

A menagem*

Ronaldo João Roth

Juiz de Direito da 1ª Auditoria Militar do Estado de São Paulo

1 - Noção histórica

Instituto processual típico da Lei Castrense foi outrora tratamento existente na monarquia concedido aos nobres "de permanecer na própria casa ou castelo, enquanto respondiam a processo".¹

A menagem remonta ao período anterior a Idade Média e incorporou-se ao direito dos povos, remanescendo hoje na Lei Adjetiva Castrense. Segundo Célio Lobão Ferreira: "Em Roma, Atenas e entre os povos bárbaros era consagrado o princípio de que o acusado poderia aguardar, em liberdade, o julgamento".²

No direito luso-brasileiro, a menagem (homenagem), ao lado do seguro, fiança ou palavra de fiéis carcereiros eram modalidades de liberdade provisória desde os tempos da monarquia. Senão vejamos. "Seguro (carta de segurança) era a promessa judicial pela qual o acusado, mediante certas condições se eximia da prisão até a terminação da causa; Homenagem (menagem) era o privilégio concedido aos fidalgos, desembargadores, cavalheiros das Ordens Militares, doutores e alguns escrivães de permanecer na própria casa ou castelo, enquanto respondiam a processo; Os fiéis carcereiros eram fiadores idôneos e cujo Rei concedia a graça de atender para o réu ficar solto durante o processo; a Fiança, que ainda conserva as mesmas características, consiste na faculdade do réu prestar uma caução para se livrar solto até a terminação do feito".³

"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. O que está posto em homenagem é considerado preso e lhe competem todos os privilégios dos presos. As homenagens eram concedidas pelo Desembargo do Paço e consistiam na licença concedida ao Réu, em sua qualidade pessoal, para estar solto em juízo debaixo de sua promessa. Por homenagem era dada a própria casa ou o castelo da cidade. Competia aos Fidalgos, aos Desembargadores, aos Cavalheiros das Ordens Militares, aos Doutores, aos Escrivães da Real Câmara e suas mulheres (ou se achem elas casadas ou em honesta viuvez), aos Deputados da Real Junta do Comércio e aos da Companhia Geral de Agricultura das Vinhas do Alto Douro.

A Ord. L. VI, Título 120 e posteriores Alvarás regulavam este modo de livramento, que hoje só é concedido, em casos militares, aos oficiais das forças armadas, sob a

* Artigo publicado no livro: "Temas de Direito Militar", de Ronaldo João Roth, Suprema Cultura, São Paulo, 2004, pág. 145/149.

denominação de menagem".⁴

No direito luso-brasileiro, a homenagem é conhecida desde as Ordenações Afonsinas, estas publicadas em 1446, sob o reinado de D. Afonso V, consideradas como primeiro código europeu completo. Naquela época o instituto relacionava-se à liberdade provisória, e esta ia se desenvolvendo desde os primeiros tempos da monarquia. "Sôbre isso já legislava D. Diniz em 1356, e D. Pedro I, em 1360, leis que entraram na Ord. Afonsina L. V. Tít. 51, já relativas ao Seguro, à Homenagem, à Fiança e à palavra de fiéis carcereiros".⁵

"A homenagem (menagem), assim como a fiança, tinha sido instituída como um modo ordinário pelo qual se relaxava a prisão do réu que não obtivera o seguro".⁶

O Código de Processo Penal Militar prevê a menagem ao lado de institutos cautelares (prisão em flagrante e prisão preventiva) e de contra-cautela (liberdade provisória e comparecimento espontâneo), e delimita a sua aplicação para os delitos cuja pena privativa de liberdade não exceda a quatro anos.

