

## VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (V ogal):

1. Recurso extraordinário interposto com base na al. a do inc. III do art. 102 da Constituição da República, no qual reconhecida a repercussão geral do seguinte tema: *“penhorabilidade de bem de família do fiador de contrato de locação de imóvel comercial”*.

2. Na origem, tem-se ação de despejo por falta de pagamento em fase de cumprimento de sentença. Foi interposto agravo de instrumento contra a decisão de primeira instância que deferiu a penhora de bem imóvel do fiador de contrato de locação comercial. A Vigésima Sétima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao recurso, nos termos da ementa seguinte:

*“AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE DESPEJO CUMULADA COM COBRANÇA EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - AGRAVANTE - FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL - IMPUGNAÇÃO À PENHORA - FUNDAMENTO - ÚNICO IMÓVEL - BEM DE FAMÍLIA - JUÍZO - REJEIÇÃO - ART. 3º, VII, DA LEI N. 8.009/1990 - SÚMULA 549 DO STJ E PRECEDENTES - RE 605.709/SP - INAPLICABILIDADE - ENTENDIMENTO ISOLADO, SEM EFEITO VINCULANTE - CONSTRICÇÃO - VALIDADE - DECISÃO COMBATIDA MANUTENÇÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO”*. (fl. 2, e-doc. 3)

3. O recorrente suscita ofensa ao inc. III do art. 1º, art. 6º e *caput* do art. 226, todos da Constituição da República, nos quais preconizados o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito social à moradia e a proteção do Estado à família como base da sociedade.

Argumenta que a declaração de fiador firmada em contrato de locação comercial não poderia se sobrepor ao seu direito fundamental de moradia.

Menciona o precedente fixado no RE n. 605.709/SP, afirmando *“não se pode [r] potencializar a livre iniciativa em detrimento de um direito fundamental, que é o direito à moradia, tendo em vista que o afastamento da penhora visa a beneficiar a família”*.

Afirma que não se poderia exigir o sacrifício do bem de família do fiador *“ a pretexto de satisfazer o crédito do locador de imóvel comercial”*.

Assevera que *“a restrição do direito à moradia do fiador, decorrente de contrato de locação comercial, não se justifica sequer pelo princípio da isonomia, tendo em vista, que [nem mesmo] o imóvel bem de família do locatário estará sujeito à constrição eventual e forçada”*.

Pede o provimento deste recurso *“para ensejar a reforma total do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por ofensa aos artigos 1º, III; artigo 6º e artigo 226, caput da Carta Constitucional”*. (fl. 16, e-doc. 11)

4. Em contrarrazões, o recorrido afirma que *“a posição adotada pelo STF no RE n. 605.709/SP ... cuida [r]- se [ia] de posição isolada, sem caráter vinculante, de forma que a matéria deve [ria] ser analisada à luz do art. 3º, VI, Lei nº 8.009/90”*.

Sustenta que o 6º da Constituição da República, ao estabelecer o direito social à moradia, seria *“norma programática e de cunho social, vinculadora da ação do Estado, que deve envidar esforços no sentido de propiciar moradia aos cidadãos, porém, sem reflexos nas relações privadas”*.

Enfatiza que *“a constitucionalidade da penhora sobre o bem de família do fiador, mesmo depois da Emenda Constitucional n. 26/2000, foi confirmada pelo Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 407.688, sob a relatoria do Ministro Cezar Peluso (DJ 6.10.2006), sob o entendimento ... de ser plenamente compatível a exceção legal prevista no artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/90, pela qual o proprietário oferta voluntariamente o seu imóvel como garantia de locação, com o direito à moradia consagrado no artigo 6º da Constituição Federal”*.

Finaliza requerendo seja negado provimento ao recurso.

5. A Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo - CNC, a Associação Brasileira de *Shopping Centers* - ABRASCE, a Associação Brasileira das Administradoras de Imóveis - ABADI, Associação Brasileira de Empresas do Mercado Imobiliário - ABMI e a Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas - CNDL foram admitidas na condição de *amici curiae* (e-doc. 113).

6. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo provimento deste recurso extraordinário:

*“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CIVIL. CONSTITUCIONAL REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1127. TEMA 295. DISTINGUISHING . LOCAÇÃO COMERCIAL. FIADOR. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. EXCEÇÃO. FIANÇA ONEROSA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROVIMENTO. 1. Recurso extraordinário leading case do Tema 1127 da sistemática da Repercussão Geral: “penhorabilidade de bem de família de fiador em contrato de locação comercial”. 2. O direito à moradia, em seu aspecto negativo, obsta que a pessoa seja indevidamente privada de uma moradia digna em razão de ato estatal ou de outros particulares e, pelo aspecto positivo, obriga o Estado a assegurar, por meio de adoção de medidas adequadas, a proteção de um patrimônio mínimo. 3. A delimitação da restrição ao direito à moradia implica em verificar a existência de uma finalidade lícita e proporcional, em um juízo de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. 4. A possibilidade de penhora do único imóvel residencial familiar (bem de família) do fiador de contrato de locação comercial esvaziaria o conteúdo do direito à moradia e atingiria o seu núcleo essencial, tendo em conta a prevalência do direito à moradia frente aos princípios da autonomia contratual e da livre iniciativa, que podem ser resguardados por outros mecanismos razoáveis e menos gravosos. 5. Excetua-se a impenhorabilidade diante de contrato de fiança onerosa, pois nesse caso o fiador é remunerado em razão dos riscos do negócio assumido. 6. Proposta de Tese de Repercussão Geral: ‘É impenhorável o bem de família de fiador em contrato de locação comercial, tendo em conta a prevalência do direito à moradia frente aos princípios da autonomia contratual e da livre iniciativa, salvo no caso de fiança onerosa. — Parecer pelo provimento do recurso extraordinário, com a fixação da tese sugerida’”. (e-doc. 105)*

7. Este Supremo Tribunal consolidou jurisprudência (Tema n. 295) no sentido de ser *“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”* (RE n. 612.360, Pleno, DJe. 3.9.2010). Ao ser fixada essa tese, ratificou-se o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal assentado no acórdão proferido no Recurso Extraordinário n. 407.688, nos termos do voto vencedor do Ministro Cezar Peluso:

*“Tenho por inconsistente o recurso.*

*Não me parece sólida a alegação de que a penhora do bem de família do recorrente violaria o disposto no art. 6º da Constituição da República, que, por força da redação introduzida pela EC nº 26, de 15 de fevereiro de 2000, não teria recebido a norma do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 29.03.1990, a qual, com a redação da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, abriu exceção à impenhorabilidade do bem de família.*

*A regra constitucional enuncia direito social, que, não obstante suscetível de qualificar-se como direito subjetivo, enquanto compõe o espaço existencial da pessoa humana, ‘independentemente da sua justiciabilidade e exequibilidade imediatas’, sua dimensão objetiva supõe provisão legal de prestações aos cidadãos, donde entrar na classe dos chamados ‘direitos a prestações, dependentes da actividade mediadora dos poderes públicos’. (CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3ª ed.. Coimbra: Almedina, p. 446, C, I, e 447-448).*

*Isto significa que, em teoria, são 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. Ao propósito dos direitos sociais dessa estirpe, nota a doutrina:*

*“A multiplicidade de opções que se registra no âmbito da atividade prestacional social do Estado tende a ser, em tese, ilimitada e constitui, por si só, instigante tema para uma reflexão mais aprofundada. Mesmo assim foram efetuadas diversas tentativas de sistematizar as prestações sociais estatais relevantes para a problemática dos direitos sociais, dentre as quais destacamos - pela sua plasticidade e abrangência - a proposta formulada pelo publicista germânico Dieter Murswiek, que dividiu as prestações estatais (que podem, em princípio, constituir em objeto dos direitos sociais) em quatro grupos: a) prestações sociais em sentido estrito, tais como a assistência social, aposentadoria, saúde, fomento da educação e do ensino, etc; b) subvenções materiais em geral, não previstas no item*

anterior; c) prestações de cunho existencial no âmbito da providência social (Daseinsvorsorge) , como a utilização de bens públicos e instituições, além do fornecimento de gás, luz, água, etc.; d) participação em bens comunitários que não se enquadram no item anterior, como, por exemplo, a participação (no sentido de quota-parte), em recursos naturais de domínio público.

O que se percebe, com base na sistematização proposta, é que os diversos direitos sociais prestacionais podem apresentar um vínculo diferenciado em relação às categorias de prestações estatais referidas (direito ao trabalho, assistência social, aposentadoria, educação, saúde, moradia, etc.).

