

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL



STF – *Recurso Extraordinário 1.307.334/SP* – Plenário –
j. 09.03.2022 – m.v. – rel. Min. Alexandre de Moraes – *DJe*
26.05.2022 – Áreas do Direito: Constitucional; Processual;
Civil.



Fixada a tese de que é constitucional a penhora de bem
de família pertencente a fiador de contrato de locação
residencial ou comercial.

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A (im)penhorabilidade do bem de família do fiador: um estudo a partir do RE 605.709 do STF, de Tania Amaral Rosenblum e Guilherme Antunes da Cunha – *RePro* 310/115-137; e
- A penhora do bem de família do fiador de contratos de locação residencial, de Luciene Miranda – *RDI* 86/85-100.

09/03/2022

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.307.334 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. ALEXANDRE DE MORAES
RECTE.(S)	: JOSE FERNANDO NEUBERN
ADV.(A/S)	: JULIO CHRISTIAN LAURE
ADV.(A/S)	: RAFAEL MAESTRELLO SILVESTRINI
RECDO.(A/S)	: RENATO GILDO PRIMAZZI JUNIOR ASSESSORIA COMERCIAL - ÉPP
ADV.(A/S)	: LUIS CARLOS BUENO DE AGUIAR RAMALHO
ADV.(A/S)	: ADMAR GONZAGA NETO

ADV.(A/S)	:MARCELLO DIAS DE PAULA
AM. CURIAE.	:CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E TURISMO (CNC)
ADV.(A/S)	:ARY JORGE ALMEIDA SOARES
ADV.(A/S)	:ALAIN ALPIN MAC GREGOR
ADV.(A/S)	:ANA PAULA TOMAZZETTI URROZ MACIEL PINHEIRO
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SHOPPING CENTERS - ABRASCE
ADV.(A/S)	:JOSE RICARDO PEREIRA LIRA
ADV.(A/S)	:MARCOS ROLIM DA SILVA
ADV.(A/S)	:SERGIO VIEIRA MIRANDA DA SILVA
AM. CURIAE.	:CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE DIRIGENTES LOJISTAS - CNDL
ADV.(A/S)	:FABIO PELLIZZARO
ADV.(A/S)	:ANDRE LUIZ PELLIZZARO
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ADMISTRADORAS DE IMÓVEIS (ABADI)
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DO MERCADO IMOBILIÁRIO (ABMI)
ADV.(A/S)	:RUBENS CARMO ELIAS FILHO
ADV.(A/S)	:CARLA MALUF ELIAS

Ementa: CONSTITUCIONAL E CIVIL. ARTIGO 3º, VII, DA LEI 8.009/1990. CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL COMERCIAL. PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR. RESPEITO AO DIREITO DE PROPRIEDADE, À LIVRE INICIATIVA E AO PRINCÍPIO DA BOA FÉ. NÃO VIOLAÇÃO AO ARTIGO 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

1. Os fundamentos da tese fixada por esta CORTE quando do julgamento do Tema 295 da repercussão geral (*É constitucional a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, em virtude da compatibilidade da exceção prevista no art. 3º, VII, da Lei 8.009/1990 com o direito à moradia consagrado no art. 6º da Constituição Federal, com redação da*

EC 26/2000), no tocante à penhorabilidade do bem de família do fiador, aplicam-se tanto aos contratos de locação residencial, quanto aos contratos de locação comercial.

2. O inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/1990, introduzido pela Lei 8.245/1991, não faz nenhuma distinção quanto à locação residencial e locação comercial, para fins de excepcionar a impenhorabilidade do bem de família do fiador.

3. A exceção à impenhorabilidade não comporta interpretação restritiva. O legislador, quando quis distinguir os tipos de locação, o fez expressamente, como se observa da Seção III, da própria Lei 8.245/1991 – que, em seus artigos 51 a 57 disciplinou a “Locação não residencial”.

