

Esclarecimentos preliminares sobre  
o Esboço do Código Penal para a  
Armada apresentado ao Governo da União.

*Exm. Snr. Ministro.*

I

A historia dos esforços empregados para realizar-se, no Brazil, a reforma da legislação penal applicavel ás infracções militares, está feita, de modo succinto, mas plenamente satisfactorio, pelo eminente criminalista brasileiro, DR. JOÃO VIEIRA DE ARAUJO, (1) e por Estevão Lobo (2) que poz o seu bello talento e o seu amor ao trabalho em contribuição, para dar á justiça militar do paiz feição nova e mais em harmonia com a organização social e politica dominante.

---

(1) *Direito penal do exercito e da armada*, Rio de Janeiro, 1898, pags. 6 a 10.

(2) Indicação propondo se nomeie uma commissão parlamentar para elaborar os codigos penal e processual militares, 1905.

Esses esforços ainda não se puderam concretizar em fructos, porque não cabe aqui investigar. Basta affirmar que a repetição das tentativas revela a pressão da necessidade, que mais cresce á medida que o tempo volve, distancian-do-nos das fórmulas jurídicas envelhecidas, e creando exigencias irreductiveis.

O illustrado representante do Maranhão, no Congresso Nacional, DUNSHEE DE ABRANCHES, que é além de jornalista festejado, pesquisador tenaz das cousas patrias, mostrou de modo incisivo, como os defeitos da legislação penal militar reclamavam, urgentemente, a sua remodelação (3).

Sua critica visa, particularmente, o processo, mas não deixa de patentear a necessidade indeclinavel de se reconstruirem todos os departamentos que constituem o direito penal militar substantivo e adjectivo. A recente sublevação da marinhagem dos mais poderosos vasos da Armada Nacional veiu desnudar a situação de real antinomia entre a legislação criminal e disciplinar da Marinha de Guerra e a Constituição Federal, situação que, si era conhecida nos circulos em que as questões de interesse nacional se esmerilham com desassombro, pertencia e dedicação, ainda não tivera oportunidade para ser tão rudemente ostentada aos olhos de todos.

Para mostrar-se o extremo a que chegaram as cousas, nada mais é preciso do que reproduzir aquella phrase do relatório de V. Ex., na qual a nobre franqueza denuncia a limpidez austera

---

(3) Reforma da justiça militar, Rio de Janeiro, 1910, pag. 6.

de uma consciencia, apontando algumas das causas do infortunio que a todos opprime: “a observancia absoluta das nossas leis militares só nos levará ao que temos chegado, pois os males presentes não decorrem da inobservancia das leis; originam-se dellas mesmas (4).”

Não era possivel adiar por mais tempo a reforma de uma legislação, que, por esse modo, se mostrava perturbadora e desastrosa, quando devera ser energica e organizadora. Resolvendo promover esta reforma, quiz V. Exc. dar-me a honra de nella collaborar, confiando-me o preparo de um esboço, em que os principios do direito penal, especializando-se para se adaptar ás condições da vida militar, não se desviassem da fonte real de todo o direito, que são as necessidades sociaes dominantes, e refletisse o espirito de nossa lei maxima, a Constituição Federal, porque o direito patrio, em todas as suas particularidades, ha de, forçosamente, mover-se dentro do circulo que o sentimento republicano traçou, organizando a nossa actividade livre.

Aqui apresento a V. Ex. o que fiz. Assaltam-me duvidas sobre o valor do trabalho feito; mas o desejo que tive, de acertar, sirva de escusa ás deficiencias que não pude evitar.

## II

A Constituição Brasileira julgou necessario manter a legislação penal militar ao lado da commum (5). Cortou, assim, para os legisladores

(4) *Relatorio* de 1911. Introducção, pag. 26.

(5) Arts. 72 § 21 e 77 principio.

patrios, enquanto não fôr alterado o texto constitucional, a grave controversia sustentada entre criminalistas sobre a especialização do direito penal militar. E decidiu bem a Constituição. As classes armadas, sendo os órgãos de defesa do corpo social, (6) necessitam de normas especiaes, que as tornem mais aptas para o exercicio de sua função, para a realização de sua finalidade. Acham alguns que os tempos de hoje não comportam mais a particularização do direito penal militar. Mas nenhuma razão sufficiente encontram que lhes assegure o dominio da opinião. Em França o processo Dreyfus e a laicisação do ensino provocaram uma formidavel campanha contra a jurisdicção militar, da qual haviam emanado sentenças iniquas e absurdas. Os conselhos de guerra foram apontados como odiosa sobrevivencia de escuros tempos, e exigiu-se a sua supressão, em nome da justiça e da igualdade civil. "O exercito não póde differir da nação", diziam Messiny e Maujan, "não é mais licito distinguir entre a lei militar e a civil, a justiça deve ser uma sómente". Mas não foi difficil responder-lhes Brouniols: "O exercito (7) não se oppõe á nação, a ella pede os seus recrutas, mas está sujeito ás condições proprias á sua existencia, entre as quaes está, sem duvida, como essencial, a necessidade da disciplina. Quanto á justiça, deve ser uma, em seu principio

---

(6) Constituição, art. 14, 1.<sup>a</sup> parte : As forças de terra e mar são instituições nacionaes permanentes, destinadas á defesa da patria no exterior e á manutenção das leis no interior. Veja-se ainda *Esmeraldino Bandeira, Competencia dos Tribunaes Militares, Direito*, vol. 102, pag 543.

(7) *Apud Brouniols, La suppression des conseils de guerre*, Paris, 1906, pag. 50-51.

e seus fins; mas péde sel-o, usando de fórmãs diferentes e variando suas vias de execução (8)".

