

EDITORA PADMA LTDA.

Presidente: Osmundo Lima Araújo

Revista Trimestral de Direito Civil — RTDC

Ano 11, vol. 42, abril a junho de 2010

ISSN 1518-2010

Diretor: Gustavo Tepedino

**Conselho Editorial**

Antônio Pinto Monteiro, Antonio Junqueira de Azevedo (1939-2009), Encarna Roca, Jean Beauchard, Luiz Edson Fachin, Pietro Perlingieri, Ricardo Pereira Lira, Ruy Rosado de Aguiar Jr. e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Coordenador Editorial: Bruno Lewicki

**Conselho Assessor**

Ana Luiza Maia Nevares [Atualidades-Resumos de Teses e Dissertações], Anderson Schreiber [Doutrina], Aline de Miranda Valverde Terra [Jurisprudência], Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho [Ensaio e Pareceres], Carlos Nelson Konder [Atualidades-Notícias], Gisela Sampaio da Cruz [Observador Legislativo], Milena Donato Oliva [Resenha Bibliográfica]

Estagiária: Talita Bretz

Capa e Projeto Gráfico: Simone Villas-Boas

Editoração Eletrônica: TopTextos Edições Gráficas Ltda.

Revisão: Fernando Guedes

A *Revista Trimestral de Direito Civil* é produzida no âmbito do convênio de colaboração científica e editorial firmado entre a Editora Padma, a Editora Renovar e o Instituto de Direito Civil – IDC.

Contribuições, correspondências e pedidos de intercâmbio poderão ser enviados para a Editora PADMA, na Rua Antunes Maciel, 177 – São Cristóvão – RJ – CEP 20940-010 Tel.: (21)2580-8596, ou para os e-mails: rtdc@uol.com.br e rtdc@yahooogroups.com

**Disposición final sexta.** *Entrada en vigor.*

La Ley entrará en vigor en el plazo de cuatro meses a partir del día siguiente al de su publicación en el 'Boletín Oficial del Estado'.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley orgánica.

Madrid, 3 de marzo de 2010.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,

JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ ZAPATERO

Direitos fundamentais, autonomia privada e o Supremo Tribunal Federal: breves anotações sobre um caso - *Thais Pascoaloto Venturi* e *Frederico Eduardo Zenedin Glitz*, 245

## Direitos fundamentais, autonomia privada e o Supremo Tribunal Federal: breves anotações sobre um caso<sup>1</sup>

THAIS PASCOALOTO VENTURI  
FREDERICO EDUARDO ZENEDIN GLITZ

1. Noções Introdutórias. 2. Direitos Fundamentais e autonomia privada. 3. Responsabilidade patrimonial e dignidade humana. 4. O Supremo Tribunal Federal e o Caso do fiador. 5. Notas conclusivas.

“Nós vivemos a temer o futuro, mas é o passado quem nos atropela e mata.”  
(Mario Quintana)

**PALAVRAS-CHAVE:** Autonomia privada. Direito fundamental. Bem de família. Supremo Tribunal Federal. Estudo de caso.

### 1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Quando a atual Lei de Locações entrou em vigor criou um sério problema de interpretação constitucional. Isso porque a redação atribuída ao art. 3º da Lei nº 8.009/1990 limitou o conceito de impenhorabilidade do imóvel único, residência da família, afastando sua proteção para os fiadores de contratos de locação.

A opção do legislador brasileiro causa, ainda hoje, certa perplexidade. Esta sensação se agrava quando se procura compatibilizá-la com o teor da Emenda Constitucional nº 26/2000 que declara o direito a moradia como direito fundamental.

Em verdade esta é apenas uma das possíveis discussões. O mesmo questionamento poderia ser levantado na possibilidade, amplamente reconhecida pela jurisprudência, de incidir hipoteca sobre o único imóvel, ou mesmo, a possibilidade de ser celebrado empréstimo consignado em conta-corrente onde é pago o benefício previdenciário.