4. No pleno exercício de seu direito de propriedade, o fiador, desde a celebração do contrato (seja de locação comercial ou residencial), já tem ciência de que todos os seus bens responderão pelo inadimplemento do locatário – inclusive seu bem de família, por expressa disposição do multicitado artigo 3º, VII, da Lei 8.009/1990. Assim, ao assinar, por livre e espontânea vontade, o contrato de fiança em locação de bem imóvel – contrato este que só foi firmado em razão da garantia dada pelo fiador –, o fiador abre mão da impenhorabilidade de seu bem de família, conferindo a possibilidade de constrição do imóvel em razão da dívida do locatário, sempre no pleno exercício de seu direito de propriedade.

5. Dentre as modalidades de garantia que o locador poderá exigir do locatário, a fiança é a mais usual e mais aceita pelos locadores, porque menos burocrática que as demais, sendo a menos dispendiosa para o locatário e mais segura para o locador. Reconhecer a impenhorabilidade do imóvel do fiador de locação comercial interfere na equação econômica do negócio, visto que esvazia uma das principais garantias dessa espécie de contrato.

6. A proteção à moradia, invocada pelo recorrente, não é um direito absoluto, devendo ser sopesado com (a) a livre iniciativa do locatário em estabelecer seu empreendimento, direito fundamental também expressamente previsto na Constituição Federal (artigos 1º, IV e 170, caput); e (b) o direito de propriedade com a autonomia de vontade do fiador que, de forma livre e espontânea, garantiu o contrato.

7. Princípio da boa-fé. Necessária compatibilização do direito à moradia com o direito de propriedade e direito à livre iniciativa, especialmente quando o detentor do direito, por sua livre vontade, assumiu obrigação apta a limitar sua moradia.

8. O reconhecimento da impenhorabilidade violaria o princípio da isonomia, haja a vista que o fiador de locação comercial, embora também excepcionado pelo artigo 3º, VII, da Lei 8.009/1990, teria incólume seu bem de família, ao passo que o fiador de locação residencial poderia ter seu imóvel penhorado.

9. Recurso Extraordinário DESPROVIDO. Fixação de tese de repercussão geral para o Tema 1127: *É constitucional a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, seja residencial, seja comercial.*

COMENTÁRIO

POR QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ADMITIU A PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR DE LOCAÇÃO COMERCIAL? UMA ANÁLISE DO RE N. 1.307.334 (TEMA 1.127) À LUZ DA DISPONIBILIDADE DE POSIÇÕES JUSFUNDAMENTAIS

THE BRAZILIAN SUPREME COURT DECISION IN FAVOR OF SEIZING AN ASSET OWNED BY A GUARANTOR OF A COMMERCIAL LEASE IN FACE OF THE HOMESTEAD EXEMPTION ESTABLISHED BY LAW. AN ANALYSIS OF EXTRAORDINARY APPEAL N. 1,307,334 (COURT THESIS 1,127) IN LIGHT OF THE POSSIBILITY TO WAIVE FUNDAMENTAL RIGHTS

INTRODUÇÃO

O¹ objetivo deste comentário é problematizar a solução encontrada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário (RE) n. 1.307.334 sob um enfoque particular: a disponibilidade de

1. Este texto é fruto de pesquisa realizada no Grupo de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo (USP).

posições jusfundamentais e o papel do Direito Civil na tutela do consentimento. Antes, porém, vale situar a decisão na jurisprudência do próprio STF e compreender os fatos em disputa.²

1. HISTÓRICO DA JURISPRUDÊNCIA

O debate travado no STF gira em torno da constitucionalidade do inc. VII do art. 3º da Lei 8.009/1990, que excepciona a proteção legal contra a penhora do bem de família em processo movido para cobrar "*obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação*" (grifo nosso). O parâmetro de controle é essencialmente o art. 6º da Constituição, que após a Emenda Constitucional 26/2000 passou a incluir a "moradia" como direito fundamental social.

