

ENSAIO SOBRE O DIREITO À SEGURANÇA E A MEDIDA DE NÃO-APROXIMAÇÃO

Francisco Vieira Lima Neto¹

RESUMO

Este ensaio objetiva demonstrar que, a partir de uma hermenêutica contemporânea balizada pelos princípios constitucionais, pode ser solucionado, com base nos instrumentos legais em vigência no atual ordenamento jurídico, o problema do direito à segurança quando o seu titular, seja ele homem ou mulher, sofre assédio no ambiente doméstico ou não. Demonstra-se que é possível resolver a atual discussão sobre a concessão de medida protetiva a pessoas do sexo masculino, pois o debate atual parte de premissa equivocada, dado que o fundamento jurídico para a proteção do ser humano, seja ele homem ou mulher, está na constituição federal e no código civil e não na Lei Maria da Penha.

PALAVRAS-CHAVES

Direito à segurança – hermenêutica – assédio moral

RÉSUMÉ

Le but de cet essai est de démontrer que l'interprétation de la Constitution brésilienne, fondée sur les principes juridiques, nous permet de trouver de chemins pour assurer la dignité humaine et une de ses manifestations: le droit à la sécurité. On discute aussi la possibilité des

¹ Professor do Mestrado em Processo Civil da UFES. Vitória, ES, Brasil. Doutor em Direito Civil (USP-2003). Procurador Federal. limaneto@terra.com.br.

personnes, homme ou femme, d'être protégées contre des menaces à leur sécurité, em utilisant d'actions judiciaelles déjà prevues dans le code de procedure civil brésilien.

Mots-clés

Droit à la sécurité – hermenêutique contemporaine – harcèlement moral

Sumário

Introdução.

1. A primeira tese.
2. A segunda tese.
3. A terceira tese.
4. Conclusões.
5. Referências.

Introdução

Para Birman, a perda da soberania do Estado e a conseqüente redução de sua capacidade de mediação inseriram os membros da atual “sociedade de risco” em um espaço no qual predominam falta de certeza e a ausência de segurança. Neste contexto, o fenômeno do assédio moral e sexual e o da violência doméstica se intensificam, criando um estado espiritual de desconforto originado da desconstrução do Estado, fenômeno que “lança o conjunto dos indivíduos numa condição social original, marcada que é pela imprevisibilidade, incerteza e insegurança, e o assédio moral, como jogo de verdade e prática de poder que é da sociedade contemporânea, é uma das

resultantes maiores destas articulações sociopolíticas (...), que se dissemina e se inflaciona no imaginário da sociedade contemporânea.²

Este trabalho é um ensaio e por isso nele há mais reflexões do que citações; possui mais argumentações racionais que, julgo eu, valem por si mesmas do que argumentos de autoridades. Com ele tenho a intenção de demonstrar que uma hermenêutica constitucional contemporânea fundada no pressuposto de que os princípios jurídicos constantes da Constituição possuem eficácia normativa pode extrair do sistema jurídico o instrumental necessário para possibilitar que a interpretação e a aplicação do Direito sejam súditas do respeito aos direitos humanos fundamentais.

Apresentarei argumentos para solucionar uma dúvida hoje freqüente: a questão da titularidade do direito de não ser assediado ou importunado por atos de um agente privado. Seria esse direito, segundo a ordem jurídica brasileira, reservado às mulheres, e mesmo assim apenas àquelas que possuem uma relação afetiva com o potencial agressor?

Se há virtude neste trabalho, ela seria demonstrar que tal resposta está no direito positivo atual, sendo desnecessária a produção de norma nova para proteger também os indivíduos do sexo masculino. Com isso procurarei defender que o Estado possui ainda uma indispensável função como mediador de conflitos privados e que detém as ferramentas jurídicas para cumprir essa tarefa.

