesa, por considerar o delito da desobediência a ordem de superior hierárquico a qual todo militar está sujeito, principalmente o *sniper*, que, repetindo, não possuía o domínio do fato no momento do ato, não havendo motivos para a sua responsabilização.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Joao. **SISTEMA DE ARMAS-SNIPERS.** Disponível em <http://sistemasdearmas.com.br/ter/sniper01intro.html>. Acesso em 21 abr 2018

ASSIS, Jorge Cesar. **Considerações sobre a Lei 13.491/17 Define crimes militares. Primeiras inquietações.** Disponível em <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/01/18/A-Lei-1349117-e-a-altera%C3%A7%C3%A3o-no-conceito-de-crime-militar-primeiras-impress%C3%B5es-%E2%80%93primeiras-inquieta%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em 14 mai 2017.

BITENCORT, Cezar Roberto. **A teoria do domínio do fato e a autoria colateral.** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2012-nov-18/cezar-bitencourt-teoria-dominio-fato-autoria-colateral>. Acesso em 18 out 2018.

BITENCOURT, César Roberto. **Manual de Direito Penal: Parte Geral.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal- Parte Geral-** v. 1 16ed. São Paulo:Saraiva.2014.

BRASIL, CÓDIGO PENAL MILITAR. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm. Acesso em 20 abr 2018

BRASIL, CONSITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL, REGULAMENTO DISCIPLINAR DA POLICIA MILITAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Disponível em <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=DEC&num=23085&ano=1983>. Acesso em 05 out 2018.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR. Disponível em <https://www.stm.jus.br/transparencia/perguntas-frequentes>. Acesso em 25 mar 2018

BRASIL. Superior Tribunal Militar. Apelação nº 0000055-27.2015.7.10.0010. Relator(a): Ministro(a) Cleonilson Nicácio Silva. Data de Julgamento: 08/02/2018, Data de Publicação: 07/03/2018)

BRASIL. Superior Tribunal Militar. Embargos Infringentes e de Nulidade nº 7000238-77.2018.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) Marcus Vinicius Oliveira dos Santos. Data de Julgamento: 30/08/2018, Data de Publicação: 10/09/2018. Acesso em 01 out 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal-Parte Geral.** v.1. 12 ed.,. São Paulo: Saraiva. 2017.

CARVALHO, Maria Beatriz Andrade. **A Justiça Militar Estadual: estrutura, competência e fundamentos de existência.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17546>>. Acesso em 20 set 2018.

GOMES, Luiz Flávio. **Conceito de coautoria em direito penal.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8120>>. Acesso em: 27 out. 2018.

GRECO, Rogério. **Código Penal comentado** 11 ed.. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral** 11 ed.. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro De **Manual de Direito Penal** São Paulo: JusPODVIM, 2015.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado: parte geral.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini **Manual de Direito Penal- parte Geral.** 25 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MORO, Talitha Simões de Aquino. **Teoria restritiva de direito e teoria do domínio de fato no direito penal.** Disponível em http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17823. Acesso em 20 abr 2018

NEVES, Cicero Robson Coimbra. **Manual de Direito Penal Militar** 14ª ed, São Paulo: Saraiva, 2015.

NEVES, Getúlio Marcos Pereira **Os crimes omissivos militares.** Disponível em <http://gtneves.blogspot.com/2013/09/omissao-impropria-no-direito-penal.html>. Acesso em 29 out 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza **Código Penal Militar comentado.** 4. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza **Manual de processo penal e execução penal.** 4. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli. **Curso de Processo Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

ORTEGA, Flavia Teixeira. **Da coação irresistível.** Disponível em <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/444128308/em-que-consiste-a-coacao-moral-irresistivel>. Acesso em 19 set 2018

PEREIRA, Jeferson Botelho; CARVALHO, Geraldo Guilherme Ribeiro de et al. **Aspectos jurídicos do tiro do sniper policial.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65726>>. Acesso em: 9 out. 2018.

POLITANO, Rafael. **Crimes militares próprios e impróprios**. Disponível em <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/192660754/crimes-militares-proprios-e-improprios>. Acesso em 11 set 2018.

PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro V.1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ROXIN, Claus. Autoría y dominio de hecho en derecho penal. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madri: Marcial Pons, 2000.

SANTOS, Gilmar Luciano. **A atuação do sniper- Prática Forense para a Justiça Militar**. Disponível em <https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/1504-Pratica-Forense-para-o-Juiz-Militar-GILMAR-LUCIANO-SANTOS.pdf>. Acesso em 18 out 2018.

SANTOS, Gilmar Luciano. Sniper Policial. **Quem autoriza o disparo letal? Uma análise jurídica**. Primeira Edição. Belo Horizonte: Probabilis Assessoria, abril 2011,

SARAIVA, Alexandre. **Código Penal Militar: comentado artigo por artigo**. 2. ed. São Paulo: Método, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro- parte geral**. v1.9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.