Quais das diferentes espécies de prestações efetivamente irão constituir o objeto dos direitos sociais dependerá de seu reconhecimento e previsão em cada ordem constitucional, bem como de sua concretização pelo legislador, mesmo onde o Constituinte renunciar à positivação dos direitos sociais prestacionais. Importante é a constatação de que as diversas modalidades de prestações referidas não constituem um catálogo hermético e insuscetível de expansão, servindo, além disso, para ressaltar uma das diferenças essenciais entre os direitos de defesa e os direitos sociais (a prestações), já que estes, em regra, reclamam uma atuação positiva do legislador e do Executivo, no sentido de implementar a prestação que constitui o objeto do direito fundamental.”

Daí se vê logo que não repugna à ordem constitucional que o direito social de moradia – o qual, é bom observar, se não confunde, necessariamente, com direito à propriedade imobiliária ou direito de ser proprietário de imóvel – 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. (...)

A respeito, não precisaria advertir que um dos fatores mais agudos de retração e de dificuldades de acesso do mercado de locação predial está, por parte dos candidatos a locatários, na falta absoluta, na insuficiência ou na onerosidade de garantias contratuais lícitamente exigíveis pelos proprietários ou possuidores de imóveis de aluguel. Nem, tampouco, que acudir a essa distorção, facilitando celebração dos contratos e com isso realizando, num dos seus múltiplos modos de positivação e de realização histórica, o direito social de moradia, é a própria ratio legis da exceção prevista no art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 1990. São coisas óbvias e intuitivas.

Daí, só poder conceber-se acertada, em certo limite, a postura de quem vê, na penhorabilidade de imóvel do fiador, regra hostil ao art. 6º da Constituição da República, em ‘havendo outros meios de assegurar o pagamento do débito’, porque essa constitui a única

*hipótese em que, perdendo, diante de particular circunstância do caso, a função prática de servir à prestação de garantia exclusiva das obrigações do locatário e, como tal, de condição necessária da locação, a aplicação da regra contradiria o propósito e o alcance normativo. Aí, não incidiria, não porque, na sua generalidade e eficácia, seja desconforme com a Constituição, senão porque o fato (fatispecie concreta) é que se lhe não afeiçoaria ao modelo normativo (fatispecie abstracta).*

*Ou, noutros termos, a norma deveras comporta redução teleológica que, para a acomodar à tutela constitucional do direito social de moradia, na dupla face de resguardo simultâneo a direito subjetivo do fiador ao bem de família e, por viés, a análogo direito do locatário à habitação, exclua do seu programa normativo, sem mudança alguma do texto legal, certa hipótese de aplicação, qualificada pela existência de outro ou outros meios capazes de assegurar o pagamento forçado de todo o crédito do locador.*

*A essa construção, no plano dogmático, corresponde o conceito puro de declaração de nulidade, sem redução de texto.*

*Mas não é caso dessa redução, porque aqui não se alega nem consta estejam disponíveis outras garantias ao crédito exequendo.*

*Nem parece, por fim, curial invocar-se de ofício o princípio isonômico, assim porque se patenteia diversidade de situações factuais e de vocações normativas - a expropriabilidade do bem do fiador tende, posto que por via oblíqua, também a proteger o direito social de moradia, protegendo direito inerente à condição de locador, não um qualquer direito de crédito -, como porque, como bem observou JOSÉ EDUARDO FARIA, “os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios”.*

*Não admira, portanto, que, no registro e na modelação concreta do mesmo direito social, se preordene a norma subalterna a tutelar, mediante estímulo do acesso à habitação arrendada – para usar os termos da Constituição lusitana -, o direito de moradia de uma classe ampla de pessoas (interessadas na locação), em dano de outra de menor espectro (a dos fiadores proprietários de um só imóvel, enquanto bem de família, os quais não são obrigados a prestar fiança). 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.*

*Do exposto, nego provimento ao recurso extraordinário” .*

Ao reconhecer a constitucionalidade da exceção prevista no inc. VII do art. 3º da Lei 8.009/1990, mesmo após a inserção do direito à moradia no rol de direitos sociais pela EC n. 26/2000, este Supremo Tribunal assentou que a possibilidade de penhora de bem de família do fiador de contrato de locação justifica-se pela imperiosidade de a todos ser assegurado o direito à moradia, mormente àqueles que não apresentam condições de adquirir um imóvel próprio e necessitam da garantia para que esse direito social seja materializado.

