

A MENAGEM COMO MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA À PRISÃO PROVISÓRIA NO PROCESSO PENAL MILITAR

THE HOMAGE AS PRECAUTIONARY MEASURE ALTERNATIVE TO PROTECTIVE CUSTODY IN MILITARY CRIMINAL PROCEDURE

Nicanor Henrique Netto Armando¹

RESUMO

No presente artigo aborda-se a menagem, que é um instituto processual típico da lei castrense e que não encontra paralelo no processo penal comum. Vista por grande parte da doutrina ora como uma espécie de prisão provisória, ora como uma modalidade de liberdade provisória, a natureza jurídica da menagem não se exaure em nenhuma dessas acepções. O objetivo com esse ensaio é demonstrar que a menagem constitui uma providência de natureza cautelar alternativa à prisão provisória e que, assim como a Lei nº 12.403/2011, o Código de Processo Penal Militar, antes do advento daquela, já consagrava a menagem como uma medida cautelar pessoal alternativa à prisão processual e menos gravosa ao *status libertatis* do indivíduo. O marco teórico do trabalho assenta-se na teoria neoinstitucionalista do processo, pois, ao sustentar que a base principiológica do Processo Penal Comum e do Processo Penal Militar é única, ela nos permite afirmar que as modificações introduzidas no regime das prisões cautelares pela Lei 12.403/2011, mediante a consagração de medidas cautelares alternativas à prisão processual, corroboram o entendimento de que a menagem possui, igualmente, a natureza jurídica de medida cautelar.

Palavras chaves: Menagem; natureza jurídica; medida cautelar; alternativa à prisão provisória.

ABSTRACT

In the present article addresses the homage, which is typical of the military institute procedural law and that has no parallel in ordinary criminal proceedings. Seen by much of the doctrine as a kind of protective custody, sometimes as a form of probation, the legal nature of the donjon is not exhausted in none of these meanings. The goal with this test is to demonstrate that the homage constitutes a Providence of precautionary nature alternative to protective custody and that, as well as law No. 12,403/2011, the Military Code of criminal procedure, before the advent of that, I pursued the keep as a precautionary measure people an alternative to prison and less burdensome procedural status libertatis of individual. The theoretical framework of the work is based on the neoinstitucionalista theory of the process argue that the principiológica base of the criminal proceedings and Military Penal process Common is unique, it allows us to affirm that the modifications made in the regime of precautionary arrests by law 12.403/2011 upon the consecration of precautionary measures procedural alternatives to prison, corroborate the understanding that the message hasalso, the legal nature of injunctive relief.

Keywords: Homage; juridic nature; injunctive relief; alternative to protective custody.

¹ Mestrando em direito ambiental pela Escola Superior Dom Helder Câmara.

1 INTRODUÇÃO

Com o presente artigo, pretende-se abordar um instituto processual típico da lei castrense e que não encontra paralelo no processo penal comum: a menagem, disciplinada nos arts. 263 a 269 do Código de Processo Penal Militar (CPPM).

A menagem está prevista no Título XIII do CPPM, que trata das medidas preventivas e assecuratórias, e se encontra elencada juntamente com medidas cautelares (prisão em flagrante e prisão preventiva) e de contracautela² (liberdade provisória e comparecimento espontâneo). Sua incidência restringe-se aos delitos cuja pena privativa de liberdade não exceda a quatro anos, sendo imprescindível, ainda, para a sua concessão, ter em conta a natureza do crime e os antecedentes do acusado.

Vista, a princípio, como uma espécie de prisão provisória, a natureza jurídica da menagem não se exaure nessa acepção. Esse instituto ostenta outros contornos que levam a crer que ele também consiste em uma modalidade de liberdade provisória e, como tal, configuraria um benefício processual.

Em razão desse fato, questiona-se: qual seria então a natureza jurídica da menagem? Liberdade provisória, benefício processual, prisão especial ou prisão provisória?

A resposta a tais indagações adquire grande relevância de ordem prática, pois dela advém a possibilidade de definir se a menagem é um direito do preso ou um instrumento cautelar de salvaguarda do processo, seja quanto à instrução criminal, seja quanto ao seu resultado final, e isso tem grande impacto no *status libertatis* daqueles que estão sujeitos à prisão antes da condenação definitiva.

Caso seja considerada uma espécie de prisão, a menagem na modalidade *intra muros* gera reflexos inclusive no inquérito policial militar visto que, como é cediço, nos casos de réu preso, o prazo de conclusão das investigações é de 20 dias e não de 40 como nos demais casos. A medida, se considerada espécie de prisão provisória, repercute também no prazo que a autoridade judicial deverá observar para a conclusão da instrução criminal, que, nos termos do art. 390 do CPPM, será de cinquenta dias.

Além do que, se for mesmo reputada como uma espécie de prisão e não como uma medida cautelar alternativa àquela, conforme sustentaremos, a menagem *intra muros* traz

² O termo contracautela não é assente em parte da doutrina, que, a exemplo de Scarance Fernandes (FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 312 apud Lima, Marcellus Polastri p. 321.) entende que a denominação cautela é mais apropriada para designar a liberdade provisória visto que esta apresenta natureza essencialmente acautelatória do *ius libertatis* e tem por escopo evitar ou substituir a privação de liberdade cautelar. Os autores que ao optarem pela nomenclatura contracautela (Marcellus Polastri p. 321), o fazem com o único intuito de contrapor tal medida a uma cautelar já decretada, tal qual um antídoto para um veneno.

grandes implicações para a o âmbito de atuação do réu contra quem a medida foi imposta, pois ele se sujeitaria a todas as vedações e disciplina inerentes à situação de um preso qualquer, v. g., a proibição de se comunicar com o ambiente externo através de aparelho telefônico, horário definido para recepção de visitas, prazo estipulado para o banho de sol etc.

Conforme será demonstrado neste trabalho, a menagem não é uma coisa nem outra. Ela constitui uma providência de natureza cautelar alternativa à prisão provisória, isto é, aquela que ocorre durante o inquérito, ou no curso do processo, antes da condenação definitiva (a prisão em flagrante, a prisão preventiva ou a detenção do indiciado por crime propriamente militar.)

O enfrentamento da temática que envolve a menagem, procurando descortinar a sua real natureza jurídica, é importante porque, a despeito de o instituto significar uma providência menos prejudicial ao réu se comparada à prisão processual, a menagem ainda não tem sido aplicada com a amplitude que deveria nem o tema tratado com a importância que merece. É preciso quebrar o paradigma com o qual a menagem vem sendo tratada para, sob um outro prisma, passar a encará-la como sendo uma medida cautelar alternativa à prisão dentro da ótica de que sempre se deve privilegiar os meios menos gravosos e restritivos de direitos fundamentais.

Uma vez delineado o objeto de pesquisa deste trabalho, passar-se-á à abordagem da origem histórica da menagem, e de sua evolução, até se inserir no nosso ordenamento jurídico atual, situando-a no contexto da liberdade provisória como contraponto à prisão antes da condenação definitiva.

Na fundamentação do trabalho, assentando-se em uma argumentação a *contrario sensu*, procurar-se-a demonstrar a inadequação e insuficiência das concepções sustentadas pelos autores abrangidos na revisão da literatura em relação ao objeto de estudo com o fito de sustentar a hipótese aventada. A partir de uma reconstrução dos conceitos concebidos por tais autores, serão invocadas afirmações em sentido inverso e consentâneas com o marco teórico eleito em favor da hipótese que embasa o presente trabalho.

O marco teórico assenta-se na teoria neoinstitucionalista do processo, pois, ao sustentar que a base principiológica do Processo Penal Comum e do Processo Penal Militar é única, ela nos permite afirmar que as modificações introduzidas no regime das prisões cautelares pela Lei 12.403/2011, mediante a consagração de medidas cautelares alternativas à prisão processual, corroboram o entendimento de que a menagem possui, igualmente, a natureza jurídica de medida cautelar.

O objetivo é demonstrar que, assim como a Lei nº 12.403/2011, o Código de Processo Penal Militar, antes do advento daquela, já consagrava a menagem como uma medida cautelar pessoal alternativa à prisão processual e menos gravosa ao *status libertatis* do indivíduo.

Para certificar tal “estado da arte” da natureza jurídica da menagem, registra-se as inovações que a própria Lei nº 12.403/2011 introduziu no ordenamento jurídico-penal no tocante à criação de medidas cautelares diversas da prisão.

Para tanto, iniciar-se-à a pesquisa pelo estabelecimento dos precedentes históricos e pela definição do conceito legal e doutrinário de menagem. Depois, à luz do marco teórico, procurar-se-à situar a menagem como medida cautelar alternativa à prisão cautelar. Por fim, solucionada a problemática proposta, discorrer-se-á sobre os requisitos, hipóteses de cabimento e competência para a decretação da menagem.

2 PRECEDENTES HISTÓRICOS E CONCEITO

A menagem, cujo vocábulo deriva, por aférese ou ablação, de homenagem, é uma reminiscência deste instituto que deita suas raízes nas Ordenações Afonsinas, onde, tendo ganhado expressão ao lado do seguro, da fiança e da palavra de fiéis carcereiros,

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. Não tinha lugar nos crimes puníveis com pena de morte natural ou civil, no crime de desafio para duelo; e no caso de conversação escandalosa com freiras nos Mosteiros, quando era perdido o privilégio e quando era pedida depois a sentença condenatória. A Ord. (sic) L. V, tít. 120 e posteriores Alvarás regularam este modo de livramento, que hoje só é concedido, em casos militares, aos oficiais das Forças Armadas, sob a denominação de menagem. (ALMEIDA JÚNIOR *apud* FREYESLEBEN, 1997, p.134-135.)