Delpech quer o exercito "submettido a todos as leis constitucionaes e civis, penetrado das idéas de liberdade, progresso e justiça, sobre as quaes repousa o espirito republicano (9)". Não podemos nem devemos querer cousa diversa, mas não ha incompatibilidade entre a lei penal militar, que não é lei de excepção, mas de especialização, e essas idéas que formam a trama da organização juridica moderna. Um codigo, em nossos dias, destina-se a regular acções de paisanos ou de militares, ha de, necessariamente, ser uma expressão da justiça illuminada pela liberdade. Não póde ser, não deve ser, como supõe Vaillaint (10), um instrumento de tyrannia. Si as leis em vigor consagram idéas de um autoritarismo compressor, si os seus depositivos torturam a liberdade e fomentam o despotismo, não é porque se destinem, particularmente, a uma das camadas em que se estratificam as classes sociaes, é porque não foram bem inspiradas ou já se acham em desharmonia com a situação presente, por se terem conservado immoveis, deante de uma sociedade que vae celere desdobrando as suas forças e avançando incessantemente pela trajetoria, que o destino lhe traçou.

Na Italia os combates dados á singularização do direito penal militar por Lurcchini (11)

---

(8) e (9) Brouniols, op. cit., pags. 51 e 66.

(10) Brouniols, op. cit., pags. 51, 56 e 66.

Sobre o movimento das idéas em torno deste assumpto, na França, vejã-se além do citado Brouniols: «Bulletin de la Societé de Legislation Comparée», Mars. 1900, e *Augièr et Le Poitevin, droit penal militaire*, ns. 9 e 10.

(11) *Soldati delinquenti giudici e carnefice*, Bologna, 1884.

e Bruchi (12) originaram-se tambem de sentenças proferidas por tribunaes militares, em desaccôrdo completo com os reclamos das consciencias apuradas pela cultura moral. Entre nós, Elio Lobo, em livro forte pela convicção e pelo sentimento, sustenta a necessidade de se abolir a justiça militar (13). Mas de quanto se tem escripto a respeito resulta, apenas, o reconhecimento de uma necessidade geral e inadiavel de reforma na legislação repressiva militar. O desaparecimento desta seria obra de reacção apaixonada, não de meditado conhecimento das exigencias sociaes. Como bem diz João Vieira “a solução está no meio termo, e os adversarios do direito militar se devem contentar com que a este se imponham simplesmente limites razoaveis, que nem desnaturem a constituição do Exército, nem invadam a sociedade geral, prejudicando direitos civicos, inclusive dos proprios militares (14).

O problema é de face dupla; a legislação penal militar propriamente dita e a autonomia na organização da justiça penal militar.

Occupa-me agora sómente a primeira face, e os argumentos em que apoio a minha opinião favoravel á manutenção da lei penal militar resumem-se nos seguintes:

a) A classe militar, hoje composta simplesmente de cidadãos armados, não constitue uma superfatação no organismo nacional. É um aggregado social creado pela propria organização da vida humana em unidades nacionaes, e que necessita de condições especiaes para bem exercer

---

(12) *I tribunali militari*, Siena, 1890.

(13) Elio Lobo, *Sabres e togas*, Rio de Janeiro, 1905.

(14) *Direito Penal do exercito e armada*, Rio de Janeiro, 1898, pag. 67.

as suas funcções de defesa do paiz no exterior, e de manutenção da ordem no interior. Por isso a *força armada é essencialmente obediente, dentro dos limites da lei*, aos seus superiores hierarchicos (15); por isso está sujeita a uma *disciplina* rigorosa, que torna possíveis os movimentos promptos e regulares; por isso ainda se decretam leis *punitivas especiaes para o militar*.

Não é no interesse da classe que assim foi ella afeiçãoada; é porque se lhe *confiam a defesa* e a protecção de interesses vitaes da sociedade. Quando o militar infringe deveres do seu officio, são os interesses da sociedade que periclitam, e esta se sente melhor garantida, creando um systema repressivo que se localize dentro da propria corporação e ahi mesmo impeça a acção dissolvente do crime.

Considerada por esse angulo, a legislação penal militar é uma necessidade social, cuja satisfação é reclamada, não pela classe militar, mas pela sociedade, que, por esse modo, conserva o orgão em melhor estado de exercer a funcção, de que não pôde prescindir.

b) Para adaptar a corporação militar aos seus fins, não se serve a sociedade sómente da *obediencia essencial, da disciplina* e da repressão que asseguram essa obediencia. Suscita o *brio* e o *pundonor* caracteristicos do militar, que actuando como poderosos estimulos psychicos, levam o soldado obediente e disciplinado até ao sacrificio, até o heroismo, e offerecem uma nobre compensação ao que possa haver de oppressivo nos rigores da obediencia hierarchica.

O tecido destes elementos cria, para a mi-

---

(15) Constituição, art. 14, 2.<sup>a</sup> parte.

licia, uma cohesão mais forte, uma determinação mais accentuada de contornos, do que se encontram nas outras classes sociaes. Não é, portanto, extranhavel que os militares tenham legislação especial, quando outras classes sociaes menos cohesas, de fronteiras menos precisas, possuem um corpo de leis que lhes são proprias. Para os commerciantes ha um codigo commercial; para os industriaes vae se organizando um direito industrial, distincto do civil e do mercantil. Que muito é que para o soldado haja um direito militar, e que nesse direito haja uma parte organica e outra repressiva ?

Ha classes sociaes que têm uma criminalidade, que lhes é propria e um direito punitivo, que lhes é peculiar ; já não fallo agora da fallencia, que sendo fraudulenta ou culposa, é a fórma especial da delinquencia do commerciante, onde, como no Brazil, só os que fazem profissão do commercio se acham em condições de fallir. Quero me referir aos crimes de funcção, imprópriamente chamados de responsabilidade, que sómente por funcionarios publicos podem ser commettidos. Para esses actos puniveis ha, sempre, jurisdicção especial, fórma distincta de processo e, algumas vezes, fôro privilegiado.

Não é, pois, caso para estranheza que se destaquem e se agrupem, á parte, os crimes que os militares possam commetter no exercicio da funcção publica a elles confiada.

c) No crime militar, accentua-se mais o particularismo. Na delinquencia das outras classes, a variedade das fórmãs não attinge á parte nuclear do crime, a sua natureza. Na criminalidade militar, a differenciação começa de mais

longe. Ha nella o que João Vieira denomina *anomalias* (16), elementos caracteristicos, que a distinguem da massa geral dos crimes communs. Si o soldado não é uma simples machina humana, movendo-se ao arbitrio do superior, si a sua obediencia se origina da lei e na lei encontra limites, isenta-o de responsabilidade, em casos em que não isentaria o civil, segundo se pôde ver do art. 22 do Codigo Penal da Armada, *in fine*, e da lição dos commentadores (17). Essa mesma obediencia lhe é imposta com tal rigor, por assim o exigirem as necessidades sociaes, que a penalidade militar se ergue severa e minaz para assegurar-a, creando com a insubmissão e a insubordinação categorias especiaes de crimes.