A dúvida que se instaurou na comunidade jurídica com a publicação da Lei Maria da Penha, que prevê a concessão de medidas protetivas apenas em favor das mulheres, decorre, como demonstrarei, de uma visão limitada acerca da capacidade do direito positivo atual de proteger também os homens.

2. Joel Birman. **O assédio na atualidade e seus jogos de verdade**. Revista do Departamento de Psicologia da UFF vol.17 no.1 Niterói Jan./June 2005.

Veremos, neste ensaio, que o sistema jurídico nacional possui instrumentos suficientes para permitir ao Judiciário conceder uma medida impondo ao potencial agressor o dever de não se aproximar da pessoa ameaçada, seja esta do sexo feminino ou masculino.

Tentarei expor com a maior clareza que me for possível algumas teses sobre a possibilidade de se utilizar a medida processual de não-aproximação em favor de todas as pessoas que estejam em situações de risco provocado pela presença física de um potencial agressor.

1 A primeira tese

A primeira tese é a mais relevante: o direito de um indivíduo de impedir que um eventual agressor dele se aproxime está contido no direito à segurança previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal e seu titular é todo ser humano, independentemente de gênero, sendo um direito fundamental de homem, mulher, criança, idoso, índio, travestis, lésbicas, gays *etc.*

Assim, o fundamento dogmático da tese que ora apresento se encontra no menos debatido dos direitos fundamentais, aquele que pouca atenção tem recebido da doutrina brasileira: o *direito à segurança*, previsto no *caput* do art. 5º da Constitucional Federal³.

³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à **segurança** e à propriedade, nos termos seguintes”.

Em função desses comandos legais, a obrigação de segurança, que se originou e se consolidou no campo do direito contratual, é hoje um dever independente da existência de um negócio jurídico, pois se automatizou.⁴

Observe-se, por exemplo, o ordenamento jurídico Reino Unido, que desde 1997 criou por meio de uma lei um sistema de proteção contra a violação do direito ao sossego e à segurança (*Protection from Harassment Act 1997*).

Esse diploma legal parte do pressuposto de que é proibido “por uma pessoa em estado de medo de sofrer violência” (*Putting people in fear of violence*), vedação que decorre do “direito que todo indivíduo tem de permanecer livre de assédio”. (*Every individual has a right to be free from harassment*).

Entendo que a segurança pessoal, pela sua localização no texto constitucional, é não apenas um valor fundamental do qual se originam regras jurídicas, como também constitui um *direito subjetivo constitucional existencial*⁵ *justicializável*, vale dizer, pode ser invocado perante qualquer juízo ou tribunal competente com vistas à obtenção de uma decisão jurídica que contenha um comando concreto dirigido a alguém (sujeito passivo que tem o dever de satisfazer este direito).

E nem há como negar essa natureza ao direito à segurança, dado que normas muito menos concretas vêm sendo plenamente aplicadas pelos tribunais do país, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, como nos inúmeros

⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana**. In Revista Trimestral de Direito Civil. Ano 2. Vol. 2. jan/mar. Rio de Janeiro: Padma/Renovar, 2002, p. 17

⁵ No sentido de que não é patrimonial, é extrapatrimonial.

casos decididos exclusivamente com base no *princípio da dignidade da pessoa humana*.

Diante disso, como admitir que a dignidade humana, que se localiza no capítulo dos objetivos da República, seja algo *justicializável* e se negue ao direito à segurança, que se encontra no capítulo dos direitos fundamentais, tal natureza? Deveras, hoje não há como sustentar que a personalidade humana está submetida a uma “relação jurídica-tipo ou a um novelo de direitos subjetivos típicos, pois se trata de um valor a ser tutelado, de tal sorte que essa tutela deve ser a mais ampla possível, com base na existência de uma cláusula geral de proteção existente no ordenamento jurídico brasileiro, condizente com a amplitude da personalidade”.⁶

Nesta linha de raciocínio, seria plenamente jurídico que, em ação coletiva, movida pelo Ministério Público ou por associação de moradores, o Judiciário determinasse que a autoridade estadual retomasse o patrulhamento de área abandonada pela polícia, sem que isso significasse uma interferência indevida do Judiciário no leque de atribuições do Executivo, pois na hipótese o comando judicial serve simplesmente para obrigar o sujeito passivo a cumprir um direito subjetivo transindividual.