2 - Natureza jurídica

Insta saber qual é a natureza jurídica da menagem? No plano constitucional Sampaio Dória ensina que: "menagem é a obrigação de permanecer em lugar determinado, sem detenção". Segundo Carlos Maximiliano, "a Carta de 1937 previa a menagem inspirada no direito italiano do tempo dos césares". "Era instituição desconhecida do état de siege, mas se inclui entre as medidas que facultam a nova forma deste que é o état d'urgence. Deve-se sublinhar que por localidade determinada não se pode entender outra coisa que cidade, vila ou aldeia, salubre e evidentemente povoada do território nacional. A obrigação de permanecer em campo especial para pessoas consideradas perigosas não é menagem mas sim detenção. E a menagem, por definição, exclui detenção. Ela implica uma restrição a liberdade de locomoção e domiciliar, retendo em algum lugar uma pessoa para evitar que empreste sua colaboração à agitação. Por outro lado, a residência forçada deve ser na localidade onde, ao decretar-se a medida, estiver a pessoa".⁷

No plano do processo castrense, Homero Prates assevera que: "Pelo seu caráter especial, o foro militar não adotou o instituto da fiança criminal, que, sob alguns aspectos, foi substituído pelo da menagem, com o qual tem certas analogias".⁸

Para Freysleben, "a menagem foi instituída historicamente como liberdade provisória, sendo equiparada por alguns, no início deste século, à fiança. A menagem só adquiriu perfil de prisão provisória, porque o padrão e o conceito de liberdade de nossa época evoluíram sensivelmente. No entanto, a menagem, em qualquer de suas versões, continua a cumprir o seu vetusto papel de servir de sucedâneo ao cárcere".⁹

Diante das peculiaridades que defluem daquela medida, entendo, todavia, que a menagem é um instituto de direito processual de dupla natureza jurídica: a uma, é prisão provisória, sem os rigores do cárcere, que se assemelha a prisão especial e que prefiro denominar menagem-prisão; a duas, é modalidade de liberdade provisória que guarda estreita relação com a fiança do direito comum e que, por isso, prefiro denominar menagem-liberdade.

O seu caráter de provisoriedade é definido pela Lei que permite a sua aplicação até a prolação da sentença condenatória transitada em julgado (interpretação do art. 267 do

CPPM, C.c art. 5º, LVII, da CF).

A menagem-prisão ocorrerá nas hipóteses albergadas pela Lei, ou seja, nas infrações penais cuja pena máxima privativa de liberdade seja de quatro anos e o seu cumprimento em quartel, navio, acampamento, ou em estabelecimento ou sede de órgão militar se o menageado for militar, e em local sob administração militar se o menageado for civil. Em todas essas hipóteses o menageado estará preso, e, pelo critério judicial, poderá trabalhar em atividade especificada e subordinar-se ao regulamento da prisão especial (Decreto nº 38.016, de 5/10/55).

De notar-se que é a própria Lei que assegura a detração penal, nas hipóteses da menagem-prisão, ressalvada as duas hipóteses de menagem-liberdade previstas no art. 268 do CPPM.

A menagem-liberdade ocorrerá quando concedida em residência ou cidade, seja o menageado civil ou militar, observado o requisito legal do "quantum" da pena privativa de liberdade, já mencionado.

Nas duas hipóteses de menagem-liberdade, o menageado trabalhará normalmente na sua Unidade, se militar, observadas as prescrições de comparecer aos atos processuais quando requisitado ou intimado.

O caráter de liberdade nestas hipóteses advém de não poder ser computada a detração penal (art. 268 do CPPM).

Importante o papel da defesa, no sentido de implementar a norma do § 2º do art. 264 do CPPM, trazendo a informação sobre a concordância da autoridade militar sobre o local da menagem, ao peticionar ao *Juiz*. De forma prática, o advogado poderá, "ab initio", percorrendo as diversas Instâncias envolvidas (Administração Militar, Ministério Público e o Judiciário) abreviar a concessão do benefício.

3 - Requisitos

A menagem, em qualquer de suas modalidades, deve preencher três requisitos: um, pena privativa de liberdade até quatro anos; dois, natureza do crime; e três, antecedentes do acusado. Os dois últimos requisitos são de ordem subjetiva. Quanto ao segundo requisito, vale a lição de Freysleben, "de não ser recomendável a menagem àquele delito praticado com requinte de crueldade, à traição, por motivo torpe ou fútil. O *Juiz* deverá levar em consideração a premeditação, a frieza, a insensibilidade do criminoso. Serão dados que caracterizaram a 'natureza' do crime, além de outros tantos que deverão ser avaliados pelo Juiz diante do caso concreto".¹⁰

Questão relevante é aquela de se poder conceder a menagem nos delitos enumerados pelo CPPM que, por serem considerados graves, não permitem a aplicação do "sursis" (art. 617 do CPPM).