A pressão de ameaças, a embriaguez e a menoridade não constituem attenuantes para o crime militar. A deserção se não confunde com o abandono do emprego, porque neste ha simplesmente um desleixo a punir, uma falta de exacção no cumprimento do dever, segundo a denominação de nosso Codigo Penal, que lhe commina a pena de suspensão do mesmo emprego por certo tempo, com o acrescimo de multa pouco avultada (art. 211); na deserção, como o dever se impõe mais rigoroso, relativamente á funcção publica exercida pelo soldado, a falta é mais grave, toma a feição de uma deslealdade para com a patria, e é punida mais severamente. A ausencia de sentimentos sociaes é mais consideravel no desertor, e por isso a defesa do bem publico se manifesta por uma reacção repressiva mais energica.

---

(16) «Direito penal do exercito e da armada», pags. 94-104

(17) JOÃO VIEIRA, op. cit., pag. 97; MACEDO SOARES «Codigo Penal Militar», Rio de Janeiro, 1903, pags. 36 e 37

## III

Ha, portanto, um crime militar. Como defini-lo? Uns o caracterizam pela pessoa do delinquente, outros pela circumstancia do lugar e outros pela violação do dever funcional (18). As nossas leis não offercem indicações muito seguras. A provisão de 28 de outubro de 1834 considera crimes militares: 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 armada; 3.º os que alteram a ordem, policia e economia do serviço militar, em tempo de guerra ou paz; e 4.º, o excesso ou abuso da autoridade, em occasião do serviço ou influencia de emprego militar, não exceptuados por lei, que, positivamente, prive o delinquente do fôro militar. A enumeração da lei n. 631, de 18 de setembro de 1851, não coincide com a da citada lei de 1834.

Para a lei de 1851 são crimes militares em tempo de guerra interna ou externa: 1.º, espiar; 2.º, induzir praça a desertar para o inimigo; 3.º, seduzir praças para que se levantem contra o Governo ou seus superiores: 4.º, atacar senti-

---

(18) Vejam-se : RUY BARBOSA, Parecer, no Direito, vol. 96. pags 49 e seguintes; JOÃO VIEIRA, op. cit., pags. 69 a 78; HELIO LOBO, op. cit., pags. 50 a 57; ESERALDINO BANDEIRA, Direito, vol. 102, pag. 545; THOMAZ ALVES, Direito Militar, 1866, 2, pags. 133 a 135; MACEDO SOARES, op. cit., pags. 17 a 21; CASTELLO BRANCO, Consultor militar, vb. Foro militar; SETTI, L'esercito e la sua criminalità, Milano, 1886; BROWNIOIS, op. cit., pags. 178 e 258 a 264; GRONOW und SOHL, Militaergesetzbuch, 1906, pags. 7; F. VON LISZT, Tratado de direito penal, 2, § 201; HECKER, Militaergesetzbuch 1887.

nellas; 5.º, entrar em fortalezas por logares que não sejam os de ingresso ordinario; 6.º, os crimes commettidos por militares em territorio nacional, onde se applicam as leis da guerra, ou em territorio inimigo ou alliado, que o Exército brasileiro occupar.

A synthese da primeira lei é mais comprehensiva, apresenta uma classificação mais exacta e deixa resahir de seu contexto um conceito mais verdadeiro do crime militar do que a analyse da segunda.

Todavia é pouco precisa e permite que se formem duvidas.

A resolução de 13 de outubro de 1858 manda sujeitar ao fôro militar todos os crimes de militares contra os seus camaradas. Vae-se aqui accentuando a caracterização do *crime ratione personæ*, que iniciara a lei de 1851; mas é com a resolução de 12 de Janeiro de 1857 (aviso n. 128, de 27 de março de 1867) que esse pensamento adquire sua feição definitiva, doutrinando-se, então, que a jurisdição militar tem por base a qualidade da pessoa e, só por excepção, a circumstancia do logar e a natureza do delicto. Desta doutrina aberrante dos bons principios pôde, entretanto, o aviso n. 56, de 28 de agosto de 1884, extrahir um criterio exacto: "para que o crime seja militar é necessario o concurso simultaneo de duas condições: ser o delinquente militar e o crime militar por sua natureza ou por alguma razão especial".

Mas em que consiste a natureza militar do delicto? Os romanos haviam dito: *proprium militare est delictum quod quis uti milites admitti* (19)

---

(19) D., 49, 16, 2.

crime propriamente militar é o que alguém commette na qualidade militar. É um crime funcional; é a infracção do dever militar; *quod aliter quam disciplina communis exigit committitur, veluti segnitia crimen, vel contumacia vel desidia* (20).

Estes são os crimes propriamente militares, a cuja classe pertencem a deserção, a cobardia, a desobediencia e a insubordinação, *que offendem a propria instituição militar nas suas condições de vida e nos seus meios de acção.*

Outros ha que, embora civis na sua essencia, assumem feição militar, por serem commettidos por militares em suas funcções.

*São violações da lei, ferindo directamente interesses sociaes confiados a administração militar ou que acarretam damno ao serviço.*

Estará exgottada a especie? Não; porque em alguns casos especionaes, em estado de guerra, é forçoso assimilar aos delictos militares os *perpetrados por paisanos temporariamente aggregados ás forças regulares em operação.* É o caso, por exemplo, das violações de ordens impostas aos conductores de navios comboiados.

Assim, os delictos militares distribuem-se, naturalmente em tres grupos:

- 1.º, crimes essencialmente militares;
- 2.º, crimes militares por comprehensão normal da funcção militar;
- 3.º, crimes accidentalmente militares.

