



**Ingo Sarlet**  
Juiz e professor

## radia e a penhorabilidade do bem de família

Em sessão no último dia 12, a 1ª Turma do STF, quando da conclusão do

juízo do RE 605.709, iniciado em outubro de 2014, tendo como relator o ministro Dias Toffoli, então ainda integrante da turma, decidiu, por maioria de votos (3 a 2), pela impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação comercial.

No caso concreto, segundo notícia no site do STF, o recorrente invocava a nulidade da arrematação de sua casa em virtude de se tratar de sua única propriedade e ser ele responsável pelo sustento da família. Para o relator, bem como para o ministro Luís Roberto Barroso, aplica-se à penhora do bem de família em contratos de locação o entendimento pacificado no STF no sentido da penhorabilidade do bem de família do fiador no contrato de locação residencial, porquanto embora não esteja em causa o direito à moradia dos locatários, envolve restrição à livre iniciativa que também é protegida constitucionalmente. Da mesma forma, a possibilidade de penhora do único imóvel do fiador, que o oferece voluntariamente em garantia do débito, tem o efeito de estimular o empreendedorismo, viabilizando a celebração de contratos em termos mais favoráveis.

Todavia, acabou por prevalecer a divergência aberta pela ministra Rosa Weber, acompanhada pelos ministros Marco Aurélio e Luiz Fux, no sentido de que, além de ser necessária a manifestação de vontade do fiador tanto na locação residencial quanto na comercial, a legislação não distingue entre as duas modalidades de locação quanto à impenhorabilidade do bem de família e que o direito à moradia, como direito social fundamental e no caso protegido para beneficiar a família, não pode ser sacrificado em prol da potencialização da livre iniciativa.

À vista da apertada síntese do teor do julgamento e das razões invocadas nos votos dos ministros da 1ª Turma, mesmo ainda não disponibilizado o inteiro teor do acórdão, já é possível e vale a pena avançar com algumas considerações a respeito do julgado, visto guardar relação com direitos fundamentais relevantes, seja no que diz com a salvaguarda do direito à moradia e o assim chamado mínimo existencial, seja com o direito à livre iniciativa e o seu significado para o desenvolvimento econômico.

Além disso — e isso aqui assume particular importância —, com o julgamento concluído no dia 12 e



---

vindo a prevalecer a orientação adotada pela maioria dos ministros da 1ª Turma, o STF poderá protagonizar ao menos em parte substancial uma revisão da sua jurisprudência sobre o tema até então consolidada (Recurso Extraordinário 407.688-8, relator ministro Cezar Peluso, julgado em 8/2/2006). que, sem ressalva de alguma exceção, vinha entendendo ser constitucional a penhora do único imóvel e bem de família do fiador em contrato de locação residencial, tal como previsto no artigo 3ª, inciso VII, da Lei 8.009/1990, de acordo com o qual “a impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: (...)VII – por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”.

A decisão de 2006, ora revista pela 1ª Turma, foi objeto de acirradas críticas, mas, também, como sói acontecer e era mesmo de se esperar, de significativos elogios, e acabou refletindo em alteração do comportamento do mercado da locação imobiliária, em especial quanto aos requisitos impostos para a celebração de um contrato, ainda que as alterações de longe tenham tido o alcance benéfico vaticinado pelos defensores da tese da penhorabilidade do bem de família do fiador e pelos próprios ministros do STF que votaram nesse sentido, porquanto também se tratou de decisão não unânime do Plenário da nossa mais alta corte.

Também nós acabamos por nos envolver na discussão e chegamos a publicar artigos de doutrina sobre o direito à moradia como direito fundamental em termos gerais (já antes da decisão de 2006) e manifestações de cunho crítico, em especial quanto a aspectos da fundamentação da decisão tomada pela maioria dos ministros e do resultado fechado (no sentido de prever manter integralmente a permissão legal) pela penhorabilidade do bem de família do fiador, isso apesar de ter sido citado texto de nossa lavra pelo relator daquela decisão e de ser mesmo o caso de concordar, em parte, com as premissas subjacentes ao voto vencedor<sup>[1]</sup>.

