

Agosto. 1
Habeas Corpus - } N 406.
L. f.º

02

Capital Federal.

D. no Ex^{mo} Sr. Ministro.
Respedindo Exo de Barros Pinheiro

Pat. 1893

Supremo Tribunal Federal

Processo de Habeas Corpus, em que
é impetrante

Rey Barbara

Parentes / David Ben Obill - Francisco
da Silva - William Heron Paulin - Victor Han-
ri Barnes - Francisco Amaro da Silva - Pat-
pho. W. Bournefield - Jose Leopoldo Maria Borba
- Thomas Raymond Fin - Luis Pessoa de
Alledo - Andre Antello, - Francisco Jo. Thier de San-
za - Marcelino Hearer - Ricardo Lage - Charles
Schmidt - Hermann de Gostalo Santos - Thome
Engino - Hermann de Afso, e outros.

Supremo Tribunal Federal 2 de
Agosto 1893. Curitiba

5/244



Juad Ministerio de Correos e Tel.

Srs. Juizes do Supremo Tribunal Federal

RUY BARBOSA

em virtude do direito estabelecido no Cod. do Processo Criminal, art. 340, e no decr. n. 348, de 11 de outubro de 1890, art. 45, vem impetrar do Supremo Tribunal Federal o remedio do *habeas corpus* a favor de quarenta e ~~sete~~ pessoas, em sua generalidade cidadãos brasileiros, illegalmente presos por ordem do presidente da republica e sumidos em ~~uma~~ fortaleza desta capital, desde o dia 20 do corrente.

Com as maiores difficuldades luctando o impetrante, para obter o rol das victimas de tão grosseiro e monstruoso constrangimento; visto que um systema de sigillo impenetravel, adoptado quer em relação aos nomes dos pacientes, quer a respeito das causas da prisão, envolve a especie na mais profunda obscuridade, frustrando quaesquer esforços, accessiveis aos peticionarios, para alcançar a lista dos presos e a explicação official da violencia, a que estão submettidos.

Só a intervenção da vossa augusta auctoridade poderá projectar sobre essas trevas a luz, que as instituições livres, decretadas na constituição republicana, deviam derramar sobre uma esphera de relações, que tocam aos mais inviolaveis direitos humanos, trazendo a publico os infelizes, cuja innocencia um accidente fatal, explorado pelas paixões politicas, sepultou nas casamatas dos presidios de guerra, abrindo a essas creaturas, iniquamente perseguidas, uma valvula de defesa no seu desamparo immerecido.

Si não erram por ommissão as nossas informações, si algum desses abafados pelas praxes do regimen inquisitorio na solidão imperscrutavel das masmorras militares não escapou á actividade das diligencias empregadas em nosso auxilio pela energia patriotica de almas desinteressadas, aqui tendes a enumeração desses condemnados ao silencio e ao esquecimento:

- 1º Piloto—David Ben Obill (cidadão inglez).
- 2º » — Francisco da Silva.
- Chefe de machinistas — William Heron Paulin (cidadão inglez).
- Sub-chefe—Victor Henri Barnes (cidadão inglez).
- 2º machinista—Ameico Amaro da Silva.
- 3º » — Ralpho W. Bonnsfield (cidadão inglez).
- 4º » — José Leocadio Maria Borba.
- Praticantes — Thomaz Raymond Llen (cidadão inglez).
- » — Luiz Pessoa de Mello.

- Foguistas—André Antello.
 » —Francisco Arthur de Souza.
 » —Marcellino Alvarez.
 » —Ricardo Lage
 » —Charles Schmidt (cidadão allemão)
 » —Hermenegildo Gostalo Santos.
 » —Thomé Eugenio.
 » —Hermenegildo Fozo.
- Carvoeiros—Roberto Euphrasio Edi Olland (cidadão americano).
 » —Frederico Staws (cidadão americano).
- Dispenseiro — Francisco Gonçalves.
 » —Luiz Vidal.
- 1.º Cosinheiro—André Zanig Leal.
 2.º » —Manoel Antonio Bernardo.
 3.º » —Faustino João Cuchira Alves Pereira.
- Carpinteiro — José Balais.
 Paioleiro—João Bugares Esteves.
 Criado de machinista —Sebastião Joaquim Braga.
 Criados— Marcolino Miguez Sumningo.
 » Militão Coelho Caldas.
 » —João de Souza Braga.
- Mestre — João Espindola.
- Marinheiros — Luiz Diniz Pinheiro.
 » —João Faustino Bispo.
 » —Firmino José dos Santos.
 » —José Telles Coelho.
 » —Pedro Martins de Oliveira.
 » —Francisco Quintino dos Santos.
 » —Adelino Peixoto.
- Moços de convez— Joaquim Ferreira Barauna,
 » » » —Nicolaou Tolentino Gomes.
 » » » —Francisco Paulino da Trindade.
 » » » —Fausto Luiz de Mattos.
 » » » —José Francisco do Nascimento.
 » » » —João Baptista dos Santos.
- Cirurgião dentista— José Pio Alves.
 — Ernesto Hasslocher.
 — Miguel Nunes de Camargo.

Piloto Pereira da Cunha, comandante do vapor Venus (de Trynfrica) e passageiro a bordo do Jupiter.

Senhores Juizes do Supremo Tribunal Federal :

Pouco mais de um anno faz que comparecia ante vós o ~~primario~~ dos impetrantes, exorando a magestade constitucional das vossas funcções em defeza de quarenta e seis cidadãos brasileiros, presos, subtraídos a seus lares, dispersos no exilio, ou sequestrados no captiveiro das fortalezas por um decreto do poder executivo. O raio descera sobre suas cabeças em nome de uma alta prerogativa, excepcionalmente conferida ao governo em salvaguarda extrema da ordem e da conservação social. O abuso envolvera-se ao manto do estado de sitio, para atravessar impune, irresponsavel, as barreiras legaes. Em vossa alta sabedoria, á qual se curvam os peticionarios, entendestes que a evocação solemne da razão de estado pelo chefe electivo da nação desarmava a missão tutellar dos tribunaes.

