

HABEAS CORPUS 415

ACÓRDÃO

Vista, exposta e discutida, na forma da lei, a petição de *habeas corpus*, que a este Tribunal dirigiu o Dr. Ruy Barbosa, em favor dos pacientes: senador Eduardo Wandenkolk, capitão-tenente Huet Bacelar Pinto Guedes e 1º tenente Antão Correia da Silva, presos a bordo do vapor Júpiter, nas águas do Estado de Santa Catarina, e atualmente detidos nas fortalezas de Santa Cruz, Laje e Villegaignon, [?] as informações ministradas pelo Governo e os documentos que acompanharam as ditas informações:

Alega o impetrante como fundamento do *habeas corpus*:

Em relação ao primeiro paciente:

1º) que a formação da culpa a que foi submetido tem-se demorado depois da prisão do indiciado por mais tempo do que o prescrito na lei (Código do Processo Criminal, artigo 148, Decreto de 20 de novembro de 1871, artigos 22, § 1º, e 42, § 7º);

2º) que a qualidade de senador lhe dá o direito de defender suas imunidades parlamentares por todos os meios legítimos, inclusive o de *habeas corpus*.

Em relação aos outros pacientes:

1º) que são oficiais reformados do exército, e a reforma, restituindo-os à vida civil, isenta-os do foro militar, restrito e improrrogável, a que estão submetidos;

2º) que, devendo todos os corréus do mesmo crime ser julgados em um só processo e no mesmo juízo pelo risco de sentenças dissonantes, deverão os pacientes ser remetidos para o foro civil, no qual tem de ser julgados o primeiro paciente, por virtude de deliberação do Senado, e os paisanos, a quem este tribunal concedeu soltura em *habeas corpus* pela incompetência do foro militar.

Bem considerada, porém, a matéria alegada à vista das provas produzidas e das disposições de direito, é manifesta a sua improcedência.

Quanto ao primeiro paciente, porque:

1º) a demora havida na formação de sua culpa provém da observância do art. 20 da Constituição Federal, que comete à Câmara, de que o acusado é membro, a atribuição política de julgar previamente a procedência ou improcedência da acusação, sem cuja decisão não pode prosseguir o sumário.

Em vez de demora, há uma verdadeira suspensão da ação pública até à deliberação do corpo político, ao qual é para esse fim enviado o próprio processo da culpa, e desta deliberação é que começa o prazo, que a lei prefixa para a conclusão do mesmo processo.

2º) a tutela da garantia política, de que goza o paciente como representante da Nação, já lhe foi atendida quanto possível pelo Senado, ao qual cabe de direito e de preferência ampará-la.

Quanto aos outros pacientes, porque:

1º) Quaisquer que sejam as aspirações por uma reforma mais progressiva do direito militar pátrio, o certo é que uma jurisprudência uniforme, constante, quase secular, atestada por sem número de sentenças dos tribunais militares, resoluções de consultas do extinto Conselho de Estado, e decisões do governo, que em grande parte constituem o corpo da legislação militar, considera os oficiais reformados, posto que exonerados do serviço ativo, ainda como praças alistadas no exército, formando uma de suas classes, gozando de todas as suas isenções e privilégios, e sujeitos à jurisdição militar nos crimes militares.

Este é ainda o direito pátrio vigente.

Derivado do regimento dos governadores das armas de 1º de junho de 1678, art. 49; mantido nos alvarás de 21 de outubro de 1763, de 1º de dezembro de 1800, de 20 de dezembro de 1808, títs. 4 e 5, e de 21 de fevereiro de 1816, art. 30; recomendado na circular de 16 de junho de 1813; aceito no Código Criminal de 1830 e no [Código] de Processo Criminal de 1832; foi sempre assim entendido e executado, sem a menor contestação, pelo Conselho Supremo Militar.

O citado Reg. de 1678, concedendo como mercê aos marechais, sargentos-mores, em geral a todos os oficiais até ao posto de sargento, quer ativos, quer não, sem imitação alguma, o foro militar, ampliou-o aos cabos, reformados ou entretidos, e às praças de pré [?], mas somente enquanto servissem e não passassem a outra ocupação que não seja militar. (Av. de 27 de março de 1813).

A diferença, que o citado Reg. de 1678 estabelece, no regular a competência do foro militar, entre oficiais e praças, procede da diversidade da situação, em que se acham colocados no corpo do exército, porquanto os primeiros são oficiais de patente, vitalícios; o privilégio e o caráter militar subsistem enquanto subsiste a patente e só com

ela se extinguem; ao passo que as praças servem por tempo certo e determinado, e por conseguinte somente durante este tempo podem aspirar ao privilégio do foro.

Assim, a condição do serviço foi uma exceção aberta ao princípio geral estabelecido no Reg. e só para os cabos e praças reformados ou entretidos; e na censura de direito a exceção não pode estender-se a casos que não foram nela previstos.