Homenagem, palavra derivada etimologicamente do provençal *homenatge* e este do latim *hominaticu*, que significa homem, inicialmente empregada para designar a forma de um homem prestar vassalagem a outro na era feudal³, deu origem ao vocábulo menagem como já realçado.

3 Site Wikcionário - <http://pt.wiktionary.org/wiki/homenagem>

No escólio de Lima (2005, p. 322)

Na antiga legislação portuguesa, sob a vigência das Ordenações Alfonsinas (sic) [...] a homenagem, também forma de liberdade provisória, que era o privilégio consistente em licença para o réu permanecer solto, mediante certa promessa, e era deferida especialmente à nobreza. Assim, as contracautelas, em sentido estrito, à época, eram: 1. Cartas de Seguro; 2. Fianças; 3. fiéis carcereiros e a homenagem.

As ordenações Filipinas, editadas a partir de 1603, e que por força da subordinação do Brasil à Metrópole portuguesa, constituíram a base do ordenamento jurídico vigente na colônia, mantiveram em seu Título CXX o instituto da homenagem que já era consagrado nas Ordenações Afonsinas (1446 a 1521) e nas Manuelinas (1521 a 1603), cujas normas tratou de atualizar sem, contudo, promover significativas alterações.

Como se vê, historicamente, a menagem, que derivou da homenagem, foi concebida como um sucedâneo à prisão, aqui tomada na acepção de privação de liberdade de locomoção de alguém, se afeiçoando à liberdade provisória.

Com o advento do Código de Processo Criminal do Império de 1832, no campo da liberdade provisória, foi mantida somente a fiança e o livramento solto, abolindo-se as demais formas obtenção da liberdade até então vigentes, incluindo a menagem.

A partir daí, conforme observa Freyesleben (1997, p. 136) a menagem passaria a ser um instituto tipicamente militar, sendo suprimida da legislação processual penal comum.

Desde o Regulamento Processual Criminal Militar de 1895, a menagem se faz presente com exclusividade na legislação castrense, comportando-se como uma espécie de sucedâneo da fiança (FREYESLEBEN, 1997, 136), cuja figura era e continua sendo inexistente no âmbito processo penal militar.

Com o advento do atual Código de Processo Penal Militar em 1969, a menagem, que é de tradição no processo penal militar, foi conservada nos moldes em que vigorava anteriormente, aplicando-se indistintamente a militares e civis.

Na terminologia jurídica, a menagem é empregada 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”. (DE PLÁCIDO E SILVA, 1982 apud FREYESLEBEN, 1997, p. 137)

A menagem, conceitualmente, divide-se em *intra murus* e *extra murus*, sendo a primeira cumprida em ambiente militar (em quartel, navio, acampamento, ou em estabelecimento ou sede de órgão militar) e a segunda em local fixado pela Justiça (no lugar em que residia quando ocorreu o crime ou sede do juízo que o estiver apurando).

O instituto da menagem encontra-se previsto no artigo 263 e seguintes do Código de Processo Penal Militar:

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

Art. 264. A menagem a militar poderá efetuar-se no lugar em que residia quando ocorreu o crime ou seja sede do juízo que o estiver apurando, ou, atendido o seu posto ou graduação, em quartel, navio, acampamento, ou em estabelecimento ou sede de órgão militar. A menagem a civil será no lugar da sede do juízo, ou em lugar sujeito à administração militar, se assim o entender necessário a autoridade que a conceder.

[...]

Art. 265. Será cassada a menagem àquele que se retirar do lugar para o qual foi ela concedida, ou faltar, sem causa justificada, a qualquer ato judicial para que tenha sido intimado ou a que deva comparecer independentemente de intimação especial.

Art. 266. O insubmisso terá o quartel por menagem, independentemente de decisão judicial, podendo, entretanto, ser cassada pela autoridade militar, por conveniência de disciplina. (sic) (BRASIL, 1969)

Como se vê, o Código de Processo Penal Militar não traz em nenhum dos dispositivos que regem a matéria a conceituação do que seja a menagem, sendo necessário recorrer a elementos externos ao enunciado normativo correlato (o seu conceito histórico, à posição topológica que ocupa no CPPM - providências que recaem sobre pessoas -, à qualidade das pessoas que a ela estão sujeitas, ao local em que estas devam permanecer e à natureza do delito em que é cabível) para se extrair a definição do instituto.

Em outras palavras, é preciso lançar mão do conceito de menagem estatuído em legislações pretéritas, dos elementos normativos fornecidos pela legislação atual e dos constructos doutrinários a respeito, para se inferir o conceito de menagem.

A Constituição Federal, ao dispor sobre o estado de sítio, prevê que a suspensão de várias garantias individuais enseja, dentre outras, a medida coercitiva da menagem, sob a epígrafe "obrigação de permanência em localidade determinada" (CF, Art. 139, I⁴).

Discorrendo sobre o assunto, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1983, p. 645), adverte que localidade determinada a que alude a Constituição Federal quando dispõe sobre o estado de sítio deve ser interpretada como cidade, vila ou aldeia, salubre e, evidentemente, povoada,

⁴ “Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de: I - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; [...] Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: **I - obrigação de permanência em localidade determinada**; (BRASIL, 1988, grifo nosso)

do território nacional, pois a obrigação da permanência em campo especial para pessoas consideradas perigosas não é menagem, mas detenção. Ademais, conclui, residência forçada deve ser na localidade onde, decretada a medida, se encontrar a pessoa, em caso contrário haveria o desterro, não previsto na Constituição.

A menagem, segundo Tostes Malta, é ainda um

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, vila, fortaleza, etc, ou mesmo na própria habitação, sem rigor carcerário. (TOSTES MALTA, 1987 apud FREYESLEBEN, 1997, p. 137-138).

Na lição de Freyesleben (1997, p. 142),

a menagem foi historicamente instituída como um sucedâneo ao cárcere. No entrelaço do princípio da inocência com o instituto da prisão provisória, a menagem surgiu como uma alternativa mais humana de salvaguardar nas necessidades decorrentes da liberdade de quem ainda não foi declarado culpado e, ao mesmo tempo, de assegurar as exigências do bom andamento da Justiça.

Para Pacheco (2006, p. 726),

A menagem é um instituto do CPPM que se assemelha à prisão provisória e à liberdade provisória, dependendo da hipótese. Consiste na restrição provisória da liberdade de alguém num lugar ou estabelecimento, diverso de estabelecimento prisional (cadeia, prisão etc.).

Assim, à vista de tais elementos, e pautando-se em uma perspectiva hermenêutica que privilegie a interpretação sistemática e teleológica dos dispositivos legais que versam sobre a menagem, pode-se dizer que ela é uma medida cautelar pessoal, imposta a militares e a civis sujeitos à jurisdição da Justiça Militar, nos casos de crimes militares cuja pena máxima cominada não ultrapasse quatro anos, ditada por razões acautelatórias e alternativamente à prisão provisória, em que o acusado sofre uma restrição em sua liberdade, menos gravosa do que a prisão, ao permanecer em lugar ou estabelecimento diverso do cárcere.

Para Paulo Tadeu Rodrigues Rosa (2002),

A menagem é uma prisão cautelar concedida ao militar ou civil que tenha praticado um crime militar cuja pena privativa de liberdade em abstrato não exceda a quatro anos. Para a concessão da menagem deve ser considerada a natureza do crime e os antecedentes do acusado.

O local de cumprimento da menagem segundo o art. 264 do Código de Processo Penal Militar é o lugar em que residia o militar quando ocorreu o crime, ou a sede do

juízo que o estiver apurando, ou ainda o quartel, acampamento, ou estabelecimento ou sede de órgão militar.

Além do que, conforme visto, há ainda a menagem disposta na Constituição Federal, que prevê a sua decretação durante o estado de sítio, entendendo-a como a obrigação imposta às pessoas de permanecerem em determinada localidade, indistintamente, ainda que não tenham incorrido na prática de crimes.

Destarte, os artigos 263 a 269, do CPPM, vão mais além do que a norma constitucional, pois, a título de menagem, preveem não só a permanência do investigado ou acusado em determinada localidade, como também que aquela ocorra em quartel, navio, acampamento, ou em estabelecimento ou sede de órgão militar.

Por outro lado, tais normas são mais restritivas do que a de sede constitucional, aplicáveis somente em estado de exceção, no ponto em que condicionam a concessão da menagem aos crimes cuja pena máxima privativa de liberdade não exceda a quatro anos e que sejam levados em consideração a natureza do crime e os antecedentes do acusado.

3 A NATUREZA JURÍDICA DA MENAGEM

A Constituição Federal prevê em seu art. 5º, inc. LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória”, consagrando assim o princípio da presunção de inocência ou, como preferem alguns, da não culpabilidade, que impõe o não aprisionamento de ninguém antes de transitar em julgado a sentença condenatória.

O fato de haver no texto constitucional um enunciado normativo que consagra o princípio da presunção de inocência, o qual impõe que, salvo o flagrante delito, ninguém poderá ser preso senão depois de transitar em julgado a sentença condenatória, torna o instituto da prisão provisória acessível à crítica e fornece as bases para o estabelecimento de um discurso processual que, mediante a racionalidade discursiva⁵, irá legitimar nos moldes de

⁵ A racionalidade, “trata-se de um conceito peculiar, que, no pensamento de Habermas, notadamente cunhado em superação ao paradigma da consciência e em prol do desenvolvimento de uma racionalidade inter-subjetiva, que vem a ser o cerne da ética da discussão. Esta teoria significou, em última instância, a reformulação do pensamento kantiano (fundado na subjetividade) pela construção do paradigma da comunicação (fundado na pragmática). Essa pragmática é traduzida pela verificação das condições do discurso, quais sejam: ‘- [A] primeira: que cada participante individual seja livre, no sentido de ser dotado da autoridade epistêmica da primeira pessoa, para dizer “sim” ou “não”[...] - a segunda: que essa autoridade epistêmica seja exercida de acordo com a busca de um acordo racional; que, portanto, só sejam escolhidas soluções que sejam racionalmente aceitáveis para todos os envolvidos e todos os que por elas forem afetados.’”(COSTA, 2008, p. 168)

uma democracia processual a edição de provimentos decisórios que importem na constrição cautelar da liberdade de alguém antes da condenação definitiva.