Em 2006, no julgamento do RE n. 407.688³, em caso envolvendo *locação residencial*, o Tribunal Pleno decidiu que a exceção à impenhorabilidade seria uma forma válida, dentre outras possíveis, de o legislador conformar o direito à moradia à luz da realidade social brasileira. Reforçar as garantias contratuais aos locadores estimularia a oferta de imóveis para locação residencial.

Em 2010, no julgamento do RE n. 612.360⁴, o STF ratificou essa conclusão e, sob a sistemática da repercussão geral (tema 295), fixou a tese de que

"é constitucional a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, em virtude da compatibilidade da exceção prevista no art. 3º, VII, da Lei 8.009/1990 com o direito à moradia consagrado no art. 6º da Constituição Federal, com redação da EC 26/2000" (grifo nosso).

A jurisprudência parecia, então, consolidada. Todavia, em 2018, no julgamento do RE n. 605.709⁵, a Primeira Turma, por maioria, compreendeu que a *ratio* dos RE n. 407.688 e RE n. 612.360 se aplicaria somente às locações *residenciais*. Vale dizer: os precedentes não contemplariam a hipótese de locação *comercial*, em que o imóvel arrendado não é utilizado para moradia. Assim, o colegiado decidiu que a penhora do bem de família do fiador de contrato de locação comercial configuraria interpretação inconstitucional do inc. VII do art. 3º da Lei 8.009/1990.

Desse julgamento em diante a jurisprudência do STF cingiu-se: de um lado, decisões entendendo pela penhorabilidade do bem de família, independentemente da finalidade da locação (ex. RE n. 1.202.711⁶, rel. Min. Nunes Marques, DJe 19.03. 2021). De outro, decisões afastando a penhora do bem de família do fiador de contrato de locação comercial (ex. RE n. 1.278.427⁷, rel. Min. Carmen Lúcia, DJe 29.09.2020).

Para dirimir a controvérsia, houve a afetação do RE n. 1.307.334 – objeto deste comentário –, que resultou na decisão favorável à penhorabilidade do imóvel do fiador em qualquer espécie de locação.

2. O acórdão do STF foi publicado no Diário de Justiça eletrônico em 26 de maio de 2022 e está disponível na íntegra no site do Tribunal: [<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6087183>]. Acesso em: 03.06.2022.

3. STF, RE n. 407.688/SP, rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 08.02.2006, DJ 06.10.2006.

4. STF, RE n. 612.360-RG/SP, rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 14.09.2010, DJ 23.09.2010.

5. STF, RE n. 605.709/SP, rel. Min. Dias Toffoli, Red. p/ acórdão Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 12.06.2018, DJe 18.02.2019.

6. STF, RE n. 1.303.711, rel. Min. Nunes Marques, Decisão Monocrática, julgado em 19.03.2021, DJe 22.03.2021.

7. STF, RE n. 1.278.427/SP, rel. Min. Carmen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 14.09.2020, DJe 21.09.2020.

2. SÍNTESE DO CASO

A situação fática envolvida no RE n. 1.307.334 era a seguinte: fiador de contrato de locação, na fase de cumprimento da sentença de ação de cobrança de aluguel, teve o seu único bem imóvel penhorado. Insurgiu-se por meio de impugnação à penhora, alegando que o bem de família não seria penhorável para saldar obrigação decorrente de fiança relativa a contrato de locação comercial, fundamento que, como visto, havia prosperado no julgamento do RE n. 605.709.

O juiz de primeiro grau rejeitou a insurgência. Em agravo de instrumento, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve a decisão, consignando a validade da penhora. O fiador apresentou Recurso Extraordinário, admitido na origem.

Após ascender à Corte Suprema, o caso teve repercussão geral reconhecida (tema 1.127). Isso porque a questão atinente à locação *comercial* ainda não havia sido apreciada pelo Plenário do STF. Os precedentes que resultaram no tema 295 se baseavam em casos envolvendo locação *residencial*.

No julgamento, o Tribunal Pleno decidiu ser *constitucional a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, seja residencial, seja comercial* (tema 1.127), ratificando a validade da exceção contida no inc. VII do art. 3º da Lei 8.009/1990.

