

MENAGEM: Sua origem histórica, natureza jurídica e adequação axiológica-constitucional.

MENAGEM: Sua origem histórica, natureza jurídica e adequação axiológica-constitucional.

CICERO FERNANDES DE LIMA

1º Tenente PMMG.

Resumo: Este artigo Científico tem como objetivo favorecer a compreensão dos estudiosos da ciência jurídica militar, seja pelos integrantes da Polícia Militar, seja pelos civis interessados ao instituto jurídico menagem, existente única e exclusivamente no âmbito do direito processual penal militar. O instituto menagem, desde a sua concepção originária, sempre causou divergência doutrinária, posto que referido termo apresenta dubiedade terminológica, especialmente em sua natureza jurídica, nas circunstâncias de sua aplicabilidade e concessão. Além, mostrava-se indispensável, sobre o prisma da legislação garantista vigente, mensurar sua adequação jurídica e constitucional, pontuando sua exigibilidade, ante os casos concretos de prisões, sejam estas de militares ou civis, em face de crimes militares praticados. A menagem é matéria disciplinada exclusivamente no Código de Processo Penal Militar, não diretamente recepcionada pela Constituição Federal de 1988; no entanto, por ser benéfica e assemelhar-se ao instituto fiança, não codificado na legislação castrense infraconstitucional, tem sua aplicabilidade recepcionada, pelos doutrinadores, como forma de compensação àquela, inexistente. Assim, a menagem, hodiernamente, pode ser vista como

Cícero Fernandes de Lima

uma forma de fiança, sem custas ao beneficiário, que poderá ser concedida pelo Magistrado ou Conselho de Justiça, nos casos taxativamente estampados pela legislação aplicável.

Palavras-chave: Menagem. Natureza jurídica. Garantismo.

Abstract. This scientific article has the objective to favor the understanding of the students of the military juridical science, either by the members of the Military Police or by the interested civilians to the legal institute, existing only and exclusively within the scope of military criminal procedural law. Since its original design, the institute has always caused doctrinal divergence, since this term presents terminological dubiety, especially in its legal nature, in the circumstances of its applicability and concession. In addition, it was indispensable, on the prism of the current guarantor legislation, to measure its legal and constitutional adequacy, punctuating its enforceability, before the concrete cases of prisons, whether military or civil, in the face of military crimes practiced. The mention is subject exclusively to the Code of Military Criminal Procedure, not directly approved by the Federal Constitution of 1988; however, because it is beneficial and resembles the bail institute, not codified in infraconstitutional military legislation, has its applicability received by the doctrinators, as a form of compensation to that, non-existent. Thus, the quotation can now be seen as a form of guarantee, at no cost to the beneficiary, which may be granted by the Magistrate or Justice Council, in the cases specifically stated by the applicable legislation.

Keywords: Menagem. Legal nature. Warranty.

MENAGEM: Sua origem histórica, natureza jurídica e adequação axiológica-constitucional.

1 INTRODUÇÃO

A legislação penal e processual penal militar brasileira possui particularidades que não são encontradas na legislação aplicada aos civis. Com institutos e penalidades próprios, destinados aos homens e mulheres que se dedicam a defesa da Segurança, seja ela Interna, visando um estado de controle e convívio pacífico entre os próprios habitantes, cativa ao domínio dos Estados Federados, seja Nacional, no limite dos interesses do desenvolvimento do país, pelas Forças Armadas¹, na preservação de sua soberania, entre outras nações que, conforme magistério de CAETANO, consiste

em um poder político supremo e independente, entendendo-se por poder supremo aquele que não está limitado por nenhum outro na ordem interna e por poder independente aquele que, na sociedade internacional, não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceites e está em pé de igualdade com os poderes supremos dos outros povos (1987, p. 36).

Tem-se por certo que nenhuma nação alcança seus objetivos nacionais sem que tenha ordem pública e segurança nacional. Se um país permite que seu território seja invadido, ou que suas leis não sejam observadas, estará abrindo mão de sua soberania. O Estado existe para proteger e defender não somente o povo, elemento essencial de sua existência, mas também o território, em seus diversos aspectos, terra, mar, ar, plataforma continental.