A jurisdição militar, que, pelos alvarás citados, era um privilégio de classe ou uma régia mercê, perdeu este caráter depois da Constituição de 1824, que aboliu todos os privilégios não essencial e inteiramente ligados aos cargos por utilidade pública, bem como aboliu todos os foros privilegiados, com exceção apenas das causas, que, por sua natureza, devem pertencer a juízes particulares.

Mas, convertido em especial o foro até então privilegiado dos militares, não se alteraram as regras da competência senão quanto ao quadro dos crimes, que pertencem à jurisdição militar, isto é, os crimes puramente militares nos termos do art. 308 do Cód. Crim. de 1830 e da Prov. de 20 de outubro de 1834.

A Lei de 18 de setembro de 1851 ampliou o número destes crimes e estabeleceu a competência da justiça militar, fixando a regra hoje vigente de que, fora do caso de guerra externa, a jurisdição militar limita-se aos militares, isto é, aos indivíduos alistados nos corpos do exército ou da armada, abrangendo nesta disposição nem só os militares ativos, mas quaisquer outros, que façam parte das classes do exército, como são os oficiais reformados *ex vi* do Decreto 260, de 1º de dezembro de 1841, e melhor se vê das Resoluções de 4 de agosto de 1866 e de 8 de março de 1876, e dos Avisos 175 e 285, de 28 de abril e 6 de agosto de 1866.

E, embora o Decreto 108-A, de 30 de dezembro de 1890, exonerasse os reformados do ônus de todo serviço militar, não os eliminou do quadro do exército,

notando-se que o dito decreto não fez senão dar força obrigatória à jurisprudência já estabelecida, de que é último vestígio o aviso de 8 de outubro de 1888, sem embargo da qual continuou a jurisdição militar a conhecer como dantes dos crimes militares dos reformados.

O Código Comercial, abrindo no art. 2º, 2, em favor dos reformados uma exceção ao preceito proibitivo da profissão de comércio aos militares, prova que os considera militares, não obstante a reforma, porque, se esta rompe de uma vez todos os laços da vida militar e reintegra os respectivos titulares na plenitude da vida civil, aquela exceção fora pelo menos inútil, como inútil julgou o mesmo código fazê-la em relação a outros funcionários igualmente inibidos, no caso de aposentadoria.

2º) A indivisibilidade da ação pública e do juízo, conquanto seja um princípio acolhido em algumas legislações e recomendado pela sã doutrina, não foi aceito no direito pátrio.

O citado Reg. 120, de 31 de janeiro de 1842, determina no art. 245 que os militares envolvidos em rebelião ou sedição sejam remetidos para o foro militar sem embargo de continuar no civil o processo dos corréus paisanos.

Ainda mais. A Lei de 18 de setembro de 1851, última que regula a competência da Justiça Militar, prescreve expressamente que na concorrência de delinquentes civis e militares no mesmo crime militar em tempo de paz devem os militares ser julgados no foro militar e os civis no foro civil, pelo processo da Lei de 2 de julho de 1850.

Por esta forma é a própria lei que, na hipótese de que se trata, repele o princípio da indivisibilidade da ação e da unidade do juízo.

Ora, figurando entre os fatos atribuídos a estes dois pacientes alguns que os artigos de guerra do regimento de infantaria de 1763 e a Lei de 18 de setembro de 1851

consideram meramente militares, e acerca dos quais existe em sentido afirmativo contra um deles o parecer do Conselho de Investigação, que corresponde à formação da culpa no foro civil (Aviso de 9 de outubro de 1835 e Resolução de Consulta do Conselho de Estado de 17 de novembro de 1888), é óbvio que se acham reunidos dois dos elementos da competência militar, a saber — a natureza militar do crime e o caráter militar do agente; e, portanto, o processo e julgamento deles compete exclusivamente à jurisdição militar.

Nem vale invocar em contrário o art. 245 do citado Regulamento nº 120, porque, regulando este art. o caso especial de ser iniciada a culpa no foro civil e verificar-se depois que nela estão militarmente envolvidos, não pode reger a hipótese de ter sido o processo inicialmente instaurado no próprio foro militar, como ocorre, e em cujos termos nenhuma intervenção cabe à Justiça Civil, exceto o recurso de revisão.

Nestas condições, sendo o crime, pela sua índole e pela qualidade dos agentes, da alçada militar, prevalece o preceito do art. 47 do Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, que veda a concessão do *habeas corpus*.

Por este motivo, pois, negam a soltura dos pacientes; custas *ex causa*.

Supremo Tribunal Federal, 2 de setembro de 1893.

- Freitas Henriques, Presidente.

- Barradas.

- Ovídio de Loureiro.

- Faria Lemos, votei pelo fundamento de minha anterior decisão.

- José Hygino, vencido, concedi a ordem de soltura pelos seguintes fundamentos:

1º) Quer em face dos princípios gerais do direito, quer em face do nosso *jus scriptum*, os oficiais reformados devem responder no foro comum pelos delitos que cometerem fora do exercício de um emprego ou função militar.