<sup>1</sup> Artigo produzido a partir das discussões entabuladas na disciplina de Novos paradigmas do Direito Civil, ministrada pelo Prof. Dr. Paulo Ribeiro Nalin, do Curso de Doutorado do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

A questão que parece estar atrás de todos estes questionamentos é, justamente, qual o espaço da liberdade individual quando confrontada com um determinado direito fundamental? Por certo a resposta a este questionamento não é simples, até mesmo porque se refere a própria conceituação contemporânea da liberdade.

Sem a pretensão de oferecer qualquer solução mágica, propusemo-nos a problematizar alguns dos fundamentos da discussão, em especial confrontando-os com o consolidado entendimento do E. Supremo Tribunal Federal sobre a temática.

Convém, igualmente, justificar que a opção por não encerrar a discussão advém da necessidade de maior problematização do caso concreto. Isso porque parece incompreensível tentar compreender qualquer das soluções, teorias ou justificativas sem o apontamento específico daquela situação concreta.

Este, contudo, não é um luxo ao qual pode se dar o Supremo Tribunal Federal. Por uma imposição auto-imposta aquela Corte tem apreciado o problema, sempre, em hipótese o que, por certo, causa dificuldades adicionais.

Antes de adentrarmos, propriamente, no caso, convém realçar as possíveis relações entre os direitos fundamentais e a autonomia privada.

## 2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E AUTONOMIA PRIVADA

A tradicional discussão doutrinária sobre os direitos fundamentais se dá em relação ao seu papel frente aos particulares, isto é, se seus efeitos seriam diretos ou indiretos.

A corrente que defende a incidência imediata dos direitos fundamentais sobre os particulares argumenta que a função histórica dos direitos fundamentais não seria suficiente para negar sua vinculação também aos particulares ao mesmo tempo que os direitos fundamentais se imporiam porque situações de desigualdade também existiriam entre eles.

A crítica que se faz a este entendimento normalmente está vinculada ao âmbito desenvolvido pela autonomia privada no contexto dos direitos fundamentais. Subjacente a esta discussão está, também, a noção do papel desenvolvido pela autonomia privada contemporaneamente.

O *leading case*, caso Luth de 1950, em que a Corte Constitucional alemã afirmou a liberdade de expressão, foi além do paradigma até então vigente e impôs o respeito ao direito fundamental também por particulares<sup>2</sup>. Isso porque seria em sede de direito constitucional

2 É importante salientar, no entanto, a crítica feita por Canaris à decisão do Tribunal Constitucional

que se construiria o "pacto de convivência coletiva"<sup>3</sup>. Neste aspecto, segundo a Maria Celina Bodin de Moraes, o direito teria o condão de transformar a realidade (seu aspecto promocional) ao lado da mera conservação (repressão).

Segundo Maria Venegas Grau os defensores da aplicação imediata dos direitos fundamentais não negam a autonomia privada, mas a sua construção clássica<sup>4</sup>, vez que ela não se resumiria à liberdade formal. Dessa forma, não haveria incompatibilidade entre a aplicação direta dos direitos fundamentais e a autonomia privada na medida em que também esta serviria de limite àquela<sup>5</sup>.

Eis um primeiro ponto interessante de ser fixado: qual a possível construção do princípio da autonomia da vontade? Certo é que duas, a grosso modo, são as teorias. Enquanto a teoria contratual clássica se refere à noção de autonomia da vontade, fortemente centrada na individualidade egoísta da modernidade, a teoria contratual contemporânea se fixa na noção de autonomia privada marcada pelo noção de solidariedade<sup>6</sup>.

Federal, em razão da referida Corte ter aplicado uma mera "eficácia de irradiação" dos direitos fundamentais no âmbito do direito civil: "Em conformidade, o Tribunal Constitucional Federal entende que "uma vinculação do juiz aos direitos fundamentais na solução do litígio no campo do direito privado não se verifica de modo directo, mas apenas na medida em que a Lei Fundamental, no seu capítulo sobre os direitos fundamentais, simultaneamente erigiu uma ordem objectiva, que, como decisão jurídico-constitucional fundamental, deve valer para todos os ramos do direito, influenciando, assim, também o direito privado." Para Canaris o Tribunal Constitucional Federal poderia simplesmente ter utilizado as funções tradicionais dos direitos fundamentais como proibições de intervenção ao invés da eficácia da irradiação. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2009. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, p. 43, 44-49.