Em síntese, a decisão – com base no voto do Min. relator Alexandre de Moraes – invocou quatro fundamentos. Primeiro, a técnica legislativa aplicada no inc. VII do art. 3º da Lei 8.009/1990 não teria diferenciado entre as espécies de locação e retrataria meio constitucional de conformar os direitos fundamentais ali envolvidos. Segundo, o ato de afiançar o contrato e, depois, invocar a impenhorabilidade para evitar o cumprimento das obrigações do fiador ofenderia a boa-fé objetiva. Terceiro, à luz de dados estatísticos, obstar a penhora do bem de família resultaria em desestímulo à livre iniciativa e ao empreendedorismo. Isso porque se constatou que, nas micro e pequenas empresas, o fiador é usualmente o próprio sócio da pessoa jurídica. E quarto e principal, *a fiança seria voluntariamente prestada e representaria exercício legítimo da autonomia privada. Afastar a penhora, esvaziando a fiança, configuraria indevida restrição do direito de propriedade e da liberdade.*

Esse último fundamento é o fio condutor tanto do julgamento do RE n. 612.360 (tema 295) quanto do RE n. 1.307.334 (tema 1.127). No entender da Corte, a pactuação da fiança configura disposição legítima de posição subjetiva do direito fundamental à moradia. O fiador consente que seu único bem imóvel seja penhorado pelo locador em caso de inadimplemento do locatário. Daí a pertinência de analisar esse julgado e buscar extrair dele possíveis lições que enriqueçam o tema da disponibilidade de direitos fundamentais.

3. ANÁLISE DO CASO À LUZ DA DISPONIBILIDADE DE POSIÇÕES JUSFUNDAMENTAIS

3.1. *Premissas conceituais: direitos fundamentais, sua dupla dimensão e posições jusfundamentais*

Há um mito – de certo modo recorrente na doutrina e na jurisprudência – de que direitos fundamentais seriam *indisponíveis*. Em um sentido corriqueiro, isso significa que não poderiam ser *abdicados*, nas mais diversas formas jurídicas que o verbo “abdicar” assume (renunciar, transigir, alienar etc.).⁸

8. MARTEL, Leticia de Campos Velho. Indisponibilidade dos direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. *Espaço Jurídico*, v. 11, n. 2, p. 334-373, jul.-dez. 2010.

Na Constituição não existe norma específica sobre a (in)disponibilidade de direitos fundamentais. No Código Civil há um dispositivo endereçando a irrenunciabilidade dos direitos da personalidade e a impossibilidade de o seu exercício sofrer limitação voluntária: "*Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.*" (grifo nosso)

De fato, não se pode abdicar de um direito fundamental, entendido este em sua integralidade, "*direito fundamental como um todo*" (grifo nosso).⁹ A própria estrutura dessa espécie normativa obstaculiza essa leitura.

Dissecando o conceito, direitos fundamentais possuem duas dimensões.¹⁰ Uma objetiva, que demanda do Estado o desenvolvimento de mecanismos, instituições, procedimentos, organizações e prestações que assegurem a proteção, direta ou indireta, das normas fundamentais.

Outra, dita subjetiva, que diz respeito às posições jurídicas emanadas do direito fundamental, que são, na verdade, as *relações jurídicas* estabelecidas entre sujeitos privados ou entre eles e o Estado¹¹, tendo por objeto um comportamento comissivo ou omissivo relacionado à observância da norma jusfundamental. Em caráter excepcional, a dimensão objetiva também poderá irradiar posições jurídicas, usualmente sindicáveis perante o Estado, apenas para garantir o mínimo existencial ou elidir proteção insuficiente.

Esta percepção analítica está presente no voto vogal do Min. Gilmar Mendes:

"Como se sabe, os direitos fundamentais, em geral, consistem, a um só tempo, em direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos seus titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos *órgãos* obrigados. [...]. Na sua aceção como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático."