Aliás, esta tese permite contornar o debate político-ideológico da eficácia normativa imediata dos dispositivos constitucionais que concedem direitos sociais e econômicos, sempre tão questionada, pois insere o direito à segurança no rol dos direitos individuais, como sem dúvida o fez o constituinte.

Vale dizer, a construção jurídica ora apresentada nos leva a reconhecer que o direito a ter sua rua patrulhada pela polícia é um direito individual do

6 TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 45.

cidadão e, por ter essa natureza, garante ao titular a sua satisfação por meio de ação judicial (é *justicializável*).

No campo das relações privadas, esta tese não surpreende, afinal, o direito civil, por exemplo, há milênios repudia o uso nocivo da propriedade, nada havendo de socializante nesta proteção, uma vez que não se relaciona com a função social da propriedade, limitando-se a garantir que um proprietário não desassossegue ou não ameace a segurança de outrem⁷. Portanto, desfrutar de sossego e de segurança são direitos históricos.

Sob esta ótica, “mesmo que não seja justificado o receio da consumação do mal, a própria ameaça pode ser considerada uma fonte de perturbação e de humilhação do ameaçado e como tal deve ser sancionada”⁸.

Embora tenha assento no texto constitucional e esteja expresso em norma jurídica da espécie *regra* (e não um etéreo *princípio jurídico*)⁹, o que lhe garante inegável eficácia¹⁰, o direito à segurança não tem atraído o interesse dos juristas nacionais, razão pela qual na literatura nacional não passam de uma dezena os trabalhos de fôlego sobre esse objeto.

Deveras, são raras na doutrina reflexões acerca da possibilidade de aplicação direta do direito à segurança, existindo um grande vazio a ser

⁷ “Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à **segurança**, ao **sossego** e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.”

⁸ CAPELO DE SOUSA, Radinbranath. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, nota de rodapé 1315, p. 475.

⁹ Parto da idéia de que, embora contemporaneamente esteja pacificado que os *princípios* possuem eficácia jurídica, nunca foi posto em dúvida de que a norma do tipo *regra* sempre possuiu tal *status*.

¹⁰ “Art. 5º (...) § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

preenchido no que se refere ao conteúdo, extensão (limites de aplicação) e situações em que o direito à segurança pode ser invocado.

Da mesma forma, a jurisprudência nacional, seguramente pelo fato de que não se provoca nos tribunais a reflexão sobre o tema, é pobre em decisões sobre o direito à segurança, embora seja inconteste o clamor social por segurança pessoal no atual estágio do fenômeno da violência e que a segurança figure como um dos valores fundamentais do sistema jurídico há milênios, sob a forma de segurança jurídica, que anda de mãos dadas com o valor justiça.

2 A segunda tese

A segunda tese, que decorre da primeira, consiste no seguinte: embora o direito à segurança esteja situado no capítulo dos direitos fundamentais individuais e estes, conforme sua origem histórica e razão de ser, sejam faculdades que o indivíduo possui para se proteger contra o Estado, não há impedimento para que seja exercido contra outro particular.

Deveras, no nosso país o direito à segurança se encontra presente em vários dispositivos do código civil: segurança dos filhos na guarda unilateral (art. 1.553, §2º, II) e na suspensão do poder familiar (art. 1.637), sem olvidar, evidentemente, os vários dispositivos que, no campo da propriedade e da empreitada, explicitam o direito à segurança dos moradores (art. 1.287, art. 1.295, art.1.306, art. 1.311, art.1.336, II, art. 1.336, IV); ainda na esfera cível no ordenamento brasileiro também está expressamente previsto na Lei Maria da Penha (art. 3º da Lei nº. 11.340/2006¹¹), no Estatuto da Criança e do

¹¹ “Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à **segurança**, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.”

