

VOTO

O Senhor Ministro Alexandre de Moraes: Trata-se de Recurso Extraordinário, submetido ao rito da repercussão geral (Tema 1127), em que se discute a *penhorabilidade do bem de família de fiador em contrato de locação comercial*.

O recurso reúne todos os pressupostos constitucionais e legais de admissibilidade. Passo, então, à análise do mérito.

O Recorrente sustenta, em síntese, que, em contrato de locação comercial, deve-se dar prevalência ao direito fundamental à moradia, em detrimento da livre iniciativa, afastando-se, portanto, a penhorabilidade do bem de família do fiador, em razão de eventual descumprimento do contrato pelo locatário.

Alega, ainda, que a tese fixada por esta CORTE quando do julgamento do Tema 295 da repercussão geral (*É constitucional a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, em virtude da compatibilidade da exceção prevista no art. 3º, VII, da Lei 8.009/1990 com o direito à moradia consagrado no art. 6º da Constituição Federal, com redação da EC 26/2000*) aplica-se apenas aos contratos de locação residencial. Dessa forma, nos contratos de locação comercial, deve-se seguir a regra da impenhorabilidade do bem de família do fiador.

1. O direito à moradia – legislação e jurisprudência até o julgamento do Tema 295 da repercussão geral.

A tese defendida pelo recorrente está diretamente relacionada ao direito à moradia, que alçou *status* constitucional com a promulgação da Emenda Constitucional 26, de 14 de fevereiro de 2000, após debates nas Casas Legislativas sobre a urgência em se reconhecer a moradia como um direito social constitucionalmente protegido.

Os autores da proposta da Emenda à Constituição Federal justificaram a introdução da moradia no rol dos direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal pelos seguintes fundamentos:

“As atuais condições de moradia de milhões de brasileiros chegam a ser deprimentes, configuram verdadeira "chaga social" para

grande parte das metrópoles do País. Faz-se, portanto, urgente que se dê início a um processo de reconhecimento da moradia como a célula básica, a partir da qual se desenvolvem os demais direitos do Cidadão, já reconhecidos por nossa Carta Magna: a saúde, o trabalho, a segurança, o lazer, entre outros. Sem a moradia o indivíduo perde a identidade indispensável ao desenvolvimento de suas atividades, enquanto ente social e produtivo, se empobrece e se marginaliza. Com ele se empobrece, Invariavelmente, a Nação” (Relatório Comissão de Constituição e Justiça e de Redação. <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD15DEZ1998.pdf#page=43>).

Enfim, a ideia é exatamente de se introduzir o direito à moradia no rol dos direitos sociais em virtude das atuais – lá em 2000; passados 21 anos, eu diria, mais atuais ainda - péssimas condições de moradias de milhões e milhões de brasileiros.

O legislador constituinte reformador agiu com acerto ao constitucionalizar o direito à moradia no rol dos direitos sociais, pois esses caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social e o respeito à dignidade da pessoa humana, que configuram fundamentos de nosso Estado Democrático, conforme preleciona o art. 1º, incisos III e IV da Constituição Federal.

Então não há dúvida de que sempre temas relacionados a residências, a bens de famílias, são temas ligados ao direito à moradia e, como tal, devem ser observados, porque o direito à moradia faz parte do princípio maior que rege a República, o princípio da dignidade da pessoa humana. cujo escopo é garantir o mínimo para a subsistência digna do ser humano.

Nesse contexto, como verdadeira garantia instrumental e protetiva ao direito de moradia, nosso ordenamento jurídico disciplinou duas espécies de bem de família:

- (i) o bem de família convencional (ou voluntário), regulamentado pelos artigos 1711 a 1722 do Código Civil, que requer instituição pelos cônjuges, entidade familiar ou terceiros;
- (ii) o bem de família legal, regulamentado pela Lei 8.009/1990, que prescinde de qualquer manifestação dos interessados, sendo instituído diretamente pela lei.

A Lei 8.009/1990, portanto, ao prever a impenhorabilidade do bem de família legal, trouxe importante instrumento de garantia do mínimo existencial, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana (MARIA BERENICE DIAS, *Manual de direito das famílias*, 14. ed. Salvador: Editora Juspodvim, 2021. p. 758).