Vêde quinze mezes depois o nosso progresso na consolidação das garantias constitucionaes. Em abril de 1892 o presidente da republica se julgava obrigado a revestir de formulas legaes, declarando o estado de sitio, a faculdade, que reivindicava, de prender, julgar e condemnar sem processo. Em julho de 1892, sem a menor solemnidade, não havendo nem suspensão de garantias constitucionaes, nem declaração competente de guerra, um numero de individuos, de homens livres, ainda maior que o do anno transacto, arrecada-se a bordo de um navio capturado como peso morto, como parte material da presa, de envolta com o casco, os moveis, as munições, as armas, e baldeam-se para os porões das fortalezas, sem transitarem pela presença de um juiz, sem trocarem uma palavra com um advogado, sem receberem sequer a notificação da sua culpa. O governo, que pudesse auctorizadamente insular, encerrar, segregar da vida social cidadãos por dois dias consecutivos, sem os inteirar da accusação que lhes irroga, sem os entregar á magistratura, que ha-de processal-os, poderia, com o mesmo fundamento, dispor-lhes da liberdade por dois mezes, por dois annos, por toda aquella parte da vida, que conviesse aos interesses da prepotencia fadar á mortificação, á esterilidade, á miseria e ao desespero.

Vós vindes quasi todos do outro regimen, senhores juizes, e não haveis de ter esquecido que, quasi setenta annos antes da republica, a constituição do imperio (art. 178, § 80), prevendo os casos de prisão sem culpa formada, estatuiu que, «nestes, dentro de 24 horas, datadas da entrada na prisão», «o juiz, por uma nota por elle assignada, faria constar ao réo o motivo da prisão, os nomes do seu

accusador e os das testemunhas, havendo-as.» Não haveis de ter esquecido que, cerca de sessenta annos antes da revolução libertadora, o código do processo (art. 148) renovava, nos mesmos termos peremptorios, esse esteio da liberdade individual. Não haveis de ter esquecido que, dezoito annos antes dessa data auspiciosa, a lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871 (art. 131 § 3^o), uma lei feita por conservadores, pela chamada, naquelles tempos, «escola retrograda», admittindo, em circumstancias excepcionaes e precisamente delimitadas, a prisão do indiciado em crime inaffiançavel, sem exhibição de mandado judicial, exigia que o preso fosse levado «*immediatamente* á presença da competente auctoridade judiciaria, para delle dispôr». E aquelles, dentre vós, cuja toga lhes foi posta nos hombros pela revolução, si folhearem o pacto organico do systema, que ella nos deu, lá encontrarão engastada, no art. 72, § 16, a velha perola da declaração de direitos de 1824: «Aos accusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciaes a ella, «*desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso*» e assignada pela auctoridade competente, com o nome do accusador e das testemunhas.»

Evocae os juriconsultos e os estadistas da monarchia, e vereis os mais atrasados, os considerados reactionarios levantarem bem alto, acima do marulho dos partidos e das reacções, essa conquista, coeva da nossa independencia: vereis o sr. SAYÃO LOBATO referendar a reforma judiciaria de 1890, que a reassegurava; vereis o sr. Pimenta Bueno escrever; «Esta disposição, filha de summa justiça, *desterrou para sempre o segredo*, com que se opprimia o indiciado, e se impossibilitava a sua defesa.» (1)

Trinta e seis annos, senhores juizes, após a epocha ominosa, em que esse conselheiro imperial, em que esse marquez da antiga fidalguia, extirpada hoje até no uso dos seus titulos nefastos, preconizava a nota de culpa, o seu fatal de 24 horas, como a abolição do segredo, que era, nos tempos de el-rei, nos maus dias coloniaes, o tumulto da justiça, quarenta e sete, cincoenta prezos, si incluímos o senador, o almirante, com os seus dois camaradas, são friamente aferrolhados nas enxovias do mar durante doze dias, até hoje, até quando lá os deixardes, sem a menor noticia das arguições, que lhes assacam, sem a menor aberta, por onde venham a entrevel-as.

Já as antigas leis do periodo luzitano proviam a que a formação da culpa não passasse de oito dias. (2) Na legislação nacional essa disposição é sexagenaria; porque o Código do Processo, art. 148, estatua: «A

(1) *Apontam. sobre o processo crimin. brasil.*, p. 97 n. 169.

(2) PEREIRA E SOUSA, § 62, n. 145.

formação da culpa *não excederá o termo de oito dias, depois da entrada na prisão*, excepto quando a affluencia de negocios publicos, ou outra difficuldade insuperavel, obstar, fazendo-se, comtudo, o mais breve, que for possivel.» O reg. de 1842, arma conservadora, instrumento anti-revolucionario, não ousou, entretanto, deixar de ratificar (art. 269) esse preceito, quasi tão antigo quanto o imperio. «Uma das garantias, que limitam o poder discricionario do juiz da pronuncia», escrevia, ha perto de duas gerações, o MARQUEZ DE S. VICENTE, «é a obrigação, que a lei impoz-lhe, de decidir em termo breve si o indiciado deve, ou não, ser sujeito á accusação e, consequentemente, á prisão; circumstancia importantissima, mórmente, quando esta antecede á pronuncia. Prenda-se embora o indiciado, quando a ordem social exija esse sacrificio da liberdade; *mas nada justifica essa uetenção por mais tempo do que o absolutamente necessario*, para examinar-se, e decidir-se si, com effeito, é, ou não, suspeito de ter commettido o crime. O MAIS É UM ABUSO ESCANDALOSO, QUE QUEBRA TODAS AS GARANTIAS DA LIBERDADE INDIVIDUAL.» (1)

O escandalo, que punha essa nota de indignação na fleugma do velho ministro da corôa, está perante vós, srs. juizes, multiplicado quarenta e ~~sete~~ vezes por si mesmo.