Nesse diapasão, dentre os muitos institutos processuais penais militares existentes, com vistas ao controle dos integrantes das

¹ Termo que compreende as três forças militares brasileiras: o Exército, a Marinha e a Aeronáutica.

forças militares, a Menagem é sem dúvida um dos dispositivos jurídico-processuais que mais ambiguidade denota em sua efetiva completude. É, a um só tempo, sinônimo de liberdade e restrição, porquanto apresenta a impossibilidade de afastamento e exercício pleno do direito de ir e vir, consagrado na Constituição Federal², conquanto o beneficiário esteja livre.

No exercício de sua função constitucional a Justiça Militar, seja esta no âmbito Federal ou Estadual, aplicando a legislação castrense, concede a menagem, espécie de alforria vigiada, aos militares e a civis compelidos de prisão em razão de práticas criminosas previstas no Código Penal Militar.

Dessa maneira a efetiva compreensão do tema é de fundamental importância, especialmente ao Oficial de Polícia Militar que, no exercício de suas funções estatutárias, penais e processuais, especialmente com o implemento da Carreira Jurídica Militar³, conforme Emenda à Constituição do Estado de Minas Gerais nº 83/2010, necessita promover e operar a execução da medida jurídica-processual sendo, o seu pleno conhecimento, de irrefutável indispensabilidade.

2 CONCEITO DE MENAGEM

O instituto jurídico-processual Menagem tem sido, no correr dos anos, motivo de pesquisas e intensas discussões no ambiente

2 É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens (Artigo 5º, inciso XV).

3 Nos termos da Emenda a Constituição do Estado de Minas Gerais nº 83/10, consiste no exercício das atividades jurídicas no âmbito da Justiça Militar Estadual, por parte do Oficial de Polícia, seja como integrante do Conselho de Justiça, Permanente ou Especial, atuando como Juiz ou como Autoridade de Polícia Judiciária, quando exercendo as funções de Presidente de Auto de Prisão em Flagrante ou como Encarregado de Inquérito Policial Militar.

MENAGEM: Sua origem histórica, natureza jurídica e adequação axiológica-constitucional.

acadêmico e doutrinário, muito embora os grandes estudiosos o tenham, por um lapso de tempo, deixado de enfrentar a razão de sua existência, seus cognatos, já que o ramo especializado do direito penal e processual militar pouco era conhecido e pesquisado na seara jurídica.

A menagem é, segundo Loureiro Neto (1992, p. 90) “um instituto de natureza dúbia, porque é, a um só tempo, benefício e espécie de prisão provisória sem cárcere”.

Para PACHECO, menagem é

um instituto do Código de Processo Penal Militar que se assemelha a prisão provisória e a liberdade provisória, dependendo da hipótese consistente na restrição provisória da liberdade de alguém num lugar ou estabelecimento, diverso do estabelecimento prisional (2005, p. 1.079).

Para FREYESLEBEN, menagem é

é aférese⁴ ou ablação do vocábulo homenagem, sendo empregada na terminologia jurídica para indicar a concessão ou o benefício, outorgado a certas pessoas, quando acusadas de certas faltas, sujeitas a sanções detentivas, para que fiquem presas sob palavra, fora do cárcere, até que se julgue o caso (1997, p. 37).

LOBÃO (2011, p. 337), ensinado sobre o tema, firma-se esclarecendo que a menagem não se confunde com residência forçada, contrariamente o que afirma outros autores, posto que se assim fosse teria natureza política e constitucional. Para

⁴ Processo de mudança linguística que consiste na supressão de fonema(s) no princípio do vocábulo (p.ex., de *enojo* formou-se *nojo*; de *enamorar* formou-se *namorar*); ablação (HOUAISS, 2009)

LOBÃO, a menagem

é liberdade provisória sob condição, de natureza processual penal militar. Consiste na permanência do indiciado ou acusado, por decisão judicial em determinado local, podendo ser o estabelecimento militar, uma cidade, a própria residência do beneficiário, etc (2011, p.338).

Segundo MALTA,

é o benefício concedido a militares, assemelhados e civis sujeitos à jurisdição militar e ainda não condenados, os quais assumem o compromisso de permanecer no local indicado pela autoridade competente. É cumprida em uma cidade, quartel, ou mesmo na própria habitação, sem rigor carcerário (1987, p. 164).

