

REVISTA DA
FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



ANO LXII

2021

NÚMERO 2

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXII (2021) 2

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Alfredo Calderale (Professor da Universidade de Foggia)
Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO

LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Março, 2022

- **M. Januário da Costa Gomes**
9-12 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

- **Eduardo Vera-Cruz Pinto**
15-64 *A interpretatio legis na norma do artigo 9.º do Código Civil e a interpretatio iuris no ius Romanum (D. 50.16 e 17)*
The interpretatio legis in the norm of Article 9 of the Civil Code and the interpretatio iuris in the ius Romanum (D. 50.16 e 17)
- **Francesco Macario**
65-89 *Rinegoziatione e obbligo di rinegoziare come questione giuridica sistematica e come problema dell'emergenza pandemica*
Renegociação e dever de renegociar como questão jurídica sistemática e como problema da emergência sanitária

ESTUDOS DOUTRINAIS

- **António Barroso Rodrigues**
93-128 *A tutela indemnizatória no contexto familiar*
Compensation of damages in the family context
- **Aquilino Paulo Antunes**
129-148 *Medicamentos de uso humano e ambiente*
Medicines for human use and environment
- **Fernando Loureiro Bastos**
149-167 *Art market(s): from unregulated deals to the pursuit of transparency?*
Mercado(s) da arte: de negócios a-jurídicos para a procura da transparência?
- **Francisco Rodrigues Rocha**
169-211 *Seguro de responsabilidade civil de embarcações de recreio*
Assurance de responsabilité civile de bateaux de plaisance
- **Ingo Wolfgang Sarlet | Jeferson Ferreira Barbosa**
213-247 *Direito à Saúde em tempos de pandemia e o papel do Supremo Tribunal Federal brasileiro*
Right to Health in Pandemic Times and the Role of the Brazilian Federal Supreme Court
- **João Andrade Nunes**
249-276 *A Regeneração e a humanização da Justiça Militar Portuguesa – A abolição das penas corporais no Exército e o Regulamento Provisório Disciplinar do Exército em Tempo de Paz (1856)*
The “Regeneração” and the humanisation of Portuguese Military Justice – The abolishment of corporal punishment in the Army and the Army’s Provisional Disciplinary Regulation in the Peacetime (1856)

-
- João de Oliveira Geraldes**
277-307 Sobre os negócios de acerto e o artigo 458.º do Código Civil
On the declaratory agreements and the article 458 of the Civil Code
-
- José Luís Bonifácio Ramos**
309-325 Do Prémio ao Pagamento da Franquia e Figuras Afins
From Premium to Deductible Payments and Related Concepts
-
- Judith Martins-Costa | Fernanda Mynarski Martins-Costa**
327-355 Responsabilidade dos Agentes de Fundos de Investimentos em Direitos Creditórios (“FIDC”): riscos normais e riscos não suportados pelos investidores
Liability of Agents of Receivables Investment Funds: normal risks and risks not borne by investors
-
- Luís de Lima Pinheiro**
357-389 O “método de reconhecimento” no Direito Internacional Privado – Renascimento da teoria dos direitos adquiridos?
The “Recognition Method” in Private International Law – Revival of the Vested Rights Theory?
-
- Mario Serio**
391-405 Contract e contracts nel diritto inglese: la rilevanza della buona fede
Contract e contracts: a relevância da boa fé
-
- Miguel Sousa Ferro | Nuno Salpico**
407-445 Indemnização dos consumidores como prioridade dos reguladores
Consumer redress as a priority for regulators
-
- Peter Techet**
447-465 Carl Schmitt against World Unity and State Sovereignty – Schmitt’s Concept of International Law
Carl Schmitt contra a Unidade Mundial e a Soberania do Estado – O Conceito de Direito Internacional de Schmitt
-
- Pierluigi Chiassoni**
467-489 Legal Gaps
Lacunae jurídicas
-
- Rafael Oliveira Afonso**
491-539 O particular e a impugnação de atos administrativos no contencioso português e da União Europeia
Private applicant and the judicial review of administrative acts in the Portuguese and EU legal order
-
- Renata Oliveira Almeida Menezes**
541-560 A justiça intergeracional e a preocupação coletiva com o pós-morte
The inter-generational justice and the collective concern about the post-death
-
- Rodrigo Lobato Oliveira de Souza**
561-608 Religious freedom and constitutional elements at the social-political integration process: a theoretical-methodological approach
Liberdade religiosa e elementos constitucionais no processo de integração sociopolítica: uma abordagem teórico-metodológica

-
- Telmo Coutinho Rodrigues**
609-640 “Com as devidas adaptações”: sobre os comandos de modificação nas normas remissivas como fonte de discricionariedade
“Mutatis mutandis”: on modification commands in referential norms as a source of discretion

ESTUDOS REVISITADOS

-
- Ana Paula Dourado**
643-655 A “Introdução ao Estudo do Direito Fiscal” (1949-1950), de Armindo Monteiro, revisitada em 2021
Introduction to Tax Law (1949-1950), by Armindo Monteiro, Revisited in 2021

-
- Pedro de Albuquerque**
657-724 Venda real e (alegada) venda obrigacional no Direito civil, no Direito comercial e no âmbito do Direito dos valores mobiliários (a propósito de um Estudo de Inocêncio Galvão Telles)
Real sale and the (so-called) obligational sale in civil law, in commercial law and in securities law (about a study of Inocêncio Galvão Telles)

VULTOS DO(S) DIREITO(S)

-
- António Menezes Cordeiro**
727-744 Claus-Wilhelm Canaris (1937-2021)
-
- Paulo de Sousa Mendes**
745-761 O caso Aristides Sousa Mendes e a Fórmula de Radbruch: “A injustiça extrema não é Direito”
The Aristides de Sousa Mendes Case and Radbruch’s Formula: “Extreme Injustice Is No Law”

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

-
- Ana Rita Gil**
765-790 O caso *Neves Caratão Pinto c. Portugal*: (mais) um olhar do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos sobre a aplicação de medidas de promoção e proteção a crianças em perigo
The case Neves Caratão Pinto vs. Portugal: one (more) look at the application of promotion and protection measures to children at risk by the European Court of Human Rights
-
- Jaime Valle**
791-802 A quem cabe escolher os locais da missão diplomática permanente? – Comentário ao Acórdão de 11 de dezembro de 2020 do Tribunal Internacional de Justiça
Who can choose the premises of the permanent diplomatic mission? – Commentary on the Judgment of 11 December 2020 of the International Court of Justice

-
- Jorge Duarte Pinheiro**
803-815 Quando pode o Estado separar as crianças dos seus progenitores? – o caso *Neves Caratão Pinto c. Portugal*
In which circumstances can a State separate children from their parents? – case Neves Caratão Pinto v. Portugal

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

-
- José Luís Bonifácio Ramos**
819-827 Transição Digital no Ensino do Direito
Digital Transition in Teaching Law
-
- Margarida Silva Pereira**
829-843 Arguição da tese de doutoramento de Adelino Manuel Muchanga sobre “A Responsabilidade Civil dos cônjuges entre si por Violação dos Deveres Conjugais e pelo Divórcio”
Intervention in the public discussion of the doctoral thesis presented by Adelino Manuel Muchanga on the subject “Civil Liability of the Spouses between themselves due to Violation of Marital Duties and Divorce”
-
- Miguel Teixeira de Sousa**
845-855 Arguição da tese de doutoramento do Lic. Pedro Ferreira Múrias (“A Análise Axiológica do Direito Civil”)
Discussion of the Doctoral Thesis of Pedro Ferreira Múrias (“A Análise Axiológica do Direito Civil”)
-
- Paulo Mota Pinto**
857-878 Arguição da dissertação apresentada para provas de doutoramento por Pedro Múrias, *A análise axiológica do direito civil*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 11 de novembro de 2021
Discussion of the Doctoral Thesis of Pedro Ferreira Múrias, “A Análise Axiológica do Direito Civil”, Lisbon Law School, 11th November 2021
-
- Teresa Quintela de Brito**
879-901 Arguição da Tese de Doutoramento apresentada por Érico Fernando Barin – *A natureza jurídica da perda alargada*
Oral Argument and Discussion of the PhD Thesis presented by Érico Fernando Barin – The juridical nature of the extended loss

A Regeneração e a humanização da Justiça Militar Portuguesa – A abolição das penas corporais no Exército e o Regulamento Provisório Disciplinar do Exército em Tempo de Paz (1856)*

The “Regeneração” and the humanisation of Portuguese Military Justice – The abolishment of corporal punishment in the Army and the Army’s Provisional Disciplinary Regulation in the Peacetime (1856)

João Andrade Nunes**

“A disciplina militar, para os inferiores consiste na obediência; para os superiores, na observância da justiça”.¹

Resumo: O presente estudo, versando sobre a humanização da Justiça Militar ao tempo da Regeneração, trata, de forma pioneira, duas factuaisidades que se encontram conexas. *Primo*, expõe e reflete sobre as motivações que determinaram a abolição das penas corporais no Exército. *Secundo*, debruçando-se sobre a exigente conciliação entre disciplina militar e garantias constitucionais, percorre, analiticamente, todo o processo de elaboração, aprovação e vigência do Regulamento Provisório Disciplinar do Exército em Tempo de Paz (1856).

Abstract: This article addresses the issue of humanizing the Military Justice during the “Regeneração” period and pioneers the study of two related facts. Firstly, it outlines and reflects on the reasons which determined the abolishment of corporal punishment in the Army. Secondly, it examines the difficult conciliation between military discipline and constitutional safeguards, and analyses the whole process of elaboration, approval and term of the Army’s Provisional Disciplinary Regulation in the Peacetime (1856).

* Escrito em junho de 2021. Revisto em janeiro de 2022.

Abreviaturas recorrentes: AHM = Arquivo Histórico Militar; AHP = Arquivo Histórico Parlamentar; DIV = Divisões.

** Mestre em Direito e Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador do IURIS.

¹ MIGUEL FRANCISCO DE MENDONÇA, *O progresso do Exercito ou alguns pensamentos sobre o systema militar de um povo livre*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1866, p. 50.

Palavras-chave: Regulamento Provisório Disciplinar; Justiça Militar; Penas corporais; D. Pedro V; Duque de Saldanha; José Jorge Loureiro.

Keywords: Provisional Disciplinary Regulation; Military Justice; Corporal punishment; D. Pedro V; Duque de Saldanha; José Jorge Loureiro.

Sumário: 1. Introdução; 2. O direito penal do Exército na primeira metade de oitocentos; 3. A abolição das penas corporais e a premente aprovação de um regulamento disciplinar; 3.1. A proposta legislativa do Duque de Saldanha; 3.2. O projeto de lei da Comissão de Guerra da Câmara dos Deputados; 3.3. De novo, a proposição de Saldanha. As alterações de José Jorge Loureiro e as ingerências de D. Pedro V; 4. A aprovação do Regulamento Provisório Disciplinar para o Exército em Tempo de Paz e a sua vigência; 5. Considerações finais.

1. Introdução

Pegando em armas para domesticar as forças militares e acabar com a sua ingerência na esfera política, em maio de 1851, Duque de Saldanha trouxe ao reino um verdadeiro momento de paz e concórdia. A este período temporal, situado entre 1851 e 1856, deu-se o nome de Regeneração; o tempo do progresso².

Com esta bem-aventurada revolução, a cultura liberal abandonaria, por momentos, a lógica revolucionária e transformar-se-ia num estandarte de conciliação e reformismo. E tantas reformas que urgiam ser realizadas! Em rigor, desde o vintismo que se procurava regenerar a nação³. Porém, as constantes lutas partidárias e palacianas atrasavam, sobremaneira, a realização de todas elas⁴.