A justiça privativa do Exército e da Armada tem a sua razão de ser na especialidade dos deveres e do serviço que incumbem aos cidadãos alistados nos seus corpos, e é conseqüente que, cessando a obrigação de servir, cesse também esta restrição ao direito comum imposta pela necessidade da disciplina militar.

Ora, o serviço militar termina pela reforma, como pela baixa e pela demissão.

Em todos estes casos o militar se acha completamente desligado do Exército ou da Armada e torna à vida civil, como um simples cidadão.

Cumpra acentuar esta diferença essencial entre o oficial em disponibilidade e o reformado: ao passo que o oficial inativo é obrigado a servir e pode ser coagido a acudir ao apelo, o reformado não faz parte das reservas do exército permanente e não lhe corre a obrigação de prestar o serviço militar, a não ser nos casos em que este dever incumbe a todos os cidadãos em geral.

O vínculo jurídico que prendia o militar ao exército fica, pois, dissolvido pela reforma, e por isso da livre vontade do reformado depende a aceitação de qualquer comissão, emprego ou função militar, não incorrendo ele em pena disciplinar ou criminal pela recusa.

Que tal é o nosso direito o reconhece nos termos os mais explícitos o Aviso

de 8 de outubro de 1888, expedido de acordo com o parecer do Conselho Supremo Militar exarado em Consulta de 28 de maio de 1887.

Essa independência do reformado em face do governo e da administração militar é a circunstância capital e decisiva para a solução da questão.

Se o reformado está isento do serviço, se não pode ser coagido a prestá-lo, em virtude de que princípio de direito responderá no foro militar por delitos que tenha cometido fora de emprego militar?

Embalde se pretende tirar argumento do soldo que o reformado percebe, da patente que ele conserva, embora sem o seu exercício, e das honras militares de que goza.

Todas estas circunstâncias são juridicamente irrelevantes para determinar a competência do foro militar.

As imperiais Resoluções de 25 de novembro de 1834 e de 9 de agosto de 1843, publicadas em provisão deste último mês e ano, bem como a consulta da Seção de Justiça do Conselho de Estado de 22 de janeiro de 1850 declaram que os soldos dos reformados são conferidos para seus alimentos, como uma tença ou pensão em remuneração de serviços.

Esses soldos, pois, remuneram serviços passados; não têm a natureza do ordenado de empregado público, não são a remuneração do trabalho atual ou eventual de um serventário do Estado.

As patentes sem o respectivo exercício e as honras militares constituem um privilégio puramente honorífico, de que não pode resultar, como efeito prático, uma tão notável restrição ao direito comum, qual a de ficarem os reformados sujeitos ao foro militar.

De tais honras gozam os oficiais reformados das extintas milícias, os reformados da Guarda Nacional, os oficiais honorários do Exército; elas foram conferidas a simples cidadãos por decreto do Governo Provisório; no antigo regime eram conferidas a todos os que pertenciam às ordens militares, sem que, entretanto, se pretendesse subordinar todas estas classes de cidadãos ao império das leis militares.

Não é sobre distinções honoríficas que se baseia a justiça militar, mas na necessidade da disciplina das forças de terra e mar, e esta por sua vez supõe o serviço e o dever dos que militam sob as bandeiras.

Destas considerações se deduz que, sob o ponto de vista jurídico, a situação dos oficiais reformados é em tudo análoga a dos empregados civis aposentados. Estes percebem como aqueles uma tença ou pensão dos cofres públicos, podem conservar o seu título e gozar das honras correspondentes; mas perdem o foro privativo ou privilegiado que o cargo lhes assegurava.

Segundo as leis da antiga organização judiciária, os desembargadores respondiam, ainda nos crimes comuns, perante o Supremo Tribunal de Justiça. O desembargador aposentado, porém, embora conservasse o seu título e as honras respectivas, devia responder no foro ordinário, porquanto o privilégio do foro é inerente aos cargos, funda-se em razões de ordem pública e não em considerações pessoais, e por consequência não pode ser graduado a quem já não está investido de autoridade nem exerce função ou emprego público.

Com maioria de razão, este princípio prevalece em relação aos reformados, tendo-se em atenção que o foro militar não é privilegiado no sentido de aumentar as garantias que o direito comum assegura aos acusados. Além de serem as penas militares mais severas de que as civis, essas garantias são notavelmente cerceadas quanto ao processo e à organização dos tribunais.

As condições modernas, admitindo juízos especiais, proíbem a justiça de exceção. Entre nós o Juízo militar não é somente *especial*, conserva ainda o caráter de *justiça de exceção*, pois assim se chama aquela que é administrada por juízes comissários nomeados *ad hoc* para conhecerem de casos concretos.

Os nossos conselhos de investigação e de guerra não são tribunais permanentes, mas verdadeiras juntas militares de nomeação do governo.

E, se o privilégio do foro não pode ser guardado aos empregados civis aposentados, muito menos pode subsistir uma justiça especial e de exceção em relação a oficiais que, pela reforma, se desligaram do Exército e voltaram à vida civil.