A partir dessas dicções se faz necessário, ante a apresentação dos novos institutos jurídicos, “prisão provisória” e “liberdade provisória”, entender que a menagem não se encontra desassociada destes em seu propósito finalístico, posto que as suas características guardam estreitas relações e efeitos com aqueles, conforme se verificará.

MENAGEM: Sua origem histórica, natureza jurídica e adequação axiológica-constitucional.

2.1 Gênese histórica da menagem

A compreensão efetiva dos dispositivos jurídicos em vigor implica em, necessária e fundamentalmente, compreendermos a quais circunstâncias, na história da sociedade, foram concebidos.

A adequação sociológica, a evolução de valores estabelecidos, no correr dos anos, apresentam as variáveis que hoje encontramos, nos mais variados ramos da ciência jurídica, favorecendo ao estabelecimento de institutos jurídicos com origem histórica muito antiga, como o da menagem, que se remete a idade média, conforme a acepção de ROTH,

a menagem tem sua origem na Idade Média, onde existiam vários institutos para permitir que o infrator não fosse recolhido ao cárcere quando pilhado na prática de um crime; dentre eles: o seguro, a homenagem (menagem), a palavra dos fieis carcereiros e a fiança. A homenagem consistia na garantia do nobre de permanecer em seu castelo ou propriedade aguardando a solução do processo-crime. A homenagem atravessou os séculos chegando ao nosso ordenamento como menagem, instituto genuinamente militar (2011, p.742).

Trazendo a concepção para o plano da legislação pátria, para compreensão do tema à luz da legislação brasileira, bem ensina LOBÃO, segundo o qual

D. Diniz, em 1356, e D. Pedro I, em 1360, legislaram sobre o seguro, a homenagem e a fiança, “a *homenagem* era um privilégio particularmente concedido à nobreza. Foi aprovado nas Côrtes d’Elvas no tempo de D. Pedro I e daí passou para as Ordenações Afonsinas e delas para as posteriores (...) As *homenagens* eram concedidas

pelo Desembargo do Paço e consistiam na licença deferida ao Réu, em sua qualidade pessoal, para estar solto em juízo debaixo de promessa (...) Por *homenagem* era dada a própria casa ou o Castelo da cidade (...) Não tinha um lugar nos crimes punidos com pena de morte natural ou civil, no crime de desafio para duelo (...) A Ord. L.V., tít. 120 e posteriores alvarás regularam este modo de livramento, que hoje só é concedido, em casos militares, sob a denominação de *menagem* (2011, p. 337).

Neste mesmo sentido, ainda, LOBÃO enfatiza que

a menagem encontrou acolhida no Regulamento Processual Criminal, expedido em 16.07.1895, pelo então Supremo Tribunal Militar: “art. 130. A menagem pode ser concedida ao Oficial: a) na própria casa de residência; b) no quartel do corpo a que pertencer, ou lhe for designado; c) na praça, acampamento, cidade ou lugar em que se achar e lhe for designado, conforme prudente arbítrio dos Ministros da Guerra e Marinha, os quais tomarão em consideração a gravidade do crime, a graduação do acusado e seus precedentes militares. § 1º A menagem poderá ser concedida ao paisano sujeito à jurisdição militar: a) na própria casa de residência; b) em todo o edifício da prisão em que estiver recolhido; c) na cidade, ou lugar em que se achar e lhe for designado. § 2º A menagem só poderá ser concedida à praça de pré, ou seu assemelhado, no interior do quartel, estabelecimento a que pertencer, ou lhe for designado” (2011, p. 338)

A concepção história da menagem encontrou, segundo ensino de FREYESLEBEN, amparo nas constituições da república brasileira,

MENAGEM: Sua origem histórica, natureza jurídica e adequação axiológica-constitucional.

a menagem também é instituto de nosso Direito Constitucional, tendo constado da Constituição de 1937 (art. 168), Constituição de 1946 (art. 209, I), Constituição de 1967 (art. 152, § 2º), Constituição de 1969 (art.156, § 2º) e Constituição de 1988 (art. 139, I), instituída na modalidade de residência forçada, para vigorar durante o estado de sítio (1997, p.39).