Quanto ao direito ao crédito de locador de imóvel comercial, contudo, parece-me evidente a impossibilidade de aplicação da tese fixada no Recurso Extraordinário n. 612.360 (Tema n. 295), no qual se reafirmou a jurisprudência consolidada a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 407.688, considerando as razões de decidir adotadas nos respectivos acórdãos.

**8.** O direito à moradia foi formalmente incorporado à Constituição da República como direito social, pela Emenda Constitucional n. 26/2000, tendo sido, antes mesmo dessa alteração, mencionado em outros dispositivos (inc. IV do art. 7º, inc. IX do art. 23, art. 183 e art. 191), pois derivado do princípio da dignidade da pessoa humana (inc. III, art. 1º).

Antes da inserção do direito à moradia no texto constitucional, diversos tratados internacionais em matéria de direitos humanos incorporados ao direito interno como, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 25) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 11), salvaguardavam esse direito de caráter fundamental, dotando-o de plena aplicabilidade (§§1º e 2º do art. 5º da Constituição da República).

Para José Afonso da Silva o direito à moradia “ (...) é daqueles direitos que têm duas faces: uma negativa e uma positiva. A primeira significa que o cidadão não pode ser privado de uma moradia nem impedido de conseguir uma, no que importa a abstenção do Estado e de terceiros. A segunda, que é a nota principal do direito à moradia, como dos demais direitos sociais, consiste no direito de obter uma moradia digna e adequada, revelando-se como um direito positivo de caráter prestacional, porque legitima a pretensão do seu titular à realização do direito por via de ação positiva do Estado. É nessa ação positiva que se encontra a condição de

*eficácia do direito à moradia. E ela está prevista em vários dispositivos de nossa Constituição, entre os quais se destaca o art. 3º, que define como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade justa e solidária, erradicar a marginalização – e não há marginalização maior do que não se ter um teto para si e para a família – e promover o bem de todos, o que pressupõe, no mínimo, ter onde morar dignamente”.*

Sem a moradia, o ser humano perde a autonomia indispensável ao desenvolvimento de suas atividades sociais e produtivas, definha, se insula e se marginaliza. Dificilmente sobreviverá com dignidade, como demonstra o cenário atual de significativa parcela da população que “mora” nas ruas.

9. Na lição doutrinária de Ingo Wolfgang Sarlet, “*embora se saiba ... que nem todos os direitos e garantias fundamentais expressamente anunciados no elenco do Título II de Nossa Constituição encontram seu fundamento direto no princípio da dignidade da pessoa humana e que, de qualquer modo (mesmo que haja uma conexão direta com a dignidade da pessoa), diversa a intensidade do vínculo entre dignidade e direitos fundamentais, já que distinto o âmbito de proteção de cada direito em espécie, não poderíamos, por outro lado, deixar de reconhecer que é na dignidade da pessoa humana que reside o fundamento primeiro e principal e, de modo particular, o alicerce de um conceito material dos direitos fundamentais, econômicos e culturais em geral, bem como o direito à moradia em particular”.*

O direito à moradia compõe o núcleo mínimo de direitos assegurados à pessoa por existir, pois indispensável para a vida humana digna.

Nas palavras do Ministro Celso de Mello, “*a noção de ‘mínimo existencial’, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar à pessoa acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança”.* (ARE n. 639.337-AgR/SP, Segunda Turma, DJe. 1º.9.2011)

Nesse contexto, *“talvez seja o direito à moradia – bem mais do que o direito de propriedade – que melhor se ajusta à conhecida frase de Hegel, ao sustentar – numa tradução livre – que a propriedade constitui (também) o espaço de liberdade da pessoa ( Sphäre ihrer Freiheit ). De fato, sem um lugar adequado para proteger a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, a depender das circunstâncias, por vezes não terá sequer assegurado o direito à própria existência física e, portanto, o seu direito à vida”*.

10. Considerar que a norma do art. 6º, por tratar de um direito fundamental social, teria caráter programático, incapaz de produzir efeitos plenos e imediatos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição.