3 MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In MOARES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios de Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 05.

4 GRAU, Maria Venegas. *Derechos fundamentales y derecho privado: los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 184-185.

5 "La autonomía privada y su manifestación más importante, la libertad contractual, encuentran su fundamento y sus límites en la idea de la configuración bajo propia responsabilidad de la vida y de la personalidad. Presuponen una situación jurídica y fáctica aproximadamente igual de los interesados. Donde falta tal presupuesto, y la autonomía privada de uno conduce a la falta de libertad del outro, desaparece todo fundamento y se traspasa todo límite". HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995, p. 78.

6 Conforme Konrad Hesse "(...) la diferencia esencial entre el significado actual de la autonomía privada y el del siglo XIX: aquél ofrecía una libertad solo formal, porque partía de una igualdad solo formal, que

Note-se que esta é uma questão facilmente debelada pela lógica moderna. Aos liberais pareceria absurdo admitir que sua liberdade (não esqueçamos sua condição de Direito fundamental) pudesse ser afastada pelo arbítrio do Estado. Ao liberal o Estado nada mais é que o velho "Leviatã" que deve ser contido. Sua atuação neste ou naquele sentido sempre teria o condão de criar desequilíbrio.

Houve, contudo, verdadeira mudança paradigmática a partir das transformações sociais do século XX. A Constituição deixou de ser mera "organizadora" política para a de verdadeira norma jurídica, vinculativa e obrigatória<sup>7</sup>. Eis o surgimento do fenômeno que, no Brasil, recebeu a nomenclatura de "Constitucionalização do Direito"<sup>8</sup>.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet a constitucionalização do Direito se apresenta por duas vias:

a) a presença da Constituição no Direito Privado, onde se cuida da influência das normas constitucionais, via concretização legislativa e/ou judicial sobre as normas do Direito Privado e as relações entre particulares, e b) a presença do Direito Privado na Constituição, onde se cuida de institutos originalmente do Direito Privado previstos na Constituição — que, por sua vez, irá influenciar o Direito Privado — situação em que, no fundo, se está a falar de direito constitucional e não propriamente de um direito civil-constitucional.<sup>9</sup>

248

solo parcialmente se correspondia con la realidad social; en consecuencia, podía conducir a la falta de libertad efectiva. Una libertad real general nunca puede ser producida por la sola autonomía privada. Dado el presupuesto de una situación jurídica y fáctica aproximadamente igual de los interesados, ésta es, sin embargo, elemento esencial de la libertad real, y como tal no puede ser sustituida por planificación o regulación estatal alguna por cuidada que sea". Ibid., *Derecho constitucional y derecho privado*, p. 79.

7 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o Triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro* (EMERJ), nº 33. Rio de Janeiro, 2006, vol. 9, p. 48-49.

8 Conforme Pietro PERLINGIERI: "La costituzionalizzazione del diritto costituisce non soltanto un'esigenza dell'unitarietà del sistema e del rispetto della gerarchia delle sue fonti, ma anche la via praticabile per ovviare al rischio delle degenerazioni dello stato di diritto formale. (...) Non si tratta di distruggere ma di adeguare interpretazioni e tecniche ai valori primari, evitando di accettare come valide le prassi ufficiali. (...) Le stesse regole ermeneutiche devono essere espressione della struttura e della logica del sistema, non già dell'astratta logica del giurista". *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Nápoles: ESI, 1991, p. 193.

9 Mímimo existencial e Direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos

No Brasil, a intervenção constitucional na autonomia privada criou a compreensão de uma nova ordem pública coerente com os objetivos da República. Neste sentido é a discussão sobre a incidência direta das normas constitucionais nas relações particulares.