Esta classificação quer me parecer que se não desvia das indicações que V. Exc. se dignou offerecer-me na carta em que esclareceu o seu pensamento a respeito da remodelação da lei militar. Dizia então, V. Ex.: «Só são delictos militares

os que não forem communs, ou, melhor, delicto militar não é, simplesmente, o crime commettido por militar, mas o que só póde ser commettido por militar, em razão da profissão especial que exerce". E, em seguida, accrescentava que as disposições da lei penal militar também deviam applicar-se aos "que, temporariamente, prestam serviço em navio da Armada, como os praticos, pilotos, etc., e os que servirem em embarcações temporariamente aggregados á força naval ou sob sua directa protecção" (21). O art. 77 da Constituição, na sua parte inicial, nada contém, igualmente, que se opponha á classificação proposta.

Determina esse dispositivo constitucional que "os militares de terra e mar terão fôro especial nos delictos militares."

Nenhuma duvida póde haver quanto aos actos puniveis dos dous primeiros grupos, que são delictos funcionaes. E, quanto aos do terceiro grupo, desapparecerá a duvida ao considerarmos que os delinquentes infringiram a lei militar, a que se achavam, temporariamente, submettidos.

#### IV

O plano do *Esboço* obedeceu a duas idéas directoras:

a) não articular sinão delictos militares; b) considerando o direito penal militar uma especialização do commum, não incluir, no respectivo

---

(21) Veja-se a Introducção do Relatorio de 1911, pags. 29 e 30.

Código, os principios geraes, cujo logar proprio é no Código commum, excepção daquelles preceitos em que o direito especial modificar o commum.

Os arts. 1 e 6 do *Esboço* denunciam essas idéas, o primeiro declarando que as infracções da lei penal da Armada serão o objecto do Código e o segundo mandando applicar ao direito penal da Armada as disposições do Código Penal Commum, relativas ao crime, á pena e á rehabilitação do criminoso, com as modificações constantes da lei particular. Quer isto dizer que toda a parte geral do Código Penal Commum domina o da Armada e se considera a elle incorporada, para ser applicada, quando fôr occasião.

Foi este o methodo adoptado pelo *Militärstrafgesetzbuch* e pelo Código Penal militar holandez, obra de um eminente jurista, o Sr. Hoeven, professor da Universidade de Leyde. O código actual preferiu o systema dos italianos que reproduzem, inultimente, muitas prescripções, que, devendo applicar-se ao crime commum e ao militar, no Código Commum se acham melhor collocadas. Além disso, querendo-se apresentar a lei penal militar não como de excepção, porém como uma especialização do direito commum, mais adequadamente se fará sentir esse intuito, si forem mantidos os pontos de anastomose em que os preceitos da lei singular se ligam aos da lei geral, si não fôr esta apresentada como um corpo autonomo.

Outro pensamento que presidiu ao plano do *Esboço* foi o de separar nitidamente as disposições destinadas ao estado de paz e as destinadas especialmente ao estado de guerra. Podia ser obtida essa discriminação por uma declara-

ção adicional ao lado de cada dispositivo; mas pareceu que por esse modo os dous momentos não ficariam tão bem accentuados quanto si os dispositivos referentes a cada um delles se fossem agrupar em titulos differentes.

Todavia, como a par da anormalidade da guerra, e apezar della, subsistem regras geraes estabelecidas para qualquer tempo, ficou estatuido que essas vigorariam durante o estado bellico.

Não tiveram ingresso no *Esboço* os crimes politicos pela razão simplissima de não serem militares. O Codigo vigente (arts. 74 a 78 e 87 a 92) consigna penas contra os crimes que atacam a existencia e a segurança da Republica. Foi um erro de classificação e um desvio do preceito constitucional (art. 60, letra *i*), que submete os crimes politicos á jurisdicção dos tribunaes federaes communs. A Constituição limitou-se a essa determinação, deixando á lei ordinaria o encargo de declarar quaes eram os crimes considerados politicos, de accôrdo com a doutrina vencedora. O decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, art. 15, letra *i*, completando o pensamento da Constituição, prescreve: «Compete aos juizes de secção processar e julgar os crimes politicos classificados pelo Codigo Penal, no livro 2.º, titulo 1.º, e seus capitulos, e titulo 2.º, capitulo 1.º.» Isto é, são crimes politicos em face da lei os que se acham articulados no Codigo Penal de ns. 87 a 127 (22). Si houve, a principio, hesitação nos espiritos sobre se esses crimes se tornavam militares,

---

(22) O Accordão do Supremo Tribunal Federal, de 16 de fevereiro de 1898, accrescenta os crimes especificados nos arts. 118 a 123, mas sem razão sufficiente (João Vieira, *Cod. Penal* interpretado, vol. 1, pag. 25.)

quando commettidos por militares, hoje dissiparam-se todas as duvidas e a doutrina, apoiada pela jurisprudencia, enveredou pelo bom caminho. Os militares, quando delinquem politicamente, não attentam contra as condições de vida ou contra os meios de acção do Exercito ou da Armada, não commettem um crime funcional; agem como cidadãos activos que deliberam seja destruir ou alterar a organização constitucional do paiz, seja impedir o livre exercicio dos poderes politicos.

Si, para attingirem os seus fins, rompem com a disciplina, este facto, então accidental é secundario, é absorvido pela predominancia do facto substancial e principal.

## V

Farei algumas observações sobre os dispositivos, que se destinem a firmar doutrina ou a solver controversias, ou que, por outras razões, devam despertar maior interesse.

Titulo 1.º, capitulo 1.º, *da lei penal militar e da sua applicação.*

Art 1.º Offerece este artigo uma definição legal do crime militar: *é a infracção da lei penal militar.* Quem póde infringir essa lei é sómente o militar; mas não basta a categoria do agente, para caracterizar o crime. As violações da lei penal commum não perdem o seu character quando commettidas por militares. Por isso, como determina o art. 2.º, a competencia dos tribunaes militares é especial e restricta aos crimes previstos na lei penal militar.

O art. 2.º acrescenta, reproduzindo idéa contida no preceito da Constituição, art. 72, § 15, que as penas estabelecidas no Código Penal da Armada, sómente em virtude de sentença do tribunal competente, podem ser applicadas. Não pareça ociosa semelhante prevenção, porque a citada clausula constitucional a consagra. Além de que a idéa é apresentada, no *Esboço*, sob outra fórma, ella pertence ao numero daquellas que devem andar gravadas um pouco, por toda parte, para que possam ver todos os olhos, e dellas se compenetrem os corações, si é possível, mais ainda que as intelligencias.