A jurisprudência deste Supremo Tribunal consolidou-se no sentido de que *“as violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados”*. (RE n. 201.819, Relator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe. 27.10.2006)

A concepção da aplicabilidade horizontal das normas instituidoras dos direitos fundamentais nas relações privadas impõe a análise destas à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e, no caso da relação contratual entre locador e fiador de imóvel comercial, também à luz do direito à moradia.

O Estado, como os particulares, tem o dever jurídico de respeitar o direito à moradia das pessoas. Ao primeiro, incumbe viabilizar as atividades econômicas por meio de políticas públicas que fortaleçam e incrementem outras modalidades de garantias para facilitar o acesso da população ao mercado de locações imobiliárias (eficácia vertical dos direitos

fundamentais). Aos particulares, cumpre exercer a livre iniciativa conforme os ditames da justiça social, de forma que todos possam ter uma existência digna (art. 170 da Constituição da República).

11. Como se dispõe no art. 818 do Código Civil, pela fiança contratual *“uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra”*. Tem-se contrato acessório pelo qual o fiador passará a responder pela dívida, com seu patrimônio total e alienável, caso o devedor principal não cumpra a sua obrigação.

No inc. VII do art. 3º da Lei n. 8.009/90 prevê-se que o bem de família pode ser penhorado por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Como antes mencionado, este Supremo Tribunal assentou ser *“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”* (Tema n. 295 da repercussão geral). Buscou-se viabilizar a locação para fins residenciais, facilitando a prestação de garantia, de forma a promover a moradia e habitação desses imóveis, em juízo de ponderação entre o direito à moradia do locatário e do fiador.

No caso da locação de imóvel comercial, esse raciocínio não se aplica. Não se há de cogitar de prevalência do crédito fundado na locação de caráter comercial sobre o mandamento constitucional de se priorizar e preservar o direito à moradia. Inadmissível seria o sacrifício de um direito de tamanha magnitude constitucional (direito à moradia) para se privilegiar outro de menor relevância (direito ao crédito), pois o princípio da livre iniciativa deve harmonizar-se com os princípios da dignidade humana, da solidariedade e da justiça social.

Salientou o Procurador Geral da República que, *“embora a possibilidade de penhorar o imóvel familiar do fiador em contratos de locação comercial possa ser considerada adequada para o fim almejado, pois, em alguma medida, amplia-se a garantia do locador, consiste em medida desnecessária e desproporcional. A desnecessidade, que se presta ao juízo comparativo dos meios, revela-se diante da existência de outros*

*mecanismos disponíveis (caução e seguro-fiança, por exemplo) para garantir o contrato de locação comercial, sendo que a escolha haveria de recair sobre aquele meio menos gravoso, que menos restringe o núcleo essencial do direito à moradia. Já a desproporcionalidade – em sentido estrito – da penhorabilidade de bem de família de fiador em contrato de locação comercial decorre da constatação de que a intensidade em que se atinge o núcleo essencial do direito à moradia (direito fundamental contraposto que sofre a restrição) é superior aos eventuais ganhos com a promoção dos princípios da livre iniciativa e da autonomia contratual em aplicação no contrato de locação comercial (princípios fomentados pelo meio escolhido). É dizer, a valia da promoção do fim não corresponde à desvalia da violação causada”.* (fls. 14-16, e-doc.105)

Ademais, a lei civil há de ser interpretada e aplicada segundo a norma constitucional, não sendo admissível o inverso. Para incrementar a garantia do locador, poderão ser utilizadas outras modalidades de caução previstas em lei, que não seja o despojamento do fiador do único imóvel que lhe serve de moradia, pelo inadimplemento do locatário.

**12.** Em diversas decisões que proferi sobre a matéria, tenho enfatizado a ilogicidade da possibilidade de se penhorar o único imóvel do fiador de locação comercial, desconsiderando-se totalmente o direito à moradia, quando a legislação infraconstitucional (parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.009/90) impede a penhora, até mesmo, dos bens que compõem a residência do locatário (devedor principal).

Confirmam-se, por exemplo, os seguintes julgados: Recurso Extraordinário n. 1.223.149, de minha relatoria, DJe. 21.8.2019; Recurso Extraordinário n. 1.287.488-ED-AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe. 18.12.2020; Recurso Extraordinário n. 1.278.427, de minha relatoria, DJe 5.8.2020; Recurso Extraordinário n. 1.290.112, de minha relatoria, DJe. 21.10.2020, entre outros.