² Neste sentido, JOSÉ MIGUEL SARDICA, *Terminar a Revolução. A política portuguesa de Napoleão a Salazar*, Temas e Debates, Círculo de Leitores, Lisboa, 2016, pp. 115 e ss..

³ Desde logo, através da revogação da legislação e da extinção de múltiplas instituições herdadas do Antigo Regime. Em relação à revogação legislativa, sem esquecer as várias leis fundamentais ou as reformas judiciais e administrativas gizadas, na Terceira, por Mouzinho da Silveira, ao longo de oitocentos, as vetustas Ordenações foram sendo revogadas por força dos vários códigos publicados: Código Comercial de 1833, Código Administrativo de 1836, Código Penal de 1852, Código Civil de 1867 e o Código de Processo Civil de 1876. No que concerne à reforma das instituições, a título de exemplo, considere-se a extinção dos seguintes tribunais: Tribunal do Santo Ofício (1821); Mesa da Consciência e Ordens (1833); Conselho do Almirantado (1822); Conselho de Justiça (1834).

⁴ Atente-se nas delongas inerentes à concretização da reforma judiciária imposta pela Constituição de 1822 (*v.g.* demorada criação do Supremo Tribunal de Justiça), ou na extinção de algumas instituições, como a *supra* citada Mesa da Consciência e Ordens que, baseada em foro privativo,

A Justiça Militar afigurava-se um exemplo paradigmático de tal realidade. Como tal, as teses humanistas há muito proclamadas pelos iluministas continuavam, em meados do século XIX, arredadas do foro castrense. Depois da malograda tentativa de publicação do Código Penal Militar de 1820⁵, ao momento da Regeneração, os famigerados Artigos de Guerra de 1763 continuavam a ser o direito punitivo que se aplicava nos tribunais militares das forças terrestres.

Imbuídos de um espírito marcadamente intimidatório e repressivo, os mencionados instrumentos jurídicos eram constituídos por um acervo de delitos cujas punições estabelecidas, em perfeita sintonia com o Livro V das Ordenações Filipinas, repousavam na pena de morte, nos trabalhos forçados e, sobretudo, em diversos tipos de castigos corporais nos quais as varadas eram prática recorrente.

Por outro lado, no âmbito da sua aplicação, o poder arbitrário que recaía sobre os militares e a desproporcionalidade com que as penas eram aplicadas mantinham a Justiça Militar no *status quo* do *Ancien Régime* que a Revolução de 1820 quisera findar.

A consciência de que este paradigma urgia ser alterado, aliada à paz social que a Regeneração acarretara, importou significativas alterações no direito penal civil e militar. Assim, se em 1852 a ditadura de Saldanha, no seguimento da abolição da pena de morte para os crimes políticos, aprovava o primeiro Código Penal, em 1856 dava o importante passo de extinguir, no exército do continente e ilhas adjacentes, as penas corporais de varadas e pancadas de prancha de espada.

Contudo, e em face dos recorrentes problemas de indisciplina que existiam na força armada, seria esta a medida mais apropriada? Teria sido ela do inteiro agrado da instituição castrense? Por outro lado, o Regulamento Provisório Disciplinar para o Exército em Tempo de Paz, aprovado concomitantemente, correspondera aos anseios da criação de uma nova e humanizada legislação militar? A quem se deveria a sua autoria? Fora ele uma inovação ou um arquétipo importado de experiências aquém-pirenaicas? Qual o seu período de vigência e respetivas condicionalidades?

Muitas e variadas poderão ser as questões suscitadas em torno da presente temática. Todavia, com este texto, pretendemos, tão-só, dar resposta aos quesitos

encontrava-se proibida constitucionalmente desde 1822. Sobre a reforma judicial oitocentista, *vide* ISABEL GRAES, *O poder e a justiça em Portugal no século XIX*, AAFDL, Lisboa, 2014. Para uma leitura sobre a extinção da Mesa da Consciência e Ordens, veja-se JOÃO ANDRADE NUNES, O ocaso da Mesa da Consciência e Ordens (1821-1833), *e-Legal History Review*, n.º 29, 2019 (pp. 13-51).

⁵ ISABEL GRAES, O Código esquecido (O Código Penal Militar de 1820), *e-Legal History Review*, n.º 31, 2020 (pp. 1-38), p. 3.

formulados, por entendermos serem eles o ponto de partida para o estudo do objeto em apreço.

O objeto de estudo é, na sua totalidade, inédito. Como tal, a elaboração do presente trabalho partiu de uma análise de fontes primárias provindas dos fundos do Arquivo Histórico Parlamentar e do Arquivo Histórico Militar, por neles se encontrar grande parte da documentação relativa à iniciativa legislativa e ao quotidiano do Exército, respetivamente. Simultaneamente, toda a documentação arquivística compulsada foi cotejada com vários artigos coevos, e não trabalhados pela doutrina, provenientes do incontornável e mais antigo periódico castrense: a “Revista Militar”.

Se o artigo, que ora se apresenta, for acolhido como um proveitoso ponto de partida para aqueles que se debruçam sobre estas matérias, daremos como recompensado o nosso esforço.

2. O direito penal⁶ do Exército na primeira metade de oitocentos

Em meados do século XIX, o direito punitivo do Exército – infantaria e cavalaria –, continuava a ser o mesmo que havia resultado da reforma militar setecentista levada a cabo pelo marechal Frederico de Schaumurg-Lippe⁷. Na verdade, os Artigos de Guerra, ínsitos no capítulo XXVI do “Regulamento para o exercício e disciplina da infantaria dos Regimentos de Infantaria dos Exercitos de Sua Magestade”⁸, mantendo-se como base fundamental para castigar os militares do Exército que prevaricassem, apenas encontraram a sua revogação na aprovação do Código de Justiça Militar de 1875.

Naturalmente, ao longo dos tempos e, sobretudo, na esteira do liberalismo, várias foram as tentativas de, reformando aqueles preceitos, oferecer aos militares

⁶ Usamos, aqui, a terminologia penal em *lato sensu*. Em rigor, e como se verá ao longo do texto, até 1856, aquando da aprovação do Regulamento Provisório Disciplinar para o Exército em Tempo de Paz, ainda não havia sido traçada a distinção entre direito disciplinar e direito penal, no seio do foro militar.

⁷ Sobre a reforma judicial militar implementada por Conde de Lippe, *vide* JOÃO ANDRADE NUNES, *O foro militar português no século XIX. Que problemas? Que soluções?*, AAFDL Editora, Lisboa, 2019, pp. 37 e ss e FERNANDO DORES COSTA, *Insubmissão. Aversão ao serviço militar no Portugal do século XVIII*, ICS, Lisboa, 2010, pp. 265 e ss..

⁸ Aprovado pelo alvará de 18 de fevereiro de 1763. Este diploma acabaria por ser crismado de “Novo Regulamento”, por contraposição aos diplomas de natureza regulamentar aprovados anteriormente. *Vide, Regulamento para o exercício e disciplina da infantaria dos Regimentos de Infantaria dos Exercitos de Sua Magestade, feito por Ordem do Mesmo Senhor por Sua Alteza o Conde Reinante de Schaumbourg Lippe, Marechal General*, Regia Officina Typografica, Lisboa, 1794 (doravante, Regulamento para o Exercício e Disciplina da Infantaria dos Exércitos).

um código penal capaz de fazer *jus* ao espírito epocal⁹. Por causalidades variadas, todas elas malograram¹⁰. Como tal, a legislação judicial tendente ao Exército que fora emanada entre 1763 e 1846 (ano em que, por força do decreto de 21 de agosto, se limitou a aplicação de penas corporais no Exército), mormente¹¹, apenas dissera respeito à sua organização judiciária¹² e à componente processual¹³.

⁹ Em rigor, as críticas à legislação vigente eram recorrentes. Atente-se na seguinte passagem: “Sendo exacto (como nos parece) o que levamos exarado, julgâmos que na actualidade não pode ser considerado bom o nosso Regulamento de 1763, porquanto feito em uma época em que a instrução e civilização, ainda se achavam pouco desenvolvidas no nosso paiz, era necessario que a ideia d’uma punição severa, substituísse os estímulos de honra e de gloria, que apenas uma pequena parte do exercito saberia comprehender”. Cfr. A., Duas palavras sobre o Exército, *Revista Militar*, VIII, n.º 3, 1856 (pp.110-114), p. 111. A inexistência de uma lista de acrónimos na citada revista não nos permitiu identificar o verdadeiro nome do autor.

¹⁰ Desde logo, referimo-nos à grande reforma gizada através do Código Penal Militar de 1820, o qual fora aprovado no Brasil, por D. João VI. Através deste código, observando os novéis princípios codificadores, pretendia-se munir o foro militar de um instrumento jurídico que, coligindo matéria penal, disciplinar e processual, fosse capaz de renovar o arquétipo judiciário militar ditado por Lippe. Para tal, revogar-se-iam os múltiplos diplomas que se encontravam dispersos e contraditórios entre si. Entre os principais, indicamos os Artigos de Guerra de 1763-1764, o alvará de 6 de setembro de 1765, os Artigos de Guerra da Armada Real de 1799 e o alvará de 21 de fevereiro de 1816. Porém, em virtude da Revolução Liberal, não chegou a vigorar em Portugal (nem no Brasil). Sobre o assunto, ISABEL GRAES, *O Código esquecido (O Código Penal Militar de 1820)*, cit.. De igual modo, merece ser referenciada a comissão para redação de um código penal militar, designada por decreto de 23 de julho de 1855, a qual foi presidida pelo ministro da guerra, Visconde Sá da Bandeira. Para uma leitura mais pormenorizada sobre a humanização da lei penal em finais de setecentos, vide SÍLVIA ALVES, *Punir e Humanizar. O direito penal setecentista*, Fundação Calouste Gulbenkian/Fundação para a Ciência e Tecnologia, 2014, pp. 366 e ss..

¹¹ Naturalmente, no âmbito do direito substantivo, entre outras, não esquecemos a Ordenança para os Desertores em Tempo de Paz, aprovada pelo decreto de 9 de abril de 1805, as Instruções Regulamentares Provisórias, aprovadas pelo decreto de 10 de novembro de 1831, ou os vários diplomas restritivos ou ampliativos do privilégio de foro (alvará de 14 de fevereiro de 1772, alvará de 2 de outubro de 1792, alvará de 26 de novembro de 1801 e decreto de 17 de setembro de 1822). Porém, não tiveram expressão no âmbito da ação punitiva, em sentido estrito.

¹² Entre os principais diplomas, indicamos o alvará de 20 de agosto de 1777 que criou um Conselho de Justiça como tribunal de última instância para as causas das forças terrestres, o alvará de 21 de fevereiro de 1816 que dera nova composição aos conselhos de guerra, o decreto de 14 de novembro que implementara o Supremo Conselho Militar de Angra, o decreto de 29 de julho de 1832 que instituiu o Tribunal de Guerra e Justiça, o decreto de 6 de maio que criara o Conselho de Guerra Permanente, o decreto de 1 de julho que instalara, em Lisboa, o Supremo Conselho de Justiça Militar e o decreto de 9 de dezembro de 1836 que unificara, definitivamente, o foro militar de segunda instância através de um novo Supremo Conselho de Justiça Militar. Para uma leitura mais detalhada, veja-se a já citada obra JOÃO ANDRADE NUNES, *O foro militar português no século XIX. Que problemas? Que soluções?* cit., pp. 56 e ss..

¹³ Alvará de 4 de setembro de 1765, que corrigiu e fixou a marcha processual nos conselhos de guerra, o decreto de 5 de outubro de 1778 possibilitando ao réu a nomeação de um advogado, em

Esclarecidos quanto ao direito substantivo, de natureza criminal, vigente no Exército, na década de cinquenta de oitocentos, *per summa capita*, efetuemos, por ora, uma análise a esses normativos.