Adolescente (art. 94, VII e art. 125), no Estatuto do Idoso (art. 48, I) e no Código de Defesa do Consumidor (art. 4º, art. 6º e art. 8º).

Vale dizer, o direito fundamental à segurança assume a natureza de uma pretensão não só contra o Estado, mas também contra particulares, ou seja, possui uma eficácia reflexa ou civil.¹²

Realmente, se hoje admitimos que os direitos humanos podem ser aplicados às relações privadas¹³ (a conhecida *aplicação horizontal* dos direitos do homem), é correto afirmar que, sendo o direito à segurança um desses direitos, ele também pode ser aplicado no âmbito dessas mesmas relações intersubjetivas particulares.

Com efeito, o que significa direito à segurança, no que interessa a este ensaio? Assumindo o risco de minha resposta ser acusada de tautológica, posso responder dizendo que é o direito de se sentir seguro; acrescento que esse direito assume também a forma de direito de não ter medo, de não temer os outros membros da comunidade na qual me insiro.

Evidentemente, reconheço que existe muito de psicológico nesse sentimento, de modo que o ordenamento jurídico, em razão de suas naturais limitações, tem sérias dificuldades em garantir que um indivíduo não sinta medo, pois a coragem é virtude que varia de pessoa para pessoa, sendo alguns indivíduos mais destemidos que outros.

Contudo, não constitui heresia afirmar que o sistema jurídico – e o aparelho estatal – estão dotados de mecanismos para reduzir o risco à vida e à

¹² MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de direito civil português**. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2005, p. 378.

¹³ STF. 2ª Turma. Recurso Extraordinário 201819/RJ. DJ 27/10/2006, p. 64.

integridade física das pessoas, sendo as leis penais um exemplo evidente disso.

Por seu turno, no campo civil, em função da natureza *erga omnes* do direito de personalidade, dentre os quais se encontra o direito à segurança, o respeito a eles possui de uma verdadeira *obrigação de não-fazer* por parte da comunidade onde se encontra o titular desse direito.

È evidente que não se desconhece que historicamente o objeto das obrigações se firmou como uma prestação de natureza patrimonial e, por tal razão, seria tecnicamente inadequado classificar as faculdades jurídicas decorrentes da personalidade como algo pecuniário no sentido obrigacional.

Entretanto, em razão da redação do art. 12 do código civil, que menciona que o titular do direito da personalidade tem o poder de exigir que seja cessada a lesão ou ameaça a tais direitos, é correto concluir que este dispositivo legal impõe a todos o dever de não ingressar injustamente na esfera jurídica desse titular, o que, portanto, configura um inegável dever de não se comportar, de não lesar a dignidade de outrem.

No campo do direito processual civil, uma hermenêutica comprometida com a proteção dos direitos fundamentais, bem como da dignidade do homem, permite que seja dado significado amplo, à luz da Constituição e do art. 12 do código civil, ao termo, ultrapassando o elemento econômico inerente à figura da *obrigação*, de modo que, no caso dos direitos da personalidade, a expressão obrigação de não-fazer contida no art. 461 do código de processo civil deve ser compreendida como *dever de não-fazer*, no qual se inclui o dever negativo de comportar-se de maneira a não lesar os direitos existenciais (não-patrimoniais) da pessoa humana.¹⁴

¹⁴ Neste sentido os Enunciados 5 e 140, respectivamente da I e da III JORNADA DE DIREITO CIVIL, promovidas pelo Conselho de Justiça Federal para análise do código civil brasileiro.