Dessa forma, aduz que houve uma evolução do contexto primitivo da homenagem, enquanto dispositivo jurídico, antes tão somente vinculado ao benefício de determinadas pessoas, em razão de suas características, preceitos, valores sociais e econômicos que se viam investidos, passando alcançar outros, limitado na atualidade à classe dos militares ou ao regime destes submetidos, indiferentemente se na situação de militar ou civil.

2.2 A menagem e sua aplicação na legislação brasileira

Por força da vigente Constituição Federal, os civis somente podem ser processados na Justiça Militar Federal, tendo em vista que nela ficou estabelecido de forma clara que Justiça Militar Estadual possui competência apenas e tão somente para julgar os policiais militares e bombeiros militares, nos crimes militares definidos em lei.

Assim, as Justiças Militares Estaduais não possuem competência para concederem menagem a civis, ainda que sujeitos as normas e preceitos militares, mas tão somente a Justiça Militar Federal.

A menagem está prevista dos artigos 263⁵ ao 269 do Código Processo Penal Militar - CPPM, e poderá ser aplicada tanto

5 Art. 263. A menagem poderá ser concedida pelo juiz, nos crimes cujo máximo da pena privativa de liberdade não exceda a 4 (quatro) anos, tendo-se, porém, em atenção a natureza do crime e os antecedentes do acusado.

aos militares como aos civis que praticarem crimes militares, próprios⁶ ou impróprios⁷, em área sujeita a administração militar ou em tempo de guerra.

O CPPM segue sistemática semelhante a adotada pelo Código Processual Penal. O diploma militar foi instituído pelo Decreto-Lei 1002 de 21 de outubro de 1969, para regular os processos de competência das Justiças Militar Federal e Estadual.

É um instituto pertinente, portanto, aos crimes militares e assemelha-se segundo ensino de ROTH (2004) à prisão provisória ou à liberdade provisória, dependendo do modo como o Juiz a aplique ou conceda no caso concreto, consoante dispõe o artigo 263 e seguintes do CPPM.

Ensina LOBÃO que a menagem não se confunde com liberdade provisória e esclarece:

que consiste na liberdade com restrição de permanência em determinado sítio, nas duas espécies do benefício, a saber: menagem obrigatória ou legal e facultativa. Menagem obrigatória resulta de disposição expressa na lei adjetiva penal militar, e é concedida ao insubmisso que se apresenta ou é capturado. A menagem facultativa é concedida pelo Juiz ou pelo Conselho, conforme o caso, nos crimes cujo máximo da pena privativa de liberdade não exceda a 4 anos, atendendo-se à natureza do crime e aos antecedentes do acusado (art. 263 do CPPM) (2011, p.328).

6 Tipo criminal que somente pode ser praticado em razão da pessoa do agente, como exemplo o crime de deserção, insubmissão, previstos unicamente no Código Penal Militar.

7 Tipo criminal que tem previsão na legislação penal comum e na militar.

MENAGEM: Sua origem histórica, natureza jurídica e adequação axiológica-constitucional.

No Título XIII do CPPM o legislador cuidou das medidas preventivas e assecuratórias que são necessárias para o bom andamento do processo e a efetiva prestação jurisdicional. O processo militar se inicia com a ação penal militar que fica sob a responsabilidade do Ministério Público Militar, que possui as mesmas garantias asseguradas ao Ministério Público da Justiça Comum ou Federal.

Embora visto de forma assemelhada, no CPPM não há a previsão do instituto fiança⁸, próprio da liberdade provisória, mas sim da menagem; assim, como bem afirma ROTH (2004, p.172), “a menagem está para o crime militar, assim como a fiança está para o crime comum”, onde, por óbvio é possível o pagamento daquela.

A menagem distingue-se, no entanto, da liberdade provisória prevista no Código de Processo Penal comum – CPP por vários requisitos, dentre eles o de que só pode ser concedida pelo Magistrado ou Conselho de Justiça, da mesma forma a liberdade provisória, também prevista na legislação processual penal militar, conforme mandamentos dos artigos 253 e 270 do CPPM, o que não encontra relação com o CPP, posto que neste, nos crimes mais leves, punidos com detenção ou prisão simples, o próprio Delegado de Polícia pode conceder a liberdade provisória com fiança, não tendo o legislador infraconstitucional conferido a mesma prerrogativa aos Oficiais da Polícia Judiciária Militar.