Segundo Gustavo Tepedino esta "metodologia" seria a resposta para duas características típicas do ordenamento: unidade e complexidade. Como o ordenamento é composto de pluralidade de fontes normativas (não se limitando as leis, por exemplo) seria necessário assegurar sua unidade com a designação desse papel à Constituição. Dentro desta lógica não faria sentido distinções quanto aos destinatários das normas jurídicas, ou mesmo, a distinção entre normas valorativas e prescritivas<sup>10</sup>.

No Direito Civil esta ordem de coisas teria efeito, principalmente, a promoção do respeito à dignidade humana (promovendo a repersonalização) via atuação positiva e negativa do Estado no "atendimento das necessidades vitais básicas"<sup>11</sup> e a aplicação direta dos direitos fundamentais.

Há, contudo, ainda hoje aqueles que enxergam na liberdade o mais amplo espaço de atuação, concebendo limites, apenas, na ordem pública e bons costumes. Em outros termos, seria a tradicional discussão do "meu" direito contra o "seu" direito: o ponto de equilíbrio alcançado atestaria a possibilidade de os particulares auto-regularem suas relações.

Parece-nos, contudo, que somente a garantia a liberdade não é suficiente a tutelar o ser humano<sup>12</sup>. Parece ser verdade que, em alguns aspectos e em determinadas ocasiões, o ser humano precisa ser tutelado dele mesmo<sup>13</sup>. Sem maiores preocupações argumentativas e

24

direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas. In SOUZA NETO, Cláudio de. SARMENTO, Daniel (Coord.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 322-323.

10 TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e Direito civil na Construção unitária do Ordenamento. In *Revista de Direito do Estado*, nº 7. Rio de Janeiro: Renovar, julho/setembro 2007, p. 69-80.

11 BARROSO, Op. cit., p. 74.

12 "A perspectiva que privilegia as situações subjetivas existenciais do ser humano, preconizada pelo direito civil constitucional, revela-se, logo, ainda mais interessante, na medida em que, decorrendo da cláusula geral de tutela da personalidade humana, prevista na Constituição, coloca-se em nível superior no ordenamento, vocacionada a proteger a pessoa, qualquer que seja a sua participação em uma relação contratual." (MATTIETTO, Leonardo. O Direito Civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 181).

13 Cite-se por exemplo a figura da autonomia privada assistida mencionada por Perlingieri (PERLINGIERI,

meramente como auxílio exemplificativo poder-se-ia lembrar o controle ao tabagismo (proteção daqueles que não fumam e, mesmo, daquele que fuma).

Se por um lado parece clara a incidência dos direitos fundamentais às relações entre particulares, seu nível de incidência não é objeto de consenso doutrinário. Esta constatação nos conduz à segunda indagação: faz parte do conteúdo da autonomia a possibilidade de renúncia ao exercício de certos direitos fundamentais? A resposta, também, não é simples.

Enquanto os defensores da aplicação direta dos direitos fundamentais aos negócios particulares entendem que se resolveriam as questões de insegurança jurídica e, neste sentido, garantiriam máxima efetividade a estes mesmos direitos, seus detratores criticam a possibilidade de arbitrariedade judicial.

Canaris, por exemplo, entende que os direitos fundamentais não vinculariam diretamente os particulares, já que tal entendimento "conduz a conseqüências dogmáticas insustentáveis, pois, então, amplas partes do direito privado, e, em especial, do direito dos contratos e da responsabilidade civil, seriam guinadas ao patamar do direito constitucional e privadas de sua autonomia."<sup>14</sup> Caberia ao Estado fazer tal mediação<sup>15</sup>.

Nesta medida resta entender como o Estado se comportaria diante da autolimitação a um direito fundamental: protegeria a autonomia inicialmente prevista ou reafirmaria o direito fundamental renunciado. Ambas as teorias concordam que não é papel dos direitos fundamentais garantir, tão somente, a liberdade privada, mas que este potencial "choque" deve ser analisado no caso concreto.