Não são, porém, unicamente as garantias pessoas da defesa que estamos vendo conculcadas com um desplante, com uma abundancia de força, com uma prodigalidade de audacia, com uma extensão de superficie, com um alardo de desprezo pelas leis, que desde os annos tenebrosos do primeiro reinado não se presenciavam no Brasil. Na torrente, que arrebatava esse palladio á liberdade individual, sossobram tambem as regras immutaveis da ordem publica, que discriminam as jurisdicções, e fixam as competencias.

Si se tractasse de excessos commettidos por auctoridades competentes para prender e reter á sua disposição os delinquentes, isto é, de auctoridades judiciaes, muito menos grave fôrã a hypothese; porque então não haveria usurpação de munus constitucionaes, mas apenas abuso na actividade de uma funcção, legitima na sua origem, ainda que irregular no seu exercicio, e o correctivo reparador, operando-se de um para outro grau na escala da jerarchia a que presidis, não encontraria os embarços, que a timidez, ou a prudencia lhe oppõe, ás vezes, quando um poder tem que defender as suas prerogativas contra as demasias de outro.

Os pacientes foram presos militarmente, e acham-se retidos á disposição de auctoridades militares, como se fossem membros dos exercitos de terra, ou mar, e se tractasse de um desses casos disciplinaes, que se resolvem de commandante a praça de pré, entre as paredes dos quartéis. E nquanto se submettem a conselho de investigação tres officiaes de marinha, os qua-

(1) PIMENTA BUENO: *Op. cit.*, p. 100, n.º 175.

renta e sete paisanos, esquecidos no encerro das fortalezas, onde os puzeram em incommunicabilidade, aguardam, como appendices inertes ao spectaculo do processo militar, o mysterio de um destino recondito ás leis e aos tribunaes. Pesae, srs. juizes, a incommensuravel monstruosidade deste facto, cujos traços recordam a Napoles de Fernando II, o rei Bomba, desenhada, ha quarenta e dois annos, nas famosas cartas de Gladstone a lord Aberdeen, sob esta epigrapha de TEOFILO FOLENGO «*Il fetore è fetor di sbirreria*», e que assombraram a Europa, como si se tivesse descoberto inopinadamente um antro de barbaria enkystada no seio da civilização. Quarenta e sete cidadãos, brasileiros e estrangeiros, sem processo, sem juiz, sem arrimo de auctoridade, que os oiça, nem meio de invocal-o, sem designação, sequer, da culpa, que os accusa, contam, na afflicção de uma anciedade sem limites, os dias de uma prisão indefinida, hermetica, absoluta. São culpados? São innocentes? Quem pode sabel-o? Quando si saberá, si o regimen, em que os inhumaram, proscreeve a investigação da verdade, convertendo a suspeita em sentença?

Ainda quando fosse militar a jurisdicção para o caso vertente, seria injustificavel essa eliminação da defesa e essa disjunção do processo. Mas, qualquer que seja a classificação criminal, imaginavel contra os prisioneiros civis do *Jupiter*, seu fôro é inquestionavelmente o de direito commum. O nosso codigo penal só exclue da competencia dos tribunaes ordinarios, além dos delictos de responsabilidade do presidente da republica e dos que se derem contra a policia e economia dos estados, «os crimes puramente militares, como taes declarados nas leis respectivas.» (Art. 6º) E' preciso, portanto, que o *criminoso seja militar* e, demais disso, que seja *militar o crime* commettido, para se determinar a jurisdicção especial. De modo que basta falecer um desses dois elementos, para que a causa não se possa sonegar ás auctoridades civis.

São militares os quarenta e sete paisanos, cuja liberdade se vos supplica?

Não. São paisanos.

Mas, quando militares fossem, seria mister a qualidade militar do delicto, para os submitter aos juizes de espada.

Que delicto se attribue, porém, aos pacientes?

O de *pirataria*? O proprio governo não ousou abraçar essa capitulação inepta. E não serão os petionarios quem perpetre contra a seriedade deste tribunal o desrespeito de considerar discutivel perante elle esse erro palmar. Mas, ainda que fosse caso de pirataria, este delicto, previsto nos arts. 104 a 106 do codigo penal de 11 de outubro de 1890, é de ordem commum.

Será de *sedição* a especie? Mas este crime não é militar, senão quando praticado por militares. Dil-o terminantemente a lei de 3 de dezembro de 1841, art. 109: « Quando nas rebeliões, ou sedições, entrarem militares, serão *estes* julgados pelas leis e tribunaes militares. »

Ainda nos crimes de sedição, porém, commettidos *por militares*, toca ao fôro ordinario a formação da culpa.

Esta doutrina tem meio seculo de inconcussa antiguidade na jurisprudencia e na administração brasileira.