2.3 Menagem e seus requisitos legais para concessão

A menagem, conforme já exposto somente pode ser concedida pela Autoridade Judiciária Competente ou pelo Conselho de

⁸ É uma caução que o infrator presta para o Estado, em depósito em dinheiro, bens ou valores, por meio de hipoteca, para garantir a liberdade provisória.

Justiça⁹, seja esta do âmbito da Justiça Militar Estadual, seja no âmbito da Justiça Militar Federal.

No exercício de sua atividade judicante, o Magistrado ou o Conselho de Justiça, necessita observar a inoccorrência das circunstâncias constantes no artigo 255 do CPPM e ainda os seguintes requisitos, para concessão da menagem, que são:

- a) infração com pena igual ou inferior a quatro anos de privação de liberdade;
- b) natureza jurídica da infração criminal e
- c) antecedentes do acusado ou indiciado.

Os requisitos apresentados apresentam coerência, posto que os dois primeiros estão ligados à natureza da infração praticada e ao *quantum* da pena estabelecida, abrangendo assim todas as infrações com pena igual ou inferior a quatro anos de privação de liberdade, inclusive aquelas que o CPPM veda a liberdade provisória, tais como a deserção, o desrespeito a superior etc.

Em relação ao último requisito, este poderá ser suprido com a juntada dos extratos de registros funcionais e criminais do militar ou civil, por ocasião da lavratura do Auto de Prisão em Flagrante ou Inquérito Policial Militar, para viabilizar a concessão ou não, por parte da Autoridade Judiciária ou Conselho de Justiça.

Além dos requisitos mencionados, necessariamente o Ministério Público, Estadual ou da União, como fiscal da lei, precisa ter vistas dos autos e manifestar-se, favoravelmente ou não a concessão

⁹ Órgão colegiado, formado por Oficiais e Juizes de Direito existentes nas Justiças Militares. Podendo ser **Permanentes**, para julgarem as praças e **Especiais**, para julgarem Oficiais. São estabelecidos conforme Regimento Interno dos respectivos Tribunais de Justiça Militar a que estiverem vinculados.

MENAGEM: Sua origem histórica, natureza jurídica e adequação axiológica-constitucional.

da mencionada medida, o que não inviabilizará, nem impedirá a decisão do Magistrado ou Conselho de Justiça, sendo apenas um requisito legal previsto no § 1º do art. 264 do CPPM.

2.4 A Natureza jurídica da menagem

A natureza jurídica dos dispositivos processuais sempre foi o ponto de maior embate entre os doutrinadores. As divergências, quase sempre, redundam em teorias das mais diversificadas, tendo como ponto comum a simples explicação do que é a medida, no mundo jurídico.

A menagem, embora seja um instituto antiquíssimo e essencialmente previsto no CPPM, para os crimes militares, caracterizando inequivocamente um benefício criminal, é pouco conhecido e pouco discutido, por ausência na sua maioria das vezes de provocação junto ao poder judiciário.

Enfrentando o tema, buscando delinear sua natureza jurídica, ensina ROTH que a menagem

tem dupla face jurídica e a denominamos: a) *menagem-prisão*: quando o Juiz substitui a prisão em flagrante delito determinando o recolhimento do menageado ao quartel ou à residência, sem rigor carcerário; b) *menagem-liberdade* quando o Juiz concede-a para cumprimento na cidade. O que determina sua face, portanto é forma de sua concessão e de seu cumprimento (2004, p. 158).

Para LOBÃO (2011) a natureza jurídica da menagem é de liberdade provisória, sob condição; portanto, processual penal militar, vez que o texto normatizado estabelece condutas a serem adotadas pelo beneficiário da medida. Neste sentido, para melhor compreensão de sua natureza jurídica, necessário

se faz esclarecer o que vem a ser liberdade provisória e, conseqüentemente, prisão provisória, termos assemelhados e diametralmente opostos.

O CPPM define prisão provisória em seu artigo 220 com o sendo “a que ocorre durante o inquérito, ou no curso do processo, antes da condenação definitiva”. Em que pese a lei silenciar-se a respeito da duração da prisão provisória é necessário aplicar o disposto no artigo 18 do mesmo código, ou seja, o máximo é de 30 dias, prorrogável por mais 20 dias, se persistirem os motivos que determinaram a imposição da medida coercitiva.