Para buscar outros elementos capazes de esclarecer o problema convém, mais uma vez, um breve parêntese.

Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*, 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 281-282.

14 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*, 3. ed., Coimbra: Almedina, 2006, p. 53-54.

15 "Designadamente, mantém-se, por um lado, a posição de que apenas o Estado é o destinatário dos direitos fundamentais, já que é também sobre ele que recai a obrigação de os proteger. Por outro lado, resulta clara a razão pela qual outros cidadãos são também atingidos e os direitos fundamentais produzem também — de certa forma por uma via indirecta — efeitos em relação a eles: justamente porque também no campo jurídico-privado o Estado, ou a ordem jurídica, estão, em princípio, vinculados a proteger um cidadão perante o outro" (CANARIS, Op. cit., p. 58).

### 3. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL E DIGNIDADE HUMANA

Um dos pilares básicos do direito obrigacional é o chamado princípio da responsabilidade patrimonial. Isso porque, em termos muito resumidos, representaria a "garantia" de que o interesse creditício seria satisfeito. Não é a toa que a esta compreensão dá-se o nome de "garantia geral do crédito".

Trata-se de afirmação própria da compreensão moderna da obrigação, verdadeiro peñhor da idéia de responsabilidade. Em outros termos, de afirmar que repousaria na vontade, livre e isenta de vícios e defeitos, a capacidade de gerar o vínculo obrigacional. Somente através dessa perfeita declaração da vontade é que os sujeitos se obrigariam. Do princípio da autonomia da vontade decorreria o princípio da força obrigatória dos contratos, pois uma vez tendo sido celebrado o acordo, nos limites das vontades dos contraentes, criar-se-ia "lei" entre as partes.

Para garantir que a obrigação assumida seria fielmente adimplida, o Direito não poderia infringir pena corporal ou violar o espaço de liberdade do indivíduo (este paradigma é associado a outra época histórica). Deveria, contudo, imiscuir-se no patrimônio do devedor, expropriando-o para fins de ressarcimento.

Note-se que esta construção foi bem recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro: art. 391 do Código Civil, arts. 591 e 597 do Código de Processo Civil.

Por outro lado, como aponta Fachin, a legislação e a jurisprudência, paulatinamente reconhecessem a existência de bens não afeitos a satisfação do interesse creditício. Haveria, aqui, sugere o autor, uma anunciada ao modelo moderno<sup>16</sup>.

Há quem identifique uma "crise de paradigmas"<sup>17</sup> que se externalizaria pela distância entre a dogmática civilista e o contexto em que deveria ser aplicada. É deste descompasso que surgiria o movimento da Constitucionalização do Direito<sup>18</sup>.

Não se trataria de mera transposição do princípio do Código Civil para a Constituição. Também não seria suficiente afirmar o predomínio hierárquico da Constituição (dentro da noção de ordenamento), mas o processo de constitucionalização como marcadamente axiológico.

16 FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 206-230.

17 MORAES, Op. cit., p. 02.

18 FACHIN, Op. cit., p. 230.

A questão que se põe, então, é de se saber quais os atributos que compõem a noção de dignidade humana. Em termos filosóficos, ao lado do paradoxo da pluralidade de singularidades apontado por Arendt, se entende que haveria uma qualidade própria que nos tornaria humanos. A noção de que a dignidade é inerente ao homem decorre da construção cristã, mas diferentemente da antiguidade, trata-se de uma noção eminentemente individual. Caberia destacar o posicionamento de Kant que, ao formular a noção de imperativo categórico, expôs “a exigência de que o ser humano jamais seja visto, ou usado, como um meio para atingir outras finalidades, mas sempre seja considerado como um fim em si mesmo”<sup>19</sup>. Dessa construção decorreria a idéia de que a legislação eventualmente elaborada precisaria levar em conta a necessidade de realização da dignidade humana.