É esta a conclusão a que nos levam os princípios gerais do Direito. Os textos do nosso direito positivo a confirmam, como é fácil mostrar, passando em revista as principais disposições legislativas referentes a esta matéria.

O regimento de 1º de junho de 1687, § 49, tratando das tropas auxiliares, confere o privilégio do foro militar “aos cabos reformados entretenidos, enquanto servirem, vencendo seus soldos e não passarem a outra ocupação que não seja a militar”.

A palavra *cabo* na antiga linguagem significa o *oficial militar*, como mostram os dicionários de Moraes e Faria; e que neste sentido foi empregada no trecho acima

transcrito já o reconheceu a citada Consulta de 22 de janeiro de 1850, que assim se expressa: “a palavra *cabo* não só designa neste caso o oficial inferior acima do anspeçada, mas compreende também o alferes a quem o § 58 do mesmo regimento chama *cabo*”.

Nem é de supor que o legislador tenha estabelecido um *jus singulare*, uma disposição excepcional, quanto à jurisdição militar, somente a respeito dos *cabos de esquadra*.

O Regimento de 1678 firmou, pois, um princípio ou regra geral, isto é, que os reformados respondem no foro militar “enquanto bem servirem, vencendo seus soldos e não passarem a outra ocupação que não seja a de militar”.

A Circular de 16 de junho de 1813, explicando o mesmo regimento, declara, com relação aos soldados militares, que “somente gozarão do foro militar aqueles que, ao tempo de cometerem os delitos, se acharem em efetivo exercício, e não nos mais que, posto que tenham praça nos corpos de milícias que fazem serviço, não se achem contudo em exercício na ocasião do delito”. Assim, apesar de pertencerem os militares à reserva do Exército, o legislador não os privou do foro comum, quando cometessem crimes fora do *exercício efetivo*.

Não fazendo os reformados parte do Exército, com maioria de razão não devem ser processados no mesmo foro.

O mesmo pensamento da Circular de 1813 foi ampliado pelas leis orgânicas da Guarda Nacional de 18 de agosto de 1831 e 19 de setembro de 1850.

Dos arts. 66 e 134 desta última lei se vê que os oficiais da Guarda Nacional são julgados pela autoridade civil nos crimes contra a independência, integridade e dignidade da nação, contra a constituição e a forma de governo, nos de conspiração, rebelião, sedição e outros crimes comuns, e que só estão sujeitos às leis do exército de 1ª linha,

quando servem nos corpos destacados.

O direito objetivo forma um sistema; é dominado por princípios gerais que devem harmonizar-se.

A lei não pode ser mais severa para com os oficiais do Exército reformados do que para com os oficiais da Guarda Nacional, que é a reserva do mesmo Exército.

Se estes só estão sujeitos à jurisdição militar, quando em serviços nos corpos destacados, como admitir-se que os reformados, dispensados de todo o serviço e até da obrigação de servir, continuem sujeitos à mesma jurisdição?

O Código do Comércio, art. 2º, § 2º, proíbe que sejam comerciantes os militares de primeira linha de mar e terra, salvo se forem *reformados*.

O militar não pode, pois, exercer o comércio, posição incompatível com a das normas; e se, entretanto, o legislador permite que o reformado seja mercador, é que o considera como um simples particular sujeito às leis civis e consequentemente à jurisdição comum.

Segundo o art. 8º do Código do Processo e art. 6º letra *b* do Código Penal, o juízo militar é instituído para conhecer dos crimes puramente militares. A provisão de 20 de outubro de 1834 explica que os crimes meramente militares são os que constituem infração do dever militar, e que só por militares podem ser cometidos.

Ora, os reformados, enquanto não exercem cargo ou função militar, não podem cometer crimes *ut miles*.

O art. 171 do Cód. do Proc., segundo o qual “os militares por crime de *emprego militar* serão acusados no juízo de seu foro”, e o art. 155, § 3º, do mesmo código,

que firma a competência dos conselhos de investigação para processar os crimes de *responsabilidade dos empregados militares*, suscitam a mesma reflexão.

A consulta das seções de Marinha e Guerra do Conselho de Estado, de 5 de abril de 1870, aprovada pela imperial Resolução de 4 de maio do mesmo ano, interpretando este último artigo, diz:

As seções entendem que não é lícito distinguir aonde a lei não distinguiu e, portanto, as expressões genéricas — crimes de responsabilidade — compreendem todos os crimes militares ou que não são comuns; que, outrossim, as expressões genéricas — empregados militares — compreendem todos os indivíduos de classe militar, porquanto tais expressões têm um sentido excepcional, não em relação à jurisdição militar, senão em relação à jurisdição comum.

Ora, se o Juízo militar só conhece dos crimes de *emprego militar*, se estes são crimes de *responsabilidade* por infração do dever militar, os reformados não podem cometer crimes desta natureza, senão quando aceitarem cargo ou função militar.