Tal preceito constitucional constitui uma das matrizes principiológicas que configuram o paradigma que serve de base à construção não só de uma teoria discursiva do processo, mas, também, da própria cautelaridade.

Com efeito, na ordem constitucional vigente, a liberdade é a regra que somente comporta exceções quando, por razões de índole cautelar, for decretada a prisão para a tutela da ordem pública, da conveniência da instrução criminal, da efetividade da lei penal ou do resguardo da hierarquia e da disciplina.

O ordenamento jurídico pátrio, salvo nos casos em que subsistirem razões instrumentais ligadas à efetividade do processo, não coaduna com privação da liberdade de alguém antes da condenação definitiva, sob pena de se admitir uma antecipação de tutela penal, que, como é cediço, só pode ocorrer após o trânsito em julgado da ação criminal.

Assim sendo, diante de tais características, deduz-se que a prisão antes da condenação definitiva só pode e deve ser decretada quando presentes os requisitos inerentes a toda e qualquer medida cautelar, quais sejam: *fumus boni iuris* e *periculum in mora* que, no processo penal, recebem, consoante a mais técnica nomenclatura, denominações específicas de *fumus commissi delicti* (probabilidade da existência de um delito e indícios suficientes de autoria) e *periculum libertatis* (perigo da liberdade do imputado).

As medidas cautelares se destinam a garantir o resultado útil do processo de conhecimento e do processo de execução, e, em última análise, instrumentalizam o exercício da jurisdição.

Há grande celeuma quanto à existência de um processo cautelar ou ação cautelar propriamente dita no processo penal. Doutrinadores, como José Frederico Marques, entendem que a sistemática processual penal admite um processo cautelar autônomo, juntamente com o processo de conhecimento e o de execução:

[...] afigura-se-nos indiscutível a existência do processo cautelar, ao lado do de conhecimento e do executivo. O fim da atividade jurisdicional nas providências preventivas ou cautelares é diverso daquele que se verifica nas duas outras espécies de processo. E admitido, assim, o processo cautelar, inquestionável será a existência das ações de igual nome. (MARQUES, 2002 *apud* LIMA, 2005, p. 93)

Por outro lado, há autores que sustentam que no processo penal a tutela cautelar é exercida por meio de simples medidas cautelares, prescindindo da propositura de uma ação de mesma natureza que daria origem a um processo cautelar, e que, em verdade, não existe um

processo penal cautelar autônomo, mas apenas uma jurisdição cautelar exercida incidentalmente em outro processo. (BADARÓ, 2003 apud LIMA, 2005, p. 95).

Discorrendo sobre a diferença entre processo cautelar e medidas cautelares, Barros e Machado sustentam que

O processo cautelar é autônomo e as medidas cautelares são incidentais. Logo a diferença não apresenta questão de substância, mas, sim, estabelece a distinção em razão da sua localização, eis que a medida cautelar é um incidente dentro do processo de conhecimento ou execução, ao passo que o processo cautelar é sempre autônomo. (BARROS; MACHADO, 2011, p. 13)

Porém, ainda que não admitido um processo penal cautelar, inegável é a existência de medidas cautelares processuais penais tanto no processo penal comum quanto no processo penal militar, que é o que nos interessa mais de perto neste trabalho.

Ao contrário do Código de Processo Penal Comum, que carece de rigor técnico e sistematicidade no trato das medidas cautelares, o Código de Processo Penal Militar é mais avançado neste aspecto, contando com um regime de providências cautelares que podem ser classificadas em: a) probatórias, b) reais ou patrimoniais e c) pessoais.

As medidas cautelares relativas à prova são a busca e apreensão e a produção antecipada de prova testemunhal.

As medidas cautelares reais, que visam garantir futura reparação civil *ex delicto*, são as medidas assecuratórias (seqüestro e arresto).

As medidas cautelares pessoais, por sua vez, são aquelas relacionadas com a pessoa do acusado, como é o caso das prisões provisórias em todas as suas espécies, às quais se restringe o presente trabalho.

As medidas cautelares pessoais previstas no Código de Processo Penal Militar ainda comportam a divisão em restritivas de liberdade ou restritivas de direitos. Como exemplo das primeiras tem-se a prisão em flagrante⁶, a prisão preventiva e a detenção do indiciado⁷, e das segundas a liberdade provisória⁸ e a menagem, que é o objeto desta pesquisa.

⁶ Apesar de a prisão em flagrante ainda manter a sua autonomia no processo penal militar, ela perdeu esse status no âmbito do processo penal comum, pois, conforme o ensinamento de Barros e Machado (2011, p. 138), “a prisão em flagrante, partir da Lei nº 12.403/2011, foi definitivamente colocada como uma prisão precautelada, que configura mera detenção até sua apreciação pelo juiz competente que se dará em 24 horas, a partir do momento da efetivação da prisão (art. 306, § 1º, do CPP). Logo, não há que se falar em autonomia da prisão em flagrante, tendo em vista que a manutenção da prisão se vincula à sua respectiva conversão em prisão preventiva (art. 310, II, do CPP)”.

⁷ Visto como um instrumento para o resguardo dos princípios da hierarquia e disciplina nas instituições militares, a detenção do indiciado, que se aplica somente na hipótese da prática de crimes propriamente militares, é compatível com o art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal em face da ressalva contida em sua parte final e é

Diversamente do que sucedeu no âmbito do processo penal comum, que somente após as alterações introduzidas pela recente Lei nº 12.403/2011 passou a contemplar medidas cautelares pessoais restritivas de liberdade - alternativas à prisão provisória, que afetam em menor grau o direito de liberdade do réu, o Código de Processo Penal Militar, desde a sua edição, nos idos de 1969, ostentando uma faceta mais liberal em relação ao primeiro, já contava com providências desse jaez, a exemplo da aplicação provisória de medida de segurança e da menagem.

O Código de Processo Penal Militar, antecipando-se às alterações que só recentemente foram introduzidas no Código de Processo Penal, já havia operado um rompimento com o modelo binário de prisão cautelar ou liberdade provisória que caracterizavam este antes do advento da Lei 12.403/2011, adotando um modelo polimorfo que disponibiliza ao juiz um rol de medidas cautelares⁹ alternativas à prisão preventiva e à prisão em flagrante.

Embora a doutrina não seja assente quanto ao fato de ser a menagem uma medida cautelar, conforme se verá mais adiante, certo é, que, no CPPM, ela vem disposta ao lado de institutos cautelares típicos, como a prisão em flagrante e a prisão preventiva, e de contracautela¹⁰ (liberdade provisória), com a sua aplicação delimitada aos crimes cuja pena privativa de liberdade não exceda a quatro anos, não sendo menos certo que o Códex Castrense foi pioneiro ao cuidar de trazer outras medidas cautelares menos gravosas ao direito de liberdade, e que observassem o critério da proporcionalidade e da necessidade que orienta a aplicação das medidas cautelares no processo penal em geral.

disciplinada pelo artigo 18 do Código de Processo Penal Militar, o qual estabelece, *in verbis*: “Independentemente de flagrante delito, o indiciado poderá ficar detido, durante as investigações policiais, até trinta dias, comunicando-se a detenção à autoridade judiciária competente. Esse prazo poderá ser prorrogado, por mais vinte dias, pelo comandante da Região, Distrito Naval ou Zona Aérea, mediante solicitação fundamentada do encarregado do inquérito e por via hierárquica.” É a detenção do indiciado uma medida que guarda fortes semelhanças com a prisão temporária da qual trata a Lei n.º 7.960/89, ainda que nesse último caso seja imprescindível a autorização judicial.

⁸ Há na doutrina autores, como Pacheco (2005, p. 705), que sustentam a tese de que a liberdade provisória seria uma espécie de medida cautelar. Segundo esse autor, a “*liberdade provisória* é o instituto processual (medida cautelar pessoal) que substitui a prisão em flagrante, se presentes determinados pressupostos de concessão e sob determinadas condições de manutenção da *liberdade*, cujo descumprimento acarreta a revogação da *liberdade* e a restauração da prisão em flagrante. [...] A rigor, a *liberdade provisória* não é, propriamente, *liberdade*, mas uma medida cautelar pessoal.”

⁹ Consoante os Capítulos V, VI e VII do Título XIII do Código de Processo Penal Militar, que dispõe sobre as medidas preventivas e assecuratórias, tais medidas são, respectivamente, a menagem, a liberdade provisória e a aplicação provisória de medidas de segurança.

¹⁰ Conforme Lima (2005, p. 103), “temos, no Processo Penal, a previsão das chamadas contracautelas, que são, na verdade, medidas cautelares que visam à eliminação do dano provocado pela concessão da medida cautelar, ou seja, pode-se dizer que a contracautela é ‘um antídoto’ em relação às providências cautelares, como acontece com a prisão cautelar, que tem como contracautelas as medidas tendentes à obtenção da liberdade do agente: as formas de liberdade provisória, com ou sem fiança [...]”.