« Hei por bem » (são palavras do imperador, na provisão de 5 de setembro de 1843, referendada por Manoel da Fonseca Lima e Silva, ministro da guerra) « hei por bem, por minha immediata e imperial resolução de 29 de junho do corrente anno, declarar que é improcedente a duvida, que se offerece ao conselho de guerra, e que este deve progredir no processo de julgamento; porquanto, entendendo-se as palavras « serão julgados », do art. 109, da lei de 3 de dezembro de 1841, no sentido stricto dellas, isto é, pela parte do processo que tende á applicação da pena aos reus, ou á absolvição delles, com exclusão da outra parte do mesmo processo, que tende a indicial-os no crime, ou a formar-lhes a culpa, é concludente que *sómente aquella parte do mesmo processo fica competindo aos juizes militares, e que esta, isto é, a formação da culpa aos reus, continúa a pertencer ao fôro commum, segundo as leis geraes, que, nesta parte ficaram em vigor*; não se oppondo a esta intelligencia o art. 245 do reg. de 31 de janeiro de 1842, quando manda ás justias civis que remetam ás auctoridades militares cópias authenticas daquellas peças, documentos e depoimentos, que fizerem culpa aos militares, que se envolverem em *rebelliões e sedições*; porque as palavras do citado artigo não excluem a sentença de pronuncia; nem tambem podem fazer duvida os arts, 115, § 4, e 157 do codigo do processo criminal, que, por se referirem aos crimes de responsabilidade militar, não têm applicação *ao caso de rebellião, de que se tracta.* »

Mais tarde essa verdade juridica se illumina ao contacto daquela genial intelligencia de Nabuco de Araujo, cujas opiniões atravessam a jurisprudencia nacional como um longo sulco de claridade meteorica.

O grande luminar da corôa, enunciava, na secção de justiça do conselho de estado, o seu parecer acerca de um conflicto de jurisdicção entre o fôro commum e o fôro militar, por occasião do processo do alferes

Manuel de Assumpção Santiago, indiciado, em Pernambuco, no crime de sedição. Eis as suas palavras:

« Desde que o art. 8.º do código do processo criminal reduziu á jurisdicção militar os crimes *puramente militares* não é mais possível caracterizar taes crimes só e só pela qualidade da pessoa, que os commetta—*ratione personae*.

« E' preciso, para que o crime seja puramente militar:

« 1.º Ou que seja militar por sua natureza, isto é, contra a subordinação, boa ordem e disciplina militar;

« 2.º Ou que, posto seja commum, tenha alguma razão especial, que directamente affecte a subordinação, boa ordem, ou disciplina militar.

« Ora, para que assim seja, é preciso que o individuo o commetta *ut miles* (Lei romana 2.ª, D. 49,16), *que esteja sob as bandeiras, ou em actividade, ou no exercicio do posto, o. nos quartéis, praças, fortalezas, etc.*

« Quanto ao 1.º: O crime de sedição não é militar por sua natureza; porquanto nos elementos que o constituem não entra a subordinação, boa ordem ou disciplina militar.

« Quanto ao 2.º: O crime imputado ao alferes Santiago (reformado) evidentemente não se reveste de algumas das razões especiaes prenotadas, que tem relação com a subordinação, boa ordem e disciplina militar.

« Mas o art. 245 do Reg. n. 120 de 1842 dispõe:

« Que, si nas rebelliões, ou sedições, entrarem militares, serão julgados pelas leis e tribunaes militares; e assim si as justicas civis os acharem envolvidos nos processos, que organizarem, remetterão ás competentes autoridades militares as copias authenticas das peças, documentos e depoimentos, que lhe, fizerem culpa.»

« A questão está, pois, nesta disposição excepcional.

« A disposição, porém, não attribue á jurisdicção militar si não o *julgamento* do crime.

« A investigação do crime compete á autoridade civil.

« E não poderia ser de outro modo, visto como o crime é conexo; porque comprehende militares e não militares.

« E dar-se-hia aliás o absurdo de ser punido um militar por uma sedição que não houve, por sedição feita por elle só, quando a sedição só pôde ser feita por vinte pessoas; dar-se-hia á illegalidade de ser punido um crime militar sem a essencial investigação delle, que as leis militares exigem.

« A competencia, pois, da jurisdicção militar *somente começa, somente se firma* pela remessa da formação da culpa, procedida pela autoridade commum ou criminal.

« Não podia, portanto, o commandante das armas prender um alferes reformado por um crime commum *sem a previa investigação ou formação da culpa da autoridade civil.*»

No mesmo sentido opinou o visconde de Abaeté, transfundindo-se o principio definitivamente no patrimonio judicial das *res judicatae*; de modo que os nossos auctores de direito militar apuraram afinal, como materia vencida, a noção de que, nos crimes de rebelião e sedição, praticados por pessoas do exercito, *só o julgamento, mas não a formação da culpa, compete aos tribunaes militares.* (1)

Seria, portanto, illegal, no sentir até dos generaes do imperio, formar culpa *a militares*, por crime de sedição, no fôro militar. Mas agora, sob os

(1) TITARA: Auditor Brasileiro: 2ª ed., p. 38-9.—THOMAZ ALVES: *Curso de Direito Militar*, tom. II (1868), p. 133.—AMARAL: *Indicador da legislação militar*, vol. II, part. I, p. 280.—AMARAL: *Consolidação da legislação militar*, (1891), art. 2.867.

liberdades da republica, manda-se, por esse crime, formar a culpa, ou reter sem culpa formada. no foro militar *a paisanos!*

Ora, as nossas leis, desde o codigo do processo em 1832 (art. 340) até ao decreto de organização da justiça federal em 1890 (art. 45), crearam e mantiveram o *habeas-corporis* em defesa dos que «soffrerem prisão ou constrangimento illegal em sua liberdade.»

E a lei fundamental da republica, imprimindo a essa garantia o character de constitucional, que ella sob o imperio não tinha, sagra-a assim, no art. 72, § 22:

« Dar-se-ha o *habeas-corporis*, sempre que o individuo *soffrer*, ou se achar em imminente perigo de *soffrer violencia, ou coacção, por illegalidade, ou abuso de poder.* »

No caso vertente a violencia, a coacção, o abuso de poder são brutaes. E a sua illegalidade é triplice.