Também a doutrina que impugno não encontra amparo nas legislações estrangeiras. Sirvam de exemplo os belos códigos franceses do Exército e da Armada, os quais não contemplam entre as classes sujeitas, em tempo de paz ou de guerra, à Justiça Militar a dos reformados. É que como explica o relatório oficial da comissão incumbida de organizar esses códigos: “la justice militaire, par la nature de son institution, n’enlève au droit commun que ce que réclament la discipline et la nécessité politique”.

E, se a disciplina e a necessidade política não pedem essa restrição ao direito comum em um Estado militarizado, como a França, com o seu formidável exército e a sua paz armada, muito menos o pedem em uma sociedade democrática e incompatível com o militarismo, como a nossa, cuja Constituição, além de proibir a guerra de conquista, é

a primeira que impõe a arbitragem como meio de salvar pacificamente os conflitos internacionais.

Sendo todos os pacientes oficiais reformados e não tendo cometido os crimes que lhe são imputados no exercício de função ou emprego militar, concluo que o foro militar é incompetente para processá-los e julgá-los.

E a incompetência do foro criminal é causa legal para a concessão do *habeas corpus*, como repetidas vezes tem sido julgado por este Tribunal.

2º) Os pacientes foram presos em flagrante?

A prisão em flagrante só pode ser legalmente constatada pelo respectivo auto lavrado de acordo com os preceitos dos arts. 131, 132 e 133 do Código do Processo. Sobre este ponto a jurisprudência se acha desde muito firmada.

Tendo sido os pacientes apreendidos a bordo do paquete Júpiter nas águas do Estado de Santa Catarina e conduzidos para o porto desta capital, cumpria que aquela formalidade substancial fosse aqui observada, nos termos do artigo 12, §§ 1º e 2º, da Lei de 20 de setembro de 1871.

O auto de prisão em flagrante muito menos podia ser dispensado em relação ao primeiro paciente, que, como senador da República, goza de imunidade de não ser preso senão com prévia licença de sua câmara ou no caso de flagrante em crime inafiançável, segundo prescreve o art. 20 da Constituição.

Esta imunidade não constitui somente um direito individual, é também um preceito do direito objetivo, uma regra do processo criminal.

O Poder Judiciário não pode, pois, considerar legal a prisão de um membro do

Congresso Federal, desde que faltem as condições estabelecidas no art. 20 da Lei constitucional.

Ora, na hipótese, faltam ambas, pois não houve prévia licença do Senado para a prisão do primeiro paciente, nem a flagrância pode ser admitida sem o auto legalmente lavrado que a devera constatar.

- Piza e Almeida. Vencido, de acordo com o voto do Sr. Ministro José Hygino.

- Aquino e Castro. Nego a impetrada ordem, porque entendo que o caso se acha compreendido na exceção do art. 47 do Decreto 848, de 11 de outubro de 1890.

- Macedo Soares. Por outros fundamentos. A conclusão do acórdão importa reconhecer em vigor o art. 47 do Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, que considero revogado pelo art. 72, § 22, da Constituição de 24 de fevereiro de 1891, *ex vi* do seu art. 83.

Com efeito, enquanto o Decreto não admite o *habeas corpus* impetrado por militares presos por crimes militares, a Constituição, sem distinguir entre militares e paisanos, admite-o para todo e qualquer *indivíduo* que sofreu ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder. Na palavra *indivíduo* compreende-se o sexo, a idade, a profissão, a nacionalidade, todos os estados do *homem* na sociedade; e seria absurdo que, liberalizada a todos os moradores do Brasil, nacionais ou estrangeiros, a garantia constitucional do *habeas corpus*, dela só fossem privados exatamente aqueles a quem a Constituição confia, de mais perto ou com mais eficácia, a defesa do solo, da integridade, liberdade e dignidade da pátria, da honra e seguridade das pessoas, da propriedade, da segurança de todos os direitos.

O *habeas corpus* compreende, pois, os militares presos por crimes militares. O contrário seria excluí-los da comunhão social, onde só teriam obrigações sem os direitos máximos e comuns consagrados na Constituição sob a denominação expressa, clara e terminante de direitos *individuais*, da pessoa física, não em razão do cargo ou da profissão. E visto que o art. 83 da Constituição só deixou em vigor as leis anteriores que a não contrariassem na letra ou no espírito, no sistema e nos princípios, segue-se que o art. 47 do Decreto nº 848 de 1890 está revogado.

Aceito as premissas do acórdão. Assim:

1º) Os oficiais reformados de terra ou de mar são militares; e é a esse título que:

a) acham-se inscritos no *Almanaque Militar* do Exército e da Armada;

b) são os seus vencimentos consignados nos orçamentos dos ministérios da Guerra e da Marinha;

c) podem ser ministros do Supremo Tribunal Militar, como já o foram do Conselho Supremo Militar de Justiça;

d) conservam suas patentes, mantendo-as em serviço;

e) vestem as fardas e trazem as armas dos seus postos;

não podem mudar da residência habitual sem licença do seu ministro;

f) podem, nos casos de guerra externa ou interna, ser obrigados a comparecer no quartel-general, em prazos certos ou quando ao governo convier;

g) embora não sejam obrigados a serviço, podem, entretanto, aceitá-lo; mas esse serviço é essencialmente militar;

h) quando presos são recolhidos a postos militares com ou sem mensagem
[?].