Assim como sucede com a prisão penal, que já evoluiu para admitir penas alternativas à privativa de liberdade nos casos de crimes de menor relevância, pode-se dizer que a prisão processual, no contexto do processo penal militar, comporta uma via alternativa e menos gravosa à liberdade do réu.

E, a prisão processual, repita-se, por força dos princípios constitucionais da inocência e da liberdade, não pode ser vista como uma antecipação da tutela penal no curso do processo, daí a necessidade de se instituir outras medidas cautelares processuais penais menos gravosas e que se pautem, também, pelo princípio da proporcionalidade. E o que seria, então, a menagem senão uma medida cautelar menos gravosa do que a prisão preventiva no âmbito do processo penal militar?

Ao discorrer sobre a natureza jurídica da menagem, Freyesleben (1997, p. 138) preleciona que ela, conquanto historicamente tenha sido concebida como um sucedâneo ao cárcere, ou seja, como uma modalidade de liberdade provisória, é, na verdade, “prisão provisória, porque o agente não pode retirar-se do lugar para o qual foi ela concedida, sob pena de cassação (art. 265 do CPPM).”

Por outro lado, o mesmo autor, em passagem onde contrapõe tal pensamento, citando Oswaldo da Costa Moraes, afirma que a menagem

É um benefício, uma vez que substitui uma prisão provisória cumprida com rigor carcerário. Concedendo-se a menagem ao preso, “equivalente que é o instituto à fiança, com as mesmas consequências de anular o efeito da custódia do acusado”, não se pode negar que se equipara à liberdade provisória. (MORAES apud FREYESLEBEN, 1997, p. 138)

Percebe-se que, nessa última perspectiva, de certo modo, a menagem também constitui um benefício ao réu, na medida em que se presta a substituir a prisão provisória, cuja decretação requer o recolhimento do agente ao cárcere. Equivalente que é ao instituto da fiança, a menagem implica a mesma consequência de livrar o acusado do recolhimento ao cárcere enquanto aguarda o julgamento.

Já Ronaldo João Roth, não olvidando que o foro militar, em razão do seu caráter especial, não adotou o instituto da fiança criminal, que, sob alguns aspectos, foi substituído pelo da menagem, com o qual guarda semelhança, define esta como

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. (ROTH, 2004, p. 146, grifo nosso)

Com a devida vênia, a menagem não é uma coisa nem outra. Possui natureza jurídica própria e consiste em uma medida cautelar alternativa à prisão provisória¹¹, ainda que a medida imponha a permanência do menageado em quartel, navio, acampamento, ou estabelecimento ou sede de órgão militar se ele for militar, e em local sob administração militar se ele for civil, como ocorre na modalidade denominada “menagem-prisão” ou menagem extra muros.

A menagem, enquanto medida que vise livrar o acusado do encarceramento provisório, apresenta traços que permitem qualificá-la como uma medida cautelar pessoal.

A menagem, a prisão provisória e a liberdade provisória são institutos jurídicos ontologicamente distintos e, talvez por isso, estejam previstas no Código de Processo Penal Militar em capítulos apartados.

É bem verdade, todavia, que a menagem, enquanto medida que se preste a substituir a constrição provisória, colocando o acusado a salvo do encarceramento, unicamente por esse motivo, não deixa de lhe representar um benefício. Porém, isso não significa, necessariamente, assim como quer Freyesleben (1997, p. 139) ao equipará-la à liberdade provisória, que a menagem seja um benefício processual, porquanto, embora ambas sejam medidas cautelares, ostentam diferença que reside no grau de limitação à liberdade.

Ademais, ainda que em menor escala, a menagem concedida em cidade não deixa de representar uma limitação à liberdade do acusado, na medida em que lhe é imposto o comparecimento a todos os atos do processo e a vedação de se ausentar do distrito da culpa sem autorização judicial¹². E por mínima que seja tal limitação, torna-se incompatível com a idéia de benefício, que semanticamente pressupõe ausência de qualquer gravame para a pessoa do acusado. Em suma, a idéia de benefício subsume-se apenas à hipótese de liberdade plena, nos moldes do que ocorre quando o réu se livra solto.

Ora, como é que se pode atribuir a qualidade de benefício à menagem *extra muros*, ainda que nela o réu desfrute de certa liberdade, visto que ela restringe a liberdade do réu.

A menagem seria um benefício somente do ponto de vista da prisão propriamente dita, na medida em que, sob uma perspectiva comparativa entre os dois institutos, ela implica a

¹¹ Tal conceito abarca tanto a prisão preventiva quanto a prisão em flagrante.

¹² Tais condições a que se sujeita o menageado estão previstas no art. 265 do CPPM que dispõe “art. 265. Será cassada a menagem àquele que se retirar do lugar para o qual foi ela concedida, ou faltar, sem causa justificada, a qualquer ato judicial para que tenha sido intimado ou a que deva comparecer independentemente de intimação especial.”

melhoria do status subjetivo do acusado decorrente da passagem de uma situação de completa custódia e encarceramento para uma outra onde, a despeito de se ver obrigado a permanecer em determinado local, a sua liberdade é mais ampla e não comporta os rigores da prisão.

Lado outro, não é dado ao interprete do direito, mormente embasando-se em “afinidades aparentes”, fracionar ou fundir institutos jurídicos de natureza distinta ao sabor das hipóteses e circunstâncias objetivas de que se reveste a situação com que são operacionalizados na realidade fática, como fez Freyesleben (1997, p. 139) ao equiparar a menagem à liberdade provisória, à prisão especial e à prisão domiciliar.

Além do que, o próprio legislador afastou a idéia da menagem como uma espécie de prisão provisória, pois, do contrário, não a teria excluído do capítulo em que é abordada a prisão provisória e suas modalidades, para dedicar-lhe um capítulo à parte. Se ela fosse um *tertium genus* de prisão provisória, ao lado da prisão em flagrante e da prisão preventiva, o legislador do CPPM teria lhe reservado uma seção própria no capítulo III¹³, que versa sobre as “providencias que recaem sobre pessoas” e isso não ocorreu.

Nem se diga que a menagem concedida em cidade teria a qualidade de liberdade provisória, podendo se inferir das disposições do Código de Processo Penal Militar que ela chega a ser inclusive mais onerosa do que esta, na medida em que é defeso àquele a quem for concedida retirar-se do lugar para o qual foi ela concedida. Como é cediço, diversamente do que sucede no Código de Processo Penal, o códex castrense não prevê a imposição de condições outras, além do compromisso de comparecimento a todos os atos do processo, para a concessão da liberdade provisória¹⁴. Não há no CPPM nenhuma vedação quanto ao réu se ausentar do distrito da culpa sem autorização judicial.

A menagem não se confunde com a liberdade provisória porque esta também é um sucedâneo de uma constrição provisória precedente e haverá casos, a exemplo da imposição

13 Está assim disposto no CPPM o capítulo III: “CAPÍTULO III DAS PROVIDÊNCIAS QUE RECAEM SOBRE PESSOAS. SEÇÃO I Da prisão provisória DISPOSIÇÕES GERAIS. Definição Art. 220. Prisão provisória é a que ocorre durante o inquérito, ou no curso do processo, antes da condenação definitiva.[...] SEÇÃO II Da prisão em flagrante [...]SEÇÃO III Da prisão preventiva [...] CAPÍTULO IV DO COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO CAPÍTULO V DA MENAGEM”. (BRASIL, 1969a, grifo nosso)

¹⁴ A liberdade provisória, no CPPM, está regulada nos artigos 253 e 270 do mesmo diploma legal que estão assim dispostos: “Art. 253. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato nas condições dos arts. 35, 38, observado o disposto no art. 40, e dos arts. 39 e 42, do Código Penal Militar, poderá conceder ao indiciado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogar a concessão.[...] Art. 270. O indiciado ou acusado livrar-se-á sôlto no caso de infração a que não fôr cominada pena privativa de liberdade. Parágrafo único. Poderá livrar-se sôlto: a) no caso de infração culposa, salvo se compreendida entre as previstas no Livro I, Título I, da Parte Especial, do Código Penal Militar; b) no caso de infração punida com pena de detenção não superior a dois anos, salvo as previstas nos arts. 157, 160, 161, 162, 163, 164, 166, 173, 176, 177, 178, 187, 192, 235, 299 e 302, do Código Penal Militar.” (BRASIL, 1969a)

de prisão preventiva, em que o juiz decretará a menagem independentemente da prévia decretação de prisão em flagrante.

Alguns doutrinadores, Ronaldo João Roth (2004, p. 146) e Freyesleben (1997, p. 139) relacionam a menagem à prisão provisória, chegando ambos a equipará-la a este instituto e, o primeiro, a conceituá-la como “megagem-prisão”.

Tais autores atribuem à medida a qualidade de prisão provisória porque o agente tem a sua liberdade restringida e não pode retirar-se do local para onde a medida foi concedida, sob pena de cassação. A menagem, nessa senda, equivaleria a uma espécie de prisão provisória mitigada.

Contudo, mesmo a efetuada em quartel, navio, acampamento, estabelecimento ou sede de órgão militar ou em lugar sujeito à administração militar (menagem *intra murus*), não configura uma outra espécie do gênero prisão provisória.

Se a menagem fosse verdadeiramente uma outra espécie de prisão provisória prevista no CPPM, porquê então ela não aparece ao lado da prisão no art. 5º, inciso LXI, nem em nenhum outro dispositivo constitucional que veda a detenção arbitrária sem ordem judicial prévia?

A única resposta crível é que o constituinte originário não a equiparou, assim como faz grande parte da doutrina, às modalidades de prisão existentes no ordenamento jurídico pátrio.