Para o LOBÃO (2011) a prisão provisória tem natureza cautelar e deve observar, rigorosamente, a necessidade de sua imposição e duração. Para tanto, compete à Autoridade Judiciária castrense decretar a prisão provisória contra militar, nos crimes propriamente e impropriamente militares, e contra civil, estes, apenas a Justiça Militar Federal.

A liberdade provisória, lado outro, é segundo GRECO FILHO (1999) uma antecipação da liberdade definitiva. Dessa forma necessário se faz concordarmos com o autor, já que liberdade provisória traz a ideia de que o acusado ou mesmo indiciado encontra-se em situação de liberdade passageira, na expectativa de retornar ao seu estado anterior de prisão, na iminência de ser recolhido ao cárcere.

LOBÃO, de forma incisiva, verifica que a liberdade provisória é

um instituto de ranço totalitário, do qual ainda não se expurgou da lei adjetiva penal pátria. Tem o indicativo de que a liberdade é situação provisória, e a prisão, antes mesmo da sentença condenatória, é situação definitiva, é regra geral (2011, p.326).

MENAGEM: Sua origem histórica, natureza jurídica e adequação axiológica-constitucional.

Para ROTH, a liberdade provisória

tem tratamento distinto na legislação comum e na legislação militar. Na primeira, aquele benefício, como visto, ocorre com ou sem fiança. Na segunda, a liberdade provisória é mais restrita, pois somente é cabível, em síntese, nas infrações penais militares com pena igual ou inferior a dois anos de detenção (art. 270, parágrafo único, b, CPPM), nas hipóteses de excludentes de criminalidade ou de culpabilidade, no caso de erro de direito (art. 253 do CPPM). Embora exista essa distinção nas duas legislações, comum e militar, quanto ao tratamento da liberdade provisória, não se pode deixar de admitir a incidência dos princípios constitucionais explicitados que garantem a liberdade como regra e a prisão, como exceção (2011, p. 744).

Assim, infere-se que menagem possui dupla natureza jurídica. Com efeito, é prisão provisória, porque o homenageado não pode retirar-se do lugar para o qual foi ela concedida, sob pena de cassação, havendo um cerceamento da liberdade ambulatorial concedida. Mas, por outro lado, a menagem é um benefício, uma vez que não é cumprida sem os rigores carcerários, sendo que, no ensino de LOBÃO (2011), não se confunde com liberdade provisória, posto que há incidência de restrição de permanência, seja na obrigatória ou na facultativa.

2.5 A recepção constitucional do instituto menagem

A liberdade é um dos bens fundamentais garantidos constitucionalmente, daí se pode dizer, sem erro, conforme ROTH (2011) que a liberdade é regra, enquanto a prisão, a exceção.

A Constituição Federal – CF de 1988, em seu artigo 5º, caput¹⁰, estabelece de forma serena que todos são iguais perante a lei, o que implica em compreender que a norma maior, estabelece requisitos de tratamento igualitário, a todos os brasileiros, inclusive, claro, aos militares e civis sujeitos às disposições da legislação penal e processual militar em vigor, que em boa parte não foi recepcionada pela Carta Magna.

Nos termos do caput do artigo transcrito e incisos que o compõe verifica-se uma multiplicidade de direitos e princípios estabelecidos, dentre os quais, não há inserção do instituto jurídico menagem, previsto no artigo 263 do CPPM.

No entanto, a leitura do texto constitucional, embora carente de disposição expressa, necessita e deve ter caráter abrangente e não restritivo, já que há outros dispositivos assecuratórios da liberdade, devidamente expressos, conforme se tem no inciso LXV do artigo 5º, sendo garantida a liberdade provisória, nas situações específicas, com ou sem fiança.

A concessão da menagem pressupõe a ocorrência de uma prisão legal, que no caso de nosso ordenamento constitucional decorre de quatro hipóteses, todas inseridas no texto do inciso XLI¹¹ do artigo 5º da CF, a saber: a) flagrante delito; b) ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente; c) transgressão militar; d) crime propriamente militar, definidos em lei.

10 “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:”

11 “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.”

MENAGEM: Sua origem histórica, natureza jurídica e adequação axiológica-constitucional.