Sem efetuar qualquer distinção entre direito penal ou direito disciplinar, o Regulamento para o Exercício e Disciplina da Infantaria dos Exércitos, no capítulo XI (“dos castigos”), diferenciava, apenas, os ilícitos enquanto “delitos maiores”, “delitos graves” e “culpas leves”. Assim, se os dois primeiros tipos, por conformarem verdadeiros delitos que afetavam um bem jurídico¹⁴, se aproximavam do vindouro conceito de “crime militar”, o terceiro tipo, compreendendo faltas cometidas por descuido ou inadvertência, estava próximo da realidade que, futuramente, viria a ser entendida como “infração disciplinar”¹⁵. Desse modo, as penas aplicadas aos “delitos maiores” e aos “delitos graves” tinham sempre de ser determinadas por um órgão judicial militar, intitulado de conselho de guerra, ao passo que a estipulação das sanções resultantes das “culpas leves” ficavam ao arbítrio do oficial que exercesse a função de comando¹⁶.

A ideia do legislador, no sentido de intimidar os soldados para a prática do crime e, bem assim, de limitar o arbítrio punitivo dos superiores, fora salutar. Não obstante, a sua concretização no quotidiano mostrava sérias fragilidades. Com efeito, se o legislador definira como “delitos maiores” o motim, o homicídio premeditado e a traição, a determinação de uma falta enquanto elemento conformador de “delito grave” ou “culpa leve”, na ausência de tipificação legal (pressupondo que essa falta e respetiva sanção não estavam elencadas num dos vinte e quatro números dos Artigos de Guerra), ficava dependente do juízo dos militares que detinham funções de comando.

Por fim, quanto à tipologia das penas aplicadas, no seio militar, ao longo do período consignado, por serem severas, arbitrárias e desproporcionadas, nas palavras de Figueiredo Marcos,

tempo de paz, a declaração inserta na ordem do dia de 13 de abril de 1809 e o decreto de 6 de maio de 1833, ambos sobre a apelação das sentenças.

¹⁴ Entre outros, homicídio premeditado, traição à pátria, motim, furto ou falsificação de passaportes. Cfr. capítulo XI, §1, e capítulo XXVI do Regulamento para o Exercício e Disciplina da Infantaria dos Exércitos.

¹⁵ Hodiernamente, por infração militar entende-se “a ação ou omissão de atos, por parte do funcionário ou agente, em colisão com os deveres gerais ou especiais de correntes da função que exerce”. A disciplina militar, garantindo a observância dos valores fundamentais subjacentes à função militar, tutela-os por meio da imposição de deveres, cuja violação constituiu uma infração militar. Ressalve-se que os deveres de natureza militar são, essencialmente, de natureza pessoal associados à condição militar. Cfr. VÍTOR MANUEL GIL PRATA, *A Justiça Militar e a Defesa Nacional*, Coisas de Ler, Lisboa, 2012, p. 57.

¹⁶ Nesse sentido, veja-se o capítulo XI do Regulamento para o Exercício e Disciplina da Infantaria dos Exércitos.

“não há [...] assomo da corrente humanitarista”,

pois a finalidade da pena

“foi absorvida por uma ideia de brutal intimidação, quando não de autêntico terror. Logo, uma prevenção geral de intimidação, ou como a doutrina hodierna lhe prefere chamar, uma prevenção geral negativa”¹⁷.

De acordo com o exposto, o direito penal militar encontrava-se, sem dúvida, desapropriado e carente de uma reforma. Nesse sentido, entre as várias penas aplicadas (*e.g.* pena de morte, expulsão, trabalhos forçados, prisão), a pena de castigos corporais era, sem dúvida, uma pena que urgia extinguir, sobretudo pela leviandade e intensidade com que era aplicada.

3. A abolição das penas corporais no Exército e a premente aprovação de um regulamento disciplinar

A prática de infligir, nos militares, castigos corporais, enquanto consequência da inobservância de deveres prescritos, fora, amiúde, praticada nos exércitos de todas as nações e ao longo dos tempos¹⁸. Portugal não foi exceção.

Se perscrutarmos a legislação militar da primeira metade do século XIX, a qual, como já se referiu, era ainda oriunda do *Ancien Régime*, e a cotejarmos com fontes primárias coevas, verificamos que a sujeição de soldados a varadas ou pancadas com espada de prancha não só era uma prática vulgar como, diversas vezes, acusada, pelos próprios militares, de abusiva¹⁹.

¹⁷ RUI FIGUEIREDO MARCOS, Alguns aspectos do Direito Militar Português no século XVIII, in *Portugal militar nos séculos XVII e XVIII até às vésperas das invasões francesas. Actas do XV Colóquio de História Militar*, Comissão Portuguesa de História Militar, 2005, p. 187.

¹⁸ A título perfunctório, *vide* MATTEW PATE / LAURIE A. GOULD, *Corporal punishment around the world*, Praeger, California, 2012, pp. 26 e ss..

¹⁹ Desde já, considerem-se as várias missivas enviadas ao Marquês de Tancos, alertando-o para o excesso de varadas e pranchadas com que eram castigados os soldados. *Vide* ofício de 4 de janeiro de 1831, in AHM/DIV/1/20/63/02. De igual modo, bem representativo se mostra o mapa relativo às praças dos corpos do Exército que no segundo semestre de 1850 sofreram a pena de varadas. Com efeito, no cômputo geral de 25 militares indicados, todos eles foram alvo da pena máxima (50 varadas), sendo que duas praças foram castigadas com 200 varadas, pelo facto de o delito ser anterior às determinações de 24 de julho de 1850. Na maioria dos ilícitos encontram-se furtos, fugas, faltas de respeito, saídas sem licença, entre outros. *Cfr.* *Correspondência entre várias entidades militares relativa à aplicação do castigo de varadas nos corpos do Exército*, AHM/DIV/3/06/04/38/12.

Na esteira da corrente humanitarista²⁰, de algum modo vertida no Código Penal de 1852²¹, e visando uma harmonização dos princípios da monarquia constitucional²² com as necessidades de serviço e a exigência da disciplina militar, no ano de 1856, a instituição castrense portuguesa deu um considerável passo para a implementação de uma justiça mais condigna e humanizada ao abolir, definitivamente, no exército²³ da metrópole e ilhas adjacentes²⁴, “os castigos de varadas e os de

Ainda o extenso *mapa das praças de pret dos corpos do exercito as quais foi aplicado o castigo de varadas entre 1851 e 1853*, enviado à Secretaria de Estado dos Negócios da Guerra, em 14 de março de 1853, AHM/DIV/1/29/05/26.

²⁰ O movimento humanitarista, diretamente filiado na filosofia iluminista e no enciclopedismo francês, a par da abolição da pena de morte, pugnava por uma reforma do direito penal capaz de criar um sistema punitivo em que, entre outras medidas, se aplicassem as seguintes: as penas só encontrassem fundamento na sua necessidade e utilidade, a estipulação dos crimes e respetivas sanções fosse anterior aos factos praticados, a igualdade da lei penal para todos os cidadãos, a proporcionalidade entre a prática ilícita e a pena imposta e a aplicação de penas cruéis e infamantes fosse substituída pela pena de prisão, cuja função fosse a de regeneração do delinquente e a sua reintegração da vida social. Muitas são já as páginas que, ao longo dos séculos, foram sendo escritas sobre esta temática. Sem relegar a icónica obra de CESARE BECCARIA, *Dos delitos e das penas*, 4.^a ed., tradução de JOSÉ FARIA COSTA, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2014, no âmbito nacional, *inter alios*, vide PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, Instituições do Direito Criminal Português, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 155, 1966, pp. 45-168; LEVY MARIA JORDÃO, Os fundamentos do direito de punir, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, LI, 1975, pp. 290-314; EDUARDO CORREIA, A evolução histórica das penas, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, LIII, 1977 (pp. 51-150), pp. 108 e ss.; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 5.^a ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 398 e ss..

²¹ A concretização da corrente humanitarista, ainda que tenha tido expressão no nosso primeiro Código Penal, não foi nele plenamente observada. Na verdade, apesar de este ter representado uma significativa evolução relativamente ao livro V das Ordenações Filipinas, continuava longe dos progressos que o tempo reclamava e que já haviam sido invocados em finais de setecentos. Entre outros defeitos apontados, mesmo depois dos múltiplos debates em torno do direito penal que se haviam iniciado com a questão do “Novo Código”, a abolição da pena de morte mantinha-se prevista. Como tal, e sob as contundentes críticas de Levy Maria Jordão e de Silva Ferrão, depressa se encetaram novos esforços codificadores. Vide LEVY MARIA JORDÃO, *Commentario ao Código Penal Português*, I, Typographia José Baptista Machado, Lisboa, 1853, pp. XIX-XXII; F.A.F. DA SILVA FERRÃO, *Theoria do Direito Penal aplicada ao Código Penal Portuguez*, I, Typographia Universal, Lisboa, 1856, pp. LX e ss.; *idem*, II, pp. 17 e ss.; GUILHERME BRAGA DA CRUZ, O movimento abolicionista e a abolição da pena de morte em Portugal, in *Obras Esparsas: Estudos de História do Direito*, II, 2.^a parte, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1981 (pp. 27-243), pp. 59 e ss..

²² Desde logo, a abolição das penas corporais, no seio da sociedade civil, havia sido alcançada com a Constituição de 1822 (artigo 11.º) e, mais tarde, reiterada na Carta Constitucional (artigo 145.º §18) e na Constituição de 1838 (artigo 21.º).

²³ Na Armada, os castigos corporais encontraram a sua proibição no decreto de 21 de março de 1895. Em rigor, o projeto do Código Penal da Armada, aprovado a 31 de agosto de 1857, continuava a contemplar a pena de varadas enquanto pena correccional. No entanto, não deixa de ser curiosa

pancadas com prancha de espada”²⁵. Contudo, como já se adiantou, a medida tomada não fora totalmente inesperada, porquanto já havia sido principiada, no ano de 1846, através do decreto de 21 de agosto. Vejamos.

Visando a necessidade de coibir abusos por parte daqueles que exerciam funções de comando, através do aludido normativo, entendera o legislador proceder à substituição do castigo de pancadas com prancha de espada – previsto no §3 do capítulo XI dos Artigos de Guerra para os casos de “culpas leves” – pelo castigo de varadas. De igual modo, estipulara-se com ele o procedimento legal para a imposição de tal punição. Assim, *grosso modo*, se à luz do artigo 1.º, do citado diploma, nenhum comandante de corpo poderia mandar castigar um soldado com mais de cinquenta varadas – como já resultava dos Artigos de Guerra –, de acordo com os artigos 2.º e 3.º, a imposição de tal punição, por configurar uma sanção disciplinar, carecia da realização de um prévio conselho de disciplina, o qual deveria pronunciar-se sobre a aplicação do castigo e, em caso afirmativo, determinar o número de varadas.

A publicação destas medidas limitadoras não só encontrara alguma resistência no meio militar²⁶ como fizera despoletar, no seu seio, uma verdadeira querela sobre a (in)conveniência de uma futura proibição dos castigos corporais nas forças terrestres. Como tal, entre 1846 e 1856, vários foram os textos que, sobre o assunto, se publicaram na “Revista Militar”.