Primeiro: pela ausencia de notificação da culpa. E' a condição elementar de todas as garantias individuais, a base de toda a defesa, o principio de todo o processo, que se abole por uma estrondosa audacia do poder executivo.

Segundo: por se haver excedido o termo de oito dias, sem se encetar sequer a formação da culpa, nem ao menos se descobrir indício de que em tal se cogite. E' caso expresso de *habeas-corporis*, deante do codigo do processo, art. 353, § 2°:

« A prisão julgar-se-ha illegal:
« Quando o reu esteja na cadeia sem ser processado, *por mais tempo do que marca a lei.* »

Não era preciso estarmos em plena democracia, portanto, para entrar na posse dessa joia liberal. Ha sessenta e dois annos, o antigo regimen nol-a assegurar. Nem ella ficou lettra morta no pergaminho do autógrapho legislativo. As justiças imperiaes usaram livremente desse freio contra as delongas do capricho administrativo, da irresponsabilidade policial, ou da desidia judiciaria na instauração da culpa aos presos.

« Para combatermos tal abuso », dizia, em 1857, o sr. PIMENTA BUENO (1), « temos a salutar disposição do art. 353, § 2°, do cod., o *habeas-corporis*. A relação da côrte, á vista de petição devidamente instruida, manda vir o paciente á sua presença, e exige esclarecimentos do juiz respectivo; e assim *procede com muita razão*. O juiz omisso soccorre-se sempre da muita affluencia de negocios graves; mas o *justo discernimento da*

(1) *Op. cit.* p. 101, n°. 176.

relação tem, por mais de uma vez, condemnado o abuso, ordenando a soltura.»

Mas para que recuáremos até aos longes de uma historia irrevivescivel? A propria jurisprudencia dos tribunaes republicanos, a vossa mesma, frequente na concessão do *habeas-corporis* sobre este fundamento, mostra-nos que a democracia não quiz estabelecer em tudo praxes mais auctoritarias do que a realleza.

Terceiro: por incompetencia da auctoridade, a cuja ordem se mantem a prisão.

Tambem é emergencia, para a qual se acha formalmente provido o *habeas-corporis* no cod. do processo. art. 353, § 3, que considera «illegal a prisão».

« Quando a auctoridade, que mandou prender, não tinha o direito de o fazer.»

Da oportunidade desse recurso nos casos de incompetencia da auctoridade que prende, inferiram logicamente os jurisconsultos, *a fortiori*, a curialidade do remedio nos casos de incompetencia da auctoridade que processa. «No processo crime», diz o sr. PIMENTA BUENO, «não é possivel deduzir a incompetencia pelo mesmo modo, por que é deduzida nos feitos civis. Teria isso grandes inconvenientes. Mas tem sem duvida as partes o direito de allegal-a, por uma petição em que a demonstrem. Si o juiz não attendel-a, conhecer-se-ha della por occasião do primeiro recurso; e, si o reu estiver preso (1), poderá usar o remedio do *habeas-corporis*.»

Na especie actual, não se poderia dizer que haja jurisdicção instaurada; porque de processo nem se falla: os presos figuram, talvez, como rebanho capturado no bojo «do navio pirata», ou, ao que parece, se reservam como *peças de convicção* no processo militar contra os officiaes de marinha. Mas ha a incompetencia da auctoridade que inflingiu a prisão, descommunalmente aggravada pelo arbitrio, com que se arroga o direito de prolongal-a mysteriosamente, furtando os presos aos tribunaes, civis, ou militares, communs, ou excepçionaes, e abandonando-os ao regimen do *in pace* administrativo.

Uma vez que se tracta de liberdade, srs. juizes, permitti que o impetrante continue a firmar-se nos arestos insuspeitos do imperio. «O recurso do *habeas-corporis*», declarava sua magestade, em aviso de 23 de outubro de 1833, firmado em immediata resolução de consulta (2), «o recurso do *habeas-corporis*, já por sua na-

(1) PIMENTA BUENO: *Op. cet.*, p. 67, n.º 117.

(2) *O Direito*, vol. XXXIII, p. 115.

tureza, já pelas disposições expressas do art. 340 do código do processo criminal e art. 18 da lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1891, *é admissível contra toda prisão ou constrangimento illegal, qualquer que seja o motivo, que a determine, E QUALQUER QUE SEJA A AUTORIDADE DE QUE DEMANE.*»

Esta decisão é tanto mais preciosa, quanto, pronunciando-se assim, o imperador *limitava a sua propria auctoridade*, resolvendo a favor dos tribunaes um conflicto de jurisdicção discutido no conselho de estado a proposito de prisões administrativas, ordenadas contra responsaveis fiscaes por ministros da corôa.

Não levereis a mal que aqui se reproduza a linguagem, com que então se vindicava, nos conselho do rei, essa garantia constitucional.

Dizia, sustentando-a contra os ministros do imperador, O SR. DANTAS :

« A' autoridade judiciaria jamais foi derogada a competencia de expedir ordem de *habeas-corpus*, com excepção sómente das prisões militares e para recrutamento.