Neste sentido, interessante notar que o Ordenamento Jurídico brasileiro não determinou o conteúdo, características ou avaliação do que venha a ser a dignidade, mas a tutelou abrangentemente. A proteção deixou de ser dada ao “indivíduo” e passou à dignidade. E não se dá de forma limitada, mas por meio da transformação do direito civil. Segundo Maria Celina Bodin de Moraes seria o único princípio capaz de “conferir a unidade axiológica e a lógica sistemática, necessárias à recriação dos institutos jurídicos e das categorias do direito civil.”<sup>20</sup>

A definição de seu conteúdo é questão sensível. Qualquer generalização pode inviabilizar sua aplicação (por super exposição, por exemplo). Maria Celina propõe quatro postulados que viabilizariam sua aplicação desde que ponderados caso a caso: igualdade (reconhecimento do outro), integridade psicofísica, liberdade e solidariedade.

Mas como, diante de um caso, tutelar esta dignidade? A indagação poderia ser respondida em termos gerais: por meio da aplicação da cláusula geral de promoção da pessoa, mas parece mais evidente quando explicada nos seguintes termos:

“Propriedade, empresa, família, relações contratuais tornam-se estruturas jurídicas funcionalizadas à realização da dignidade da pessoa humana, fundamento da República, para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo central da Constituição brasileira de 1988. Assim, a pessoa humana — e não mais o sujeito de direito neutro e abstrato —, qualificada na concreta relação jurídica em que se insere,

19 MORAES, Op. cit., p. 12.

20 MORAES, Op. cit., p. 16.

de acordo com o valor social de sua atividade, e protegida pelo ordenamento segundo o grau de vulnerabilidade que apresenta, em qualquer situação que reclame tutela, torna-se categoria central do direito privado, redesenhado pelos valores constitucionais.”<sup>21</sup>

Perceba-se, pois, que toda e qualquer ponderação para construção da compreensão da dignidade humana passará pela análise do caso concreto, sem o qual a discussão se esvazia de conteúdo e se objetiva, desnecessariamente, uma problemática existencial.

É com busca a esta compreensão que se passa a análise, ainda que sumariíssima, do esforço argumentativo enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal para dar uma solução ao caso do fiador.

#### 4. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O CASO DO FIADOR

O Supremo Tribunal Federal possui, hoje, entendimento consolidado de que a possibilidade de penhora do único bem de fiador em contrato de locação seria plenamente constitucional.

Este entendimento pode ser verificado em breve pesquisa de sua jurisprudência<sup>22</sup> e resumido na seguinte ementa:

“FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem

21 TEPELINO, Gustavo. A incorporação dos Direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. In *Revista Jurídica*, n° 341. Porto Alegre: Notadez, março de 2006, p. 26.

22 Vide, por exemplo, os recentes julgamentos do Agravo regimental no Recurso Extraordinário n° 533.128; dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n° 509.594; do Agravo regimental no Recurso Extraordinário n° 493.738; do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n° 663.278; do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n° 666.879; do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n° 576.544; do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n° 477.953; do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n° 585.772; do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n° 415.626; dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n° 450.471; do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n° 439.362.

de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Agravo regimental improvido. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República.” (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 584.436)

O marco da discussão se deu quando da análise do Recurso Extraordinário nº 407.688 que acabou por declarar a constitucionalidade do art. 3º, VII da Lei nº 8.009/1990 com a redação dada pela Lei nº 8.245/1990.

Este acórdão merece especial atenção por conta dos diversos argumentos externados pela Suprema Corte brasileira.

O relator, Min. Cezar Peluso, entendeu que referida opção legislativa não ofenderia o direito constitucional a moradia uma vez que: (i) a concretização deste direito pode se dar de variadas formas; (ii) que sua concretização não se confunde com a garantia à propriedade imobiliária; (iii) que garantir a exigibilidade de garantias idôneas seria forma de promover o direito a moradia, facilitando a locação; (iv) que o tratamento desigual dispensado ao fiador se adequaria à noção de direito social; (v) os fiadores não são obrigados a prestar fiança. Em suas constantes interpelações o relator ainda deixa claros dois outros argumentos: (vi) de que o fiador que não tem outros bens, além de sua residência, é fraudador vez que declara que pode garantir a dívida de outrem sem podê-lo; (vii) entender que o fiador não poderia dispor do bem na fiança seria aceitar a impossibilidade de qualquer tipo de alienação de bem imóvel. A fundamentação foi seguida pelos Ministros Ellen Gracie, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim exatamente no que tocou ao argumento de que assim se estaria assegurando amplamente o direito a moradia.