Sem pretendermos esgotar toda a bibliografia ali publicada²⁷, a título exemplificativo, daremos nota de algumas passagens que nos parecem ser assaz representativas da divergência de posições.

a declaração de voto de Joaquim José Matos Correia: “votei contra a correcção das varadas, porque julgo este castigo desnecessário, immoral e nocivo [...]”. Cfr. *Compilação da Legislação Penal Militar Portuguesa desde 1446 até 30 de Junho de 1875 por José Ricardo da Costa Silva Antunes*, Imprensa Nacional, Lisboa, 1895, p. 266.

²⁴ A abolição de tais penas nas províncias ultramarinas foi determinada por força do decreto de 25 de julho de 1865.

²⁵ Expressão usada pelo artigo 1.º da carta de lei de 14 de julho de 1856.

²⁶ Em 1850, D. Fernando II, na qualidade de comandante-em-chefe do Exército e Marinha, recomendava ao comandante da 3.ª divisão militar a exata observância do decreto de 21 de agosto de 1846. Como tal, estava o monarca na disposição de responsabilizar e punir “aquelle que infringir e que se achar escuso no citado decreto”. Cfr. AHM/DIV/1/28/07/37, ofício, de 24 de julho de 1850, do Visconde de Campanhã para o comandante da 3.ª divisão militar sobre a aplicação do castigo de varadas aos soldados.

²⁷ Para outras leituras, *vide* LEOPOLDO AUGUSTO DE MIRANDA, Castigo de chibata, *Revista Militar*, I, n.º 8, 1849, pp. 485-491; JOAQUIM PINHEIRO DAS CHAGAS, Disciplina e subordinação, *Revista Militar*, I, n.º 6, 1849, pp. 366-369 e MANOEL DOS REIS E COSTA, O Castigo de chibata, *Revista Militar*, VII, n.º 10, 1855, pp. 479-491.

No decurso do exposto, no ano de 1852, Quintino de Sá Camello, advogando a necessidade de manter as penas corporais, publicava as seguintes palavras:

“Dirão tudo quanto quizerem, porém a verdade é, que continuamos a receber gente vagabunda, mancebos apanhados a laço no centro das nossas montanhas, entregues ao deboche e á corrupção, mancebos que poderiam servir nos desertos de Africa, mas nunca em Portugal [...]. Para soldados como estes que actualmente existem, a chibata é tão essencial como o pão que se lhes fornece todos os dias. Quererão guardar o aperfeiçoamento da disciplina para quando o inimigo bata ás portas da pátria? [...] Em conclusão, o soldado acha-se livre do castigo de chibata, unico que respeitava, unico que temia, unico que o faria entrar nos seus deveres; o soldado está sendo tratado nos corpos como mais mimo, com mais atenções de que se prodigalisam ás damas; evita-se tudo para não haver conflitos, não os desgostarem”²⁸.

No mesmo sentido parecia caminhar o pensamento do coronel José Ricardo Peixoto, ao lançar a seguinte questão:

“Dizei-me agora vós, que tanto vos ufanaís de amigos da humanidade, ou antes (permitta-se-me a franqueza) que procurais adquirir um bello nome com as vossas philantropicas teorias, que freio applicareis a estes homens tão bons e honestos como os quereis julgar, mas com todas as inclinações, com todos os instinctos do vicio? [...] que outro castigo que não seja o corporal tem estes miseráveis a temer?”²⁹.

Contrariando estas posições e pugnando pela abolição de tais medidas punitivas, Frederico de Novaes asseverava ser

“necessário um systema todo novo de penalidade, fundado nos principios da civilização, nos exemplos das outras nações, e na philosophia do direito criminal”³⁰.

De igual modo, aquando da discussão do Regulamento Disciplinar Provisório, em sede da Câmara dos Pares do Reino, o periódico do Exército oferecia ao público mais um artigo no qual se afirmava que a proscricção dos castigos corporais mais não era que

²⁸ JOAQUIM AUGUSTO QUINTINO DE SÁ CAMELLO, Duas palavras sobre o Exército, *Revista Militar*, VIII, n.º 2, 1856 (pp.63-67), p. 65.

²⁹ JOSÉ RICARDO PEIXOTO, Castigo corporal, *Revista Militar*, V, n.º 6, 1853 (pp. 298-300), p. 299.

³⁰ JOSÉ RICARDO PEIXOTO, Castigo corporal, *Revista Militar* cit., p. 297.

“uma medida de sã politica, que vem substituir as disposições absurdas do que existe em vigor actualmente a esse respeito. O castigo das varadas como se pratica, não é uma correcção efficaz para aquelle que o soffre, por que zomba d'elle; não é um exemplo, por que não pode produzir esse effeito para os que o presenciam; não impõe é imaginação dos bons, e é para os mais um escarneo”³¹.

Aqui chegados, e efetuando um olhar retrospectivo, os castigos corporais, independentemente das suas justificações, mostravam-se desajustados numa época em que o Homem, havendo alcançado a sua emancipação, proclamava, diariamente, a igualdade e a humanização do direito penal.

Atentando nas palavras de Ruben Anderson Leitão,

“começava a raiar no reinado de D. Pedro V a gestação de uma revolução moral tendente a elevar o nível social da nossa gente”³².

Como tal, a abolição das penas corporais no Exército, inicialmente assumida como um problema interno do foro militar, rapidamente passou a ser encarada como uma questão ética e moral de carácter urgente, entrando, por isso, de imediato, na agenda política. Eis a temática que analisaremos ao longo dos pontos subsequentes.

3.1. A proposta legislativa do Duque de Saldanha

No desenrolar dos acontecimentos descritos no ponto anterior, invocando a necessidade de harmonizar a disciplina militar com as garantias constitucionais e com a recente lei do recrutamento³³, Duque de Saldanha, na qualidade de ministro

³¹ Noticiário Militar, *Revista Militar*, VIII, n.º 3, 1856 (pp.133-136), p. 135.

³² RUBEN ANDRESEN LEITÃO, *D. Pedro V. Um Homem e Um Rei*, Texto Editores, Lisboa, 2011, p. 92.

³³ Por força da carta de lei de 27 de junho de 1855, o alistamento tornou-se mais humano e mais adequado aos interesses sociais, políticos e económicos do reino. Na verdade, muitas vinham já sendo as reformas que, desde o final do século XVIII, incidiam no sistema de recrutamento militar. Porém, fora durante o ministério de Duque de Saldanha que se alcançara a mais perfeita de todas as reorganizações ocorridas em oitocentos. Em rigor, observando-se em 1855 o princípio da igualdade do serviço militar obrigatório, alteraram-se as velhas práticas de conscrição, as quais, baseadas nas múltiplas isenções estipuladas, apenas traziam para as fileiras os mais desfavorecidos e marginais da sociedade. No mais, entre outras medidas, previa-se a fixação de uma idade diferente para incorporação (entre os 20 e os 22 anos) e a criação de uma reserva do Exército, onde se permanecia três anos após os cinco de serviço ativo. Como tal, perante esta nova realidade, urgia implementar uma nova visão e concretização de disciplina militar. Sobre o assunto, ANTÓNIO PEDRO VICENTE, *Levas e re-*

da guerra, a 28 de abril de 1855, apresentou à Câmara dos Deputados³⁴ uma proposta de lei que, principiando por abolir os castigos corporais no Exército, visava, sobretudo, a criação de um regulamento disciplinar

“capaz de regular a disciplina dos corpos do exército em tempo de paz, e provisoriamente, enquanto se não publica[sse] o Código Penal e de Disciplina Militar”³⁵.

Influenciado pela legislação militar francesa e belga³⁶, este diploma, constituído por setenta e nove artigos repartidos em seis capítulos, apresentava a seguinte estrutura: “princípios gerais”, “das transgressões”, “das punições”, “disposições diversas”, “das reclamações” e “dos incorrigíveis”.

No capítulo primeiro – “princípios gerais” – de forma pioneira em Portugal, os dois primeiros artigos ofereciam uma definição de disciplina militar³⁷. Ao ser assim, se genericamente o artigo 1.º apresentava a disciplina militar enquanto

“primeira condição de um exército, e constitue a base principal de sua força”,

o artigo 2.º, densificando-o, determinava que a mesma consistia

“na maior ordem possível, na mais prompta execução das determinações superiores, na repressão inevitável das menores faltas, na punição certa d’aquelles que as cometem, faltando a seus deveres”.

crutamentos nos séculos XVIII e XIX. Uma evolução, in *Actas do VII Colóquio da Comissão Portuguesa de História Militar. O Recrutamento Militar em Portugal*, Lisboa, 1996, pp. 289-322.

³⁴ No âmbito dos poderes consignados no artigo 46.º da Carta Constitucional.

³⁵ Artigo 3.º da proposta da lei de 28 de abril de 1855. Cfr. AHP, projeto de lei n.º 106/X/3.ª, secção VI, caixa 180, mç. 19, documento 21, proposta de lei do governo n.º 58-D, de 28 de Abril de 1855 (doravante, proposta do regulamento disciplinar apresentada por Duque de Saldanha), p. 11.

³⁶ É o próprio legislador (Duque de Saldanha) que o afirma no preâmbulo da sua proposta de lei. Cfr. *Ibidem*. Criticando o legislador por ter efetuado uma má tradução, vide, FRANCISCO ADOLPHO CELESTINO SOARES, *Disciplina*, *Revista Militar*, XIX, n.º 20, 1867, pp. 512-515. Para um estudo comparado, cfr. *Code de justice et de discipline militaires*, Librairie Universelle de Rozes, Bruxelles, 1851, pp. 415 e ss..

³⁷ Apesar de o vocábulo “disciplina”, ao longo de setecentos, ser amiudadamente usado em contexto militar não aparecia definido na legislação castrense. Desde logo, nos vários capítulos do Regulamento para o Exercício e Disciplina da Infantaria dos Exércitos não se encontrava qualquer alusão ao conceito. Vale o mesmo quanto às Instruções Regulamentares Provisórias, aprovadas pelo decreto de 10 de novembro de 1831. Contrariamente, o Código Penal Militar de 1820, no âmbito da parte I (das culpas e penas correcionais), já apresentava noções próximas das que viriam a figurar no regulamento disciplinar de 1856. Porém, como já se afirmou, nunca o mencionado código entrou em vigor.

Definido o objeto, o legislador aludia, seguidamente, à subordinação enquanto essência do serviço militar. Por outras palavras, o militar era obrigado a observar prontamente as ordens dos seus superiores e a executá-las sem qualquer hesitação ou contestação (artigos 3.º e 4.º). Salvaguardando o direito de réplica, permitia-se que, após o cumprimento das ordens em causa, o inferior pudesse apresentar reclamação ou queixa contra o seu superior, não sem antes o informar sobre as suas intenções (artigo 5.º)³⁸.

Acolhendo as teses humanitaristas, no artigo 7.º da sua proposta, o ministro da guerra relembra que um dos fins das penas deveria ser o melhoramento do culpado. Por tal, deveriam os superiores abster-se de empregar rigores excessivos e punições injustas ou não tipificadas legalmente. Ainda de forma peculiar e assaz educativa, aludia o legislador que

“as punições arbitrárias ou excessivas convertem-se em offensas, e, longe de excitarem no coração do soldado o sentimento do dever, que forma a base de toda a subordinação e disciplina, exasperam e revoltam, destruindo o efeito moral da condenação”.

Por tal motivo, deveriam as penas observar o princípio da proporcionalidade em relação às faltas, ao comportamento habitual do soldado, ao seu tempo de serviço e ao conhecimento que tivesse das regras infringidas. Assim dispunha o artigo 8.º do citado diploma.