Há quem correlacione a menagem à prisão processual, identificando traços comuns entre ambos os institutos, em razão do que dispõe o art. 268 do CPPM, o qual, a *contrario sensu*, seguindo a mesma lógica que impera na prisão provisória, estende à menagem a aplicação da detração penal, que assegura o computo do tempo de menagem concedida *intra murus* no cumprimento da pena. (ROTH, 2004, p. 147)

Assim, ante a detração penal prevista no art. 268, identificam na menagem os mesmos traços que caracterizam a prisão provisória.

Gize-se que não é acertada a conceituação da menagem como sucedâneo da prisão cautelar, pois aquela pode ser decretada sem que haja prévia imposição de prisão provisória¹⁵ ao réu, ou seja, caso esta prisão não seja orientada pelos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade, a menagem não só pode como deve ser concedida em seu lugar.

Ao definir a natureza jurídica da menagem, Roth aduz que

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

¹⁵ Prisão em flagrante ou prisão preventiva.

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. (ROTH, 2004, grifo nosso)

Diante de tal assertiva, teria a menagem a qualidade de prisão especial estatuída no art. 242 do CPPM¹⁶, que enuncia que certas autoridades públicas serão recolhidas a quartel ou a prisão especial quando sujeitas a prisão antes de condenação irrecorrível?

Freyesleben (1997, p. 159) sustenta a tese de não ser possível a concessão de menagem efetuada em quartel ou em lugar sujeito à administração militar a quem seja detentor do direito à prisão especial, uma vez que a lei atribuiu às pessoas sujeitas a tal instituto certas “regalias”¹⁷ não extensíveis a quem tenha o mesmo lugar por menagem.

Contudo, apesar da posição sustentada pelo autor acima, não há no ordenamento jurídico nenhuma norma definindo o que é permitido ou vedado a quem esteja cumprindo menagem em quartel ou lugar sujeito à administração militar, ao contrário da prisão especial. E isso inviabiliza qualquer tipo de comparação quanto ao fato de a menagem ser mais benéfica do que a prisão especial. Mas, mesmo assim, também não se pode dizer que a menagem seja uma espécie de prisão especial, conforme quer Roth (2004), porque esta última pressupõe a prisão em flagrante ou a prisão preventiva, que são medidas cautelares diferentes da menagem, conforme se está a sustentar.

¹⁶ Art. 242. Serão recolhidos a quartel ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão, antes de condenação irrecorrível: a) os ministros de Estado; b) os governadores ou interventores de Estados, ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários e chefes de Polícia; c) os membros do Congresso Nacional, dos Conselhos da União e das Assembléias Legislativas dos Estados; d) os cidadãos inscritos no Livro de Mérito das ordens militares ou civis reconhecidas em lei; e) os magistrados; f) os oficiais das Fôrças Armadas, das Polícias e dos Corpos de Bombeiros, Militares, inclusive os da reserva, remunerada ou não, e os reformados; g) os oficiais da Marinha Mercante Nacional; h) os diplomados por faculdade ou instituto superior de ensino nacional; i) os ministros do Tribunal de Contas; j) os ministros de confissão religiosa. Parágrafo único. A prisão de praças especiais e a de graduados atenderá aos respectivos graus de hierarquia. (sic) (BRASIL, 1969a)

¹⁷ Conforme disposto no art. 3º do já revogado Decreto nº 38.016, de 05 de outubro de 1955. que regulamentava a prisão especial, era assegurado ao detido: “I - Alojamento condigno alimentação e recreio. Quando o alojamento fôr coletivo serão ouvidos os recolhidos, sempre que possível, para a organização dos grupos.II - O uso do seu próprio vestuário guardado o decôro devido aos companheiros de prisão e ao Estabelecimento. III Assistência de seus advogados sem restrições, durante o horário normal de expediente. IV - Visita de parentes e amigos em horário previamente fixado.V - Visita de ascendentes descendentes, irmãos e cônjuge do detido, durante o expediente sem horário determinado. Em casos excepcionais a critério do Diretor ou Comandante, poderá a visita iniciar-se e prolongar-se fora do horário de expediente. VI - Recepção e transmissão de correspondência livremente salvo nos casos em que a autoridade competente recomendar censura prévia.VII - Assistência religiosa, sempre que possível.VIII - Assistência de médico particular. Quando os medicamentos receitados forem adquiridos ou manipulados fora, estarão sujeitos a verificação pelo Serviço Médico do Estabelecimento.IX - Alimentação enviada pela família ou amigos, em casos especiais e com autorização do Diretor ou Comandante.X - Transporte diferente do empregado para os presos comuns.XI - Direito de representar desde que o faça em têrmos repetosos e por intermédio do Diretor ou Comandante. As petições insultuosas ou com expressões menos recomendáveis, não serão encaminhadas.” (BRASIL, 1955)

A cautelaridade (ou natureza cautelar) da menagem, ao menos na modalidade “menagem-prisão”, decorre da previsão constitucional estatuída no art. 5º, inciso LXVI, que dispõe que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” e que consagra o princípio da liberdade. Nesse diapasão, a cautelaridade da medida também é reforçada pelo princípio da necessidade, baseado na premissa de alguém somente pode ser preso ou mantido na prisão (que aqui leia-se colocado em menagem ou nela mantido) se não for cabível a liberdade provisória.

A sua natureza cautelar é afirmada também pelo princípio constitucional da proporcionalidade, em sua perspectiva garantista de direitos fundamentais, que impõe que a intervenção no direito fundamental de liberdade somente se justifica constitucionalmente se houver necessidade, ou seja, dentre as medidas restritivas de direitos fundamentais, deve-se optar por aquela menos gravosa ao direito fundamental de liberdade. (PACHECO, 2005, p. 658)

À luz do princípio da proporcionalidade, a prisão provisória (prisão em flagrante, prisão preventiva ou detenção do indiciado), no processo penal militar, somente deverá ser deferida quando não for possível a sua substituição por outra medida cautelar menos invasiva do direito de liberdade, como menagem.

O princípio da proporcionalidade enquanto constituído pelas regras da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito é o mais importante mecanismo de proteção eficaz da liberdade na ordem constitucional de nossos dias. Ele deve permear a decretação da prisão cautelar e a concessão da menagem.

Segundo Feitosa, o princípio da proporcionalidade

[...] é um estado ideal de coisas a ser atingido, no qual todas as intervenções em direitos fundamentais somente seriam feitas se, previamente, tivessem sido examinadas e satisfeitas sua idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Em outras palavras, podemos pensar a proporcionalidade *lato sensu* e seus componentes idoneidade, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu* como princípios cujo fim é promover um estado de coisas no qual todas as medidas legislativas, judiciais e administrativas sejam adequadas, necessárias e proporcionais *stricto sensu* relativamente aos direitos fundamentais. Para tanto, todos os meios necessários à realização desse estado ideal devem ser realizados, por exemplo, de lege ferenda, estabelecendo-se a exigência legal de sua demonstração prévia à realização de atos probatórios.

O postulado da proporcionalidade é uma norma imediatamente metódica, que estrutura a interpretação e aplicação de enunciados normativos que impliquem intervenções em direitos fundamentais, mediante a exigência específica de relações e critérios determinados. Dessa forma, a proporcionalidade *lato sensu* impõe um determinado método argumentativo, consistente em se fundamentarem as intervenções em direitos fundamentais em três passos específicos seqüenciais, que são os exames da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade *stricto sensu*.

Esses passos específicos da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade *stricto sensu* também podem ser vistos como regras da proporcionalidade *lato sensu*, pois são reconduzíveis a uma formulação hipotético-condicional imediatamente descritivo-comportamental como uma regra. Por exemplo, se a prisão temporária não é idônea, então ela é inconstitucional (e, portanto, deve ser relaxada), ou, ainda, se a decisão judicial não fundamenta a necessidade da prisão preventiva, então a decisão judicial é nula (e, por conseguinte, a prisão preventiva deve ser relaxada). A idéia de princípio abrange as outras, pois a noção de princípio pode conter subprincípios, regras e postulados necessários à promoção de seu fim. Ademais, o vocábulo princípio já é consagrado e tem larga tradição na doutrina e na jurisprudência brasileiras e é compatível com a noção de princípio formal metodizante, a qual seria uma outra forma de se entender a noção de postulado. (FEITOSA, 2008, p. 13)

Com efeito, essas intervenções em direitos fundamentais devem ser orientadas pelo postulado da proporcionalidade, que é uma norma imediatamente metódica que estrutura a interpretação e aplicação de enunciados normativos que impliquem tais intervenções. (FEITOSA, 2008, p. 13). Dessa forma, tal postulado impõe que as intervenções em direitos fundamentais devem se fundamentar em uma racionalidade argumentativa que se desenvolve em três etapas sucessivas, onde são realizadas a análise da idoneidade, necessidade e da proporcionalidade *stricto sensu* da medida.

Nesse prisma, pautando-se em um juízo de proporcionalidade, a prisão cautelar deve ser a última medida cautelar a ser decretada na persecução criminal.

A prisão cautelar, na atual sistemática constitucional, é excepcional e a sua imposição exige a demonstração dessa excepcionalidade pelo juiz e só pode ser decretada quando incabíveis as medidas cautelares substitutivas ou alternativas.

Se estiverem ausentes os requisitos de decretação da prisão preventiva, a providência que se impõe ao julgador é a decretação da liberdade provisória ao réu e, caso subsistam razões de natureza cautelar, ao lado desta, pode-se decretar outras medidas cautelares menos gravosas.

As medidas cautelares diversas da prisão são medidas cautelares pessoais que tem por escopo garantir a eficiência da atividade persecutória estatal, a aplicação da lei penal ou a garantia da ordem pública ou econômica.