Estabelece o art. 3.º a ultra territorialidade da lei penal militar.

Não cogita este dispositivo de crimes commettidos a bordo de navios da Armada Brasileira, quando em aguas estrangeiras, porque esses se consideram commettidos no Brazil. Refere-se ás violações da lei penal militar do Brazil, perpetradas por militares brasileiros que se achem, no estrangeiro, a serviço, de licença, para estudos, em qualquer situação, em que se possa estabelecer collisão entre o procedimento do individuo e o dever que lhe impõe a norma legal.

O Código Penal Militar da marinha italiana, art. 22, e o neerlandez, art. 4.º, dispõem de modo semelhante. O allemão, art. 7.º limita esta ampliação da lei penal aos militares em serviço. No art. 4.º declaram-se as pessoas a que se applicam as prescripções do Código, segundo a boa doutrina exposta no *relatorio* (23) apresentado por V. Ex. ao Exm. Sr. Presidente da Republica.

Art. 10. A primeira parte deste artigo teve por fonte o art. 20 do Código Penal Militar dos Países-Baixos. Commentando-o, faz o general *Verspyck* a observação de que o direito da guerra, sendo, em grande parte convencional, e, no restante, consuetudinário, não offerece base estável para as comminações penaes; por isso é necessario deixar ao juiz militar a faculdade de apreciar, em cada caso, se houve applicação desse direito no acto, em favor do qual se invoca essa excusante (24). Resulta dessa circumstancia uma fórmula intencionalmente pouco precisa.

Não permite ella, entretanto, ao commandante de navio ou de força, o direito de legislar como presuppunha o Projecto de 1890, art. 1.º, § 2.º (25). A guerra, em nossos dias, não é o reinado da violencia e do arbitrio, não desmantela a organização constitucional do paiz.

E como, entre nós, a Constituição em caso algum desloca o poder de legislar do Congresso para o general em chefe, o Exército e a Armada, quando em pé de guerra, estão ainda submettidos ao imperio da Constituição, excepto quanto ás garantias individuaes, ás formalidades assecuratorias dos direitos que se suspendem nessas graves emergencias, em que a existencia ou a integridade da Republica se acha ameaçada.

No paragrapho unico deste artigo aproveitou-se a opportunidade para deixar esclarecido o que se devia entender por *tempo de guerra*.

---

(24) *Annuaire de législation étrangère*, 1904, pag 332.

(25) Em *tempo de guerra* ou em *estado de sitio*, dizia o *Projecto*, no logar citado, o general em chefe e o commandante de um corpo do exercito, de praça ou fortaleza, quando sitiado e sem communicação com o general em chefe, poderão publicar ordens e regulamentos que terão força de lei na circumscriptão de seu commando.

Não sómente os actos puniveis assumem gravidade maior, quando as forças vitaes do paiz se congregam para defender a existencia do organismo social ou repellir uma aggressão, como, durante essa quadra anormal, os perigos que cercam as forças armadas, de cuja sorte depende a do paiz, exigem as mais enérgicas providencias e um systema de defeza penal de efficacia correspondente ás necessidades do momento.

Os codigos militares da Italia (maritimo, arts. 272 e 274, terrestre, arts. 243 e 244) declaram que o estado de guerra, suas condições e sua periphèria se determinam por decreto real. Na Hollanda, o Codigo Penal Commum, art. 87, diz que ha estado de guerra, desde que toda a milícia de terra ou parte della é, extraordinariamente, chamada ás armas pelo chefe do Estado. E o Codigo Penal Militar accrescenta quatro casos, em que se considera haver estado de guerra, para uma determinada parte da força militar, sem que, realmente, exista guerra, segundo o conceito do direito publico internacional:

1.º, quando essa força recebe ordem para expedição militar, nas colonias:

2.º, ou para combater piratas, actualmente nas colonias;

3.º, ou para assegurar a neutralidade do paiz ;

4.º, ou para combater uma agitação insurreccional, (26). O Codigo Penal militar allemão, art. 9.º, assim se expressa: "As disposições, que este Codigo estabelece, com referencia aos actos

---

(26) *Annuaire* cit., pag. 343. Ver as annotações do general Verspyck.

puniveis praticados em campanha (27), leis de guerra, applicam-se :

1.º durante o estado de mobilisação do exercito, da marinha ou de uma parte daquella ou desta.

2.º durante o estado de guerra declarado por disposição de lei, na região nella determinada ;

3.º, durante uma sublevação, motim ou operação bellica, em relação ás tropas ás quaes o commandante faz saber que se applicam as leis da guerra ;

4.º, aos prisioneiros de guerra, em relação aos quaes o commandante superior da região faz saber que se applicam ás leis de guerra. Na França, a expressão *em tempo de guerra* significa o tempo em que o Estado se acha em guerra com uma potencia estrangeira, quer o theatro da luta seja no territorio francez, quer fóra d'elle. O estado de sitio, declarado por motivos politicos, insurreição e rebellião, não se considera estado legitimo de guerra, e, por isso, não autoriza applicação das leis penaes decretadas para esse tempo (28).

Em rigor assim é ; porém não attenderia á realidade das cousas o legislador que esquecesse o abalo moral produzido pela guerra civil, que não provesse oCodigo Penal de medidas exceptionaes, applicaveis num momento caliginoso, em que a ordem social ameaça dissolver-se.

---

(27) Im Feld, diz o Codigo neste artigo. Em outros usa da expressão *ver dem Feind*, na presença do inimigo. Uma e outra equivalem á locução *em tempo de guerra*. Na ordenança militar, porém, as palavras—em campanha—teem significação mais restricta. (E von Gronow und G. Sohl, ao cit. art.)

(28) Augier et le Poitvin, Paris, 1906, pag. 379 e 469.

E como os systemas adoptados pelos outros paizes, a cuja legislação acabo de me referir, não se accommodavam bem ao nosso regimen constitucional, forçoso foi procurar outra solução.