Não pode o sujeito, assim, *abdicar* de um direito fundamental porque ele não titulariza o *direito fundamental como um todo*. Ele titulariza, apenas, uma ou mais posições jurídicas emanadas da norma jusfundamental, provenientes de sua dimensão subjetiva.

Com efeito, a pergunta persiste: pode o sujeito *dispor* de referidas posições jurídicas jusfundamentais? Ou, dito de outro modo, é permitido enfraquecer, por meio do consentimento, uma ou mais posições jurídicas jusfundamentais?¹²

A percepção é de que, pelo menos em tese, o titular pode dispor de posições jurídicas jusfundamentais, desde que manifeste seu consentimento de modo válido (o que alberga a plena capacidade civil).¹³

9. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 214.

10. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

11. Os direitos fundamentais, em sua essência, são vocacionados a tutelar as relações com o Estado. Sua eficácia sobre as relações privadas, por outro lado, tende a ser indireta, mediada pela conformação promovida pelo legislador ordinário e pelas aberturas intencionais do sistema (cláusulas gerais). A propósito, conferir: RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

12. MARTEL, Leticia de Campos Velho. Op. cit., loc. cit.

13. Discussão outra – e muito complexa – é saber se todos os direitos fundamentais admitem *disposição*. E, mesmo que todos eles a admitissem, também se poderia questionar até que ponto o sujeito poderia

Essa manifestação (tácita ou expressa) deve ser autônoma, isto é, partir *voluntariamente* do titular da posição jusfundamental. Fosse heterônoma, proveniente de ato de terceiro ou do Estado (lei, regulamento e decisão judicial), não se estaria falando de *disponibilidade de posições jurídicas jusfundamentais*, mas de *restrição* de direitos fundamentais, conceito diverso.

Sua validade, além disso, depende da natureza da relação jurídica envolvida. Se for cível ou empresarial, serão aplicáveis os requisitos de validade do Código Civil (por exemplo, os arts. 138 e ss. do Código Civil, sobre os defeitos do negócio jurídico). Se consumerista, incidirão também os requisitos do Código de Defesa do Consumidor (por exemplo, o art. 48, do CDC). Se a relação se estabelecer com o Estado, será aplicável o regime jurídico-administrativo e, supletivamente, as normas de direito privado.

Em qualquer desses casos, o consentimento terá por *eficácia* permitir a outrem agir da forma que não poderia (de modo comissivo ou omissivo), se não houvesse a manifestação do titular.

O icônico julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade de dispositivos da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996) ilustra a admissão da disponibilidade de posições jusfundamentais no direito brasileiro.

À Corte cabia definir se o sujeito, por sua livre escolha, poderia abdicar da tutela da jurisdição estatal, supostamente *inafastável* (inc. XXXV do art. 5º da Constituição), e eleger juízo arbitral para resolver, em caráter vinculante, uma disputa.

À época da publicação da lei, conforme lembra Leticia de Campos Velho Martel, “[...] *muitos sustentaram a sua inconstitucionalidade, por entenderem que a inafastabilidade do controle jurisdicional e o amplo acesso à justiça (estatal) constituíam direitos fundamentais indisponíveis.*”¹⁴ (grifo nosso)

Apesar das divergências, prevaleceu a posição de que “*a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF.*” (grifo nosso)

Note-se que a cláusula compromissória (manifestação voluntária do titular) fragiliza uma posição jurídica proveniente do direito fundamental de acesso à justiça: a faculdade de o titular eventualmente mover uma ação, na Jurisdição estatal, sobre certos fatos relacionados a determinadas partes.

Mas o *direito fundamental de acesso à justiça* segue plenamente eficaz em sua dimensão objetiva (o Estado ainda assim precisa manter, organizar e aprimorar a Jurisdição Estatal) e, sob a dimensão subjetiva, o enfraquecimento é apenas relacional. A *abdicção* – transitória e específica – não terá qualquer eficácia para além dos limites definidos na cláusula compromissória.