**13.** Em 12.6.2018, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 605.709, a Primeira Turma deste Supremo Tribunal, por maioria, assentou ser impenhorável o bem de família do fiador em contrato de locação comercial, concluindo haver, naquele caso, premissas fáticas distintas daquelas que conduziram à fixação da tese, conforme a ementa seguinte:

*“RECURSO EXTRAORDINÁRIO MANEJADO CONTRA ACÓRDÃO PUBLICADO EM 31.8.2005. INSUBMISSÃO À SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. PREMISSAS DISTINTAS DAS VERIFICADAS EM PRECEDENTES DESTA SUPREMA CORTE, QUE ABORDARAM GARANTIA FIDEJUSSÓRIA EM LOCAÇÃO RESIDENCIAL. CASO CONCRETO QUE ENVOLVE DÍVIDA DECORRENTE DE CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL COMERCIAL. PENHORA DE BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR. INCOMPATIBILIDADE COM O DIREITO À MORADIA E COM O PRINCÍPIO DA ISONOMIA. 1. A dignidade da pessoa humana e a proteção à família exigem que se ponham ao abrigo da constrição e da alienação forçada determinados bens. É o que ocorre com o bem de família do fiador, destinado à sua moradia, cujo sacrifício não pode ser exigido a pretexto de satisfazer o crédito de locador de imóvel comercial ou de estimular a livre iniciativa. Interpretação do art. 3º, VII, da Lei n. 8.009/1990 não recepcionada pela EC n 26/2000. 2. A restrição do direito à moradia do fiador em contrato de locação comercial tampouco se justifica à luz do princípio da isonomia. Eventual bem de família de propriedade do locatário não se sujeitará à constrição e alienação forçada, para o fim de satisfazer valores devidos ao locador. Não se vislumbra justificativa para que o devedor principal, afiançado, goze de situação mais benéfica do que a conferida ao fiador, sobretudo porque tal disparidade de tratamento, ao contrário do que se verifica na locação de imóvel residencial, não se presta à promoção do próprio direito à moradia. 3. Premissas fáticas distintas impedem a submissão do caso concreto, que envolve contrato de locação comercial, às mesmas balizas que orientaram a decisão proferida, por esta Suprema Corte, ao exame do tema n. 295 da repercussão geral, restrita aquela à análise da constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador em contrato de locação residencial. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido (RE n. 605.709, Redatora para o acórdão a Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 18.2.2019).*

Naquela sessão, concluiu-se que, embora este Supremo Tribunal tenha reconhecido constitucional a penhorabilidade de bem de família de fiador em contrato de locação (Tema n. 295 da repercussão geral), as razões de decidir que conduziram à fixação dessa tese não são aplicáveis aos contratos de locação de imóvel comercial.

Adotando o precedente firmado no Recurso Extraordinário n. 605.709, tem-se, por exemplo, as seguintes decisões monocráticas: Recurso Extraordinário n. 1.242.616-AgR-segundo, Relator o Ministro Gilmar

Mendes, Segunda Turma, DJe 1º.9.2020; Recurso Extraordinário n. 1.259.431-AgR, Relator o Ministro Edson Fachin, DJe 13.8.2020; Recurso Extraordinário n. 1.280.380, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe 5.8.2020; Recurso Extraordinário n. 1.276.295, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 6.8.2020; Recurso Extraordinário n. 1.278.282, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe 10.8.2020; e Recurso Extraordinário n. 1.268.112, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe 3.6.2020; Recurso Extraordinário n. 1.277.481-AgR, Relator o Ministro Edson Fachin, Segunda Turma, DJe 23.11.2020.