Assim, o vocábulo “obrigação” constante no art. 461 do código de processo civil “assume o sentido larguíssimo de dever jurídico e dá suporte a provimentos destinados a cessar ou impedir o início de condutas de afronta a qualquer direito da personalidade ou, mais amplamente, a qualquer direito fundamental de primeira geração”¹⁵, sendo que, nas hipóteses em que a prestação (comportamento negativo) só pode ser satisfeita pelo obrigado, o provimento condenatório terá eficácia mandamental¹⁶.

Desse modo, a partir de uma interpretação contemporânea do Direito calcada no respeito aos direitos da personalidade, *obrigação* e *prestação* passam a assumir uma conotação de *dever legal* amplo e não se reduzem a um conteúdo econômico; tal interpretação garante o uso das medidas previstas no art. 461 do código de processo civil para impor ao agressor o dever de não se aproximar da vítima, seja ela do sexo masculino ou feminino.

3 A terceira tese

Pelos motivos acima exposto, penso que não existe amparo na atual ordem jurídica para limitar a figura da obrigação de não-fazer referida no art. 461 do código de processo civil a um conteúdo patrimonial; além disso, o direito à segurança, que abrange em nossa opinião o direito ao sossego, é um dos direitos da personalidade, dado o seu caráter extrapatrimonial

A partir dessa conclusão, formulo a última tese: o direito à segurança pode ser defendido por ação judicial inibitória inominada, cujo amparo está no

¹⁵ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**. São Paulo: RT, 2001, p. 128.

¹⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2008, p. 328.

art. 12 do código civil¹⁷ e pelo *caput* do art. 5º da Constituição, adotando-se o rito ordinário, mas admitindo-se a concessão de tutela de urgência conforme previsão do art. 273 e do art. 461 do código de processo civil.

A tutela inibitória é um instrumento processual cuja função é obstar a prática de um ato antijurídico ou, não tendo sido possível impedir a sua prática, permitir que sejam cessados seus efeitos ilícitos. Seu objetivo é "impedir, de forma direta e principal, a violação do próprio *direito material* da parte. É providência judicial que veda, de forma definitiva, a prática de ato contrário aos deveres estabelecidos pela ordem jurídica, ou ainda sua continuação ou repetição".¹⁸

Completamente integrada ao direito brasileiro, foi introduzida por influência do direito processual italiano na nossa doutrina e tem amparo, naquele país, no art. 700 do *codice de procedura civile*, dispositivo que permite a concessão de tutela de urgência.¹⁹

Interessante notar que o poder do juiz de conceder ordens evitando o agravo à pessoa humana a título de comando cominatório preventivo já estava previsto nas Ordenações Filipinas, no Livro III, capítulo LXXVIII, §5º.²⁰

¹⁷ “Art. 12. Pode-se exigir que **cesse a ameaça**, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.”

¹⁸ SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 29/30.

¹⁹ Art. 700. Condizioni per la concessione. Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, puo' chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, piu' idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito.

²⁰ <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p688.htm>. Acesso em 11/10/2009.

Cabe lembrar que o nosso sistema normativo constitucional garante o amplo acesso ao Poder Judiciário, direito consubstanciado de forma inquestionável no preceito de que "nenhuma *ameaça de lesão* será afastada da apreciação do Poder Judiciário"²¹.

Ovídio Baptista da Silva sustentava que o preceito do art. 461 do CPC, "concebido com sábia flexibilidade, poderá agasalhar tanto demandas executivas, quanto – o que é ainda mais significativo, em termos de Teoria Geral do Processo – as mandamentais que porventura decorram das pretensões fundadas em obrigações de fazer ou não fazer."²²

Luiz Guilherme Marinoni, explica que a tutela inibitória é uma tutela específica, pois objetiva conservar a integridade do direito, assumindo importância não apenas porque alguns direitos não podem ser reparados e outros não podem ser adequadamente tutelados através da técnica ressarcitória, mas também porque é melhor prevenir do que ressarcir, o que equivale a dizer que no confronto entre a tutela preventiva e tutela ressarcitória deve-se dar preferência à primeira²³.