Ha tempo de guerra, para os effeitos do Codigo Penal da Armada;

1.º, durante uma guerra externa, desde a sua declaração até o estabelecimento da paz;

2.º, em caso de commoção interna, enquanto perdurar a luta armada, entre os rebeldes e as forças legaes, si assim for declarado por decreto do Poder Legislativo Federal.

Para a Coustituição, todas as guerras internacionaes devem ser declaradas, ou o sejam pelo Presidente da Republica autorizado nos termos dos arts. 34, n. 11, e 48, n. 7, com a razoavel antecedencia, que o direito internacional exige, ou sejam sem essa autorização, nos casos do art. 48, n. 8 (*declarar immediatamente a guerra nos casos de invasão ou aggressão estrangeira*). Por isso em qualquer hypothese, podemos considerar existente o estado de guerra, desde o momento em que esta foi declarada até que a paz se restabeleça, pela cessação effectiva das hostilidades, ou pelo ajuste da paz, ainda que simplesmente preliminar. O n. 2 do paragrapho unico do art. 10 toca em uma questão de direito constitucional patrio, ainda não sufficientemente elucidada. A Coustituição confere ao Congresso (art. 34, n. 21) o poder de declarar em estado de sitio um ou mais pontos do territorio nacional, na emergencia de aggressão por forças estrangeiras ou de commoção interna.

E no art. 80 define o que se deve entender por estado de sitio politico: *E' a suppressão das garantias constitucionaes, por tempo determinado,*

quando a segurança da Republica o exigir, em caso de aggressão estrangeira ou commoção intestina.

Para o fim, que agora tenho em vista, não é preciso estudar a natureza, os efeitos e a extensão dessa medida excepcional. Aliás esse estudo já foi feito, magistralmente, por JOÃO BARBALHO (29) e RUY BARBOSA (30). O que interessa examinar, neste momento, é simplesmente, si, em caso de commoção intestina, póde o Congresso, usando de sua faculdade de decretar o estado de sitio, mandar applicar as leis penaes estabelecidas para o estado de guerra. Parece-me isto possivel e constitucionalmente licito. O estado de sitio importa a suspensão das garantias constitucionaes, e, dentro desse quadro juridico, ha espaço bastante para se encartar a a declaração de que se applicam as leis penaes para tempo de guerra, desde que a gravidade da situação exija.

Todavia essa applicação deve ser tomada com as cautelas necessarias, para que um instrumento de repressão e defesa não venha a se transformar em arma vibrada pelas paixões. O *Esboço* quer que as leis da guerra se applicuem sómente durante a luta. Póde o estado de sitio permanecer, para facilitar o restabelecimento da ordem constitucional ; porém o direito penal volve a funcionar com os elementos de que dispõe, para combater a criminalidade em tempo de paz, por isso mesmo que não ha mais o estado de guerra. Além disso, fica expresso que o poder competente para ordenar a applicação do direito penal para o tempo de guerra, durante o estado

(29) *Constituição Federal Brasileira*, Comm. ao art. 34, n. 21.

(30) *Estado de sitio*, Capital Federal, 1892,

de sitio, é o Congresso. Ao Poder Executivo a Constituição recusa essa attribuição, pois só lhe permite usar de duas medidas de repressão, a detenção e o desterro, sujeitando os seus agentes a responderem pelos abusos que praticarem. Para a Constituição, o Poder Executivo, só excepcional e transitoriamente, pôde decretar o estado de sitio; por isso apenas lhe faculta medidas de character transitorio e taxativamente indicadas. A mais não pôde ir o Governo. Consequentemente é ao Congresso que, exclusivamente, compete o direito de mandar por em execução, durante o sitio politico, as disposições repressivas prescriptas para os dias calamitosos da guerra internacional. E' certo que o Governo republicano já se julgou autorizado a fazer uso dessa attribuição privativa do Congresso (31); mas não traduziu bem o dispositivo constitucional, não se mostrou fiel interprete do espirito do nosso regimen. O decreto n. 61, de 24 de outubro de 1838, art. 2.º, dava ao Governo competencia para, em caso de rebellião, mandar observar, no Exercito, as leis militares estabelecidas para o tempo de guerra; mas semelhante disposição, em antinomia com regras e providencias estatuidas no art. 80 da Constituição, está implicitamente abrogada. Não é licito dar-lhe entrada em nosso systema juridico actual, pela porta do art. 83, que, evidentemente lh'a impede.

Uma outra cautela tomada pelo *Esboço*, relativamente á materia de que se trata, é a constante do art. 13, *a.*: a pena de morte sómente será applicada durante o estado de guerra ex-

---

(31) Decs. n. 1.681, de 28 de fevereiro de 1894, e n. 6.685, de 5 de março do mesmo anno.

terna. A pena de morte é absolutamente irreparavel e, dada a contingencia do nosso espirito, que o torna capaz de errar na apreciação dos casos mais simples, a justiça aconselha que a desterremos do numero das penas. TARDE não se impressiona com este argumento (32), porém o seu valor é incontestavel, pois que os erros judiciarios são sempre possiveis e não é cousa de nonada a vida de um innocente.

Si na guerra externa ainda é mantida, em casos que vão, naturalmente, rareando, é porque, ahí, ella é chamada a exercer, de um modo muito especial, a funcção propria da pena, de *conservar e defender a ordem juridica existente*, segundo a formula proposta por Vacaro (33). A defesa social é sempre a teleologia do direito de punir (34), mas esse objectivo é alcançado pela comminação da pena de morte em tempo de guerra, porque ella determina um estado de consciencia em que, balançadas as eventualidades da guerra e a ameaça da lei, esta não se amesquinha e desmaia no vasio de uma formula vã, podendo ser, ainda, estímulo de acção conforme aos fins da conservação social.

Nas guerras civis, essa acção da pena de morte não desaparece, mas a possibilidade dos

---

(32) *Philosophie pénale*, 1890, pags. 531 e 532. O illustre criminalista e sociologo, aliás, não é partidario da pena de morte.

(33) *Genese e funzione della pena*, 3.<sup>a</sup> edição, pag. 85.