De forma particular, e longe do despotismo sancionatório castrense do *Ancien Régime*, este projeto regulamentar fazia recair sobre os superiores um especial dever de cuidado e ponderação sobre os seus inferiores. Quase em jeito paternalista, estipulara-se que os superiores não só deveriam prevenir as faltas dos seus subordinados como, quando tivessem de os punir, o fizessem, tão somente, animados pelo espírito de serviço e do sentimento de dever, nunca por qualquer outro (artigo 9.º). De igual modo, estando os superiores absolutamente proibidos de destratar os seus inferiores por meio de palavras, gestos ou ações ofensivas (artigo 10.º), tinham ainda o dever de os tratar “com bondade” (artigo 11.º). Por tudo isto, e por ser a justiça “a única norma para todas as ações”, os superiores, para lá da obediência estrita das suas ordens, deveriam colher dos seus inferiores consideração e respeito, reinando assim, no serviço militar, “a mais perfeita harmonia” (artigos 15.º e 16.º).

³⁸ Na verdade, os rudimentos desta disposição já se encontravam positivados no artigo IX dos Artigos de Guerra: “e fe entender que lhe fizerão injustiça, depois de fazer o ferverço fe poderá queixar; porém fempre com toda a moderação”.

Entrando no segundo capítulo, intitulado “das transgressões”, Duque de Saldanha, ao longo de treze parágrafos, apresentara uma plêiade de condutas ilícitas capazes de fazerem incorrer um militar em transgressão de disciplina. Entre elas, de modo ilustrativo, encontram-se ofensas verbais ou gestuais, não cumprimento pronto de ordens provindas de superiores, permanência, não autorizada, fora do quartel, venda ou negligência de material de guerra, falta de asseio, ausência ilegítima que não ultrapassasse os oito dias, mau comportamento e atitudes contra o brio e decoro ou a não observância dos preceitos da religião e da moral. Previa-se que qualquer uma destas condutas pudesse ser agravada no caso de ser cometida durante o serviço, reiterada, habitual ou acompanhada de outras circunstâncias que pudesse comprometer a honra, o brio e o decoro da instituição.

Pese embora o elenco pormenorizado de condutas ilícitas pudesse induzir o leitor numa suposta concretização do princípio da tipicidade, o artigo 2.º do aludido capítulo parecia deixar aberta a porta que mesmo o legislador parecera querer fechar. Em bom rigor, dispunha este dispositivo que

“em geral, são consideradas infracções de disciplina todas as transgressões do Regulamento de policia militar e civil, todas as acções incompatíveis com a manutenção da boa ordem, todas as faltas contra o dever militar, proveniente de inadvertência, negligência ou má vontade, ainda mesmo não especialmente enumeradas n’esta lei”.

No capítulo terceiro, “das punições”, de forma explícita, Saldanha ajustou diferentes tipologias de penas a serem aplicadas em função da patente do infrator. Deste modo, se aos oficiais (artigo 1.º), por ordem crescente, podiam ser aplicadas a admoestação³⁹, repreensão⁴⁰, prisão simples até trinta dias⁴¹ ou prisão agravada até trinta dias⁴², aos oficiais inferiores⁴³ (artigo 14.º) poderiam aplicar-se as seguintes:

³⁹ De acordo com o artigo 5.º, capítulo III, da proposta do regulamento disciplinar apresentada por Duque de Saldanha, a admoestação consistia numa advertência, dada em privado, que teria lugar na presença do major do regimento ou, somente, entre o admoestado e o superior.

⁴⁰ A repreensão teria lugar na presença dos oficiais com graduação igual e superior ao militar faltoso, mas nunca perante os seus inferiores. Cfr. *Idem*, artigo 6.º.

⁴¹ Seria cumprida no domicílio do próprio militar, ou outro alojamento, sem dele poder sair, exceto para fins de serviço. Cfr. artigos 2.º e 3.º, do capítulo III, da proposta do regulamento disciplinar apresentada por Duque de Saldanha.

⁴² A pena de prisão agravada era cumprida em um presídio militar, podendo ser acompanhada da proibição de receber visitas, exceto em serviço. Concomitantemente, o militar perdia a sexta parte do soldo e via suspensas todas as suas funções militares. Sendo oficial, durante o cumprimento da pena, naturalmente, ser-lhe-ia retirada a espada, a qual simboliza o poder de comando. Cfr. Proposta do regulamento disciplinar apresentada por Duque de Saldanha, capítulo III, artigos 7.º a 9.º.

proibição de sair do quartel depois do toque da tarde; prisão simples no quartel, com proibição de receber visitas, ou sem ela, até trinta dias; montar guardas, sem lhe competir, até seis dias⁴⁴, ou prisão de calabouço até quinze dias (artigos 17.º e 19.º). Relativamente às punições dos cabos, anseçadas, soldados e mais praças sem graduação (artigo 21.º), o diploma previa a aplicação das seguintes penalidades: prisão no quartel até trinta dias (artigo 22.º); montar guardas, sem competir, até seis dias; transferência para uma escola de instrução até quinze dias (artigo 24.º); faxinas de limpeza até vinte dias ou prisão no calabouço até trinta dias (artigo 25.º)⁴⁵.

Findo o capítulo III, o subsequente, sob a epígrafe de “disposições diversas”, não era mais que um conjunto de normas habilitadoras da competência disciplinar dos superiores hierárquicos, entrecortadas por várias normas procedimentais⁴⁶. Entre outras, nelas se estabelecia que todo o oficial que prendesse outro do mesmo regimento deveria, de imediato, participar tal situação ao comandante do corpo, o qual poderia aumentar, diminuir ou mudar a natureza das punições impostas pelos seus subordinados. De igual modo, aos governadores das praças de guerra reconheciam-se poderes disciplinares sobre todos os militares que estivessem ao seu serviço ou que nelas residissem, desde que de patente inferior ou igual à sua (artigo 39.º)⁴⁷.

Materializando a possibilidade de reclamação aludida no artigo 5.º dos “princípios gerais”, no capítulo V, o legislador positivara os limites e os procedimentos para a efetivação de tal garantia. Neste sentido, ainda que não fosse permitida, em caso algum, a realização de uma reclamação coletiva⁴⁸ (artigo 42.º), permitia-se aos militares que, a título individual, o fizessem. Para tal, deveriam ser observados dois parâmetros legalmente estabelecidos: a) imposição de pena não decretada na lei; b) imposição de pena injusta.

⁴³ A classe de oficiais inferiores, atualmente, corresponde à classe de sargentos.

⁴⁴ As guardas de castigo em caso algum poderiam ser aplicadas em dias seguidos. Bem se percebe a *ratio* deste artigo 23.º, pois a punição de um militar jamais poderia colocar em causa a segurança da instituição militar e do serviço.

⁴⁵ À luz da mesma disposição, esta pena poderia ser agravada com isolamento e com privação de alimentação ordinária. De todo o modo, um militar visitaria, diariamente, o punido, informando o comandante do regimento sobre o estado de saúde daquele.

⁴⁶ Vejam-se, a este título, os artigos 32.º a 41.º, do capítulo IV proposta do regulamento disciplinar apresentada por Duque de Saldanha.

⁴⁷ O artigo 40.º estendia ainda esta competência a todos os diretores, chefes de estabelecimentos militares dependentes do Ministério da Guerra.

⁴⁸ Admitir a possibilidade de reclamação coletiva seria, de algum modo, legitimar a existência de um espírito cooperativista e desestabilizador dentro da instituição militar, espírito esse capaz de promover eventuais contestações ou sublevações.

Se a primeira exigência legal se mostrava clara e objetiva, a segunda, eivada de substancial subjetividade, parecia permitir uma alargada margem de discricionariedade, senão mesmo de arbitrariedade, por parte dos superiores, aquando da aceitação da reclamação (artigo 43.º). De todo o modo, o oficial que fosse punido com uma sanção disciplinar injusta podia solicitar, ao ministro da guerra, o julgamento da causa por um conselho de guerra (artigo 44.º). Esta solução, não deixando de ser discriminadora para com as demais classes, era bem demonstrativa da confiança que o oficialato depositava naqueles órgãos coletivos. Em rigor, a causa, ao passo de ser julgada por um só superior hierárquico, seria decidida por um órgão colegial constituído por um juiz letrado e por diversos militares de patente igual e superior à sua⁴⁹. Por último, determinava a lei que os superiores hierárquicos, perante qualquer reclamação, deveriam observá-la com afabilidade e paciência, verificando cuidadosamente o seu fundamento. Em caso disso, deferi-la ou remetê-la-iam para outras instâncias, se necessário (artigo 47.º). Pelo incumprimento deste dever seria responsabilizado, nos termos da lei, o oficial a quem se dirigisse tal reclamação (artigo 48.º).

No capítulo último⁵⁰, o proponente debruçara-se sobre os militares que se mostravam incapazes de corrigir os seus comportamentos faltosos. Ao ser assim, os artigos deste capítulo – “dos incorrigíveis” –, naturalmente, não só estipulavam as circunstâncias em que determinado militar seria assim declarado⁵¹, mas, também, as consequências dessa declaração⁵². Em bom rigor, e uma vez mais discriminando,

⁴⁹ Sobre a constituição e funcionamento dos conselhos de guerra no século XIX, *vide* JOÃO ANDRADE NUNES, *O foro militar português no século XIX. Que problemas? Que soluções?* cit., pp. 85 e ss..

⁵⁰ O capítulo VI proposta do regulamento disciplinar apresentada por Duque de Saldanha compreendia os artigos 49.º a 57.º.

⁵¹ Desde logo, à luz do artigo 51.º, capítulo VI, da proposta do regulamento disciplinar, apenas por sentença de um conselho de disciplina podia um militar ser declarado incorrigível. De acordo com o artigo subsequente, o conselho de disciplina seria composto pelo major do regimento, que presidiria, e pelos dois capitães e oficiais subalternos mais antigos do regimento. Em caso algum os oficiais da companhia do acusado poderiam ser vogais. Quanto à organização do processo de disciplina, referia o artigo 53.º, do mesmo diploma, que, apesar de algumas especificidades, se observariam, *grosso modo*, as regras inerentes aos conselhos de guerra. Entre essas particularidades destacamos as seguintes: ao contrário do que sucedia nos conselhos de guerra, em que o promotor seria um capitão nomeado para o efeito, o ajudante do regimento exerceria essas funções. Por outro lado, o acusado seria sempre assistido por um oficial defensor, mesmo que não fosse, por si, previamente escolhido. Por último, a decisão do conselho, devidamente fundamentada, apenas produziria efeitos depois de confirmada pelo ministro da guerra.

⁵² Determinara o legislador, no artigo 56.º, capítulo VI, do mencionado diploma, que o oficial inferior ou soldado que fosse sentenciado como incorrigível, depois de confirmada a decisão pelo ministro da tutela, completaria o tempo de serviço em falta nas possessões ultramarinas de África

apenas os militares de patente mais baixa (oficiais inferiores e soldados) poderiam ser submetidos a este processo.

Eis, em traços gerais, a proposta de regulamento disciplinar militar para as forças terrestres da autoria do Duque de Saldanha. Agora, nos termos do artigo 46.º da Carta Constitucional, havia que submetê-la à aprovação da Comissão de Guerra da Câmara dos Deputados.

3.2. O projeto de lei da Comissão de Guerra da Câmara dos Deputados

Começando por felicitar o poder executivo pela apresentação de uma tão necessária proposta legislativa conducente ao estabelecimento de um regulamento provisório disciplinar para o Exército, a 27 de junho de 1855, a Comissão de Guerra da Câmara dos Deputados⁵³, depois de examinar a supramencionada proposição, adotou-a e transformou-a em projeto de lei. Naturalmente, aditou-lhe diversas emendas. Porém, no cômputo geral, mais não eram que pura cosmética.