Com a tenacidade de sempre, ROTH, comentando o artigo mencionado esclarece que

em três dessas hipóteses (flagrante delito, transgressão disciplinar e do crime propriamente militar), a prisão decorre sem que o juiz a autorize, previamente; ou seja, decorre sem que o juiz aprecie o pedido para tal medida, isto porque: a) na hipótese do flagrante delito, qualquer pessoa pode e as autoridades policiais e seus agentes devem prender quem for encontrado naquele estado (art. 301 do CPP ou art. 243 do CPPM); b) os militares podem ser recolhidos disciplinarmente pelo seu Comandante, com base Regulamento Disciplinar da Instituição Militar; e c) e o autor de crime propriamente militar pode ser recolhido pelas autoridades militares, por autorização da lei, como no caso da deserção, da insubmissão, que são situações que se equivalem ao flagrante delito (2011, p. 747).

Em que pese a ausência de expressa previsão constitucional, o nosso CPPM prevê a liberdade provisória e, ao mesmo tempo não dispõe sobre a fiança, mas sim de menagem. Assim, conforme ensina ROTH (2011) esta é um substitutivo da fiança, portanto deve a menagem ser concedida atendendo-se ao comando da Carta Federal de que ninguém permanecerá preso se a lei autorizar a liberdade provisória, tudo isso, tendo como a norma maior a garantia de acesso à liberdade.

A Lei Maior, ou seja a Constituição é garantista e estabelece em seu texto um sistema próprio, conforme ensina BOBBIO, que segundo ele,

Cícero Fernandes de Lima

[...] é o sistema geral do garantismo, ou se se quiser, a construção das colunas mestras do Estado de direito, que tem por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo às variadas formas de exercício arbitrário de poder, particularmente odioso no direito penal [...] (2002, p.7).

Dessa maneira, mesmo não tendo sido de forma objetiva relacionada, em face de seus efeitos, tem-se que a menagem, por analogia a liberdade provisória, encontrou abrigo no texto implícito constitucional, conquanto inexistente a fiança no CPPM. De tudo, resta a certeza que a sua concessão favorecerá ao cumprimento dos preceitos constitucionais estabelecidos, não desfalecendo em si os seus efeitos, já presentes as circunstâncias acauteladoras daquela, ou seja, se verá livre do cárcere aquele beneficiário da medida.

Neste sentido os julgados nos Tribunais militares, Estaduais e da União referendam as razões apresentadas e apontam o caminho garantista consagrado na Constituição.

No âmbito do Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul, temos:

Ementa. Menagem. Crime de violência contra superior (CPM, art. 157). Prisão em flagrante devidamente homologada pela Juíza-Auditora plantonista. Posterior concessão de liberdade provisória, sob o fundamento de que a prisão cautelar processual violaria o princípio da inocência, garantido na Constituição Federal. Recurso em sentido estrito do Ministério Público (art. 310 do CPP, c/c o art. 3º, "a" do CPPM). Menagem (art.263 do CPPM). A atual estrutura organizacional da Brigada Militar,

MENAGEM: Sua origem histórica, natureza jurídica e adequação axiológica-constitucional.

a moderna concepção do direito de punir e uma política criminal centrada na pessoa do acusado recomendam a substituição da prisão provisória por menagem, quando legalmente possível. A prisão provisória processual não viola a garantia esculpida no art. 5º, inc. LVII, da CF, conforme reiterada jurisprudência dos tribunais superiores. A Constituição em vigor assegura a liberdade provisória nos casos em que a lei a admite e a impede nos caso em que a lei a proíbe, na hipótese do art. 270, parágrafo único, letra “b”, do CPPM. Recurso ministerial provido. Decisão unânime, confirmando a menagem anteriormente concedida. **(TJM/RS – Rec. em Sent. Est. 364/01 – Rel. Antônio Carlos Maciel Rodrigues – j. em 14.11.2001)**¹²

Carecendo de fundamentação o despacho judicial homologatório da prisão em flagrante, que deve transcender o exame de seus requisitos meramente formais e enfrentar motivadamente as hipóteses legais da prisão preventiva, em face das garantias constitucionais asseguradas aos cidadãos (art. 5º, incisos LVII, LXI e LXVI da CF/88) e da aplicação subsidiária do parágrafo único do artigo 310 do CPP (art. 3º, “a” e “e”), não bastando, para tanto, meras referências às expressões da lei, decisão nula, por violação ao art. 93, inc. IX, da Constituição da República”. **(TJM/RS, HC 796/02, Rel. Juiz Cel Antônio Carlos Maciel Rodrigues, decisão unânime, j. em 20.10.2002)**¹³