2º) São militares os crimes imputados aos pacientes, como concludentemente demonstrou o Sr. ministro relator.

3º) A prisão foi efetuada em flagrante delito, como se demonstra nos documentos de fls. 12 e 14v., e nos processos que acompanharam as informações do governo — fl. 18.

4º) A formação da culpa não foi ainda iniciada, porque só agora decidiu o Senado dar licença para ser processado o primeiro dos pacientes, seu membro e em cujo processo se acham incluídos os dois outros (Constituição, art. 20). Dessas premissas concludo que a prisão dos pacientes é legal.

Logo, não tem lugar a concessão de alvará de soltura.

Nem obsta a opinião do Senado, manifestada pela discussão e votação na sessão de 29 de agosto último (documento fls. 9 a 11), que é civil o foro onde devem responder os pacientes. Porquanto é regra do direito formal que cada juiz ou tribunal é o único competente para conhecer da sua jurisdição, firmando-a a ou dela declinando, e, em ambas as hipóteses, abrindo lugar a recursos, já ordinários, já extraordinários, como os conflitos, positivos ou negativos de jurisdição, com devolução para o superior legítimo. Indicar competência alheia foi exorbitância do Senado; e bastava que o juiz civil por ele indicado, em contraposição ao político ou ao militar, se desse por incompetente, para que frustradas ficassem as consequências da sua deliberação.

E foi essa a ressalva que fiz no acórdão fl. 17 em sessão de 30 de agosto, na qual provoqueei decisão do Tribunal, sobre o foro dos pacientes.

Respondeu-se-me que só depois da apresentação deles e das informações do governo sobre a natureza dos crimes poder-se-ia deliberar sobre a competência do foro, mas ficou logo determinada ela pelo Tribunal, conhecendo do *habeas corpus* e, assim, afirmando-a, como caso inconcusso de jurisdição civil, de acordo com a deliberação do Senado. Pelo que deixei de renovar a questão preliminar na sessão de hoje.

Em suma:

Sendo os pacientes oficiais militares, tendo sido presos em flagrantes crimes militares e estando justificada a demora do processo, não havia razão jurídica para se lhes conceder a impetrada soltura.

— Pereira Franco. Vencido pelos motivos expostos pelo Sr. ministro José Hygino.

- Barros Pimentel.

- Bento Lisboa.

- Andrade Pinto. Vencido na parte relativa aos pacientes capitão-tenente Pinto Guedes e 1º tenente Correia da Silva, que continuam presos militarmente, tendo-lhes concedido a soltura. Meu voto divergente na decisão do *habeas corpus*, impetrado a favor deles e do almirante Wandenkolk, fundou-se no seguinte:

1º) Havia identidade de condições entre os três pacientes na qualidade de oficiais reformados da Marinha de guerra, indiciamento criminal e prisão militar por ocasião da captura do vapor Júpiter. Diversificavam, porém, as respectivas situações judiciárias, para a consequente dependência de autoridade na prisão, estando mantidos os dois primeiros sob a Justiça Militar, e já transferido o último, que é senador da República, para a Justiça Comum, a fim de se lhe formar a culpa, em virtude de requisição do Senado e por Aviso do governo com data de 30, publicado no Diário Oficial de 31 de agosto. E, compreendidos na mesma providência deste aviso para ação do Ministério Público Federal, vão ser igualmente processados no foro comum os paisanos, que este Tribunal já mandou soltar da prisão militar por plena concessão de *habeas corpus*, e que

estão vinculados em conexão de crime e de aprisionamento com aqueles pacientes.

Não se trata de crimes *puramente militares*, isto é, que só por militares podem ser cometidos, e aos quais se referem o art. 8º do Código de Processo Criminal e o art. 6º letra *b* do Código Penal Comum, em reprodução do art. 308, § 2º, do Código Criminal de 1830. Não é também caso do art. 1º, § 5º, da Lei de 18 de setembro de 1851, para, sem distinção de militares e de não militares, tornar-se exclusiva a jurisdição militar.

2º) Sob a face jurisdicional da Justiça Civil ou da Militar tinha de ser ponderado este *habeas corpus*, como foro no dos paisanos.

Não considere resolvido preliminarmente, quer por implícito na Constituição Federal, quer por força da deliberação do Senado, segundo os argumentos aduzidos, o foro civil para o senador Wandenkolk, pois que, em minha opinião, o invocado art. 20 daquela lei suprema não contém, nas imunidades dos deputados e senadores, a de tal foro; nem nas funções, meramente políticas, das respectivas câmaras, a discricionária de determinar a jurisdição, sendo matéria de lei a competência dos juizes.

Assim que repugnaria ao preceito do art. 77 excluir do foro militar, em crimes militares, os deputados e senadores que sejam militares.

Mas a preliminar nada importa para meu voto concorde no fim requisitado pelo Senado e na face forense da respectiva decisão do acórdão.