Dito isso, pode-se dizer que a menagem consiste em uma alternativa à prisão antes da condenação definitiva ditada pelo princípio da proporcionalidade que inspira a concessão de medidas cautelares no processo penal.

A menagem é uma medida cautelar pessoal que, na perspectiva do subprincípio da adequação que informa o princípio da proporcionalidade, funciona como sucedâneo à prisão provisória, sendo uma alternativa ao cárcere antes da condenação.

A menagem se afigura como uma verdadeira garantia pessoal ou fidejussória assim como sucede com a liberdade provisória, em que o réu é posto em liberdade mediante compromisso, daí o seu caráter de garantia pessoal de comparecimento a todos os atos do processo.

Como se percebe, a menagem situa-se no meio do caminho entre o *status detencionis* e o *status libertatis* percorrido pelo acusado.

4 A MENAGEM COMO MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA À PRISÃO CAUTELAR

A Lei nº 12.403/2011, ao consagrar um novo regime de prisões cautelares, atribuindo-lhes o papel de *ultima ratio* na prestação da tutela cautelar, incorpora a principiologia da Constituição de 1998 em matéria processual penal, que consagra, dentre outros, o princípio da presunção de inocência e as garantias de liberdades individuais.

A dicotomia Processo Penal Comum e Processo Penal Militar é calcada na concepção instrumentalista do processo¹⁸, à luz da qual esta divisão residiria na diferença de procedimentos que há entre esses dois ramos do Direito Processual Penal. (BARROS; ALMEIDA, 2007)

Essa dicotomização encontra guarida numa teoria do processo de matiz dogmático e que privilegia uma epistemologia positivista na abordagem do fenômeno jurídico, encarando-o na perspectiva da filosofia da consciência.

Contudo, o positivismo jurídico e o modelo lógico-formal, tributário da perspectiva cartesiana, têm se revelado insatisfatórios na apresentação soluções para os problemas sociais da contemporaneidade.

Ante tal dilema, faz-se mister, pois, revisitar os pressupostos da concepção instrumentalista do processo com o escopo de mitigar a postura cética característica do positivismo jurídico e de problematizá-la sob o prisma da filosofia da linguagem, a qual ensejou uma viragem hermenêutica-filosófica daquele modelo científico com o advento da crise da razão que coloca a *episteme* em dúvida.

Voltando à propalada dicotomização, tem-se que ela

18 “Por vislumbrarem um Processo como instrumento da jurisdição, os instrumentalistas operam verdadeira Teoria Geral do Procedimento, como dito, o que acresce à força da tradição dicotômica para servir de sustentáculo à dicotomia Processo Penal Comum e Processo Penal Militar.” (BARROS; ALMEIDA, 2007)

não se sustenta, uma vez que a diferença entre Processo Penal Comum e Processo Penal Militar é meramente procedimental, constituindo o Processo em um modelo constitucional já estabelecido. A base principiológica é una, simplesmente por se tratar do instituto Processo. E, ademais, ambos são Processo Penal e têm como finalidade a reconstrução do fato inicialmente tido como criminoso, para situá-lo na Teoria do crime, funcionando como garantia das partes para que possam cooperar na construção do provimento final, defendendo ou não a subsunção do fato criminoso à norma penal.

[...]

Logo, pode se verificar que a organização de duas legislações codificadas para o processo penal comum e processo penal militar, somente se justificam pelo conteúdo tradicional forte, mas que nem mesmo é hoje reconhecido pela opinião pública. (BARROS; ALMEIDA, 2007)

Também não subsiste diante do reconhecimento de uma Teoria Geral do Processo que se lastreie em uma

base principiológica uníssona de base constitucional garantidora, permitindo englobar, num único esquema mínimo, o Processo jurisdicional, o Processo legislativo, o Processo administrativo e demais processos [...]. Ou seja, a questão circunda a possibilidade de encararmos o Processo como um modelo constitucional que garante a efetivação dos direitos fundamentais por bases principiológicas uníssonas a todo e qualquer Processo. Desta forma, vislumbrar-se-ia o microsistema do Processo Penal com bases democráticas, especificadas a partir de garantias constitucionais únicas para o referido microsistema e, independente de Militar ou Comum, entender que se presta à reconstrução fática, e não à aplicação da sanção penal. (BARROS; ALMEIDA, 2007)

No esolho de Rosemiro Pereira Leal

O Processo, como instituição constitucionalizada, define-se, por conseguinte, como uma conjunção de princípios (contraditório, isonomia, ampla defesa, direito ao advogado e à gratuidade judicial), que é referente lógico-jurídico da procedimentalidade ainda que esta, em seus modelos legais específicos, não se realize, expressa e necessariamente em contraditório. O Processo, por concretização constitucional, é aqui concebido como instituição regente e pressuposto de legitimidade de direitos pelos provimentos legiferantes, judiciais e administrativos. (LEAL, 2005, p. 102)

Ademais, no que diz com as prisões cautelares, não se pode olvidar que

os princípios sustentadores do processo penal, que o justificam como microsistema, são aplicáveis tanto no processo penal comum como no processo penal militar. Neste sentido, importante ressaltar que a garantia da presunção de inocência, estado de inocência ou princípio de não-culpabilidade, seja qual nomenclatura for usada, é uma garantia em ambos. A própria garantia das liberdades pessoais, dispostas na Constituição da República, como a determinação de que a decisão que decreta a prisão processual deve ser proferida pelo juiz competente em decisão fundamentada, garantia tanto para o acusado comum ou militar. (BARROS; ALMEIDA, 2007)

Traçados os contornos do nosso pano de fundo, qual seja, a ruptura com o paradigma instrumentalista do processo e a ênfase na teoria neoinstitucionalista do processo, nele fiaremos a linha condutora de nossa argumentação.

Nesse diapasão, para se adequar ao paradigma de racionalidade que impera atualmente, a *mens legis* ou a teleologia extraída da Lei nº 12.403/2011, que estabeleceu nova sistemática na imposição de medidas cautelares restritivas ou privativas de liberdade, não pode se circunscrever ao âmbito do processo penal comum, devendo ser estendida também ao processo penal militar, independentemente da índole do processo penal militar de que fala o art. 3º do Código de Processo Penal Militar, visto que, a pretexto de salvaguarda dos princípios da hierarquia e disciplina, não se pode reduzir direitos e garantias constitucionais do acusado militar¹⁹²⁰.

Isso porque a dicotomia que caracteriza o processo penal só faz sentido à luz do paradigma instrumentalista que, ao reduzir o processo à noção de relação jurídica processual e identificar no procedimento a manifestação perceptível desta relação, acaba confundindo, indevidamente, a estruturação do procedimento e a instituição constitucionalizada do processo.

Nessa concepção, a dualidade de processos penais se justificaria por razões de índole meramente procedimental relacionadas à diferença existente entre a sequência normativa de atos processuais estabelecida nas respectivas legislações processuais e à distinção dos órgãos jurisdicionais encarregados do julgamento.

Todavia, a assunção de uma nova teoria²¹²², que passou a considerar o processo como uma instituição constitucionalizada, conduz ao rechaço dessa separação entre processo penal

¹⁹ “Art. 3º Os casos omissos neste Código serão supridos:

a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar;” (BRASIL, 1969a)

²⁰ “Muitos operadores do Direito Militar racionalizam de maneira equivocada as questões da Justiça Militar, por se basearem na premissa de que esta se presta à proteção dos princípios da hierarquia e disciplina. A Constituição da República estabelece que os princípios da hierarquia e disciplina são pilares organizacionais das instituições militares, que constituem apenas meios para a realização dos fins institucionais. Constituem fins das instituições militares da União, conforme o art. 142 da CF, a defesa da pátria, a garantia dos poderes constitucionais, e a garantia da lei e da ordem. Por outro lado, constituem fins das instituições militares estaduais, nos termos do art. 144 da CF, a preservação da ordem pública, da incolumidade e do patrimônio das pessoas, no contexto do direito fundamental à segurança pública. Por tanto, nem mesmo para as instituições militares a hierarquia e disciplina constitui um fim em si mesmo. Constituem meios organizacionais peculiares que se prestam a conferir maior eficiência aos serviços públicos prestados pela IMEs para o atendimento de suas missões institucionais. Não podem os juízes da Justiça Militar (que ressaltam sua integração ao Poder Judiciário a partir de 1934) transformar os princípios organizacionais das instituições militares (meios) em sua missão institucional (fins). Ao Poder Judiciário cabe a garantia dos direitos fundamentais do cidadão, que estão expressos na Constituição e nas leis.” (ROCHA, 2008, p. 21)

²¹ Referimo-nos à teoria neo-institucionalista do processo formulada por Rosemiro Pereira Leal, para quem o “Processo, como instituição constitucionalizada, define-se, por conseguinte, como uma conjunção de princípios (contraditório, isonomia, ampla defesa, direito ao advogado e à gratuidade judicial), que é referente lógico-

comum e processo penal militar. Nesta nova perspectiva, o processo se desvencilha de uma compreensão baseada fundamentalmente nos institutos da jurisdição e da ação e passa a ser concebido como uma garantia constitucionalizada que se define a partir de uma base principiológica uníssona.

Essa nova perspectiva açambarca tanto o processo penal comum quanto o processo penal militar em um único microssistema de processo onde são compartilhados os mesmos institutos - como ação penal, provas e medidas cautelares -, e os mesmos princípios constitucionais relativos ao processo penal.