12 RIO GRANDE DO SUL, Tribunal Militar do. Jurisprudência Penal Militar. Porto Alegre, 1994 a 2006, t.I, p. 498.

13 RIO GRANDE DO SUL, Tribunal Militar do. Jurisprudência Penal Militar. Porto Alegre, 1994 a 2006, t.II, p. 281.

No âmbito do Tribunal de Justiça Militar do Estado Minas Gerais, temos:

A concessão de menagem extra muros ao militar que se encontrava encarcerado em sede de Batalhão (UEOp), antes do julgamento do *habeas corpus*, importa na perda do objeto, visto que, nesse caso, a menagem possui natureza de *contracautela*, inclusive não computando seu período de gozo no cumprimento de eventual pena privativa de liberdade.(CPPM, art. 268) **(TJM/MG, HC 1.421 – Rel. Juiz Décio de Carvalho Mitre – j. em 07.03.2006, o Minas Gerais de 24.03.2006)**¹⁴

3 CONCLUSÃO

Verifica-se, pelas pesquisas realizadas, que a liberdade é a regra, enquanto a prisão é a exceção no ordenamento jurídico do Brasil, situação esta que se contrapõe à realidade estudada e disciplinada no CPPM, o qual dispõe que a prisão é a regra, enquanto a liberdade é a exceção, aviltantemente aos preceitos constitucionais relacionados no artigo 5º, garantista, da Constituição Federal de 1988.

A negação da liberdade, através da prisão ou manutenção desta, quando adequada a concessão da menagem, somente se justifica, antes da decisão transitada em julgado, pela sua cautelaridade; do contrário, violará o princípio da inocência e retirará do Juiz o controle judicial sobre a ameaça ou a violação do direito fundamental da liberdade do cidadão, caracterizado, como bem ensina ROTH (2011), com a inadmissível antecipação da pena.

¹⁴ MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça Militar de. *Jurisprudência Penal Militar*. Belo Horizonte, 2004 a 2008, p. 164.

MENAGEM: Sua origem histórica, natureza jurídica e adequação axiológica-constitucional.

A menagem é, assim, um sucedâneo da prisão provisória no âmbito da legislação militar e constitui-se em um instituto de dupla face (natureza) jurídica, dependendo de como o Juiz ou mesmo Conselho de Justiça a aplique ou conceda. Será por certo menagem-prisão, quando for restrita ao cumprimento no quartel ou residência e será, por fim, menagem-liberdade, quando ficar restrita à cidade. Neste sentido pode-se concluir que a concessão da menagem é, a rigor, mandamento constitucional da liberdade provisória, constituído por fim um direito público subjetivo.

Assim, considerando tratar-se a menagem de um instituto inequivocamente benéfico ao infrator de crime militar, próprio ou impróprio, manifesta-se como adequado, quando da remessa de autos (Auto de Prisão em Flagrante ou Inquérito Policial Militar) a juntada de extratos dos antecedentes do militar ou civil indiciado, bem como eventuais registros de elogios ou sanções de ordem disciplinar ou criminal existentes, visando a célere decisão do Magistrado ou Conselho, na aplicação ou não do benefício. Tendo-se, derradeiro, o valor e a razão de ser da menagem, inserida de forma velada na Carta Magna.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge César de. **Código de Processo Penal Anotado**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011, vol. 2.

BOBBIO, Norberto. In prefácio da 1ª edição italiana da Obra de Luigi Ferrajoli, **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Decreto nº. 678, de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da

República Federativa do Brasil. Brasília, DF, de 09 de novembro de 1992.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAETANO, Marcelo. **Direito constitucional.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CAMPANHOLE, Adriano; LOBO, Hilton. **Constituições do Brasil.** 10. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

FREYESLEBEN, Márcio Luís Chila. **A Prisão Provisória no CPPM.** Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa.** 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

LOBÃO, Célio. **Direito Processual Penal Militar: Justiça Militar Federal e Estadual.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LOUREIRO NETO, José da Silva. **Lições de Processo Penal Militar.** 1992.