Essa leitura é análoga à discussão travada sobre a penhorabilidade do bem de família do fiador de locação (seja comercial ou não). Poderia o fiador, nesse sentido, dispor de uma posição jusfundamental emanada da dimensão subjetiva do direito fundamental à moradia (a impenhorabilidade do bem de família), mesmo sendo a finalidade da locação comercial?

abdicar de posições jusfundamentais (os limites da disposição), tendo em conta o risco de reduzir o direito a zero e a proteção do sujeito contra si mesmo. A propósito, ver: DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 106-120.

14. MARTEL, Leticia de Campos Velho. Op. cit., p. 344.

3.2. *A disposição de específica posição jusfundamental do fiador: análise crítica do julgamento do STF*

Segundo a leitura que venceu no STF, a resposta é: *sim*. Para entender como chegou a esse resultado, é útil comparar as duas opiniões antagônicas que se formaram na Corte.

Os votos divergentes – na mesma linha dos julgados que tomaram a penhora do bem de família por inconstitucional – colocaram o debate em termos de *conflito entre dois direitos fundamentais contrapostos*.

No RE n. 612.360, a oposição estaria entre "direito à moradia do fiador" *versus* o "direito à moradia do locatário": a lei potencialmente sacrificaria a habitação dos fiadores para reforçar as garantias nos contratos de locação, estimulando a oferta de imóveis no mercado para ampliar o acesso à moradia aos candidatos a locatário.

Já o RE n. 1.307.334 confrontaria o "direito à moradia do fiador" *versus* "o direito à livre iniciativa" do locatário empresário: o reforço às garantias contratuais que a penhora do bem de família representa fomentaria mais atividades econômicas nos imóveis locados.

Nesse raciocínio, só a tutela do próprio direito à moradia do locatário torna legítimo, do ponto de vista constitucional, restringir por via de lei a proteção à moradia do fiador. Seriam direitos "igualmente relevantes", e só isso permitiria ao Poder Legislativo escolher sacrificar um em benefício do outro. Nas locações comerciais o resultado seria diferente. Da leitura dos votos, infere-se que o direito à moradia, de valor existencial (atrelado à dignidade humana), jamais poderia sucumbir a interesses puramente econômicos (em uma visão mais limitada de livre iniciativa, atrelada a interesses "pecuniários").

É o que se extrai da seguinte passagem do voto do Min. Edson Fachin, citando argumento da Min. Rosa Weber no RE n. 605.709:

"[...] se, no caso de contrato de locação residencial, é possível contrapor o direito à moradia de fiadores ao igualmente relevante direito à moradia dos locatários, o mesmo não se verifica na hipótese de fiança em contrato de locação de imóvel comercial."

Veja-se que essa argumentação deixa de explicar por que não seria lícito ao fiador dispor, por vontade própria, da proteção legal conferida a seu bem de família. Nesse sentido, a corrente divergente se filia à doutrina constitucionalista clássica, que identifica a indisponibilidade como *elemento intrínseco* de todos os direitos fundamentais. A indisponibilidade absoluta, aqui, é tomada como premissa implícita do argumento. A propósito, assim havia argumentado a Min. Rosa Weber no RE n. 605.709, julgado referenciado na divergência apresentada pelo Min. Edson Fachin:

"Considerações a respeito da autonomia da vontade e da liberdade contratual do fiador não podem relegar a segundo plano a necessidade de observar os limites estabelecidos em normas de ordem pública, de natureza cogente, voltadas à promoção de outros valores constitucionalmente protegidos."

Apesar de suas intenções serem boas – em tese, quer-se defender a parte presumida como vulnerável do contrato – essa abordagem corre o risco de cair no *paternalismo estatal*. Ela proíbe que o próprio sujeito exerça sua liberdade sob a justificativa de protegê-la. Como observou o Min. Gilmar Mendes em seu voto, "*do Estado não se pode exigir uma posição de tutela preventiva do cidadão: seria uma eliminação da autonomia, a pretexto de buscar garanti-la*" (grifo nosso).