Todavia, convém notar que o citado art. 20 dispensa a licença da respectiva Câmara para a prisão e processo criminal no caso de flagrância em crime inafiançável; que a deliberação do Senado a respeito do mencionado senador, interpretada nos devidos termos para conciliar-se com aquele outro preceito constitucional, exprime seu respeitável juízo de não concorrerem no caso dele os imprescindíveis elementos do foro

militar; e que o Senado apenas deu licença para a formação da culpa na Justiça Comum, e não resolveu a procedência da acusação, o que só tem oportunidade no sumário já instaurado até a pronúncia exclusiva.

A questão de jurisdição ficou circunscrita aos dois pacientes de prisão militar, Pinto Guedes e Correia da Silva. E minha divergência da decisão do acórdão proveio da sua doutrina sobre a indistinta alçada do foro militar para oficiais efetivos e reformados da Marinha.

3º) Entendo que, na espécie criminal deste *habeas-corpus*, descabe esse foro especial aos reformados, como são aqueles presos.

A Justiça Militar delimita-se por seus fins de realçar a honra e a coragem, e fortalecer a boa disciplina dos que compõem a organização do Exército de terra e mar no peculiar destino; sendo um privilégio e também uma judicatura mais severa do que a civil.

As leis criminais militares baseiam-se no dever militar, imposto pela disciplina, e só excepcionalmente, por necessidade da segurança e eficiência disciplinar da força nacional de guerra, ampliam-se aos desobrigados tal dever. Assim, afora o caso geral da citada Lei de 1851, a obrigatoriedade do *munus* militar constitui o característico dos crimes justificáveis militarmente.

Este princípio jurídico está consagrado no art. 77 da Constituição, assim como no art. 171, § 1º, do Código do Processo Criminal e no art. 109 da Lei de 3 de dezembro de 1841, pela reunião subjetiva e objetiva do mesmo caráter militar nos crimes para o foro militar, acentuada por este modo a delinquência na violação dos preceitos militares, somente imputável à responsabilidade congênere dos militares.

Ora a reforma militar dos oficiais elimina-os do serviço militar (como é expresso, para os da Marinha, o Decreto de 30 de dezembro de 1889 no art. 3º), e, na

desagregação de praça do Exército ou Armada, faz-lhes cessar o ofício de guerra e emancipa-os da respectiva disciplina. Portanto, são inaplicáveis aos oficiais reformados os intuitos da justiça militar e o correlato privilégio constitucional desse foro especial para os militares.

Os reformados não são *militares*, no sentido jurídico e da linguagem universal deste puro vocábulo, cabível somente aos que têm a profissão do serviço de guerra, e aos quais, neste sentido estrito de devida interpretação, se referem o art. 77 da Constituição; o art. 109 da Lei de 1841; e o artigo 1º, §§ 5º e 7º, da marcial de 1851; e diferenciam-se dos próprios militares, na analogia de alguns conservados predicamentos, pela denominação específica de *militares reformados*, para assinalar a mudança no anterior estado daqueles.

Os reformados, em razão de suas especiais habilitações, exercem empregos militares, como os paisanos em alguns, e estão sujeitos extraordinariamente, por obrigação contraída na reforma, a prestar o serviço de reserva auxiliar do Exército ou Armada, como a milícia cívica; mas, em tais casos, com a responsabilidade de empregados públicos militares e com o vínculo accidental — do serviço militar, durante a ocupação desses encargos e nessas únicas relações, ficam eles equiparados aos militares para o foro especial destes, conservada a distinta qualidade de militares reformados, a qual os isenta em tudo mais da legislação militar própria daqueles. Nestas especiais condições não estavam os três pacientes do *habeas corpus*.

A Constituição de 1824 aboliu o caráter pessoal, que, em razão das patentes e com excrescência do pensamento instituidor da Justiça Militar, imprimira no privilégio do foro militar a ordenança militar de 1º de junho de 1678, desde os sargentos até aos oficiais do último posto, para gozarem-no sempre; e deixou subsistente somente o ligado ao cargo militar por utilidade pública. *Patente* ou posto e *cargo* militares são coisas distintas; aquela é uma graduação no desempenho deste, e este consiste na incumbência de serviço militar, em que está a utilidade pública, seja prestado por simples praças, seja

por graduadas, sendo todas igualmente militares, para seu foro especial. Estes têm de perder o privilégio, como resulta aos demais forenses, quando se retiram do encargo privilegiado.

A vitaliciedade das patentes perpetua-se nos oficiais reformados para a conservação das respectivas honras, distintivos e direitos adquiridos, que são inerentes a essas patentes e não privativo do serviço militar, e para os correspondentes soldos de reminiscência dos prestados, continuando eles, por isso, somente dependentes administrativamente do governo militar; e é por causa dessas relações comuns com os efetivos que figuram em classe especial e anexa do quadro do Exército ou Armada.

