

HABEAS-CORPUS

A FAVOR DOS SRS.

Almirante Wandenkolk, Capitão Tenente Huet Bacellar
e Tenente Antão Correia da Silva

PETIÇÃO DIRIGIDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

PELO

Dr. Ruy Barbosa

RIO DE JANEIRO

Typographia do JORNAL DO BRASIL — Rua de Gonçalves Dias n. 54

1893



HABEAS-CORPUS

A FAVOR DOS SRS.

Almirante Wandenkolk, Capitão Tenente Huet Bacellar
e Tenente Antão Correia da Silva



PETIÇÃO DIRIGIDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

PELO

Dr. Ruy Barbosa



RIO DE JANEIRO

Typographia do JORNAL DO BRASIL — Rua de Gonçalves Dias n. 54

1893

Srs. Juizes do Supremo Tribunal Federal:

Ruy Barbosa vem impetrar-vos *habeas-corpus* a favor dos cidadãos brasileiros Eduardo Wandenkolk, Duarte Huet Bacellar Pinto Guedes e Antão Correia da Silva, senador e almirante o primeiro, os outros officiaes, todos reformados, que se acham, ha quarenta dias, presos nas fortalezas de Santa Cruz, Lage e Villegaignon, como envolvidos no incidente do *Jupiter*.

Quanto ao senador Wandenkolk, o caso está resolvido pela deliberação do senado na sessão de 28 do corrente.

O presidente da republica, em mensagem endereçada áquella camara, aos 19 deste mez, e estampada no *Diario Official* de 20 (docum. n. 1), sollicitou do senado « a necessária auctorização », para que o senador Eduardo Wandenkolk fosse « submettido a conselho de guerra. » (*Diario Official*, pag. 1.336)

Dest'arte, reconhecendo áquella das duas casas do congresso, a que pertence o paciente, a competencia, para deliberar sobre a jurisdicção, onde se deve instaurar o processo crime, o chefe do estado emittia, ao mesmo tempo, o seu conceito, presuppondo indubitavel a competencia *do fôro militar*.

A auctoridade do senado, com effeito, neste ponto, não pode soffrer questão, em presença da constituição republicana, art. 20, que resa, como sabeis:

« Os deputados e os senadores, desde que tiverem recebido diploma, até á nova eleição, não poderão ser presos, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua camara, salvo caso de flagrancia em crime inafiançavel. Neste caso, levado o processo até á pronuncia exclusive, a auctoridade processante remetterá os autos á camara respectiva, para resolver sobre a procedencia da accusação, si o accusado não optar pelo julgamento immediato.»

Na faculdade de resolver quanto á flagrancia e a inafiançabilidade, evidentemente se encerra, implicita, a de indicar a jurisdicção competente.

Em verdade,

Não ha conhecer da afiançabilidade, ou inafiançabilidade, de um crime, sem previamente capitular-o na disposição especial, cujo grau de penalidade o tem de incluir numa dessas duas classificações.

Mas precisar a disposição, em que se ha-de averbar um delicto, é declarar o codigo, commum, ou militar, por onde se julgará.

É declarar o codigo é determinar o fôro; porquanto nem a lei militar se executa na jurisdicção ordinaria, nem a lei ordinaria na jurisdicção militar.

Nem o interprete podia restringir, onde o legislador não restringiu, tratando-se, como se entende em todos os paizes constitucionaes, «não tanto de um privilegio pessoal em proveito dos membros da camara, como de uma garantia politica a bem da independencia e dignidade dos representantes da nação.» (1)

Assim, na Italia, onde aliás a disposição constitucional (art. 45 do Estatuto) não se mede em amplitude com a nossa, é corrente que «a camara tem o direito, ou melhor o dever, de sujeitar a escrupuloso exame a *indole da acção*, que se promove, em materia criminal, contra qualquer de seus membros». (2)

(1) MANCINI e GALEOTTI: *Normi ed usi del parlamento italiano*. (Roma, 1887) Pag. 521.— EUG. PIERRE: *Traité de dr. polit. électoral et parlement* (Paris, 1893), pag. 1.054-5.— CHAUFFOUR: *Chambres législatives* (Paris, 1887), pag. 376, n. 668.

(2) MANCINI e GALEOTTI: *Op. cit.* n. 644, p. 546.

Não se tracta, porém, de justificar a opinião, manifestada na mensagem presidencial, da competencia do senado para se pronunciar sobre a competencia do fôro. O certo é que aquella camara, no exercicio dos direitos de apreciação, que incontestavelmente lhe assistem, quanto aos meios de interpretar a extensão das suas immunidades, e defendel-as, usou da attribuição, que o proprio governo lhe reconhecera; mas fel-o negando a auctoridade da jurisdicção militar, e proclamando a do fôro commum.