Comparativamente com a proposta de Saldanha, do ponto de vista formal, o projeto de lei da Comissão de Guerra mostrava-se mais sucinto⁵⁴ e mais coerente⁵⁵. A componente substantiva da nova redação expunha, também, alterações pontuais. Um, de feição meramente linguística, outras, acarretando um sentido jurídico distinto. Analisemos.

Na nova redação do artigo 4.º dos “princípios gerais”, o legislador entendeu proceder à substituição do termo “obrigado” pelo vocábulo “deve” e, bem assim, suprimir o advérbio de modo “prontamente”. Com efeito, se na versão original constava que

“todo o militar é obrigado a obedecer prontamente às ordens dos seus superiores”,

na versão da Comissão lia-se que

“todo o militar deve obedecer aos seus superiores, cumprindo as ordens destes”.

Ocidental. O cumprimento da pena nunca seria inferior a dois anos, podendo ser majorado entre seis meses a um ano, sempre que o comportamento do militar o justificasse.

⁵³ Presidida por José de Pina Freire da Fonseca (brigadeiro-general e ajudante-de-campo de D. Pedro V), a Comissão de Guerra era constituída por mais quatro oficiais do Exército. A saber: António Ladislau da Costa Camarate, José Guedes de Carvalho e Menezes, Carlos Cyrillo Machado e Augusto Xavier Palmeirim, com as funções de relator.

⁵⁴ Ao invés dos 79 artigos que, no total, a proposta de Duque de Saldanha mostrava, o projeto de lei da Comissão, submetendo aquela a uma renumeração, apresentava 62 artigos, no total.

⁵⁵ Desde logo, observava uma numeração sequencial dos artigos e, por isso, não fragmentada.

Se esta alteração se mostrara meramente linguística⁵⁶, situação diferente se observara relativamente ao artigo 5.º de ambos os diplomas. Aqui, Saldanha havia estipulado, de forma genérica, não ser

“permitida a reclamação ou queixa do inferior para com os superiores senão depois de ter cumprido as ordens recebidas [...]”,

ao passo que a Comissão de Guerra, limitando a arbitrariedade dos superiores, salvaguardara tal dever apenas quando observada uma ordem em matéria de serviço:

“nenhum militar pode reclamar ou queixar-se ao superior antes de haver cumprido as ordens que tiver recebido a respeito do serviço [...]”

Semelhante situação podemos encontrar no artigo 8.º da proposta e do projeto de lei. Deste modo, se na versão da Comissão a punição deveria observar o princípio da proporcionalidade das penas, atender ao comportamento habitual do culpado e ao seu tempo de serviço, a versão de Saldanha havia majorado estes critérios acrescentando-lhes a observância do dever de zelo, isto é, a necessidade de também ser considerado o (des)conhecimento prévio das regras de disciplina que o militar deveria ter.

Modificação peculiar pode, de forma análoga, ser observada entre as diferentes redações do artigo 9.º dos aludidos diplomas. De facto, o “sério dever” de prevenção de faltas dos subordinados – por parte dos superiores hierárquicos – ínsito na proposta de lei do executivo, fora convolado, pela Comissão, numa atitude assaz paternalista. Segundo este legislador, os superiores deveriam

⁵⁶ Ainda que, em abstrato, os conceitos “obrigação” e “dever” não sejam análogos e, por isso, comportem dimensões jurídicas distintas, *in casu*, entendemos tratar-se de uma questão semântica. Na verdade, observando a *ratio legis* das normas em apreço, percebe-se que os termos “obrigado” e “deve” redundam no mesmo resultado jurídico. Tal entendimento encontra, desde logo, justificação no facto de o legislador ter contemplado a mesma sanção para as duas situações; tanto o artigo 1.º, n.º 1, do capítulo II – “Das transgressões” – da proposta do regulamento disciplinar apresentada por Duque de Saldanha como o artigo 15.º, n.º 3, do projeto de lei da Comissão de Guerra dispunham que “comete transgressão de disciplina, e por ella será punido [...] o que não executar prompta e literalmente as ordens do superior, ou lhes não prestar obediência completa, sem hesitação, murmúrio ou réplica”. Com as devidas adaptações, análoga posição parece ser sustentada por António Menezes Cordeiro, ao explicar que a elegância do português jurídico, evitando a repetição de palavras, por vezes, leva a uma procura de sinónimos. A título de exemplo, o autor aponta a utilização indistinta e recorrente dos vocábulos “obrigação” e “dever”, ainda que incorretamente. Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil VI, Direito das Obrigações*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, pp. 31-32. No mesmo sentido, *vide* JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, 10.ª ed., 6.ª reimpr. de 2000, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 55 e 63 (nt. 3).

“esmerar-se na educação moral de seus súbditos, prevenindo que por este e outros meios que incorram em quaisquer faltas [...]”.

Inversamente, o invulgar dever de “bondade” no tratamento dos superiores para com os inferiores, plasmado no artigo 11.º da proposição de Saldanha, cedera perante uma redação mais autóctone do meio castrense, na qual se aludia à observância de uma relação de maior harmonia entre militares⁵⁷.

Por fim, alterações substanciais voltam a ser encontradas no último capítulo sobre “os incorrigíveis”. Por um lado, a dilatação do cumprimento do tempo de serviço de uma praça de pré⁵⁸, considerada incorrigível, numa província do Ultramar, prevista no artigo 56.º da proposta de Saldanha, não viera a ser acolhida na redação da Comissão⁵⁹. Por outro, a privação de qualquer graduação que o militar possuísse aquando da declaração de incorrigível, prevista no artigo 57.º, n.º 3, do projeto da Comissão de Guerra, não encontrava paralelo no esboço legislativo do mencionado ministro.

Uma vez apresentado, o projeto de lei da Comissão de Guerra da Câmara dos Deputados, nos termos do artigo 48.º da Carta Constitucional, deveria ser remetido à Câmara dos Pares, a fim de nela obter aprovação. Seria ele a versão final do regulamento disciplinar? Em rigor, factuais sociopolíticas, entre as quais, a nomeação de um novo governo, viriam importar alterações nos trabalhos anteriores. Eis essa a temática a desenvolver, seguidamente.

3.3. De novo, a proposição de Saldanha. As alterações de José Jorge Loureiro e as ingerências de D. Pedro V

No ocaso do governo chefiado por Duque de Saldanha, que havia saído da revolução de 1851, e já com D. Pedro V aclamado rei de Portugal, o compromisso governativo de aprovar um regulamento disciplinar militar mantinha-se na agenda

⁵⁷ Vide artigo 11.º do projeto de lei para um regulamento disciplinar militar apresentado pela Comissão de Guerra da Câmara dos Deputados em 27 de junho de 1855.

⁵⁸ Se de forma incontestável o termo praça de pré englobava todos os militares inseridos na classe de praças (soldados, anspeçadas e cabos), também, em determinada altura, teria incluído nele o posto de sargento. Sobre o assunto, vide HUMBERTO LEITÃO / J. VICENTE LOPES, *Dicionário da Linguagem de Marinharia Antiga e Actual*, 3.ª ed., Edições Culturais da Marinha, Lisboa, 1990, p. 430. Curiosamente, e ainda que reportando-se à mesma realidade, nos artigos 49.º e seguintes da proposta legislativa de Saldanha, os termos oficial inferior e soldado são os preferidos.

⁵⁹ Considere-se a redação do artigo 60.º do projeto de lei para um regulamento disciplinar militar apresentado pela Comissão de Guerra da Câmara dos Deputados em 27 de junho de 1855.

política. Ao ser assim, e como se mencionou *supra*, depois de a Comissão de Guerra da Câmara dos Deputados ter examinado a proposta do executivo e nela ter introduzido diversas alterações, convolveu-a em projeto de lei. Subsequentemente, a 19 de março de 1856, remeteu-o à Câmara dos Pares do Reino.

Nesse diploma, referenciado como projeto de lei n.º 297⁶⁰, começando por estender a abolição dos castigos corporais às ilhas adjacentes (inicialmente, apenas prevista para o continente), no seu artigo 2.º, o legislador autorizava o governo a pôr em execução o Regulamento Provisório Disciplinar para o Exército em Tempo de Paz que havia sido apresentado pelo Duque de Saldanha. Todavia, sem esquecer as alterações apresentadas pela Comissão de Guerra, poderia o executivo efetuar nele as alterações que entendesse.

A resposta não tardou e, a 31 de maio, com a indicação de o mesmo projeto dever ser extensível às províncias ultramarinas⁶¹, o projeto legislativo foi devolvido à procedência para nela se aceitarem as alterações.

O decurso do processo legislativo mostrava-se favorável à concretização das intenções do executivo. Dito de outra forma, Duque de Saldanha poderia, finalmente, ver a sua proposta vertida em lei na vigência do seu consulado. Contudo, a sua inesperada saída do governo, em 6 de junho de 1856, não o viera a permitir⁶².

Seria, agora, o processo em curso devotado ao simples esquecimento? Assim não aconteceu, quicá devido a dois acontecimentos. Por um lado, a intenção de o novo governo, formado pelo partido “Histórico” de Marquês de Loulé, querer seguir, neste âmbito, a política do seu antecessor “Regenerador”. Por outro, a particular ação de D. Pedro V, o qual já durante o governo de Saldanha – ainda no âmbito da regência de seu pai, D. Fernando de Saxe-Coburgo – havia seguido de perto tais matérias⁶³. Ao ser assim, cômico dos trabalhos previamente realizados⁶⁴ e da urgência

⁶⁰ AHP, projeto de lei n.º 106/X/3.ª, secção VI, caixa 180, mç. 19, capa 21, documento 2.

⁶¹ Neste sentido, veja-se o parecer n.º 325, de [31] de Maio de 1856, in AHP, projeto de lei n.º 106/X/3.ª, secção VI, caixa 180, mç. 19, capa 21.

⁶² No dia 2 de junho de 1856 Saldanha apresentou a sua demissão, em virtude de o monarca lhe ter recusado uma terceira “fornada” de doze pares. O 22.º governo constitucional teria Marquês de Loulé como Presidente do Conselho e José Jorge Loureiro como ministro da guerra. *Vide*, MANUEL PINHEIRO CHAGAS / J. BARBOSA COLEN, *História de Portugal*, XII, Empresa das Historia de Portugal, Sociedade Editora, Lisboa, 1907, p. 74.

⁶³ Analisando o legado epistolográfico de D. Pedro V torna-se notório o interesse que os assuntos militares sempre lhe mereceram. Neste sentido, bem demonstrativa é a sua correspondência trocada com o Duque de Saldanha, ao tempo primeiro-ministro e ministro da guerra interino. Nela, múltiplas vezes, havia chamado a atenção para os negócios da administração e disciplina militar. *Vide* JÚLIO DE VILHENA, *D. Pedro V e o seu reinado*, I, Academia das Ciências de Lisboa, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1921, p. 143.

em aprovar tal regulamento, ainda que a título conjectural, não será de estranhar que, dentro da sua peculiar proatividade⁶⁵ e por intermédio dos seus ministros, tenha encetado esforços para que se alcançasse, rapidamente, tal desiderato.

Continuando o projeto de lei no domínio do poder legislativo, a 16 de junho de 1856, a Comissão de Guerra da Câmara dos Deputados, aceitando as alterações efetuadas pelos Dignos Pares do Reino, a 31 de maio, entendeu que tal projeto deveria ser convertido em lei. Como tal, a 12 de julho, definitivamente, foram aprovadas as duas medidas que vinham sendo discutidas: a) a abolição do castigo de varadas e pancadas de prancha de espada no Exército do continente do reino e ilhas adjacentes; b) autorização legislativa para o governo pôr em execução o Regulamento Provisório Disciplinar para o Exército em Tempo de Paz, o qual havia sido apresentado à Câmara dos Deputados, pelo anterior executivo, em 28 de abril de 1855. Mantinha-se, contudo, a possibilidade de o governo efetuar as alterações que entendesse necessárias.