A Segunda Turma deste Supremo Tribunal não tem divergido sobre a questão, assentando não se aplicar a orientação firmada no Tema n. 295 da repercussão geral aos casos nos quais se discute a penhorabilidade de bem de família do fiador em contrato de locação comercial. Confirmam-se os seguintes julgados:

*“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITOS INFRINGENTES: CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL. CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL COMERCIAL. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO”*. (RE n. 1.292.107-ED, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe. 30.11. 2020)

*“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR NO CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL COMERCIAL. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AOS ARTS. 1º, III, 6º E 226, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – É impenhorável o bem de família do fiador em contrato de locação de imóvel comercial, dada a necessidade de observância ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), ao direito fundamental à moradia (art. 6º da CF) e à preservação da unidade familiar (art. 226 da CF). II - A orientação firmada no Tema 295 da Repercussão Geral (RE 612.360-RG/SP) não se aplica aos casos em que se discute a penhorabilidade de bem de família do fiador em contrato de locação comercial. III – Agravo regimental a que se nega provimento”*. (RE n. 1.296.251-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe. 10.5.2021)

*“Segundo agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Direito Processual Civil. 3. Contrato de locação de imóvel comercial. Impenhorabilidade de bem de família do fiador. 4. Proteção da dignidade da pessoa humana e da família. Prevalência do direito à*

*moradia. Precedentes. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Negado provimento ao agravo regimental. Verba honorária majorada em 10%” . (RE n. 1242616 AgR-segundo, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe. 1º.9.2020)*

*“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSIÇÃO EM 9.9.2020. PENHORABILIDADE DE BEM DE FAMÍLIA. FIADOR. CONTRATO DE LOCAÇÃO COMERCIAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Matéria discutida nos presentes autos não guarda similitude com a tratada no RE 612.360, Rel. Min. Ellen Gracie, Plenário, DJe de 3.9.2010, Tema 295, cuja repercussão geral foi reconhecida. 2. Verifica-se que quando se trata de contrato de locação residencial é possível contrapor o direito à moradia de fiadores ao igualmente relevante direito à moradia dos locatários, o que não se verifica na hipótese de fiança em contrato de locação de imóvel comercial. 3. Agravo regimental a que se nega provimento”. (RE n. 1.277.481-AgR, Relator o Ministro Edson Fachin, DJe. 23.11. 2020)*

Na Primeira Turma, parecer prevalecer, ainda, o entendimento de ser a tese firmada no Recurso Extraordinário n. 612.360 (Tema n. 295) aplicável indistintamente às locações de imóveis residenciais e comerciais:

*“DIREITO PENAL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECRETO-LEI 3.240/41. ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL PERTINENTE E DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). 1. A parte recorrente se limita a postular a análise da legislação infraconstitucional pertinente e uma nova apreciação dos fatos e do material probatório constante dos autos, o que não é possível nesta fase processual. Nessas condições, a hipótese atrai a incidência da Súmula 279/STF. Precedentes. 2. O STF entende que o art. 3º, VII, da Lei nº 8.099/1990, ao tratar da garantia qualificada, não fez nenhuma diferenciação quanto à natureza do contrato de locação, dessa forma independe se a garantia é residencial ou comercial (RE 612.360-RG, Relª. Minª. Ellen Gracie). 3. Ademais, a Primeira Turma do STF, no julgamento do RE 1.223.843-ED, Rel. Min. Alexandre de Moraes, decidiu que o julgado proferido no RE 605.709/SP, em que foi afastada a penhorabilidade do bem de família de fiador em contrato de locação comercial, trata-se de posição isolada desta Corte, motivo pelo qual não se sobrepõe ao precedente formado pelo Tribunal Pleno sob a sistemática da repercussão geral. 4. Embargos de declaração acolhidos para sanar a*

*contradição, sem efeitos modificativos, mantendo a negativa de seguimento do recurso extraordinário por outros fundamentos”. (RE n. 1.260.497-AgR-ED, Relator o Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe. 6.7.2020)*