« Entre outros avisos, bastará referir o de 30 de agosto de 1865, expedido de accôrdo com o conselheiro consultor e com a resolução de consulta da secção de justiça do conselho de estado, no qual se diz o seguinte :

« A instituição do *habeas-corpus*, que é a maior garantia da liberdade individual, não pôde deixar de ter a amplitude, que lhe dá o art. 340 do código do processo, sendo, portanto, applicavel a todo e qualquer constrangimento illegal, ou provenha elle de autoridade administrativa, ou de autoridade judiciaria, COM A UNICA EXCEPÇÃO DA PRISÃO MILITAR, na qual se comprehende o recrutamento, porque esta excepção se funda na especialidade necessaria d' força militar.» (1)

E adiante, concluindo:

« Da theoria opposta seguir-se-ha que o *habeas-corpus*, considerado por todos os povos livres a maior salvaguarda da liberdade individual, em vez da amplitude, que não pôde deixar de ter, segundo o aviso de 30 de agosto de 1865, firmado pelo finado jurisconsulto Nabuco de Araujo, *para ser applicavel a todo e qualquer constrangimento illegal*, ou provenha elle de autoridade administrativa, ou de autoridade judiciaria, *deixará de ser o extraordinario recurso, regalia por excellencia*, que vale uma constituição, como se expressa BLACKSTONE, para ficar reduzido a um recurso de importancia commum, ou muito secundario.» (2)

A esse voto «adheriu inteiramente» o visconde de ABAETE. (3)

E O SR. LAFAYETTE fechou a consulta com estas conclusões memoraveis :

« E' fóra de duvida que o recurso extraordinario do *habeas-corpus* é admissivel, para fazer cessar *toda e qualquer prisão ou constrangimento illegal*, SALVOS OS CASOS EXPRESSAMENTE EXCEPTUADOS. Estes casos, segundo o nosso direito, SE REDUZEM A TRES:

« 1º. O de prisão determinada por despacho de pronuncia. (Art. 18 da lei n. 2.033).

« 2º. O de prisão determinada por sentença definitiva. (Citados art. e paragraphos).

(1) *Ib.*, p. 120.

(2) *Ib.*, p. 129.

(3) *Ib.*, p. 130.

3.º O de prisão militar, por virtude das leis militares.
(Art. 18 *in fine*, citada lei.)» (1)

Mas, na especie,

- 1.º Não ha sentença definitiva.
- 2.º Não ha pronuncia;
- 3.º Não ha prisão militar.

Outrosim,

- 4.º Não ha estado de sitio declarado.

Ao contrario, em pleno vigor da constituição e das leis, temos:

- 1.º Ausencia absoluta de processo, ou inicio sequer delle;
- 2.º Mysterio completo sobre a culpa;
- 3.º Usurpação violenta da competencia judicial pela vontade da administração.

Podereis recusar este *habeas corpus*? Melhor seria, nesse caso, abolir de uma vez a instituição, confiança dos affligidos, que lhes mente sempre nas grandes agonias, falhando nos casos de perseguição intencional, para valer sómente nos de omissões involuntarias, desaparecendo nos grandes attentados politicos, para só aproveitar nos peccadilhos policiaes.

O supremo tribunal federal não precisa de lições. Tem-n'as, com certesa, das mais altas, das mais puras, na sua consciencia, onde os naufragos deste regimen cuidam ver scintillar ainda a esperanza dos oppresos. Mas deixae solemnizar duplamente a audiencia, que se vos pede, com um episodio edificante da patria do *habeas corpus*. E' um quadro da dignidade da justiça, na Inglaterra, chamando á sua barra um abuso administrativo e militar contra as liberdades civis, e fulminando-o com a maior severidade das suas censuras. Desertara um marinheiro, Floyd, da esquadra ingleza. Outro individuo, indevidamente preso, confundido com o desertor, fôra, a despeito de todos os protestos, recolhido a um vaso de guerra. Graças a amigos, o infeliz Thompson pode levar queixa aos tribunaes. Expediu-se logo o *writ* de *habeas corpus*, exigindo de Woodward, commandante do navio, a presença immediata do preso, com devolução da ordem e resposta do captor.

«Aos 7 de junho de 1889 Thompson foi conduzido perante uma camara do Banco da Rainha; mas o commandante Woodward não compareceu. Os juizes pediram ao advogado do Almirantado o original do *writ*, de que elle trazia apenas copia. Eis então o dialogo, que se travou:

(1) *Ib.*, p. 133.

« O juiz Mathew :— Queremos o nosso writ.

« O juiz Manisty :— Vós desobeceis aos termos do writ: deveis produzir o documento, com a resposta. Dizeis que não tendes o writ, e nada respondeis: é um verdadeiro insulto ao tribunal.

« O advogado do Almirantado :— O writ não está commigo.

« O juiz Mathew :— Não podemos ouvir taes absurdos.

« O advogado :— Deploro que vossas senhorias empreguem essa expressão.

« O juiz Mathew :— Essa expressão, eu a approvo. E' realmente absurdo que um advogado, sobretudo um advogado eminente, compareça aqui sem o writ e a resposta.

« O advogado :— Não posso dizer senão a realidade.

« O juiz Mathew :— Repetis o que vos disseram; mas aos que vol-o disseram devieis ter respondido que não virieis aqui repetir absurdos taes.

« O juiz Manisty :— Vamos ordenar a prisão do commandante Woodward. Cumpre que saibamos a verdade. E' inutil virem allegar aqui ignorancia dos usos. Devem conhecê-los, e respeitá-los. Quando não, teremos de reagir com severos castigos. Não se pode jogar assim com a liberdade dos cidadãos. Ignoro si a culpa é do Almirantado, do ministro do interior, ou de outra qualquer auctoridade. O que sei, é que não observam para com o tribunal o acatamento, que se lhe deve.

« O juiz Mathew :— Sou absolutamente do mesmo sentir. Parece terem esquecido o principio fundamental da nossa constituição: que a lei é suprema neste paiz, e nenhum funcionario pôde escusar-se, allegando ordens de auctoridade superior, por mais alta que seja. Hão de obedecer ao nosso writ. »

« No dia seguinte o capitão de mar e guerra Woodward, commandante do Duque de Wellington e capitão de pavilhão em Portsmouth, era detido por um agente do sheriff, que o conduziu á prisão do condado, em Winchester. Admittido a prestar fiança, foi posto no mesmo dia em liberdade.