Percebe-se, desde já, a razão pela qual a versão final do referido regulamento viria a aproximar-se do projeto de Saldanha e a afastar-se da proposta apresentada pela Comissão de Guerra.

Concedida a autorização legislativa, a responsabilidade de concretizar a lei recaía agora sobre o novo ministro da guerra: José Jorge Loureiro. Porém, e de forma peculiar, a versão definitiva fora elaborada a quatro mãos. Como já se foi desvelando, D. Pedro V tivera um papel bastante ativo na redação final do regulamento em apreço⁶⁶. Analisemos⁶⁷.

⁶⁴ Numa carta trocada com o ministro da guerra José Jorge Loureiro, em 26 de agosto de 1856, D. Pedro V demonstrara tal conhecimento ao proferir as seguintes palavras: “no projecto feito pela comissão de guerra da Câmara dos Deputados, se bem me lembro, os casos de reincidência [...]”. Cfr. MENDES DOS REMÉDIOS, *Cartas inéditas d’El-Rei D. Pedro V e seguidas de um estudo psicológico por Ernesto Loureiro*, F. França Amado Editor, Coimbra, 1903, pp. 46 e 47.

⁶⁵ De forma invulgar, e desconfigurando, de certo modo, o poder moderador que sobre si recaía, D. Pedro V, rotineiramente, solicitava aos seus ministros os projetos legislativos em curso para que os pudesse estudar e neles averbar alterações antes de lhes apor a sanção régia. De certo modo, esta interferência ativa do rei nos negócios públicos – como se de um “chefe de repartição se tratasse” –, resultado do seu temperamento e da formação diferenciada que obtivera, nem sempre fora bem entendida por parte dos poderes executivo e legislativo. Sobre o assunto, *vide*, JÚLIO DE VILHENA, *D. Pedro V e o seu Reinado* cit., p. 11. Entendimento análogo parece resultar das palavras de Pedro Soares Martinez ao proferir que “A mesma rectidão o levou a aborrecer os políticos profissionais. Mas a educação recebida e a inexperiência própria da idade tornaram inevitáveis também para o jovem rei muitos erros de diagnóstico como o desacerto pragmático de alguns propósitos”. Cfr. PEDRO SOARES MARTINEZ, *História Diplomática de Portugal*, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2010, pp. 549-550.

⁶⁶ Distanciando-se das lutas partidárias e dotado de um invulgar espírito conciliador, Loureiro merecera, desde cedo, particular estima por parte do monarca. Neste sentido, e a título de exemplo, atente-se

A intervenção do monarca na reformulação do sobredito regulamento – por sorte, injustamente atribuído ao ministro Jorge Loureiro – é, por demais, comprovada através da missiva de 26 de agosto de 1856. Concomitantemente, nela se percebe um posicionamento mais austero, por parte D. Pedro V, comparativamente com o estipulado por Saldanha ou mesmo pela Comissão de Guerra.

Para um melhor entendimento, transcrevemos a seguinte passagem:

“Meu caro Loureiro – para não ter razão de me acusar de mandrião, remetto-lhe o projecto do código de disciplinar, que acabo de rever. Notei á margem algumas observações, que me pareceram úteis [...]. No projecto feito pela comissão de guerra da Câmara de Deputados, se bem me lembro, os casos de reincidência eram verificados perante um conselho de investigação⁶⁸. Parece-lhe que esta disposição a que a comissão dá como motivo as vantagens da restrição da autoridade dos commandantes, no sentido de eles não poderem usar d’ella arbitrariamente, tinha taes inconvenientes que devessem aconselhar a sua rejeição? Se quer que lhe diga a verdade a este respeito, a minha convicção é de que, quando a moral não soffre, o principio da auctoridade do comandante, infelizmente tão cerceado, exige que se deixe alguma cousa á arbitrariedade da auctoridade; quando não fosse por outras razões, pelo menos como um meio de compensar as numerosas concessões que se tem feito ao espirito da indisciplina. Se algumas das observações bem insignificantes, que fiz á margem do projecto, merecer ser tomada em consideração, parece-me que pelo mais elle está nos termos de poder publicar-se. Não conviria porém essa publicação, antes de ter dado alguns exemplos que provem ao exercito que a abolição do castigo de varadas não é uma salvaguarda da indisciplina [...]”⁶⁹.

na carta que D. Pedro V enviara a José Jorge Loureiro, em 26 de agosto de 1856, a qual se encontra coligida na obra de MENDES DOS REMÉDIOS, *Cartas inéditas d’El-Rei D. Pedro* cit., pp. 46 e ss..

⁶⁷ Não nos tendo sido possível aceder aos trabalhos legislativos de José Loureiro, a análise histórico-jurídica que se seguirá, para lá de observar a correspondência trocada entre D. Pedro V e o referido ministro, partirá, necessariamente, de uma confrontação entre a versão final do regulamento disciplinar, aprovada pelo decreto de 30 de setembro de 1856, e os anteriores projetos legislativos, sobretudo a versão original oferecida pelo Duque de Saldanha. Em rigor, na tentativa de localizarmos os trabalhos realizados por José Loureiro, efetuámos uma incursão nos referidos arquivos: Arquivo Nacional da Torre do Tombo; Arquivo Histórico Parlamentar, Arquivo Histórico Militar, Arquivo Histórico da Presidência do Conselho de Ministros e Arquivo Histórico da Defesa Nacional. Infelizmente, não conseguimos encontrar qualquer documentação alusiva ao assunto.

⁶⁸ D. Pedro V, certamente, referia-se, aqui, aos conselhos de disciplina elencados no artigo 56.º do projeto de lei da Comissão. Porém, a carta de lei de 21 de julho de 1856, no seu artigo 9.º, a propósito das deserções – as quais eram julgadas em conselhos de disciplina permanentes – fazia menção a conselhos de investigação que, através do acareamento de prova testemunhal, tinham como função indiciar, ou não, o ausente em prática de deserção.

⁶⁹ MENDES DOS REMÉDIOS, *Cartas inéditas d’El-Rei D. Pedro* cit., pp. 46-47.

Observando o projeto legislativo da autoria do Duque de Saldanha, Jorge Loureiro aprovou-o com escassas alterações. Assim, para lá de pequenas modificações formais efetuadas⁷⁰, no âmbito material, em 57 artigos, apenas seis sofreram alterações de redação e, somente, um foi redigido a título *ex novo*. Vejamos.

Relativamente aos requisitos da punição, seguindo o entendimento da Câmara de Deputados, o conhecimento prévio das regras de disciplina incumpridas man-tivera-se fora da tipificação normativa. Tal solução agilizaria, assim, o ato punitivo⁷¹. De modo singular, e, de certa forma, no seio de um reinado que jamais almejaria a observância de um Estado laico, aos deveres contidos no artigo 17.º acrescentara-se o dever de “amar e reverenciar a Deus”⁷². Por outro lado, ao elenco de comportamentos ilícitos previsto no capítulo II, “Das transgressões”, aditaram-se dois. Com efeito, o militar que estando de sentinela se deixasse dormir e aquele que praticasse furto simples ou outra forma de apropriação ilícita seria também punido disciplinarmente (artigos 12.º e 13.º)⁷³.

No que respeita à hierarquia das punições disciplinares acometidas aos oficiais, também o artigo 4.º, do capítulo III do projeto final, apresentou ligeiras alterações. Deste modo, o escalonamento “admoestação, prisão simples até 30 dias, repreensão, prisão agravada até 30 dias” foi reajustado em “admoestação, repreensão, prisão com homenagem até 30 dias⁷⁴ e prisão rigorosa ou sem homenagem até 30 dias”⁷⁵.

Outra alteração efetuada, e desta feita relembra por D. Pedro V⁷⁶, fora relativa à transferência de um militar (praça graduada ou oficial inferior) para outra companhia,

⁷⁰ Reportamo-nos à renumeração do diploma devida ao reajustamento de alguns capítulos.

⁷¹ A redação final do artigo 8.º apresentava-se da seguinte forma: “As punições devem ser proporcionadas não só às faltas, mas ao comportamento habitual do culpado e ao seu tempo de serviço”.

⁷² Não sendo novo, este dever de reverência estava já estipulado no artigo XXIV dos Artigos de Guerra.

⁷³ No entanto, considere-se que tais práticas haviam já sido contempladas nos artigos XII e XVIII dos Artigos de Guerra. Por tal motivo, eram agora aditados.

⁷⁴ A prisão com homenagem, correspondendo à pena de prisão simples prevista no projeto legislativo de Saldanha, consistia na detenção do militar faltoso na praça, vila ou povoação que fosse designada para o cumprimento da pena, sem qualquer isenção do serviço militar. Deste modo, o militar não poderia ausentar-se do local determinado enquanto não fosse levantada a pena. Cfr. artigo 5.º, do capítulo III, do Regulamento Provisório Disciplinar para o Exército em Tempo de Paz.

⁷⁵ A pena de prisão rigorosa, ou sem homenagem, consistia na detenção do militar, dentro do estabelecimento militar, num local pré-definido para o efeito. Podia ainda ser agravada com a proibição de receber visitas e acompanhada de sentinela à vista. Cfr. artigo 9.º, do capítulo III, do Regulamento Provisório Disciplinar para o Exército em Tempo de Paz, aprovado pelo decreto de 30 de setembro de 1856. Desta forma, seria uma pena equivalente à de prisão agravada. *Vide, supra*, nota 42.

⁷⁶ Em rigor, esta alteração já estava prevista no artigo 39.º do projeto da Comissão de Guerra da Câmara dos Deputados.

de forma temporária ou permanente, quando imposta a pena de baixa de posto. Vertida no artigo 20.º, de forma pertinente, o monarca justificava esta solução sustentando que “na continuação d’esse individuo no seu corpo não ha senão inconvenientes para a disciplina”⁷⁷. Na verdade, a permanência de um militar graduado, na mesma companhia, com um posto mais baixo que os seus anteriores subordinados, importaria uma sensível relação no tratamento hierárquico da corporação.

A título *ex novo*, o artigo 41.º estipulou a possibilidade de, aos oficiais transgressores de normas disciplinares, para lá das demais penas elencadas no já citado artigo 4.º, ser aplicada a passagem à inatividade temporária, nos termos do §2.º do artigo 1.º e do artigo 7.º, do capítulo XIV, do decreto de 20 de dezembro de 1849.

Por último, apresentando apenas uma redação diferente da versão original, o artigo 45.º do capítulo V referia que o órgão competente para declarar um militar incorrigível passaria a ser o conselho de disciplina permanente que julgava os desertores, em conformidade com os §§1.º e 2.º do artigo 12.º da carta de lei de 21 de julho de 1856. Com efeito, se compararmos os conselhos de disciplina previstos no artigo 52.º do projeto de lei do Duque de Saldanha com os mencionados órgãos revistos na carta de lei de 21 de julho de 1856 verificamos que a constituição e o funcionamento eram similares. A saber: em ambos os diplomas, os conselhos de investigação, presididos pelo militar com maior graduação, eram formados por cinco oficiais. De igual modo, as duas figuras contemplavam a existência de um promotor de justiça, bem como a possibilidade de o acusado nomear um defensor.

4. A aprovação do Regulamento Provisório Disciplinar para o Exército em Tempo de Paz e a sua vigência

Como já se foi adiantando, o Regulamento Provisório Disciplinar para o Exército em Tempo de Paz, por ação ministro da guerra José Jorge Loureiro, encontrou a sua aprovação no decreto de 30 de setembro de 1856. Ainda que possuindo natureza transitória, na metrópole e nas províncias ultramarinas, o aludido diploma, quase atingiu um período de vigência de duas décadas, tendo sido revogado pelo Regulamento Disciplinar do Exército de 1875⁷⁸.