O Ministro Joaquim Barbosa em seu voto frisou a existência de “embate” entre dois direitos fundamentais: moradia e liberdade (“autonomia da vontade”). O Ministro em seu voto entendeu que: (i) são aplicáveis aos particulares os direitos fundamentais; (ii) que os direitos fundamentais não são absolutos; (iii) que o fiador ao exercer sua liberdade abre mão da tutela a sua moradia. A fundamentação foi seguida pelo Ministro Gilmar Mendes.

A idéia é completada pelo argumento do Ministro Marco Aurélio Mello de que, assim como acontece com a proteção ao salário, a tutela da moradia se dá nos termos da lei e que se não houvesse a fatídica redação da Lei nº 8.009/90 tal discussão nem se daria.

A divergência se instalou quando do pronunciamento do Ministro Eros Grau. Segundo seu voto que declarou que o referido dispositivo legal não teria sido recepcionado pela já mencionada Emenda Constitucional: (i) o art. 6º da Constituição não seria norma programática; (ii) não seria o caso de se invocar a reserva do possível, vez que não seriam chamados recursos públicos a viabilizar a moradia; (iii) aceitar a penhorabilidade ofenderia a isonomia.

Este voto foi acompanhado pelo Ministro Carlos Britto que destacou que a moradia seria direito fundamental e “não potestativo” e que, portanto o fiador deveria gozar da mesma tutela.

O voto também foi acompanhado pelo Ministro Celso de Mello que argumentou: (i) a existência da noção de patrimônio mínimo e repersonalização do direito civil; (ii) o direito a moradia é essencial ao homem e a sua família (neste tópico citou como precedente a decisão do Min. Carlos Velloso no Agravo de Instrumento nº 352.940/SP<sup>23</sup>); (iii) o fiador que pagasse a dívida ficaria impossibilitado de pretender regresso por conta da proteção ao locatário.

A discussão, como se percebe da leitura atenta do acórdão, passou muito mais pelos efeitos econômicos de uma tal decisão (frise-se que sem os necessários estudos comprobatórios) do que propriamente pelo “embate” dos princípios. A questão, parece-nos, estaria em se entender ou não se poderia o particular negar seu próprio direito fundamental à moradia, ou nos termos do voto do Ministro Carlos Britto, se este se trataria de um direito “não potestativo”.

## 5. NOTAS CONCLUSIVAS

Parece claro que também a liberdade contratual tem proteção constitucional.

Não é à toa que os defensores da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais também compreendia que a renúncia ao exercício de um direito fundamental poderia ser admitida.

23 “CONSTITUCIONAL. CIVIL. FIADOR: BEM DE FAMÍLIA: IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OU DE ENTIDADE FAMILIAR: IMPENHORABILIDADE. Lei nº 8.009/90, arts. 1º e 3º. Lei 8.245, de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao art. 3º, ressaltando a penhora “por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”: sua não-recepção pelo art. 6º, C.F., com a redação da EC 26/2000. Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Recurso extraordinário conhecido e provido.”



Seu condicionamento, contudo, se pautaria na identificação de uma situação de real liberdade. Em outros termos, não haveria incompatibilidade entre a teoria da aplicação direta e esta última posição vez que o desenvolvimento da personalidade também compreenderia a possibilidade de se autolimitar.

Konrad Hesse chega a afirmar que o homem como pessoa livre e autodeterminada somente poderia existir onde o ordenamento jurídico garantisse a autonomia de pensamento<sup>24</sup>, cabendo ao Direito Privado garantir esta condição essencial. Tratava-se, segundo o autor de evitar o perigo da “colonização do direito privado”. Haveria, portanto, perigo ao princípio da autonomia privada se as pessoas não pudessem renunciar as normas de direitos fundamentais<sup>25</sup>.