A tutela ressarcitória, na maioria das vezes, substitui o direito originário por um direito de crédito equivalente ao valor do dano verificado e, nesse sentido, tem por escopo apenas garantir a integridade patrimonial dos direitos; já a inibitória, que não tem qualquer caráter sub-rogatório, destina-se a garantir a integridade do direito em si.

²¹ Constituição Federal, Art. 5º, XXXV.

²² SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil**, v.1, 3ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1996. p. 126.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme & ARENHART, Sérgio Cruz. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

Nesta linha de pensamento, é também correto dizer que a medida judicial de proibição de aproximação é a *restraining order* brasileira.

Desse modo, a discussão sobre a possibilidade ou não de aplicação da Lei Maria da Penha a pessoas do sexo masculino é equivocada, pois a proteção processual do direito à segurança se dá por meio de ação judicial atípica na qual é cabível inclusive a antecipação de tutela.

Não há motivo para espanto, afinal, a experiência jurídica brasileira é plena de exemplos de medidas judiciais concedidas visando à proteção de direitos da personalidade, algumas delas inclusive gerando dilemas e angústias porque põem o juiz diante de situações de conflito entre direitos básicos como a honra e a imagem do autor da ação e o direito do réu de expressar seu pensamento, como nos casos de retirada de circulação de biografias não autorizadas e de impedimento de publicação de reportagens que o autor da ação considerava lesiva à sua personalidade.

Se no Reino Unido existe uma legislação específica contra o assédio, no direito norte-americano é rotineira a aplicação das medidas de não-aproximação, como espécie de *restraining order*, ou seja, *ordens de restrição* emitidas pelo juiz visando proibir que o réu, seja o cônjuge, ex-namorado, vizinho ou um fã obcecado por uma celebridade, se chegue perto da vítima, autora do pedido.

Aliás, isso é tão comum no direito norte-americano que os tribunais disponibilizam na internet formulários para requerimento dessa espécie de *restraining orders*.²⁴

²⁴ Por exemplo: www.courtinfo.ca.gov/forms/documents/ch150.pdf.

No Brasil, a ação para proteção do direito nesta hipótese seria sincrética, ou seja, a sentença contém força tal que não depende de processo de execução, definindo-se como uma ação executiva *lato sensu* por coerção indireta, dado que o Estado-Juiz não se substitui ao condenado, e sim o força a cumprir ele próprio o dever²⁵, que neste caso é um comportamento negativo de não assediar o autor da ação.

Nenhum motivo, portanto, para repelir a possibilidade de concessão de medida judicial impedindo a aproximação do potencial agressor da sua vítima. Esta medida drástica, que é um dos instrumentos previstos na Lei Maria da Penha (art. 3º, II, a, e §1º da Lei nº. 11.340/2006), pode ser adotada sem maiores traumas pelo Judiciário, valendo-se do caminho processual traçado pela Lei Maria da Penha quando se tratar de uma vítima mulher inserida em uma relação de afetividade com o agressor, ou com base no art. 12 do código civil e *caput* do art. 5º da Constituição, em todas as outras situações.

Lembramos que a restrição ao direito de locomoção do agressor não possui natureza penal e, portanto não se sujeita ao princípio da estrita legalidade do direito penal, o que torna desnecessária a existência de uma norma expressa na legislação infraconstitucional que discipline e delimite o direito da vítima de não ter o agressor perto de si.

Como é óbvio, esse mandado judicial protetivo não possui o poder material de afastar o agressor, servindo apenas como um desestímulo à sua aproximação da vítima, uma vez que o descumprimento da ordem acarretaria sua prisão²⁶. Portanto, a ordem judicial seria tão eficaz quanto o medo do agressor de ser punido e por isso seria inócua contra um réu *kamikaze*.

²⁵ A partir da classificação de Fredie Didier Jr, in **Curso de direito processual civil**. Vol. 1. 10ª ed. Salvador: Juspodium, 2008p. 194.