A respeito dos pacientes Pinto Guedes e Correia da Silva ainda havia a ponderar:

1º) A identidade de caso com o do senador Wandenkolk, e para as mesmas razões do juízo do Senado na requisição a favor deste, a fim de ser submetido à Justiça Civil;

2º) O princípio jurídico de indivisibilidade para o julgamento deles e deste outro paciente, por não ser caso da separadora exceção do art. 109 da Lei de 1841 e art. 1º, §§ 5º e 7º, da de 1851, estatuída entre militares e não militares, visto que, como oficiais reformados, teriam todos de ser classificados em uma dessas duas categorias; e

3º) A resultante anomalia de, nas mesmas condições de criminalidade e aprisionamento no vapor Júpiter, ficaram eles sós na Justiça Militar, e os demais corréus na Civil, mais favorável para a defesa.

Assim, considerando ilegal a prisão deles debaixo de incompetente jurisdição, conforme o art. 353, § 4º, do Código do Processo Criminal, votei para a soltura dessa

prisão militar, *ad instar* da anterior concessão do *habeas corpus* a favor dos paisanos.

4º) E, quanto ao senador Wandenkolk, estou de acordo na respectiva conclusão do acórdão: sua prisão já estava convertida em civil e, a meu ver, não havia razão para deixar de reconhecê-la como legal.

Julguei improcedente o motivo de ilegalidade, alegado por seu advogado, de estar ele preso sem culpa formada, desde a captura do vapor Júpiter, com grande excesso do tempo marcado no art. 148 do citado código. 1º) Porque este artigo refere-se à prisão civil para base do prazo da formação da culpa, do processo também civil de sua única regência, e não se aplica a prisões militares, qual a sofrida pelo paciente até ser submetido à Justiça Comum por aviso do Governo com data de 30 de agosto último; e, contado desta data, de prisão feita civil o decurso do tempo para formar-se a culpa, ainda não estava terminado o prazo legal de oito dias; e 2º) Porque, quando mesmo se computasse neste prazo o tempo da prisão militar, estaria justificada a demora da formação da culpa, em virtude da exceção estatuída no próprio art. 148, por não ter sido possível formá-la senão depois do citado aviso, que, em cumprimento da requisição do Senado, declinou o paciente da Justiça Militar para a Civil.

Também julguei improcedente o diverso motivo de ilegalidade, que, aplicada aos três pacientes, foi suscitada na discussão do Tribunal, relativamente à falta do termo ou auto da prisão em flagrante, como determinam o art. 132 do citado código e o art. 12 da Lei de 20 de setembro de 1871.

São igualmente inaplicáveis às prisões militares estas disposições legais de natureza cível.

Acresce que a prisão em flagrante é um fato anterior ao referido auto, apenas solenidade para fazer constar o prevaecimento autoritário de tal espécie de prisão com o exame e sustentação da autoridade competente, conforme o art. 133 daquele código

e §§ 2º e 3º do art. 12 daquela lei; que, para a Justiça Civil, a prisão de flagrância dos pacientes já veio autenticada e constante, ao serem-lhe submetidos, por um termo militar junto às informações do *habeas corpus*, sendo esse o único meio comprobatório da prisão, que ficou feita militarmente; e que a ilegalidade da prisão em flagrante, segundo o art. 353, § 4º, do citado código, consiste somente na falta do direito de fazer essa prisão.

- Ferreira de Resende. Neguei a soltura porque, tendo os pacientes cometido alguns dos crimes previstos na Lei de 18 de setembro de 1851, tais crimes, segundo o § 5º do art. 1º da mesma lei, são sempre militarmente julgados, quando cometidos por militares, quer em tempo de guerra, quer em tempo de paz.

E que os reformados, que, segundo os Avisos de 10 e de 30 de junho de 1869, não desfrutam o seu soldo como pensão e que nem sequer podem mudar de residência sem permissão superior, são militares como os outros, não só bem o mostrou a sentença; porém, é isso o que ainda se deduz da Lei 260, de 1º de dezembro de 1841, arts. 1º e 2º do Decreto 293 de 8 de maio de 1843, art. 2º, § 1º, e até, por último, do Decreto 108-A, de 30 de dezembro de 1889; lei e decretos esses que consideram a classe dos reformados como constituindo uma das partes do Exército e da Armada.

Ora, se os reformados são parte da força armada, eles dos efetivos só se distinguem no modo de prestar o serviço. E o que é certo é que, tendo eles todas as regalias dos efetivos, tais como o soldo, as honras, a prisão especial, etc., eles não poderiam ser excluídos do foro militar, que é também regalia.

Cumpra ponderar, entretanto, que, se com efeito o foro militar foi instituído como regalia, isso não impede que também o houvesse sido com um fim político ou de ordem pública, qual o de punir muito mais severa e prontamente as infrações da disciplina, quer tenham elas de partir de oficiais efetivos, quer de oficiais reformados, os quais, como muitas vezes acontece, podem ter sobre os seus antigos comandados muito

maior prestígio do que os próprios efetivos; e que, portanto, se pudessem os reformados renunciar ao privilégio, também o poderiam fazer os efetivos, o que nunca se deu.