(34) *Prins, Science pénale et droit positif*, ns. 53 a 58, bis; JOÃO VIEIRA *Código Penal commentado*, ns. 142—144. Quando VON LIZST, *Tractado de direito penal allemão*, 1, § 12, falla de protecção dos bens juridicos, apresenta outra forma do mesmo pensamento. Vejam-se ainda: FERRI, *Sociologia criminale*, 1900, pag. 534 e seguintes; MONIZ SODRÉ, *As tres escolas penaes*, Bahia, 1907, pag. 239 e seguintes.

abusos é muito maior. Eliminando tal possibilidade, impedimos o surto de crueldades, em que é prodigo o desvario proprio dessas quadras dolorosas, e, ao mesmo tempo, fomentamos o desenvolvimento dos estímulos benevolos. Fazemos obra civilizadora, não permitindo que a effusão do sangue augmente sob a fórma de execução penal.

Os criminosos são imprevidentes, não se impressionam com o futuro.

Absorve-os a visão do presente. Na tranquillidade da paz, as condições do meio social são outras, e as delongas do processo judicial põem consideravel distancia entre o facto delictuoso e a execução da pena. Em época de guerra, o meio, em que opera o delinquente, é mais estreito, e a machina repressiva funciona mais rapidamente, encurtando a distancia entre o crime e a reacção punitiva. A representação do sofrimento legal póde, assim, crear um movimento inhibitorio da actividade criminosa. Além disso, a eliminação pela morte, que, em tempo de paz, nenhuma vantagem produz para sociedade, porque o numero dos eliminados seria sempre insignificante em comparação com o numero dos que por varias fórmas se mostram inadaptados á vida social, numa esquadra, em um navio, num corpo de Exercito, unidades mais limitadas, a depuração será apreciavel. Portanto, si, no primeiro caso, a crueldade legal é inutil, no segundo caso, poderá justificar-se por essa applicação, aliás pouca recommendavel, do darwinismo politico juridico. A minha opinião é, em conclusão, que a pena de morte deve ser repellido como irreparavel, como perversora por sua barbaridade, e como desnecessaria, segundo o

pensar do illusre PRINS (35). Esta condemnação sómente em tempo de guerra póde ser excepcionalmente levantada, porque, então, a influencia nociva da pena ultima se não faz sentir, e à sua efficacia se torna possível.

E não ha motivos para acolher-se, no direito penal militar, uma punição, que a razão e a justiça repellem do quadro penal commum, segundo bem o comprehenderam muitos dos que se tem occupado com esta materia (36).

O *Esboço* manteve a pena capital, exclusivamente, para o tempo de guerra externa, e, ainda assim, em casos muito menos numerosos do que o Codigo vigente. Em 12 disposições, consigna este a pena de morte:

Arts. 75 (crime contra a patria); 79 (espionagem e alliciação); 81, 82 e 84 (traição e cobardia); 93, 94 e 96, paragrapho unico (revolta, motim e insubordinação); 124, paragrapho unico (abandono do posto); 129 e 130, § 2.º (inobservancia do dever militar); 186 e 187 (crimes de marinheiros mercantes nas suas relações com os navios da Armada). O *Esboço* apenas recorreu á intimação pelo fuzilamento em sete casos: arts. 93, 97 e 98; 102 e 104 (traição e cobardia); 116 e 117 (sublevação e motim).

São apenas duas classes de crimes, dos que põem a organização militar em grave perigo e

(35) Op. cit., n. 657. Vejam-se, tambem HOLTZEDNORF, *Das Verbrechen des Mordes un die Todesstrafe*, a comunicação de A. FRANCAERT, *La peine de mort*, no *Bulletin de l'Union int. de droit penal* 1898, vol. 7, pags. 36 a 46.

(36) Vejam-se, em BROUNIOLIS, op. cit., pags. 35, 173 e 180, as idéas de MASSE e do gabinete Sarrien. E mais: LECCI, *La pena de morte nella legislazione militare*; HELIO LOBO *Sabres e togas*, pags. 85—89. Na Hollanda, a pena de morte foi abolida do direito commum, porém julgada necessaria em tempo de guerra (VERPYCK, loco citato, pag. 322).

ameaçam inutilisar as operações bellicas. Além disso, comparadas as disposições citadas, melhor ainda sobresaê a sobriedade do *Esboço*, porque excluiu alguns casos, a que o Código applica a pena leta<sup>1</sup>.

Art. 12. Os crimes de violencia carnal não se tornam militares, em tempo de guerra; mas, attendendo ás difficuldades maiores em que se acharia a victima para reclamar a punição do criminoso, permite-se que a acção penal seja intentada pelo ministerio publico ou iniciada *ex-officio*.

## VI

Continuando nas observações sobre o titulo I, direi ainda algumas palavras sobre o capitulo II: *Das penas e dos seus effeitos*.

As penas comminadas são de varias especies, para melhor attenderem ás situações diversas em que são chamadas a agir e serem mais efficazes.

Differenciam-se os crimes e especializam-se as penas.

A prisão apparece, inquestionavelmente, muito maior numero de vezes do que as outras penas; porém, devendo ser acompanhada de trabalho, nas penitenciarias ou em obras militares, segundo os regulamentos especiaes, permite ainda a differenciação dos criminosos, que executarão trabalhos adaptados ás suas habilitações e á sua capacidade organica.

Além disso, não offerece os inconvenientes physiologicos e sociaes do systema cellular.

Art. 28. consagra o livramento condicional. Não ha motivo particular, para não se usar, no

direito penal militar, desse meio de individualização da pena e de socialização dos delinquentes adaptaveis.

Si a condemnação indeterminada só em casos muito particulares é aceitavel, por tornar possivel o arbitrio sempre perigoso, por não offerecer garantias á liberdade individual, de que o mundo moderno é e deve ser, particularmente, cioso, o livramento condicional mereceu os applausos dos competentes (37), e, invento feliz da penologia, vae estendendo a sua acção benefica por toda a parte.

Entre nós ainda não pode apresentar os fructos que deviamos d'elle esperar, por falta de medidas complementares, que agora se iniciam de modo intelligente (38).

O Codigo Penal Militar não tem que estabelecer os lineamentos geraes do instituto. Isso cabe ao direito commum, não devendo haver dous regimens, um para a suspensão da pena applicada aos civis e outro para o mesmo effeito em relação aos condemnados militares. Por isso o *Esboço* limitou-se a adoptar o instituto e fazer a necessaria referencia á lei commum.