Este posicionamento parece claro quando o relator, Ministro Cezar Peluso, argumenta que se esta liberdade não fosse permitida, também não seria possível vender o único imóvel.

Mas, então, se é possível a disposição sobre direito fundamental, haveria algum tipo de limitação? Lembre-se, por exemplo, que a eutanásia é majoritariamente condenada, assim como proibidas as condições desumanas ou degradantes de trabalho ou, mesmo, o exemplo das limitações/imposições do direito da concorrência. Parece claro, portanto, haver um tal limite<sup>26</sup>. Qual é ele, entretanto?

Juan Maria Bilbao Ubillos, por exemplo, entende que a autonomia privada pode ser sacrificada no caso concreto, na medida da desigualdade entre as partes. A justificativa para tal medida seria o fato de que a autonomia não existiria em situações sem igualdade. Assim propõe que o grau de autonomia real entre as partes seja utilizado como mecanismo para solução desses casos.<sup>27</sup>

Perceba-se, no entanto, que este tipo de análise é incompatível com o sistema jurisprudencial brasileiro em que os Tribunais superiores não podem analisar fatos<sup>28</sup>. Interessante, no entanto, é que o relator do caso sob análise pressupôs que o fiador seria fraudador, pelo

24 HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995, p. 87.

25 HESSE, Op. cit., p. 61.

26 NALIN, Paulo. A autonomia privada na legalidade constitucional. In \_\_\_\_\_ (Coord.) *Contrato & Sociedade: a autonomia privada na legalidade constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 40.

27 BILBAO UBILLOS, Juan Maria. Eficacia horizontal de los derechos fundamentales: las teorías y la práctica. In TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 236.

28 Súmula 7 do STJ; Súmula 279 do STF.

mero fato de não possuir outros bens quando da expropriação. A realidade, contudo, poderia ser mais complicada: e seu houvesse outros bens que já haviam sido alienados para pagamento de outras dívidas deixadas pelo mesmo afiançado? Ou se o afiançado utilizava-se daquele contrato para poupar recursos para a compra de sua casa, etc.?

Perceba-se, pois que qualquer decisão, em tese, fica comprometida de alguma forma.

São esses casos limites<sup>29</sup> e a análise criteriosa de sua argumentação, entretanto, que, eventualmente, portarão a resposta a esta última indagação: não é mais suficiente a defesa de um núcleo irredutível da autonomia privada (trincheira onde se protegeria dos “avanços” constitucionais), mas o *redesenhar o próprio conteúdo da autonomia privada à luz da legalidade constitucional*, sob a premissa de que os valores constitucionais não criam limites externos à autonomia privada, mas, antes, informam seu núcleo funcional.<sup>30</sup>

THAIS PASCOALOTO VENTURI

Advogada. Mestre e Doutoranda em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Professora de Direito Civil da Universidade Positivo e da Universidade Tuiuti do Paraná.

FREDERICO EDUARDO ZENEDIN GLITZ

Advogado. Mestre e Doutorando em Direito das Relações Sociais (UFPR); Especialista em Direito e Negócios Internacionais (UFSC) e em Direito Empresarial (IBEJ); Professor da UNIBRASIL e da Universidade Positivo.

29 Há outros casos relevantes e complexos acerca do assunto, como v.g., a falta de outorga da esposa em fiança prestada pelo marido invalidando todo o negócio e tornando o bem impenhorável; extensão da proteção do bem de família ao devedor solteiro: “a equiparação da condição do imóvel de devedor solteiro com a do bem de família acaba, no limite, torcendo o sentido literal mínimo razoável da noção de família, para o fim de fazer incidir a proteção legal (infraconstitucional) quando bastaria aqui uma aplicação direta, no caso, do direito à moradia, portanto, uma solução afinada com a eficácia direta das normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares”. SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 343.

30 TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In. \_\_\_\_\_ *Temas de Direito Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 21.