Ora, naquelas hipóteses, entendo que não seja coerente a analogia "in malan partem" entre esses institutos (menagem e "sursis"). É que a menagem e o "sursis" são

institutos ontologicamente distintos, o primeiro vige antes do trânsito em julgado e obedece ao princípio da presunção de inocência, enquanto o segundo só é possível após o trânsito em julgado. Veja-se a propósito o delito de deserção, o qual o legislador no Código Judiciário Militar de 1938 expressamente excluía o benefício da menagem (art. 159, § 2º), enquanto no atual CPPM o legislador silenciou. Neste caso, creio que a interpretação histórica permite concluir que o benefício da menagem é cabível na deserção, muito embora esta não comporte o "sursis" (art. 617 do CPPM).

É de se trazer à colação a decisão unânime do STM, no Rec. Crim. nº 5.673-0-AM Rel. Min. Raphael de Azevedo Branco, em que foi recorrente o Ministério Público Militar, e recorrida a decisão do CPJ da 123 CJM, de 28.03.85, que concedeu o benefício da menagem ao réu, para robustecer o que se afirmou, de tal sorte que foi afastada a analogia entre menagem e "sursis", "in verbis": "Ementa: Recurso Criminal - Menagem - Na apreciação do quesito natureza do crime, previsto no art. 263 do CPPM, que dispõe sobre o benefício da menagem, não é de se considerar a aplicação analógica do art. 617 do mesmo diploma legal, por se tratarem, a menagem e a suspensão condicional da pena, de natureza processual distinta, onde no primeiro caso (Menagem) faculta-se ao julgador a apreciação da mencionada 'natureza do crime', não ocorrendo tal faculdade no 2º caso. Recurso que se nega provimento para manter a decisão recorrida". Decisão publicada no Suplemento ao nº 162 do D. J. de 26/8/87, pág. 23/24.

Quanto ao último requisito, antecedentes do acusado (tanto judiciais como extrajudiciais, criminais ou não), o Juiz deverá aferir a personalidade do preso, se há compatibilidade com o benefício, até porque a garantia judicial é a confiança na palavra do preso.

A menagem não será concedida ao reincidente (art. 269 do CPPM) e não caberá nos casos de liberdade provisória do art. 270 do CPPM. Nas hipóteses do art. 253 do CPPM, ao meu ver, também não será cabível a menagem-prisão, mas somente a menagem-liberdade.

4 - Prazos

Tratando-se de menagem-prisão, o prazo para o benefício deverá ser de vinte dias na hipótese do art. 18, parágrafo único, do CPPM e de cinquenta dias na hipótese do art. 390 daquele Codex. No caso de menagem-liberdade, sua existência estará condicionada a necessidade do cumprimento das obrigações, durante o processo, até o momento em que persista o interesse da Justiça (parágrafo único do art. 267 do CPPM).

Nada obsta que o Juiz passe de um estado da menagem para outro, isto é, da menagem-prisão para a menagem-liberdade ou vice-versa, caso em que, na primeira hipótese, haverá a progressão e, na segunda, a regressão do referido instituto.

5 - Direito ou Faculdade

Questão que merece ser enfrentada, neste momento, é se a menagem é um direito ou uma faculdade? Acredito que sob o direto comando do art. 5º, inciso LXVI, da Carta Magna ("Ninguém será levado à prisão ou nela será mantido, quando a lei admita a liberdade provisória, com ou sem fiança"), por ser a menagem-liberdade verdadeira liberdade provisória, ela é um direito subjetivo do preso, amparada por "Habeas Corpus".

Aqui não há de se olvidar a estreita relação, já mencionada, da menagem com a fiança, instituto este que o legislador procurou no âmbito castrense substituir pela menagem. Nesse sentido vale a assertiva já mencionada de Homero Prates⁸, de forma que se a menagem não é fiança, não há como negar ser a mesma liberdade provisória sem fiança.