Por isso, para além da importância e impacto da decisão como tal, também do ponto de vista pessoal e intelectual a presente oportunidade — sem prejuízo da necessidade de ulterior aprofundamento da matéria — de aqui revisitar o tema nos é particularmente cara, ainda mais que a decisão da 1ª Turma, com a ressalva de que não se teve acesso ainda ao teor dos votos, ao fim e ao cabo converge substancialmente com o nosso entendimento, que resta inalterado e inclusive fortalecido.

Assim, antes de fecharmos o presente comentário dedicado à decisão do dia 12 da 1ª Turma do STF, nos permitimos aqui reproduzir parte da análise levada a efeito em texto anterior de nossa lavra e que teve como objeto a decisão de 2006<sup>[2]</sup>.

Embora não se pretenda adentrar todos os possíveis aspectos ventilados na decisão, alguns pontos chamam particularmente a atenção e reclamam uma avaliação crítica. Para tanto, faz-se necessária uma breve resenha dos principais argumentos colacionados tanto no voto do relator, ministro Cezar Peluso, quanto nos demais votos proferidos.



Iniciando pelo que disse o ilustre relator na sua fundamentação, verifica-se que boa parte das premissas que sustentam as conclusões podem ser facilmente ratificadas. Com efeito, após ter reconhecido que o direito à moradia é direito social e que constitui direito subjetivo que “compõe o espaço existencial da pessoa humana”, o relator, igualmente com acerto, averbou serem “várias, se não ilimitadas, as modalidades ou formas pelas quais o Estado pode, definindo-lhe o objeto ou o conteúdo das prestações possíveis, concretizar condições materiais de exercício do direito social à moradia”.

Mais adiante, na esteira da doutrina e dos parâmetros normativos do próprio sistema internacional de direitos humanos, destacou o voto vencedor que o direito à moradia não se confunde, necessariamente, com o direito à propriedade imobiliária ou o direito de ser proprietário de bem imóvel, salientando, todavia (e neste passo já principia o encaminhamento da conclusão), que o direito à moradia pode, “sem prejuízo doutras alternativas conformadoras, reputar-se, em certo sentido, implementado por norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores”.

Na sequência, ao afirmar que a *ratio legis* da exceção legal à regra da impenhorabilidade reside justamente na garantia do acesso à moradia pela via da locação de imóveis, obstaculizada pela falta, insuficiência ou onerosidade de garantias contratuais licitamente exigíveis pelos proprietários ou possuidores de imóveis de aluguel, o ministro relator lançou sua conclusão no sentido de que a salvaguarda da exceção legal, por assegurar o acesso à moradia de uma classe ampla de pessoas interessadas na locação, há de prevalecer em face do dano menor resultante para os fiadores proprietários de um só imóvel, ainda mais não sendo estes obrigados a prestar fiança.

Para finalizar, averbou o relator que “castrar essa técnica legislativa, que não pré-exclui ações estatais concorrentes doutra ordem, romperia equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia”.

Em face do arcabouço argumentativo esgrimido no voto condutor da decisão, impõe-se uma série de considerações, parte delas ventilada no bojo dos outros votos proferidos, muito embora em boa parte sem maior desenvolvimento.

Desde logo, como bem lembrou o ministro Eros Grau, autor de um dos três votos divergentes, é preciso considerar que a penhora recaiu sobre o único bem imóvel de propriedade do fiador, no caso, o imóvel que lhe serve de moradia, recordando, ainda, que a impenhorabilidade do imóvel residencial “instrumenta a proteção do indivíduo e de sua família quanto a necessidades materiais, de sorte a prover à sua subsistência”. Além disso, após enfatizar o vínculo entre a tutela do imóvel residencial e a salvaguarda da dignidade da pessoa humana, evocou simultânea violação do princípio isonômico, visto que o afiançado, que não pagou os alugueres, estaria beneficiado pela impenhorabilidade, ao passo que ao fiador estaria subtraído o benefício.

A primeira diz respeito ao fato de que, em se cuidando do único imóvel do fiador e servindo este de residência para aquele e/ou sua família, em princípio, não se pode simplesmente admitir o sacrifício do direito fundamental (e, no caso, possivelmente até mesmo uma violação da própria dignidade da pessoa humana) por conta de uma alegação genérica e ainda por cima desacompanhada até mesmo de dados



---

comprobatórios, de uma tutela do direito à moradia de um conjunto maior de pessoas.