« No dia 21 compareceu ao tribunal, onde ouviu do juiz Mathew longas admoestações: « Vosso advogado apresentou-nos humildes escusas, dizendo-nos que tinheis procedido em cumprimento de ordens superiores. Não podemos acceitar semelhante justificativa: nada temos senão comvosco. Commettestes gravissima desobediencia ao tribunal (*contempt of court*). O writ de *habeas-corpus* é um dos mais sagrados, que a lei conhece: foi instituido para obstaculo a toda e qualquer prisão arbitraria, e não ha ninguém, por mais alta que seja a sua posição, que não tenha o dever de obedecer-lhe... Mandastes aqui este ho-

mem, sem nos dizerdes os motivos da prisão... *Cumpre-nos* mostrar que o grande *writ de habeas corpus* deve ser immediatamente obedecido, principalmente pelos funcionarios publicos. Devemos prender-vos; mas, por esta vez, apenas vos inflingimos a multa de 450\$000.

«O commandante Woodward reiterou os seus protestos de que não tivera o minimo intento de affrontar a justiça. «Acreditamos», respondeu o juiz *Mathew*; «porque aliás vos teriamos condemnado á prisão... Pagareis, além da multa, as custas do processo.» (1)

Si a simples omissão de uma formalidade accessoria no *habeas corpus*, como seja, nas praxes inglezas, a devolução da ordem autographa, e a ausencia da auctoridade detentora do preso, ainda que representada na audiencia por um advogado da corôa, bastou, para incendiar nos labios da justiça britanica, de um dos mais altos tribunaes do reino, a indignação constitucional, e descarregar-lhe o braço, armado de prisão, contra uma patente elevada na marinha da Grã-Bretanha, não obstante as allegações, a seu favor, de obediencia militar ás ordens do governo da rainha, imaginae por um momento, srs. juizes, a tempestade, que não levantaria na magistratura daquelle paiz o espectáculo do attentado innominavel, para que invocamos a vossa attenção, e exoramos o sentimento dos vossos deveres. Vossa dignidade, pela constituição americana da republica, é mais alta que a da mais alta das côrtes judiciais em Inglaterra.

Um grupo revolucionario, apercebido para a lucta, provido de recursos para o golpe, apodera-se de um navio mercante no curso de uma viagem. A gente da equipagem, desapparelhada para combate, inhibida, até, de traval-o pelos interesses commerciaes de que era depositaria, e que a resistencia ao assalto poderia comprometter, rende-se ao movimento militar, que a subjugava. Aprisionada a embarcação pelas forças regulares, si o Brasil fosse um paiz constituido, si as leis imperassem nos funcionarios encarregados de executal-as, si os que nos governam, tivessem noção dos direitos dos governados, o procedimento das auctoridades era simples. Ou, não havendo indicios accusadores contra os officiaes, a tripolação, os passageiros do navio restituam-se todos á liberdade. Ou, si existissem suspeitas serias contra elles, entregavam-se os indiciados aos tribunaes, unicas auctoridades competentes, nesta terra, para prender cidadãos.

Mas não, srs. juizes. Uma prisão desconhecida ás nossas leis, administrativa, militar, dictatoria, criminosa cahiu sobre elles. Removeram-n'os de bordo

(1) DE FRANQUEVILLE: *Le système judiciaire de la Grande Bretagne* (Paris, 1893), vol. I, p. 65-8.

para os calaboiços de um forte, clandestinamente, com todas as precauções, de que se rodeiam os auctores de um rapto, para se occultarem á acção da justiça. A esta nada se communicou. Esconderam-se cuidadosamente á imprensa, como á magistratura, os nomes dos sequestrados. E' o carcere furtivo, prohibido nos codigos como crime até contra escravos, e agora praticado ousadamente pelas auctoridades nacionaes contra dezenas de homens livres. No sumisso que se lhes deu, elles poderiam desaparecer, dizimados pelas molestias subtis da masmorra, ou, si conviesse, executados no silencio tumular da incommunicabilidade. Porque, srs. juizes, ninguem pode confiar mais no respeito á vida humana, quando ás escancaras a auctoridade pisa aos pés os direitos mais rudimentares da liberdade. Esta é a protecção e o baluarte daquella. E, depois, qual é a garantia da vida, para homens que se sepultam numa prisão impenetravel, tendo-se a cautela previa de sonegar-lhes o nome á publicidade, ao entrarem para o sigillo dos incommunicaveis? Quem possui a lista desses encerrados? Que meio authenticico de prova teriamos, para certificar-a? Onde jaz ella? Em poder de subalternos do governo, interessado no crime. Mas então qual é a extremidade, a que não poderia tocar o arbitrio, entregue assim, sem inspecção absolutamente nenhuma, sem possibilidade sequer de correctivo ulterior, á omnipotencia da sua propria vontade?

Dir-se-ha que são pessoas colhidas *em flagrante* entre as taboas do *Jupiter*. Mas flagrante de que? Pois o facto de estar em um navio apresado por um bando insurgente inquina de flagrancia no crime dos assaltantes os pacientes constringidos e as testemunhas inermes da tomada? Pois a perpetração de um delicto num sitio, numa casa, envolvem flagrancia nesse delicto os individuos encontrados no edificio, ou no logar?

Nem ha flagrante sem auto de flagrancia. E' categorico o art. 132 do codigo do processo:

« Logo que um criminoso, preso em flagrante, fôr á presença do juiz, será interrogado sobre as arguições, que lhe fazem o conductor e as testemunhas, que o acompanharem; do que se lavrará termo, por todos assignado. »

O que dá, pois, existencia legal á flagrancia, é o *auto*, lavrado sob a auctoridade do juiz, si os depoimentos do conductor e das testemunhas o certificam do concurso dos elementos que imprimem esse caracter á situação do accusado.