*“AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FUNDAMENTAÇÃO A RESPEITO DA REPERCUSSÃO GERAL. INSUFICIÊNCIA. DECISÃO RECORRIDA EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. 1. Os recursos extraordinários somente serão conhecidos e julgados, quando essenciais e relevantes as questões constitucionais a serem analisadas, sendo imprescindível ao recorrente, em sua petição de interposição de recurso, a apresentação formal e motivada da repercussão geral, que demonstre, perante o Supremo Tribunal Federal, a existência de acentuado interesse geral na solução das questões constitucionais discutidas no processo, que transcenda a defesa puramente de interesses subjetivos e particulares. 2. A obrigação do recorrente em apresentar formal e motivadamente a preliminar de repercussão geral, que demonstre sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, a relevância da questão constitucional debatida que ultrapasse os interesses subjetivos da causa, conforme exigência constitucional e legal (art. 102, § 3º, da CF/88, c/c art. 1.035, § 2º, do CPC/2015), não se confunde com meras invocações desacompanhadas de sólidos fundamentos no sentido de que o tema controvertido é portador de ampla repercussão e de suma importância para o cenário econômico, político, social ou jurídico, ou que não interessa única e simplesmente às partes envolvidas na lide, muito menos ainda divagações de que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é incontroversa no tocante à causa debatida, entre outras de igual patamar argumentativo. 3. Decisão recorrida em conformidade com a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no julgamento do RE 612.360-RG (Rel. Min. ELLEN GRACIE, Tema 295), em que se fixou a seguinte tese: “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.” . 4. Não cabe restringir tal entendimento, reconhecendo a impenhorabilidade ao fiador em contratos de locação comercial, pois a Lei 8.009/1990 não faz qualquer distinção (...)” . (RE n. 1.292.768-AgR, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe. 13.4.2021)*

**14.** Mesmo reconhecendo decorrer também do princípio da autonomia da vontade da pessoa a contratação livremente ajustada, é de se anotar que a ordem jurídica impõe limites à liberdade de contratar, notadamente em se tratando do que corresponderia a renúncia a direitos fundamentais.

É certo poder o indivíduo escolher ser ou não fiador. Como a fiança tem caráter essencialmente gratuito, aceita-se esse encargo por solidariedade, por amizade ou para preservar relações familiares. Muitas vezes é imposta pelo locador a renúncia ao benefício de ordem, sem que o fiador tenha opção de exigi-lo. Em geral, sequer sabe ele que seu imóvel residencial está sujeito à garantia de dívida, se houver inadimplemento do afiançado. Sob o prisma constitucional da proteção ao direito de moradia, essas circunstâncias reforçam ser injustificável a penhora do bem de família do fiador, em se tratando de locação de imóvel comercial.

Como assentado pela Ministra Rosa Weber ao proferir seu voto no Recurso Extraordinário n. 605.709, *“a imposição de limites à penhora de certos bens constitui conquista civilizatória, endereçada a assegurar o mínimo existencial. Admitir a penhora de bem de família para satisfazer débito decorrente de locação comercial, em nome da promoção da livre iniciativa, redundaria, no limite, em solapar todo o arcabouço erigido para preservar a dignidade humana em face de dívidas”*.

15. Quanto à hipótese raríssima de a fiança assumir caráter oneroso, não se tem conflito entre o direito de crédito do credor e o direito à moradia do devedor. Nessa circunstância, altera-se o sinalagma contratual, pois a relação obrigacional se estabelece entre fiador e locatário e não entre aquele e o locador.

Como salientado pelo Procurador Geral da República, *“exceção à impenhorabilidade do único imóvel familiar do fiador faz-se presente diante de contrato de fiança onerosa, pois nesse caso o fiador é remunerado para equilibrar a assunção do risco adjacente ao negócio jurídico principal, de modo que a garantia por ele prestada tem a álea em consideração intencional no preço pago pelo contrato acessório. Diante dessa lógica de funcionamento distinta, as circunstâncias e os interesses em conflito são diferentes daqueles presentes no contrato de fiança gratuita. Esse elemento distintivo faz com que a prevalência, após a ponderação, recaia sobre os princípios da autonomia contratual e livre iniciativa. Nesse caso, a desproporcionalidade da penhora do bem familiar verificada no contrato de fiança gratuita, deixa de subsistir, pois os envolvidos na avença anuíram e precificaram o risco, na lógica da livre iniciativa”*. (fl. 19, e-doc. 105)

Se a fiança onerosa tiver sido prestada por instituição financeira (fiança bancária), não se vislumbra o risco de penhora de bem imóvel que sirva como moradia do fiador.

16. Pelo exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso extraordinário e proponho a seguinte tese de repercussão geral: *“É impenhorável o bem de família de fiador em contrato de locação comercial, em virtude da incompatibilidade da exceção prevista no art. 3º, VII, da Lei 8.009/1990 com o direito à moradia deste, salvo no caso de fiança onerosa”*.

Plenário Virtual - minuta de voto - 25/02/2022