A dignidade da pessoa humana, assim como o núcleo essencial dos direitos fundamentais de um modo geral, não pode ser pura e simplesmente funcionalizada em prol do interesse público, mesmo que este seja compreendido como interesse socialmente relevante de uma comunidade de pessoas. Importa recordar, nesta quadra, que embora sejam legítimas, em determinadas circunstâncias, restrições a direitos fundamentais, estas devem respeitar os critérios da proporcionalidade e, acima de tudo, preservar o núcleo essencial do direito restringido.

Aliás, é justamente no exame dos critérios da proporcionalidade que reside uma das lacunas da decisão ora comentada. Se aos órgãos estatais incumbe um permanente dever de proteção de todos os bens fundamentais e a restrição de algum direito encontra fundamento na tutela de outro, impõe-se, de qualquer modo, sempre a observância dos critérios da proporcionalidade na sua dupla acepção, pois tanto está vedado ao Estado intervir excessivamente na esfera de proteção de bens fundamentais quando atuar de modo manifestamente insuficiente (ou, o que é pior, sequer atuar) na tutela do mesmo ou de outros bens fundamentais.

Mesmo que aqui não se vá adentrar nas possíveis distinções entre os institutos da proibição de excesso e de proteção insuficiente, importa pelo menos lançar algumas indagações em relação a esta perspectiva de abordagem do problema ora discutido. Assim, se de fato é plausível aceitar, a exemplo do que argumentou o ministro relator, que a possibilidade da penhora do imóvel do fiador, por constituir garantia do contrato de locação, acaba também sendo um meio de assegurar o acesso à locação e, portanto, à moradia para quem não é proprietário, já no que diz com o critério da necessidade as coisas não parecem tão simples, pois, em havendo outros meios disponíveis, a opção deveria recair no meio menos gravoso, considerado como tal o que menos restringe o direito fundamental colidente, no caso, o direito à moradia do fiador e de sua família, pois nem sequer se está aqui argumentando com a tutela da propriedade na sua dimensão meramente patrimonial.

O argumento de que não existem outras garantias para o crédito em execução é evidentemente falho, visto que não foi examinada a possibilidade de se lançar mão de outros meios, como, por exemplo, a exigência de fiador proprietário de imóvel que não seja residencial ou mesmo a utilização do seguro fiança, que, se fosse mais difundido e submetido a controle rigoroso, poderia inclusive gerar a total desnecessidade da utilização de garantias reais.

A não utilização das alternativas referidas (ou mesmo de outras, que, de resto, também incumbe ao Estado disponibilizar no âmbito dos seus deveres de proteção!) não significa que não estejam disponíveis e que, portanto, não possam ser levadas em conta. Assim, vista a questão sob esse viés, no mínimo haverá de se considerar a possibilidade de, nas circunstâncias do caso, que a penhora do imóvel residencial (único imóvel do fiador) como violação da proporcionalidade.

De outra parte, mesmo superado o exame do critério da necessidade, haveria de se avaliar a violação da assim designada proporcionalidade em sentido estrito ou, para quem assim o preferir, a ingerência no núcleo essencial do direito fundamental, que, quando detectada, implica a manifesta inconstitucionalidade do ato. Sem que se vá aqui avançar mais neste exame, inclusive para fins de análise do atendimento das exigências também da proibição de proteção deficiente, a crítica mais contundente que possivelmente poderá ser direcionada é que tais questões, a despeito de sua relevância



(pois inequivocamente este em causa uma restrição de direito fundamental) não chegaram a ser minimamente desenvolvidas na decisão.

Seguindo já outra linha de raciocínio, tanto o ministro Joaquim Barbosa quanto o ministro Gilmar Mendes, ambos secundados pelo ministro Sepúlveda Pertence (invocando que se poderia estar chancelando a incapacidade civil do fiador), enfatizaram, em síntese, que a regra legal que excepciona a impenhorabilidade não constitui violação do direito à moradia pelo fato de que o fiador voluntariamente, portanto, no pleno exercício da sua autonomia de vontade. Por mais que se deva admitir que a própria liberdade contratual expressa uma manifestação da mesma dignidade da pessoa humana que serve de fundamento ao conteúdo existencial da propriedade, quando, por exemplo, serve de moradia ao seu titular, não se pode olvidar que a ordem jurídica impõe limites significativos à autonomia privada, especialmente quando se cuida de hipóteses de renúncia a direitos fundamentais.