Ela é também questionável do ponto de vista dogmático, pois se funda na suposta *hierarquia entre direitos fundamentais* que, na verdade, possuem a mesma estatura constitucional. O direito à moradia seria "mais fundamental" (ou "mais relevante", nas palavras da divergência) que o direito

à livre iniciativa e – por essa lógica – teria que prevalecer em qualquer caso de colisão. Em outra passagem, ele também realçou que:

"Com efeito, sob a ótica do princípio da autonomia privada é até mesmo questionável se a conduta de oferecer fiança em contrato de locação sequer tangencie o âmbito de proteção do direito à moradia. Em situações normais, ao prestar fiança em contrato de locação, comercial ou residencial, o particular não elimina uma posição jurídica por si titularizada e que seja protegida pela dimensão negativa do direito à moradia de modo peremptório; antes, exerce sua autonomia privada.

[...]

A esse respeito, veja-se que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no caso do Kronprinz (1BvR 909/08, publicado em NJW-RR 2010, 156), reafirmou que '*a interpretação e a aplicação da lei ordinária é exclusivamente atribuída aos tribunais ordinários competentes.*' Desse modo, o limiar de uma violação do direito fundamental, que o Tribunal Constitucional Federal precise corrigir, só é ultrapassado quando as interpretações dos tribunais civis possam ser consideradas equivocadas, por se haverem baseado em uma visão fundamentalmente incorreta do significado de um direito fundamental, em especial, a extensão de seu alcance e sua relevância material para um caso jurídico específico' (RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 315)" (grifos no original).

O Min. Alexandre de Moraes, no voto vencedor, mudou a forma de encarar o problema. Interessa para este comentário especificamente o tópico (iv) do voto, intitulado "Do contrato de fiança e da livre disposição do bem de família pelo fiador"¹⁵. Para ele, a solução do caso está não mais na dita prevalência *a priori* de um direito fundamental em face de outro (moradia *versus* livre iniciativa), mas sim na possibilidade de o titular *dispor de sua posição jusfundamental*, qualquer que seja o direito em jogo. A seguinte passagem do voto bem sintetiza essa ideia:

"Ora, não obstante a Lei 8.009/1990 preveja como regra a impenhorabilidade do bem de família, em nenhum momento impõe a sua inalienabilidade ou a impossibilidade de transferir ou gravar de ônus real. Pelo contrário: mesmo tratando-se de bem de família, ao proprietário permanece o direito de usar, gozar e dispor de seu único imóvel."

Como se vê, o fundamento de legitimidade constitucional da penhora do bem de família está no *ato de autonomia* do fiador. É por isso que não há diferença juridicamente relevante entre o RE n. 612.360 e o RE n. 1.307.334. Tanto na locação residencial quanto na comercial, o fiador manifesta sua vontade livre por celebrar o contrato, e o faz ciente de que seu bem de família se sujeitará à penhora se o locatário inadimplir as obrigações garantidas (assim como o restante de seu patrimônio). Não há disposição genérica ao direito fundamental em toda sua estrutura – o direito à moradia, em suas dimensões subjetiva e objetiva –, mas apenas a uma *específica posição jurídica* que nasce dele. Isso está bem representado em passagem do voto vogal do Min. Gilmar Mendes:

"[...] ao prestar fiança em contrato de locação, comercial ou residencial, o particular não elimina uma posição jurídica por si titularizada e que seja protegida pela dimensão negativa do direito à moradia de modo peremptório; antes, exerce sua autonomia privada."

Vale dizer: a exceção à impenhorabilidade da Lei 8.009/1990 é constitucional porque incide em situações que tiveram o consentimento prévio do titular da posição jusfundamental protegida.

15. Apesar disso, no tópico seguinte do voto do Ministro volta a enquadrar a discussão em termos de colisão de direitos fundamentais, ao tratar da "livre iniciativa *versus* o direito à moradia e as consequências do enfraquecimento da garantia nas locações comerciais". Por recorte temático, o trecho não será abordado neste comentário.