Eis os termos, em que se traduz o acto do senado, resolvido na sessão de 28 do corrente, e publicado no *Diario Official* de 29, p. 1.518-19 (doc. n. 2).

«O Senado reconhecendo, de accordo com os fundamentos do parecer, a competencia do fôro civil, em presença do art. 20 da Constituição da Republica, perante o qual deve responder o membro do Congresso, delibera que, mediante requisição ao Poder executivo, sejam remettidos os papeis concernentes ao caso do senador almirante reformado Eduardo Wandenkolk ás justiças communs, onde se lhe deve formar a culpa, e proceder ao respectivo julgamento.»

Não esqueceréis que, antes do senado, as proprias auctoridades militares, congregadas em conselho de investigação, por ordem do governo, para syndicar do assumpto, se tinham manifestado unanimemente, no parecer que vos foi remettido pelo chefe do poder executivo, e lido, perante vós, na sessão de 9 do corrente, pela incompetencia dos tribunaes de guerra.

Moralmente nada lograria estabelecer em favor desta these presumpção mais cabal. Agora, porém, a decisão do senado, pela fatalidade dos seus effeitos constitucionaes, não pode deixar de pôr termo á questão, assegurando ao senador Wandenkolk a instauração do processo ante as justiças communs.

Mas, uma vez instituida a competencia dos tribunaes ordinarios, a situação do senador Wandenkolk coincide rigorosamente, em todos os seus pontos, com a dos quarenta e nove presos, a quem, sob requerimento do impetrante, restituistes a liberdade nas sessões de 9 e 16 do corrente.

O *habeas-corpus*, por consequencia, impõe-se aqui duplamente: já como observancia das regras usuaes, (cod. do proc., art. 340 a 353, e lei n. 2.033, de 20 de nov. de 1871, art. 18), que limitam a durabilidade da prisão antes de culpa formada (cod. do proc., art. 148; decr. de 20 de nov. de 1871, art. 22, § 1.º, e 42, § 7), não permitindo que passe, no maximo, de dezoito dias (quando os pacientes estão presos, *ha quarenta*); já em sustentação das immunidades parlamentares, uma de cujas armas, quer na Inglaterra, quer nos Estados Unidos, tem sido sempre o *writ* de *habeas-corpus*, a favor dos membros do parlamento indevidamente presos, ou mandados pôr em liberdade pela camara a que pertencem. (1)

Os dois outros pacientes, officiaes reformados como o almirante Wandendolk e presos como seus cumplices, estão precisamente na mesma hypothese que elle. Seria um escandalo de indecencia e iniquidade, portanto, si ficassem privados do fôro commum, em que o primeiro vai responder.

E em que fundamento juridico se poderia estribar o julgamento delles nos tribunaes militares?

Para determinar essa competencia de excepção, indispensavel é a concurrencia de dois elementos:

- 1.º O character militar do accusado;
- 2.º A natureza militar do crime.

E' o que estabelece o codigo penal (decr. n. 847, de 11 de out. de 1890), art. 6, prescrevendo:

« Este codigo não comprehende:

« b) Os crimes *puramente militares*, como taes declarados nas leis respectivas. »

(1) ERSKINE MAY: *A Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliam.* (ed. de 1893), p. 135. — CUSHING: *Lex Parliamentaria Americana* (ed. de 1874), p. 236, n. 587. — JEFFERSON: *Manual of Parliamentary Practice* sec. II.: «The member arrested may be discharged on motion I *Bl.*, 166; *Str.*, 990: or by *habeas-corpus* under the Federal or State authority, as the case may be.» (*Senate Manual*, Wash., 1890, p. 193).

Ora, o acto que firmou entre nós a definição de *delicto militar*, é a provisão de 20 de outubro de 1834, segundo a qual são crimes *meramente militares* todos os declarados nas leis militares, e que só PODEM SER COMMETTIDOS PELOS CIDADÃOS ALISTADOS NOS CORPOS MILITARES DO EXERCITO E DA ARMADA, COMO SÃO ; 1.º, OS que violam a santidade e religiosa observancia do juramento prestado pelos que assentam praça ; 2.º os que offendem a subordinação e boa disciplina do exercito e da armada ; 3.º os que alteram a ordem, policia e economia do serviço militar em tempo de guerra ou paz ; 4.º o excesso ou abuso de autoridade, em occasião do serviço, ou influencia de emprego não exceptuado por lei, que positivamente prive o delinquente de fôro militar. »

São militares os officiaes reformados ?