Assevera o mestre Celso Ribeiro Bastos que: "A liberdade provisória do acusado é uma garantia constitucional a proteger o seu 'status libertatis'", e complementa: "A liberdade provisória, com ou sem fiança, é uma garantia conferida à presunção de inocência do réu".¹¹

A menagem pode ser concedida nas duas fases da persecução penal (inquérito ou ação penal) dado seu estado de provisoriedade.

Papel importante nesse contexto é o da Administração Militar, isto é, o de adequar e definir previamente algumas Unidades militares para sediar o cumprimento da menagem, diante das diversas circunscrições de seu território, evitando-se, desse modo, que o militar, quando preso, seja recolhido ao Presídio Militar e, por consequência, afaste-se de seu ambiente de trabalho e de sua família, principalmente quando o delito praticado decorreu de exercício funcional.

Nessa senda, melhor deixar os rigores do cárcere para as situações definitivas, após o trânsito em julgado, pois, caso contrário, estar-se-á fazendo tabula rasa do direito à prisão especial de que disciplina o art. 242 do CPPM, tanto para o civil quanto para o militar.

6 - Conclusão

A menagem é medida cautelar quando tiver o caráter de prisão e é medida de contracautela quando tiver o caráter de liberdade. É, pois, medida processual. Em ambas as hipóteses haverá a promessa do beneficiado de cumprir as condições legais, ou as condições judiciais, constantes no mandado ou termo correspondente. A menagem-liberdade é uma forma de liberdade provisória cumprida em cidade ou residência, enquanto a menagem-prisão é uma forma de prisão provisória, cumprida fora do cárcere, mas em local sob Administração Militar definido pelo Juiz. A menagem-liberdade é uma sub-rogação da prisão provisória, portanto, é liberdade e é medida contra-cautelar. A menagem-prisão é medida substitutiva da prisão, embora seja de natureza cautelar, sem os rigores do cárcere, portanto, é, ao meu ver, verdadeira prisão especial. O que irá determinar a natureza da menagem é a forma de sua concessão pelo Juiz.

De efeito, urge aos operadores do direito não hesitar na aplicação da menagem, instituto genuinamente castrense, quando cabível, recomendando-se à Polícia Judiciária Militar o papel precípuo, por meio dos Comandantes Militares, de, ao menos regionalmente,

prover ou estabelecer quartel com a finalidade de albergar o cumprimento da menagem e, dessa forma, tornar possível e imediato a aplicação daquele benefício.

Assim é a questão da menagem, tratamento condigno ao militar que for preso, provisoriamente, por prática de infração penal militar punida com até quatro anos de pena privativa de liberdade, respeitado o status de prisão especial a que ele faz jus.

7 - Notas Bibliográficas:

01 - Apud Branco, Tales Castelo "Da prisão em flagrante delito", Ed. Saraiva, 1988, pág. 136, citando Lins e Silva, Evandro;

02 - Ferreira, Célio Lobão - "Enciclopédia Saraiva de Direito", 1977, pág. 213;

03 - Apud Branco, Tales Castelo - Op. cit., idem, citando Lins e Silva, Evandro;

04 - Almeida Júnior, João Mendes de "O Processo Criminal Brasileiro", 1959, L. Freitas Bastos S. A., pág. 410;

05 - Almeida Júnior, João Mendes de Op. cit., pág. 407;

06 - Freysleben, Márcio Luiz Chila "A prisão provisória no CPPM", Ed. Del Rey, pág. 135;

07 - Ferreira Filho, Manoel Gonçalves "Enciclopédia Saraiva de Direito", 1977, Ed. Saraiva, pág. 213;

08 - Prates, Homero - "Código da Justiça Militar", Liv. Ed. Freitas Bastos, 1959, pág. 142;

09 - Freysleben, Márcio Luiz Chila "A prisão provisória no CPPM", Ed. Del Rey, pág. 160;

10 - Freysleben, Márcio Luiz Chila Op. cit., pág. 149;

11 - Bastos, Celso Ribeiro e Martins, Ives Gandra - "Comentários à Constituição do Brasil", Ed. Saraiva, 1989, 2º vol., pág. 303/304.