²⁶ Tenho defendido que se trata de prisão civil autorizada pelo §5º do art. 461 do CPC, sanção que não é vedada pela Constituição Federal, dado que o inciso LXVII da CF/88 proíbe apenas a prisão por dívida, o que não ocorre neste caso.

Aliás, a posição da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é de que a distância de segurança pode ser fixada em metros, não havendo que se falar em violação ao direito de ir e vir do réu²⁷, providência que encontra amparo também na doutrina lusa especializada.²⁸

4 Conclusões

A concessão da medida protetiva de urgência de não-aproximação prevista na Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha)²⁹ em favor de homens tem provocado certo espanto no país, recebendo significativo destaque na mídia, o que, a meu ver não encontra motivo, como procurei defender.

A primeira conclusão que alcançamos neste breve ensaio é a de que o direito à segurança está previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal e engloba o direito de ter potencial agressor longe de si, bem como o de não ser por ele assediado por meio de telefonemas, cartas, recados e outros meios que sirvam para causar medo e desassossego na vítima.

A segunda é que no âmbito das relações privadas, esse direito constitui direito da personalidade e sua proteção tem amparo também no art. 12 do

²⁷ STJ. 5º turma. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº. 2008/0108271-0. DJe 02/03/2009. Julgado em 03/02/2009. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

²⁸ CAPELO DE SOUSA, Radinbranath. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, Nota de rodapé 1319^a, p. 476.

²⁹ Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: III - proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

código civil, assim como no fundamento constitucional da Dignidade da Pessoa Humana previsto art. 1º, III, da Constituição Federal.

A terceira conclusão é a de que se a vítima for uma mulher que mantém ou mantinha com outra mulher ou com homem uma relação íntima de afeto, aplica-se a medida de não-aproximação prevista na Lei Maria da Penha, a qual tem natureza cível, cautelar autônoma e satisfativa.

Vale dizer, é a natureza íntima de afeto e o gênero feminino da vítima demandante que determinarão a aplicação dessa norma legal especial. Desse modo, não se aplica a Lei Maria da Penha quando a vítima for homem ou for mulher que não participe de relação de afeto.

A quarta conclusão é a mais importante: quando a vítima não estiver amparada pela Lei Maria da Penha, ainda assim pode propor uma ação inibitória inominada com fundamento no art. 12 do código civil e no art. 1º, III e *caput* do art. 5º da Constituição.

Neste caso, será adotado o rito ordinário e o pedido de não-aproximação e de cessação do assédio constará da inicial, não havendo que se falar em natureza cautelar e autônoma da ação; contudo, admite-se a antecipação de tutela, conforme a previsão genérica do art. 273 e do art. 461 do código de processo civil. O juiz poderá expedir ordem determinando que o réu mantenha durante certo tempo uma determinada distância, calculada em metros, do autor da ação.

A quinta e última conclusão é a de que o descumprimento da ordem judicial implica em prisão civil do réu, com fundamento no art. 461, §5º do código de processo civil, uma vez que nesta situação não incide a proibição constitucional porque o dever de não-aproximação não se situa no conceito de

dívida, uma vez que este vocábulo possui um sentido exclusivamente econômico.

5 Referências

ARENHART, Sergio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: RT, 2000.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana**. In Revista Trimestral de Direito Civil. Ano 2. Vol. 2. jan/mar. Rio de Janeiro: Padma/Renovar, 2002, p. 17

MARINONI, Luiz Guilherme & ARENHART, Sérgio Cruz. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de direito civil português**. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2005, p. 378

MOTA, Lise Nery. **Técnicas de tutela admissíveis na proteção dos direitos da personalidade**. Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro, Belo Horizonte, ano 17, n. 65, jan./mar. 2009.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2008, p. 328.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil**, v.1, 3ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1996. p. 126.

SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 29/30.

TEPEDINO, Gustavo. “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro”, In:**Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 45.