No direito francez nunca se questionou a tal respeito. Alli não se contestou jámais que « um official reformado *não pode considerar-se militar* » São palavras textuaes do DALLOZ (1), reproduzindo a linguagem commum nos tribunaes daquelle paiz. Noutro lugar, onde se refere a conselhos de guerra, diz elle, fixando-lhes a jurisdicção: « Não é applicavel aos officiaes reformados (*reformés*, ou *retraités*) ; porque *estes já não fazem parte do exercito.* » (2)

FAUSTIN HÉLIE (3) expõe como trivial e inconcussa a mesma doutrina :

« O individuo chamado a serviço e o voluntario contractado permanecem adstrictos á jurisdicção militar, *durante o tempo da incorporação. E' o facto da presença no corpo, da sujeição ao serviço, da participação nos diversos exercicios militares, que o submette á disciplina.* »

E, quatro linhas adiante :

« Do que precede, resulta pertencer a qualidade militar a todos os individuos inscriptos nos quadros do exercito e *submettidos a serviço activo.* »

(1) DALLOZ : *Organisation militaire. Répert.*, vol. XXXIV, II parte, p. 2.º50, § 646.

(2) DALLOZ : *Répert.*, vol. XXXIV, part. II, § 846.

(3) *Traité de l'instruction criminelle*, vol. V. p. 613 § 2.414.

E tal é expressamente a disposição do *codigo da justiça militar do exercito de terra*, cujo art. 56 sujeita aos conselhos de guerra os officiaes, soldados, etc., «*pendant qu'ils sont en activité de service, ou portés présens sur les contrôles de l'armée, ou detachés pour un service spécial.*» (1)

No Brasil as disposições legislativas nos conduzem com a mesma evidencia a essa conclusão.

O codigo do processo. art. 171, § 1°, exceptua da accusação perante o jury

« os militares, *por crime de emprego militar*, que serão accusados no juizo de seu fôro.»

Emfim, para não restar mais duvida alguma, a lei da compulsoria, o decreto de 30 de dezembro de 1889 (n. 108 A), art. 3°, enuncia-se assim :

« Os officiaes da armada occuparão uma das seguintes situações :

« 5°. Reforma, situação a que chega o official dispensado de todo o serviço.»

Pois bem; no proprio codigo Foster, apesar do seu character draconiano, mais truculento do que o do conde de Lippe, entra invariavelmente na definição de todos os delictos militares, do primeiro ao ultimo, como elemento substancial, como o elemento caracteristico, a condição de serem praticados por «*individuos ao serviço da marinha de guerra.*»

Ora, o reformado

não está em serviço (decr. de 30 dez. 1889) ;

não se acha *nos corpos* militares (prov. de 20 out. 1834);

não exerce emprego militar (cod. do pro.).

Logo, nos termos do codigo do processo, da provisão de 1834, do decreto de 1889, e até do odioso codigo de 1891 (que aliás não

(1) TRIPIER: *Code de justice militaire pour l'armée de terre*, p. CCCLI.

invocamos senão como argumento subsidiário), o reformado não está sujeito ao fôro militar.

Nem vale, para estabelecer uma equiparação repellida pelas leis militares dos paizes mais militarizados, allegar o soldo, que recebe o reformado, e a possibilidade eventual, em que se acha, de ser chamado a serviço. O soldo, para o reformado, corresponde, na ordem civil, á pensão para o aposentado: é um premio, por serviços anteriores; não a retribuição de serviços actuaes. E a possibilidade do chamado ao serviço não representa laço de dependencia militar, vinculo disciplinar, uma vez que é facultado ao official, a quem o convite se dirige, acudir, ou escusar-se.

Mas, ainda quando militar fosse o reformado, não se provou que sejam militares os delictos em questão, senão com disposições do codigo da armada, cuja inconstitucionalidade fulminastes.

Fostes vós mesmos que, no accordam de 16 do corrente, solemnemente declarastes:

«Que, para firmar-se a competencia do fôro da marinha, não podem ser invocadas as regras estabelecidas no codigo penal da armada de 7 de março de 1891; porquanto o dito codigo se funda no decreto de 14 de fevereiro de 1891, que auctorizou o ministerio da marinha a reformar o primeiro codigo da armada, de 5 de novembro de 1890, e uma tal auctorização não tendo sido utilizada durante o periodo do governo provisorio e dictatorial, não podia mais sel-o, como aliás o foi, no periodo constitucional;

«Que, com effeito, o art. 83 da constituição manda sómente vigorar as leis anteriores que forem compatíveis com o novo regimen, e sendo um dos principaes fundamentos da ordem constitucional a separação dos poderes e a privativa competencia do congresso para legislar, a auctorização Iégislativa, contida naquelle decreto, caducou, *ex-vi* da promulgação da constituição; faltando assim ao codigo de 7 de março toda a base legal;

«Que, não vigorando tambem o primeiro codigo penal da armada, de 5 de novembro de 1890, indefinidamente suspenso pelo decreto de 4 de fevereiro do anno seguinte, a competencia do fôro commum e a do fôro especial militar se discriminam em face das disposições do codigo penal commum e das leis militares em vigor.»