Assim, a principiologia constitucional passa a constituir o único critério configurador de um modelo processual, que, por definição, é uno.²³

Em outras palavras, a concepção do processo como instituição constitucionalizada não identifica a dualidade que tem caracterizado o processo penal, pois ela não reconhece outros caracteres além da base principiológica constitucional como sendo constitutivos do processo. Vale dizer, ela não reconhece a tríade tradicional do direito processual, qual seja, jurisdição, ação e processo, nem a distinção existente entre os procedimentos como sendo os traços decisivos para a configuração do processo e que, como tal, sejam capazes de sustentar a separação que se faz entre processo penal comum e processo penal militar.

Ao revés, o Processo deve ser encarado como um modelo constitucional que garante a efetivação dos direitos fundamentais por bases principiológicas uníssonas a todo e qualquer processo, prestando-se não à aplicação da sanção penal, mas à reconstrução do fato inicialmente tido como criminoso, para situá-lo na teoria do crime, funcionando como

jurídico da procedimentalidade ainda que esta, em seus modelos legais específicos, não se realize, expressa e necessariamente, em contraditório. O Processo, por concretização constitucional, é aqui concebido como instituição regente e pressuposto de legitimidade de direitos pelos provimentos legiferantes, judiciais e administrativos. (LEAL, 2005, p. 102)

²² Esta proposta, segundo o vaticínio de Barros e Almeida (2007), “segue no sentido de um modelo mínimo de processo, como por exemplo, foi proposto por Andolina e Vignera (1997), para um modelo constitucional de processo, mas que não pretende se limitar ao processo civil, mas sim, sustentado pelos avanços propostos por Fazzalari (1992), na compreensão do procedimento como gênero, que tem no processo a espécie, na qual o provimento é preparado em simétrica paridade pelos afetados. Nesta perspectiva, compreende-se o processo como garantia constitucionalizada, isto é, no Estado Democrático de Direito é possível procedimentalizar a participação dos afetados para garantir a legitimidade do Direito (Habermas), garantindo a possibilidade de argumentação dos afetados, possibilitando que cada um explicita as suas pré-compreensões e perspectivas, valores morais e posições éticas, como sujeito de uma comunidade multicultural.”

²³ Para Barros e Almeida (2007) “a dicotomia Processo Penal Comum e Processo Penal Militar ganha sustentáculo nessa visão instrumentalista que afirma a necessidade de um processo especial somente em virtude de divisão de competências. Parece ser um contra-senso, neste raciocínio, o fato de não cogitarem a existência de um “código de processo penal eleitoral” no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a jurisdição eleitoral, como órgão jurisdicional especializado que é, também careceria de especialização de seus procedimentos por meio de um conjunto de regras particular. Sem falar que na especialização da justiça eleitoral, se julga crimes eleitorais, e não só ilícitos administrativos, mas discutiremos nos próximos itens o tema proposto e sua conexão com outras especializações das competências jurisdicionais”.

garantia das partes para que possam cooperar na construção do provimento final, defendendo ou não a subsunção do fato criminoso à norma penal. (BARROS; ALMEIDA, 2007)

Mas isso não significa, contudo, que esse esquema geral do processo, como garantia (não como instrumento) das partes, constituído por uma base uníssona de princípios encontrados na constituição, não possa se desdobrar e, em função do provimento pretendido e dos direitos fundamentais a serem tutelados, formar um microsistema como resultado de sua expansão, aperfeiçoamento e especialização²⁴.

Porém, não é esse o caso da dicotomia no Direito Processual Brasileiro entre Processo Penal Comum e Processo Penal Militar, visto que esta diferenciação, além de se fiar em aspectos meramente didáticos, reside na distinção entre os procedimentos previstos, no sentido de uma sucessão de atos e fases processuais.

Destarte, sendo a Lei nº 12.403/2011 de índole marcadamente processual, na medida em que, incorporando os princípios constitucionais, estrutura uma principiologia própria para a cautelaridade no processo penal, ela deve se projetar e irradiar efeitos sobre o microsistema do processo penal como um todo, pouco importando o procedimento com que ele é desenvolvido.

Entretanto, a Lei nº 12.403/2011 não foi a pioneira no estabelecimento de medidas cautelares pessoais substitutivas da constrição provisória. O Código de Processo Penal Militar, em providência que só veio a ser acompanhada pelo Código de Processo Penal com o advento dessa lei, ao lado da prisão preventiva e da liberdade provisória, cuidou de trazer outras medidas cautelares menos gravosas ao direito de liberdade do acusado e que observassem os já propalados critérios de proporcionalidade e de necessidade que orientam a aplicação das providências cautelares no processo penal.

Apesar de o Código de Processo Penal Militar abordar as providências acautelatórias sem nenhum rigor sistemático e trazer a menagem em capítulo diverso do que contém as

²⁴ Conforme Andolina e Vignera (1997 apud BARROS; MACHADO, 2011, p. 18) o modelo constitucional de processo, como esquema geral de processo, possui três importantes características: “a expansividade, que garante a idoneidade para que a norma processual possa ser expandida para microsistemas, desde que mantenha sua conformidade com o esquema geral de processo; a variabilidade, como a possibilidade de a norma processual especializar-se e assumir forma diversa em função de característica específica de um determinado microsistema, desde que em conformidade com a base constitucional; e, por fim, a perfectibilidade, como a capacidade de o modelo constitucional aperfeiçoar-se e definir novos institutos por meio do processo legislativo, mas sempre de acordo com o esquema geral”.

providências que recaem sobre pessoas, não se pode negar que aquela consiste em medida cautelar diversa da prisão.²⁵

A menagem deve ser compreendida como uma medida cautelar que o Código de Processo Penal Militar insere, juntamente com outras, numa ordem de gradação segundo o grau de afetação de direitos fundamentais e cuja aplicação, por imposição do princípio da proporcionalidade, deve necessariamente anteceder a decretação de prisão provisória, que é a *extrema ratio* do sistema de medidas cautelares pessoais.

Refletindo a mesma lógica que caracteriza a Lei nº 12.403/2011 no trato das medidas cautelares, só que numa posição de vanguarda, o CPPM prevê um rol de medidas cautelares cuja tentativa de aplicação deve ser exaurida antes da imposição de prisão provisória, que passou a ter caráter excepcional e ser aplicável somente quando as outras cautelares, a exemplo da menagem, se revelarem insuficientes ou forem de aplicação impossível, sob pena de se tolerar antecipação de pena e presumir culpável o réu.

Este rol de medidas cautelares diversas da prisão cautelar trazidas pelo CPPM abre ao julgador um leque de opções para, pautado em critérios de legalidade e proporcionalidade, decretar a providência mais adequada ao caso concreto.

As disposições do CPPM são mais ajustadas ao sistema de exigências constitucionais atinentes à prisão e à liberdade provisória do que o CPP antes da reforma levada a efeito pela Lei 12.403/2011.

Assim, a menagem deve ser vista como uma maneira de romper com a bipolaridade que porventura caracterize a orientação de algum operador do sistema processual penal militar brasileiro em matéria de prisão cautelar: prisão ou liberdade. Ela pode e deve ser encarada como uma medida intermediária que possibilita ao juiz evitar o encarceramento desnecessário.

Observa-se que para o alcance das finalidades assecuratórias que o caso exige, não raro, tem-se privilegiado a decretação da prisão preventiva ou a manutenção da prisão em flagrante em detrimento da imposição da menagem. Entretanto, sendo esta uma medida cautelar pessoal menos gravosa aos interesses do réu, a ordem de preferência na imposição de tais institutos deverá ser alterada para que, pautando-se em um juízo de proporcionalidade, a

²⁵ Está assim estatuído no Código de Processo Penal Militar: “CAPÍTULO III DAS PROVIDÊNCIAS QUE RECAEM SOBRE PESSOAS [...] SEÇÃO I Da prisão provisória [...] SEÇÃO II Da prisão em flagrante [...] SEÇÃO III Da prisão preventiva [...] CAPÍTULO V DA MENAGEM [...] CAPÍTULO VII DA APLICAÇÃO PROVISÓRIA DE MEDIDAS DE SEGURANÇA Interdição de estabelecimento ou sociedade Suspensão do pátrio poder, tutela ou curatela”.

prisão em flagrante, a prisão preventiva e a detenção do indiciado passem a figurar como última medida cautelar a ser decretada.

Noutra vereda, as demais cautelares previstas no CPPM, incluindo a menagem, passam a ser encaradas como uma medida alternativa à prisão cautelar.

Assim como sucede com a prisão penal, que já evoluiu para admitir penas alternativas à privativa de liberdade nos casos de crimes de menor relevância, a menagem é um claro reflexo dessa evolução no campo da prisão provisória no contexto do CPPM.

A caracterização da menagem como uma medida cautelar situada entre a liberdade e a prisão processual, constituindo uma terceira via a esse binômio, pode ser encontrada no próprio pensamento de Freyesleben, que, ao discorrer sobre os fundamentos da menagem, pontua que:

No entrechoque do princípio da inocência com o instituto da prisão provisória, a menagem surgiu como uma alternativa mais humana de salvaguardar as necessidades decorrentes da liberdade de quem ainda não foi declarado culpado e, ao mesmo tempo, de assegurar as exigências do bom andamento da Justiça. O fundamento da menagem é, em apertada síntese, a desnecessidade do confinamento em cárcere de quem esteja preso provisoriamente. (FREYESLEBEN, 1997, p. 142)

Deveras, a menagem consiste em medida cautelar alternativa à prisão provisória (art. 263, do CPPM). Exceção ocorre, contudo, na menagem do insubmisso prevista no art. 266 do CPPM, onde figura um tipo de medida cautelar pessoal, inconstitucional conforme veremos, na qual o insubmisso²⁶ fica com sua liberdade cerceada *intra muros*, é dizer, fora do xadrez, mas no interior do aquartelamento, por pelo menos 60 dias.