Ao visar a adequação do processo disciplinar militar aos ditames da monarquia constitucional e às garantias individuais dos cidadãos – tentando erradicar, por isso, práticas punitivas desapropriadas e enraizadas – o Regulamento Provisório

⁷⁷ MENDES DOS REMÉDIOS, *Cartas inéditas d’El-Rei D. Pedro* cit., p. 46.

⁷⁸ Aprovado pelo decreto de 15 de dezembro de 1875 e publicado na ordem do Exército, n.º 34, de 20 de dezembro do mesmo ano.

Disciplinar para o Exército em Tempo de Paz, se granjeara o aplauso de uns⁷⁹, merecera duras críticas de outros⁸⁰.

Algumas das mais duras apreciações arremessadas contra o novel regulamento encontram-se, uma vez mais, na “Revista Militar”. A título exemplificativo, em 1867, o alferes Francisco Celestino Soares, sustentando uma manifesta incompreensão e errada tradução dos regulamentos de disciplina francês e belga, trazia a lume um rol de incongruências e de erros que o regulamento disciplinar, aprovado em 1856, continha. Desde logo, defendia o autor, que a forma como a incorrigibilidade dos militares reincidentes havia sido abordada pelo legislador nacional mostrava-se incapaz e perversa, pois mostrando-se mais branda que a francesa⁸¹ fazia com que houvesse nos corpos militares

“praças reconhecidamente incorrigíveis, e que não podem ser declarados como taes, porquanto posto tenham innumeradas faltas, não estão compreendidas no tempo que a lei marca”⁸².

Ademais, para sustentar a sua posição, argumentava que, em caso de aplicação da pena máxima – envio para do militar para um dos corpos das províncias ultramarinas, até completar o tempo de serviço –,

⁷⁹ Numa notícia da “Revista Militar” de março de 1856, pode ler-se: “Se este projecto de lei [Regulamento Provisório Disciplinar] passar na camara dos dignos pares, como é de suppor, ficará preenchida uma grande lacuna na nossa legislação militar, e será satisfeita uma das mais urgentes necessidades do exercito. [...] Applaudimos a abolição dos castigos corporaes no exercito. A proscricção de similhante castigo era exigida pelas nossas instituições politicas, pelos nossos costumes e pela humanidade”. Cfr. Noticiário Militar, *Revista Militar* cit., pp. 134-135.

⁸⁰ Ainda um ano não tinha decorrido após a aprovação do *Regulamento Provisório Disciplinar para o Exército em Tempo de Paz* e já o marechal comandante-em-chefe do Exército remetia uma missiva ao governo dando nota dos problemas que ocorriam aquando da aplicação do citado diploma. Entre eles, por exemplo, mencionava-se a ilegalidade de enviar para o ultramar militares que haviam sido declarados incorrigíveis mas que já tinham cumprido o seu tempo de serviço há muito. Cfr. *Correspondência entre a Repartição Militar do Ministério da Guerra e o Comando em Chefe do Exército sobre os regulamentos disciplinares que fazem parte da Carta de Lei de 14 de Julho de 1856*, AHM/DIV/3/06/04/39/15.

⁸¹ Nesta sede, à luz do artigo 43.º do Regulamento Provisório Disciplinar para o Exército em Tempo de Paz, para que qualquer praça fosse declarada incorrigível era preciso que nos últimos doze meses tivesse cometido mais de três faltas punidas com alguma das penas mencionadas no sobredito regulamento. Por sua vez, o artigo 44.º do mesmo diploma mencionava que a praça declarada incorrigível completaria o seu tempo de serviço em algum dos corpos das províncias ultramarinas. De uma forma mais rígida, o regulamento francês dispunha que um militar incorrigível iria para as companhias de disciplina trabalhar em fortificações; que o tempo lá passado não seria contabilizado como tempo de serviço; que expiada a culpa nas companhias de disciplina o militar completaria o tempo em falta, para levar baixa, numa das companhias sitas em África. Cfr. FRANCISCO ADOLPHO CELESTINO SOARES, *Disciplina*, *Revista Militar* cit., p. 512.

⁸² FRANCISCO ADOLPHO CELESTINO SOARES, *Disciplina*, *Revista Militar* cit., p. 512.

“basta lembrar que a troco de 4\$500 réis o soldado se presta a servir na mais insalubre das nossas colonias; que lá, onde os corpos são constituídos por gente que ou se vendeu, ou foi declarada incorrigível vigora o regulamento penal de 1856, que a experiencia mostrou não produzir effeito algum sobres esses homens!”.

Por fim, efetuando uma análise comparativa com os presídios belgas, mais adiante, no mesmo texto, acusava os nacionais de serem

“perfeitas casas de malta onde accumulam os presos que passam a vida a rir, a cantar, e ás vezes a jogar [...] perfeitas casas de Capua, para onde o soldado não receia ir, porque, diz elle, «lá tambem se come pão, e não se faz coisa alguma»”.

No ano seguinte, em outro artigo coligido no mencionado periódico, acusando o citado diploma regulamentar de ter lançado o caos legislativo em face dos “Artigos de Guerra”⁸³ e do alvará de 21 de fevereiro de 1816⁸⁴, dava-se nota de que, por ser brando, não vinha permitindo uma efetiva disciplina.

Se, decorrida uma década de vigência do regulamento *a quo*, esta era a realidade aos olhos de um oficial, em março de 1875, nas imediações da aprovação de um novo regulamento disciplinar para o exército, um outro oficial do exército dava à estampa as seguintes palavras:

“A clareza da redacção, por forma que esta tenha um sentido unico e obvio, parece-me ser o mais essencial requisito em um regulamento de tal natureza. Ora o actual está muito longe de preencher essa condição [...] e ha um exercito em que pretenda manter-se a disciplina com taes disposições! [...] Estas incongruencias injustificaveis não podem continuar. É preciso fazer luz n’este cahos, em que está envolvida a legislação penal do exercito”⁸⁵.

⁸³ Os Artigos de Guerra, publicados entre 1763 e 1764, foram sofrendo ligeiras alterações por força de legislação subsequente. Assim, se do ponto de vista do direito adjetivo o alvará de 21 de fevereiro de 1816, aprovando o Novo Regulamento para a Organização do Exército, importara algumas mudanças quanto à constituição dos conselhos de guerra, no campo substantivo, o decreto de 21 de agosto de 1846 começara por limitar a aplicação de castigos corporais.

⁸⁴ A redação editorial da “Revista Militar”, em 1868, através de um dos seus números, esclarecia quais as normas dos Artigos de Guerra que se encontravam em vigor e as que haviam sido revogadas pelo novo diploma regulamentar. Cfr. Os Artigos de Guerra e o Regulamento Disciplinar, *Revista Militar*, XX, n.º 4, 1868, pp. 73-75.

⁸⁵ AVELAR MACHADO, O Regulamento disciplinar do Exército, *Revista Militar*, XXVII, n.º 5, 1875 (pp.105-109), pp. 105-108.

Aqui chegados, verificamos que a insatisfação para com o novo diploma e o estado de indisciplina no exército eram manifestos. Porém, se a vontade de mudar o paradigma disciplinar do exército era unívoca e consciente, a forma de a concretizar não o era. Mostrara-se bem patente a polarização de entendimentos sobre a materialização do conceito de disciplina que emergira no seio castrense entre aprovação do Regulamento Provisório Disciplinar para o Exército em Tempo de Paz e do Regulamento Disciplinar do Exército de 1875. Em rigor, tratava-se de uma *praxis* resultante de experiências seculares que agora esbarrava nas novas teorizações sobre o direito penal e disciplinar militar. A este propósito, o alferes Francisco Celestino Soares, em 1867, escrevia, na “Revista Militar”, que:

“Hoje temos no nosso exercito duas escolas diversas e rivaes irreconciliáveis; uma advoga a causa da chibata como meio disciplinar, a outra o systema francez, isto é, como principal mola disciplinar, o pundonor, o respeito, o exemplo dados pelos superiores, e finalmente a exclusão das fileiras no caso de incorrigibilidade. [...] «A chibata faz muita falta» dizem os seus advogados «no nosso tempo o soldado era submisso, respeitoso, aciado». «Não faz falta, dizem os da escola contraria; é porque os não sabem levar»⁸⁶.

Fora a corrente francesa aquela que, de resto, vingara no regulamento disciplinar subsequente. Em rigor, ainda que o Regulamento Disciplinar Militar de 1875 não viera a observar, na sua maioria, o regulamento precedente, não mais se reprimaram as penas corporais e respetivos métodos sancionatórios herdados do Antigo Regime. De todo o modo, as vicissitudes apresentadas não resultavam, exclusivamente, do censurado regulamento disciplinar saído do ministério de Loureiro. Ao invés, elas advinham da incapacidade de o próprio sistema judicial militar, no seu todo, responder aos variados problemas que há muito encerrava⁸⁷.

Considerações finais

A carta de lei de 14 de agosto de 1856, no decurso da corrente humanitarista que, em Portugal, vinha trilhando caminho desde os finais de setecentos, ainda que de forma não consensual, aboliu, definitivamente, no Exército, os castigos corporais que há muito eram praticados nas forças militares.

⁸⁶ FRANCISCO ADOLPHO CELESTINO SOARES, *Disciplina*, *Revista Militar* cit., p. 511.

⁸⁷ Desde logo, considere-se a já aludida tentativa de, no ano de 1820, se implementar uma reforma capaz de atualizar e sistematizar a matéria disciplinar, penal e judiciária militar em Portugal. *Vide, supra*, nota 10.

Para pôr em marcha esta nova realidade, ajustar as necessidades disciplinares do exército aos ditames constitucionais e à lei do recrutamento que tinha acabado de estipular uma conscrição baseada no princípio da igualdade da obrigação do serviço militar, em 30 de setembro de 1856 foi aprovado o Regulamento Provisório Disciplinar para o Exército em Tempo de Paz para ter aplicação na metrópole e nas províncias ultramarinas.

Tratara-se de um processo legislativo fragmentado que, arquitetado e iniciado por Duque de Saldanha, apenas viera a encontrar o seu *terminus* no consulado de José Jorge Loureiro. De forma peculiar e assaz controversa, sobretudo diante dos direitos constitucionais afetos ao poder moderador, tivera nele manifesta ingerência a figura de D. Pedro V.

Fortemente enraizado na precursora legislação militar belga e francesa, o Regulamento Provisório Disciplinar para o Exército em Tempo de Paz, consagrando no foro militar nacional, de forma pioneira, uma destrição entre direito penal e direito disciplinar, acabou por observar e reajustar soluções várias que já figuravam em instrumentos jurídicos antecedentes. Exemplo paradigmático deste compromisso foram os vários preceitos dos setecentistas Artigos de Guerra que acabaram por integrar o novel regulamento.

Contudo, e não obstante as medidas aprovadas terem correspondido, nas palavras de uns, aos anseios da criação de uma nova e humanizada legislação militar, no entendimento de outros, perante uma força militar que mostrava, rotineiramente, sérios problemas de indisciplina, as aludidas soluções normativas – desde logo, a abolição das penas corporais ou a dificuldade de declarar um militar prevaricador como incorrigível – mostravam-se inadequadas e, por isso, incapazes de responder aos problemas existentes.

No decurso desta verdadeira polarização de entendimentos, acabara por singrar a corrente que pugnara pela humanização do direito penal militar. Em rigor, apesar de todas as modificações efetuadas, viera ela a ser reiterada no Regulamento Disciplinar do Exército de 1875.