Basta regeremo-nos pelo criterio estabelecido na provisão de 20 de outubro de 1834 (e o nosso direito não conhece outro), para que se dissipem completamente as nuvens, com que as paixões e os interesses politicos se esforçaram por toldar a evidencia a esta verdade. Os delictos em questão são daquelles que «**só podem ser commettidos por cidadãos alistados nas fileiras do exercito e da armada**»?

Não. *Todos elles, estão capitulados no codigo penal commum.* As commissões reunidas de constituição, poderes e diplomacia, justiça e legislação, no senado, enumeraram, todas as capitulações, em que se têm averbado esses delictos, dizendo, no seu parecer de 23 do corrente, dado a lume no *Diario Official* de 25, p. 1429 (doc. n. 3.):

«Qualquer que seja o artigo do *codigo penal*, applicavel á especie do crime imputado ao senador almirante reformado Eduardo Wandenkolk, seja o 93, ou III, ou 115, § 4.º, nos quaes incidem os **actos praticados pelo referido senador**, estatue o maximo da penalidade exigida para a denegação da fiança.»

São, portanto, delictos perpetraveis *por civis*. Logo, nos termos da provisão de 1834, assim como nos do codigo de 1889, são julgados em face deste, processando-se nos tribunaes communs.

Mas, ainda considerando militares e sujeitos á jurisdicção militar nos delictos militares os officiaes reformados, militar não podia ser, na especie, o fôro, por não ser militar o delicto.

A coexistencia dos dois elementos (condição do individuo e caracter do acto) só se dispensa no caso unico resalvado pela lei de 18 de setembro de 1851, art. 1.º, cujos termos se circumscrevem á hypothese de GUERRA EXTERNA:

«No caso de *guerra externa* serão punidos com a pena de morte, na provincia, em que tiverem logar as operações do exercito imperial, e bem assim em territorio aliado, ou inimigo, occupado pelo mesmo exercito: 1.º os espiões; 2.º os que, nas guardas, quartéis, arsenaes, fortalezas, acampamentos, postos militares e hospitaes, tentarem seduzir as praças de 1.ª linha, policia, guarda nacional, ou quaesquer outras, que façam parte das forças do governo, tanto de mar, como de terra, afim de que desertem para o inimigo; 3.º os que nos mesmos logares acima mencionados tentarem seduzir as mesmas praças, afim de que se levantem contra o governo,

ou os seus superiores; 4.º os que atacarem sentinellas; 5.º os que entrarem nas fortalezas sem ser pelas portas e logares ordinarios. »

Admittindo, porém, hypotheticamente, a natureza militar do crime e a condição militar das pessoas, desde que estas se acham, por cumplicidade, envolvidas nesses factos com cidadãos civis, caberia ao impetrante o direito de invocar a regra de jurisprudencia penal admiravelmente elucidada por um dos illustres membros desta augusta corporação, o sr. ministro José Hygino:

« *Concederá* tambem que a reforma não isenta o official reformado das leis e do fôro militar. Neste caso, porém, prevalece o principio, consagrado no art. 109 da lei de 3 de dezembro, que autoriza o *juiz civil* a formar a culpa a paizanos e militares, separando, depois da pronuncia, os processos, para continuar cada qual no seu respectivo fôro». (1)

Quer numa, quer noutra hypothese, portanto, a situação anormal, em que se acham os dois ultimos pacientes, é indefensavel. Ainda quando militares fossem, a discriminação das competencias só principiaria com a sentença terminal do summario. Mas militares não são, pelos motivos expendidos, em apoio dos quaes invoca até o impetrante o parecer do conselho de investigação, cujos membros, sendo juizes de espada, não podem incorrer em suspeita de pretender exaggerar attribuições á auctoridade civil.

Por mais concessões, pois, que o impetrante faça contra os pacientes, a situação juridica destes, em ultima analyse, vem a se identificar á dos outros quarenta e nove detidos, a favor de quem já vos dignastes de conceder *habeas-corpus*, e que em virtude delle desfructam hoje a liberdade.

(1) *Jornal do Commercio*, 10 agosto, 1893.

Nos termos, pois, dos arts. 343 a 352 do código do processo, o petionario, affirmando a verdade do que allega, e é notorio, requer, a favor dos presos, a expedição da ordem de *habeas-corpus*, a que lhes dá direito o constrangimento illegal, que em seus direitos estão soffrendo.

Rio de Janeiro, 30 de agosto de 1893.

RUY BARBOSA.