Com isso, a lei assegura não só o direito à moradia, tutelado de forma imediata pelo instituto do bem de família, mas também a autonomia privada dos titulares do direito – manifestação de sua liberdade.

É certo que afirmar a disponibilidade de posições jusfundamentais gera novas dúvidas. Resta sempre o desafio de assegurar que o ato de disposição seja de fato livre e consciente, e não mera declaração inautêntica do titular (que pode ser constrangido por uma série de circunstâncias materiais). Afinal, o Direito contemporâneo não se contenta em garantir a simples liberdade abstrata das pessoas; quer realizar também suas as liberdades substanciais na maior medida possível.¹⁶

Nesse ponto, chama atenção no voto do Min. Alexandre de Moraes a referência a dispositivos do Código Civil. (O que não deixa de ser curioso do ponto de vista jurídico: invoca-se uma lei ordinária – o Código – para fazer controle de constitucionalidade de outra lei ordinária, a Lei 8.009/1990). Na fiança, o consentimento sempre se submete aos requisitos de validade tradicionais do Código Civil para negócios jurídicos em geral: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita em lei (art. 104, CC). Depende também da inexistência de qualquer das causas de anulabilidade do negócio: erro, dolo, coação, estado de perigo e lesão (arts. 138 a 157, CC).

Especificamente para a fiança, a proteção ao devedor é ainda mais reforçada: o art. 819 do Código Civil impõe a esse contrato forma escrita como requisito de validade, o qual deve também ser interpretado restritivamente. Em outras palavras: a existência de fiança não se presume e, naquilo que as partes contrataram, a lei rejeita leituras ampliativas das obrigações do fiador.

O que é digno de nota é o seguinte raciocínio do STF: a disciplina de Direito Civil, em si, é capaz de assegurar a manifestação de vontade livre e consciente do fiador. Declarar a lei inconstitucional seria desmerecer as salvaguardas que o Direito Civil já oferece. A resposta mais harmônica com a ordem jurídica, vista sistematicamente, é manter hígido o inc. VII do art. 3º da Lei 8.009/1990 e tratar desvios eventuais nos casos concretos (com base nas normas gerais e especiais de nulidade e anulabilidade do contrato).

Enfim, para a tese que vingou no STF, as normas protetivas de Direito privado sustentam a constitucionalidade da penhora do bem de família. Trata-se de interessante *ratio* que reforça a autonomia do Direito Civil frente ao Direito Constitucional.¹⁷

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O julgamento do STF no RE n. 1.307.334/SP serve como importante referência jurisprudencial sobre a disponibilidade de posições jusfundamentais. Ao afirmar a constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador em contratos de locação, o Tribunal avança o entendimento sobre a natureza e sobre os limites desse instituto. Mais do que isso, o precedente valoriza o papel do Direito Civil em dar os contornos de específicas posições jusfundamentais a nível legislativo, com destaque para sua função de garantir o consentimento livre no ato de disposição pelo titular.

16. Sobre essa ordem de ideias no Direito Civil, ver: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais de direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2011, *passim*. A formulação da ideia de "liberdade substancial" (em contraponto à liberdade dita "formal") está em: SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

17. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Op. cit.*, p. 147-170. Ver a nota de rodapé 6.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia* (UniBrasil), v. 14, n. 14.1, p. 618-688, ago.-dez. 2013.
- MARTEL, Letícia de Campos Velho. Indisponibilidade dos direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. *Espaço Jurídico*, v. 11, n. 2, p. 334-373, jul.-dez. 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais de direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2011.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

JOÃO PEDRO KOSTIN FELIPE DE NATIVIDADE

Doutorando em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Faculdade de Direito da UFPR. Integrante da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo. Advogado. jaoopedro@natividade.adv.br

LUIZ AUGUSTO DA SILVA

Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Mestre em Direito – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR. Membro da Comissão de Arbitragem da OAB-PR. Advogado. luiz.augustosilva26@gmail.com

Veja íntegra do
acórdão em QR code