5 CONCLUSÃO

A despeito das respeitadas vozes em contrário, conforme se demonstrou neste trabalho, a menagem apresenta a natureza jurídica de medida cautelar pessoal alternativa à prisão provisória, sendo incorreto adjectivá-la como espécie de liberdade provisória ou uma modalidade de prisão provisória, que são institutos jurídicos distintos.

²⁶ Insubmisso é o civil que deixa de se apresentar para o ato de incorporação na Força Armada (Exército, Marinha ou Aeronáutica) em que se alistou. Tal definição é extraída do art. 25 da Lei nº 4.375/1964, lei do serviço militar, que estabelece que “o convocado selecionado e designado para incorporação ou matrícula, que não se apresentar à Organização Militar que lhe fôr (sic) designada, dentro do prazo marcado ou que, tendo-o feito, se ausentar antes do ato oficial de incorporação ou matrícula, será declarado insubmisso.”(BRASIL, 1964)

A racionalidade extraída da Lei nº 12.403/2011, que estabeleceu nova sistemática na imposição de medidas cautelares restritivas ou privativas de liberdade, não pode se circunscrever ao âmbito do processo penal comum, devendo ser estendida também ao processo penal militar.

Isso porque, como já dito, dicotomia no Direito Processual Brasileiro entre Processo Penal Comum e Processo Penal Militar é fortalecida por uma visão da teoria instrumentalista do Processo, à luz da qual esta divisão residiria na diferença de procedimentos que há entre esses dois ramos do Direito Processual Penal. Contudo, a assunção de um novo paradigma, em que ele passa a ser encarado como uma instituição constitucionalizada, conduz ao rechaço dessa separação entre processo comum e militar, visto que a diferença entre um e outro é de índole meramente procedimental e, sob essa nova perspectiva, a principiologia constitucional se afigura como o único critério demarcador de um modelo processual, que, por definição, é único.

Em outras palavras, a concepção do processo como instituição constitucionalizada não identifica tal separação, pois ela não reconhece outros caracteres, além da principiologia constitucional, como sendo constitutivos do processo. Para ela, o procedimento adotado é irrelevante para a caracterização do processo e não se presta para sustentar a separação que se faz entre processo penal comum e processo penal militar

No paradigma do Estado Democrático de Direito, não subsiste essa dicotomia de processos, cuja base principiológica é una, simplesmente por se tratar do instituto Processo. Ademais, ambos pertencem ao microsistema do processo penal, encarado como diferenciação do processo constitucional, e têm como finalidade a reconstrução do fato inicialmente tido como criminoso, para situá-lo na Teoria do crime, funcionando como garantia das partes para que possam influir na construção provimento final, defendendo ou não a subsunção do fato criminoso à norma penal incriminadora.

Destarte, sendo a Lei nº 12.403/2011 de índole marcadamente processual, na medida em que reflete a imposição constitucional de se adotar critérios de proporcionalidade, necessidade e adequação na imposição de medidas cautelares, ela deve irradiar efeitos sobre o processo penal como um todo, pouco importando o procedimento com que se desenvolve.

Mas muito antes do advento da Lei nº 12.403/2011, que instaurou um novo regime de medidas cautelares alternativas à prisão, o CPPM já refletia essa lógica que a caracteriza no trato das medidas cautelares. O CPPM prevê um rol de medidas cautelares cuja tentativa de aplicação deve ser exaurida antes da imposição de prisão provisória, que passou a ter caráter excepcional e só aplicável se as outras cautelares, a exemplo da menagem, se revelarem

insuficientes ou forem de aplicação impossível, sob pena de se tolerar antecipação de pena e presumir culpável o réu.

A menagem deve ser resgatada do plano ao qual vem sendo relegada para assumir um protagonismo maior quando, no lugar da prisão processual, for suficiente e adequada às finalidades assecuratórias que o caso demanda.

Observa-se que para o alcance das finalidades acima, comumente, privilegia-se a decretação da prisão preventiva em detrimento da menagem. Entretanto, contando o CPPM com uma medida cautelar pessoal menos gravosa aos interesses o réu (a menagem), a ordem de preferência na imposição de tais institutos deverá ser alterada para que, pautando-se em um juízo de proporcionalidade, a custódia cautelar passe a figurar como última medida cautelar a ser decretada.

O epicentro do regime de decretação de medidas cautelares pessoais do CPPM não deve mais recair na prisão em flagrante ou na prisão preventiva, antes vistas como as primeiras, principais e preferenciais providências acautelatórias do processo, que só eventualmente poderiam ser substituídas pela menagem, tal qual um favor judicial ou um benefício generosamente concedido ao acusado.

Sendo necessária a imposição de alguma medida cautelar pessoal (prisão em flagrante e prisão preventiva) para atingir a finalidade de assegurar a instrução criminal ou o resultado do processo, além da presença dos requisitos e pressupostos de cabimento prisão preventiva estatuídos, nos arts. 254 e 255 do CPM, configuradores, respectivamente do *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, o julgador, à luz do princípio da proporcionalidade, deverá exaurir todas as possibilidades de aplicação de outra medida cautelar menos gravosa à liberdade do acusado, como a menagem.

O princípio da proporcionalidade, com sede constitucional, impõe a idéia de adequação e necessidade das medidas cautelares, não se podendo impor uma restrição mais gravosa quando, considerando a gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado, for cabível outra medida igualmente eficaz ao fim que se busca com a sua decretação.

A atual sistemática do processo penal militar, calcada em bases constitucionais, realça a subsidiariedade da prisão preventiva e da prisão em flagrante que somente serão decretadas quando demonstrado, no caso concreto, a inviabilidade de aplicação da menagem e das outras medidas cautelares pessoais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. 4. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, v. I, p. 285.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 apud LIMA, Marcellus Polastri. *A Tutela Cautelar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 95.

BARROS, Flaviane de Magalhães; ALMEIDA, Fabricio Santos. **A dicotomia processo penal e processo penal militar face uma teoria geral do processo**. Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI, Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/fabricio_santos_almeida.pdf>. Acesso em 27 mar 2009.

BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim Machado. **Prisão e Medidas Cautelares: nova reforma do processo penal – Lei n. 12.403/2011**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BRASIL. Decreto nº 15.635, de 26 de Agosto de 1922. **Manda observar o Código de Organização Judiciária e Processo Militar**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 09 dez. 1922. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-925-2-dezembro-1938-350271-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 10 fev. 2013.

BRASIL. Decreto n. 17.231 A, de 26 de fevereiro de 1926. **Manda observar o Código da Justiça Militar**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 3 mar. 1926. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=27334>>. Acesso em 10 fev. 2013.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 925, de 2 de Dezembro de 1938. Estabelece o Código de Justiça Militar**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 ago. 1922. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-15635-26-agosto-1922-517488-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 10 fev. 2013.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 out. 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>>. Acesso em 10 jul 2010.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 10 de outubro de 1941**. Código Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 out. de 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>>. Acesso em 10 jul 2010.

BRASIL. **Decreto n. 38.016, de 05 de outubro de 1955**. *Regulamenta a prisão especial*. Diário Oficial da União de 12 de outubro de 1955. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/23/1955/38016.htm>>. Acesso em 15 mar. 2013

BRASIL. **Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964**. Lei do Serviço Militar. publicado no D.O.U. de 3.9.1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4375.htm>. Acesso em: 15 mar. 2013

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.** Código Penal Militar. Diário oficial da União, Brasília, 21 out. 1969a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm> Acesso em: 15 mar. 2013

BRASIL. **Decreto-Lei n. 1.002, de 21 de outubro de 1969.** Código de Processo Penal Militar. Diário oficial da União, Brasília, 21 out. 1969b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm>. Acesso em 21 fev. 2013.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, Diário Oficial [da República Federativa do Brasil] de 5 de Outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constiui%C3%A7ao.htm. Acesso em 21 fev. 2013.

BRASIL. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário oficial da União, Brasília, 27 set.1995.

COSTA, Henrique Araújo. **Reexame de Prova em Recurso Especial: A Súmula 7 do STJ:** Brasília: Thesaurus, 2008. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/reexame-de-prova-em-recurso-especial-a-sumula-7-do-stj/capitulo-ii-epistemologia/7-marcos-sistematico-e-discursivo/d-legitimidade-no-discurso-pos-moderno/>. Acesso em 04/03/2013.

FEITOZA, Denilson. Direito processual penal: teoria, crítica e práxis: suplemento eletrônico da 5ª.edição. Niterói: Impetus, 2008. p. 13-21. Disponível em:<www.impetus.com.br>. Acesso em: 3 set.2008.

FREYESLEBEN, Márcio Luís Chila. A prisão provisória no CPPM. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 134/135

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Comentários à Constituição Brasileira, São Paulo, Saraiva, 3ª ed., 1983, p. 645.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo: primeiros estudos. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Thomson-IOB, 2005.

LIMA, Marcellus Polastri. A Tutela Cautelar no Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PACHECO, Denilson Feitoza. Direito processual penal: teoria, crítica e práxis. 4ª ed., ver., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2006.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito, 16 ed.. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Aplicação de Penas Restritivas de Direitos na Justiça Militar Estadual. **Revista de Estudos & Informações. Justiça Militar do Estado de Minas Gerais.** Novembro de 2008. n 23. p. 17-23.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Menagem.** 2002. Disponível em<<http://www.advogado.adv.br/direitomilitar/ano2002/pthadeu/menagem.htm>>. Acesso em: 03 fev. 2013.

ROTH, Ronaldo João. **Temas de Direito Militar**. São Paulo: Suprema Cultura, 2004, p. 145/149