Aliás, a própria alienação voluntária da integralidade do patrimônio, em havendo herdeiros necessários ou eventualmente outros interesses a serem tutelados encontra limites em determinadas circunstâncias, sendo, de resto, no mínimo parcialmente equivocada a apontada identidade entre a venda e a prestação de fiança, tal como afirmou o ministro Cezar Peluso ao intervir no voto do ministro Carlos Britto, que justamente invocou a indisponibilidade do direito à moradia.

Se de fato é correta a tese, de resto sufragada por expressiva doutrina e inclusive acatada pelo voto do relator, de que a moradia constitui um existencial humano, sendo, pelo menos naquilo em que revela uma conexão com a dignidade da pessoa humana, um direito de personalidade, não se pode deixar de reconhecer também a existência de um dever de proteção da pessoa contra si mesma, pelo menos no âmbito em que prevalece a indisponibilidade do direito, o que ocorre justamente no plano da sua dimensão existencial<sup>[3]</sup>.

Da mesma forma, se em princípio se poderá afastar a existência de coação, também é correto que em muitas hipóteses resulta praticamente inexigível a negativa da prestação da fiança, especialmente nos casos de garantias prestadas por familiares próximos. Embora as hipóteses não sejam idênticas, a referência à difundida decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha<sup>[4]</sup>, que versava justamente sobre a liberação da responsabilidade por parte da filha (na fase da execução) que havia “espontaneamente” afiançado um contrato de mútuo bancário do pai não nos parece impertinente.

Também aqui não houve maior consideração das circunstâncias do caso concreto, pelo menos para investigar o efetivo caráter existencial da moradia ou mesmo a existência de alternativas viáveis de acesso a uma moradia decente para o fiador e sua família (por exemplo, pelo menos um trabalho com certa estabilidade e com remuneração compatível com o aluguel de uma moradia adequada), já que, convém reiterar este aspecto, o direito à moradia não se confunde necessariamente com o direito de propriedade. Não tendo sido efetuado esse exame e em se tratando do único imóvel do fiador e sendo este utilizado para fins residenciais, haveria, por certo, de prevalecer pelo menos uma presunção (ainda que relativa) em favor da indisponibilidade.

Retornado agora ao caso ora comentado, ao qual podem ser aplicados os comentários tecidos em relação ao precedente de 2006, mas agora para o efeito de advogar a correção da posição majoritária formada na 1ª Turma do STF em prol da impenhorabilidade do bem de família, o que se verifica é que o STF poderá agora rever a sua jurisprudência, senão integralmente, pelo menos no sentido de prever a



impenhorabilidade nos casos em que o imóvel gravado como bem de família sirva de moradia ao fiador e/ou sua família e que inexista alternativa segura que assegure o acesso a uma moradia condigna e que atenda aos respectivos parâmetros.

De todo modo, a decisão do dia 12 tem também o condão de propiciar a reabertura do contraditório a respeito do problema e, quem sabe, iluminar não apenas o caminho para um ajuste substancial da sua jurisprudência, como também acionar um processo de revisão no entendimento do STJ e das instâncias ordinárias.

[1] Cf. em especial, SARLET, Ingo Wolfgang. O Supremo Tribunal Federal, o direito à moradia e a discussão em torno da penhora do imóvel do fiador, *Revista da AJURIS*, vol. 34, n. 107, setembro de 2007, p. 123-144.

[2] Cf. SARLET, Ingo Wolfgang, O Supremo Tribunal Federal, o direito à moradia e a discussão em torno da penhora do imóvel do fiador, op.cit, p.138 e ss.

[3] Sobre as possibilidades e limites das renúncias em matéria de direitos fundamentais, no âmbito da literatura em língua portuguesa, v. especialmente NOVAIS, Jorge Reis. “Renúncia a Direitos Fundamentais”, in: MIRANDA, Jorge (Org). *Perspectivas Constitucionais*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 263-335. Cuidando da temática na perspectiva dos direitos de personalidade, v., dentre outros, MOTA PINTO, Paulo, “Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 61-84.

[4] Cf. BVerfGE vol. 89, p. 214 e ss., onde prevaleceu justamente a tese de que a autonomia privada não pode ser entendida apenas num sentido formal, de tal sorte que, em determinadas circunstâncias, a pessoa pode e deve ser tutelada em face de disposições contratuais que lhe são desvantajosas.

#### **Date Created**

30/06/2018