Mas, quando, por hypothese, flagrancia houvesse, ella não conferia ao chefe do estado o direito de manter a prisão. Prender, qualquer do povo o pode; pode-o igualmente qualquer funcçionario. Mas *reter em prisão* é faculdade privativa da *auctoridade judicial*. E por isso o preso em flagrante é conduzido *logo* á presença do juiz.

Desse acto data o primeiro passo para a formação da culpa.

E por elle se estreia a competencia da justiça.

O individuo preso em flagrante, mas indebitamente conservado em poder da auctoridade administrativa, policial, ou militar, preso em flagrante, mas encarcerado além do termo legal sem instauração de culpa, tem direito irrecusavel ao *habeas corpus*.

A nossa jurisprudencia é constante neste sentido.

Srs. Juizes do Supremo Tribunal Federal

Ponde termo a esta perseguição de estado, tão abominavel, quanto inutil, tão gratuita, quanto deshumana, tão damninha aos interesses da paz no interior, quão funesta ás condições do nosso credito externo, da nossa reputação entre as nações, das nossas sympathias no seio dos povos civilizados, deste continente e do outro, cujos filhos a rêde absurda e iniqua desta violencia arrastou, de envolta com os nossos infelizes compatriotas, aos abafadoiros da fortaleza de Santa-Cruz. e Lage.

De conformidade, pois, com os arts. 343 a 352 do codigo do processo criminal, vos reque~~ro~~ reverentemente os peticionarios a expedição da ordem competente ao commandante daquelle estabelecimento militar, para trazer á vossa presença os quarenta e sete pacientes indicados, bem como outros quaesquer que nas mesmas condições porventura alli se acharem, e cujo nome se ignore em virtude do segredo criminoso que caracteriza esta prisão.



Rio de Janeiro 20 de julho

Barbosa

~~Termo e cumprimento de factos~~
 Contem 1000 cartas, cujo petição
 não impressa e factos, além das que
 se accrescenta com o ^{seu} andamento
 no interior. No 2 de agosto del 89
 O Secretário José Rodrigues e Carlos Cruz

Recibido

No 1º de Agosto de 1893. me foram entregues estes autos n'esta de encerram, do que fui daravata sem e assy me. Eu official Joao Joaquim da Silva o subsereni no impedimento do secretario.

Ex mo Sr. Ministro Presidente
No 406. D. do Ex. Sr. Min. de
Justiça e Neg. P. P. 1º de
Agosto de 1893. es p
Prateo F. C.

Apresento a V. Ex.ª estes autos de pe-
ticao de Habeas corpus, em que e Impre-
tante o D.º Ruy Barbosa em favor dos
pacientes David Ben Obill, Francisco
da Silva e outros, recebidos d'itos autos
hontem.

Supremo Tribunal
de 1893. Eu official Joao Joaquim
da Silva no impedimento do secretario
a piz. do official Joao Joaquim da Silva



10/244

de votos; em seguida apresen-
tada pelo mesmo Relator
nova preliminar, por não
estar a petição nos termos do
art. 141 § 2.º do Cod. de Procc.
que igualmente não passou
por maioria de votos;
finalmente, discutido
de merito a materia da petição,
foi concedida a ordem
impetrada em prol de, sobre
dita's doentes e designada
a sessão do dia 9 do corrente
meu as 10 horas da manhã
para o comparecimento de
todas as partes e bem assim
a apresentação das informações
que o Governo entender dar,
por intermedio do Ministerio
dos Negocios da Guerra, acerca
dos motivos legais que autori-
zarão e obrigão a concessão
d'ella nas condições em que
se requer -

Pagos a final as costas.

Supremo Tribunal Federal
2 de Agosto de 1893.
Proby Fern J.

Manoel Pinheiro de Sá
de - preliminar.
Ag. e Cartão

11/244

Ordem de Summ. - Summ.

Sua Luzes

Socialmente, venceu no
2.ª preliminar. Votou p. q. nos se
concedesse a petição p. nos es-
tor instância superior de lei.

Jos. Hygino

Bento Libero. Vencido
na 2.ª preliminar.

Ferr. de Resende.

Barros. Vencido q. a peti-
ção preliminar. Contudo
a entender que o Supremo
Tribunal Federal não pode
conceder Habeas-Corpus origi-
nariamente, senão nos casos
dos artigos em que lhe compete
julgar em única instância.
Nos outros casos, somente pode
conceder em grau de recurso.

André Berto - Vencido na preliminar sobre o conhe-
cimento originário do habeas-corpus, por entender que a
competência originária e também privativa do Supremo Tri-
bunal Federal restringe-se aos casos enumerados no art.
59 n. 1 da Const. da Republica.

~~Fora presente e legitimado~~
~~que, entendendo o Tribunal não estar em~~
~~em vigor o artigo 59 n. 1 da Const. da Republica~~
~~na petição p. q. nos se concedesse a petição~~
~~nos casos em que lhe compete julgar em única~~
~~instância.~~

Fui presente. Sobral

contendo o seguinte
p. uno, videtur et aliter
o delicto committit

Ordem de Summa

Bento Ribeiro.

Fui presente e requi-
siti que, entendendo o Tribunal
não estarem em vigor os dois Codi-
gos Pêdas da Mourinha pro-
mulgados em Novembro de 1890 e
Maio de 1891, fossem os prisionei-
ros paizanos remetidos ao juiz
seccional competente, visto não des-
comber ^{o mesmo Tribunal} a legalidade da prisão effe-
tuada em flagrante delicto, e atten-
tar as disposições dos arts. 1.º 552.º e 5.º
da Lei n.º 631 de 18 de Setembro de
1851, e art. 6.º letra i da Constituição,
Sobral.