Nada se dispoz quanto á suspensão da condemnação, porque os crimes militares são espe-

---

(37) PRINS, op. cit., ns. 793 a 801 e 914 a 922; SALLES, *L'individualisation de la peine*, 1898, pags. 204 e segs.; ESMERALDINO BANDEIRA, *Revista da Faculdade de Direito*, 1909; JOÃO VIEIRA, *Codigo Penal, commentado*, 2, ns. 172 e 173; o MESMO *Projecto de codigo Penal*, art. 45 a 47; lei franceza de 14 de agosto de 1885; *Codigo Penal Italiano*, arts. 16 e 17; hollandez, art. 15; hungaro, arts. 48 a 51.

(38) Vejam-se a *Introdução* do relatorio do Ministro da Justiça Dr. Esmeraldino Bandeira, apresentado, em 1910, ao Sr. Presidente da Republica, *Direito*, vol. 114, pags. 23 a 35; LIMA DRUMOND, *Organização do patronato official dos liborados*, *Direito*, vol. 112, pags. 454 a 433; dec. n. 8.233, de 22 de setembro de 1890.

ciaes e ordinariamente graves, não offerecendo base apropriada para esse instituto, que, apesar do que dizem TARDE, BERANGER (39) e outros, não tem a mesma segurança nem póde ter a mesma acção benéfica do *Sursis a l'execution de la peine*.

## VII

Comparando o *Esboço* com o Código Penal Militar em vigor, podem notar-se accrescimos, suppressões e modificações.

Os accrescimos principaes, não fallando nos que se encontram no titulo I, e já foram notados, são :

a) A distincção entre a sublevação e o motim, creando uma figura nova de crime de perigo menor, o levante sem armas (art. 33);

b) A definição legal de lesão pessoal grave para facilitar a applicação da pena (art. 35, § 3.º);

c) A definição legal de lesão pessoal leve; (art. 54, § 3.º);

d) Declaração de que o conceito da deserção não abrange certas faltas involuntarias (art. 57, paragrapho unico);

e) Modificação da pena applicavel ao crime de deserção, segundo a gravidade dos casos (art. 57);

f) Accrescimo do caso de dolo aos de culpa, determinando a perda do navio (art. 64);

g) Punição de contactos com o inimigo sem autorização do chefe (art. 107):

---

(39) *Bulletin de l'Union Internationale de Droit Penal*, 1902, vol. 10, pags. 296-311.

h) Defesa dos usos e leis da guerra, decretando penas contra a sua violação (art. 108);

i) Defesa das convenções militares ajustadas com o inimigo, decretando penas contra a sua violação (art. 109). Refere-se este artigo ás convenções de intuitos transitorios e execução immediata, que podem ser celebradas pelos chefes militares por não terem o character de tratados ou convenções internacionaes;

j) Punição da pillagem (art. 130).

As suppressões são consequência do methodo adoptado e constam de todas as disposições, quer da parte geral, quer da especial, que devem permanecer no Código Penal commun. E' inutil apontal-as indicando artigos. O Código Penal Militar de 1891 não attendeu, sufficientemente, á especialização do delicto militar. Dahi grande numero de disposições inadequadas, como: as dos arts. 21 §§ 1.º e 2.º e art. 24, referentes aos maiores de nove annos e menores de 14; a do art. 21 § 3.º, tratando de imbecilidade nativa; arts. 74 e 87 a 92, que se occupam de crimes politicos; as dos arts. 148 e 149 (violencia carnal); 150 a 153 (homicidio e lesões corporaes) e outras ainda.

As modificações são igualmente consideraveis.

Algumas se acham no titulo I, e tiveram por fim accentuar melhor o conceito do crime militar e a applicação da pena em relação ás pessoas, ao tempo e aos logares. Outras pertencem á parte especial, e ora destacam factos, que se achavam reunidos na mesma disposição; ora additam idéas para accentuar a singularidade da infracção; ora eliminam palavras ociosas ou prejudiciaes do delicto; ora finalmente, alteram a penalidade.

Uma observação mais detida merece ainda o que dispõe o *Esboço* quanto ao crime de espionagem, porque, si está de accordo com a observação dos factos e das idéas mais justificaveis sobre este assumpto, se desvia do estabelecido no direito patrio anterior, e na maior parte das legislações.

Praticada por militar, a espionagem é pura e simplesmente uma das fórmulas que pode revestir a traição, e, com tal, deve ser capitulada.

Praticada por estranho ao serviço militar, deixa de ser um delicto especial de função para entrar na esphera dos actos punidos pelo Código Penal commum. Ainda que a Armada ou o Exército sejam directamente visados, em sua segurança pelo espião, essa circumstancia não dá ao crime a característica militar, segundo o conceito adoptado pelo *Esboço*, de crime funcional.

Si o espião é inimigo, ainda que tenha procedido deslealmente, não é um ser tão despido de sentimentos bons quanto o nacional, que se degrada, ao ponto de atraiçoar a patria, e preparar o sacrificio dos seus concidadãos. Portanto, si a pena deve procurar reagir contra o criminoso e não vibrar golpes no pescoço, contra a idealidade do crime, é natural que seja mais grave para o nacional, particularmente para o militar, a quem está confiada a defeza dos interesses da communhão.

Guiado por este modo de ver, o *Esboço* remette o militar convencido de espionagem, o individuo a serviço da Armada, que revela os segredos militares ao inimigo, para o artigo em que se cominam penas aos traidores. Os estranhos ao serviço militar serão entregues á autoridade civil,

Quanto ao alliciamento, não apparece no *Esboço* porque não é crime funcional. Seduzir individuos para que se alistem nas fileiras inimigas, seduzir militares para que se alistem nas fileiras inimigas, seduzir militares para que, perjurando, se acolham á sombra da bandeira que estavam combatendo, ou se insurjam contra o Governo, é um acto delictuoso que nada tem com a profissão militar. Tal é a lição correcta de VON LIZST (40).

Rio de Janeiro, 4 de Julho de 1911.

CLOVIS BEVILAQUA.



---

(40) *Tractado*; vol. II, § 183.