Veja-se, por oportuno, o teor do artigo 1º da Lei 8.009/1990:

“Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, **é impenhorável** e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, **salvo nas hipóteses previstas nesta lei.**

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados”.

Não obstante a *proteção* conferida pela lei ao bem de família legal, o artigo 3º da Lei 8.009/1990 previu exceções à regra, permitindo, portanto, sua penhora nas seguintes hipóteses:

“Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, **salvo se movido** :

I - (Revogado pela Lei Complementar nº 150, de 2015)

II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

III - pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida; (Redação dada pela Lei nº 13.144 de 2015)

IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação . (Incluído pela Lei nº 8.245, de 1991)

Assim, com a edição da Lei 8.245, de 1991 (Lei do Inquilinato), a fiança concedida em contrato de locação foi inserida entre as situações em que se permite a penhora do bem de família, **com a finalidade de não restringir a possibilidade de fiança em locação de fiador com um único imóvel**, como bem ressaltado pelos professores SÍLVIO VENOSA e MARIA HELENA DINIZ (Nova Lei do Inquilinato Comentada. São Paulo: Atlas, 1992):

"Com a introdução deste inciso VII, poderá ser penhorado o imóvel da família, quando decorrente de fiança locatícia. Entendeu o legislador que, caso não permitisse essa exceção, restringiria as possibilidades de fiança em locação, uma vez que os fiadores deveriam apresentar patrimônio suficiente, excluindo o imóvel da residência. Destarte, com a redação legal, pode o fiador ter unicamente seu imóvel residencial para garantir a obrigação locatícia" (p. 285)

"Devido ao acréscimo do inciso VII ao artigo 3º da Lei nº 8009/90, a impenhorabilidade do imóvel residencial do casal ou da entidade familiar não será oponível em processo de execução civil movido por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. O fiador não poderá, então, beneficiar-se da impenhorabilidade do imóvel onde reside com sua família, na hipótese de processo de execução relativo à fiança que prestou como garantia de um pacto locatício, assegurando o cumprimento das obrigações contratuais *ex locato* pelo afiançado (inquilino).

Assim sendo, perante esta disposição normativa, o fiador de contrato de locação não poderá opor a impenhorabilidade do imóvel que lhe serve de moradia, no processo de execução contra ele movido, em razão de fiança prestada. Se o inquilino não cumprir seus deveres locativos, abrir-se-á execução contra seu fiador, e o imóvel onde este reside não estará coberto pela garantia legal de insuscetibilidade de penhora" (p. 329/330).

Com o advento da Emenda Constitucional 26/2000 – que, conforme já mencionado, introduziu o direito à moradia no rol dos direitos sociais previstos no artigo 6º da Carta da República –, esta SUPREMA CORTE foi instada a se manifestar sobre a recepção ou não do artigo 3º, VII, da Lei 8.009/1990, ou seja, se a exceção à impenhorabilidade do bem de família na hipótese de “*obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação*”, manter-se-ia constitucional.

No julgamento do RE 407.688, de relatoria do Ilustre Min. CEZAR PELUSO, DJe de 6/10/2006, o Plenário desta CORTE assentou a

compatibilidade do artigo 3º, VII, da Lei 8.009/1990, na redação da Lei 8.245/1991, com o artigo 6º da Constituição Federal.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, na análise da relatividade de todos os direitos fundamentais, inclusive os sociais, conseguiu compatibilizar o direito à moradia dos proprietários e sua proteção instrumental – bem de família – com o necessário direito de moradia dos candidatos à locatários, garantindo razoável acesso ao mercado de locação predial à milhares de pessoas.

Note-se que, a proteção ao direito à moradia foi duplamente observada, pois também fora analisada sob a ótica daquele que necessita alugar uma residência.

O acórdão ficou assim ementado:

“EMENTA: FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. 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”.

Vejam-se os seguintes trechos do voto do Eminentíssimo Relator, Min. CEZAR PELUSO:

“ 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 licitamente 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. 321 inc. VII, da Lei nº 8.009, de 1990. São coisas óbvias e intuitivas.

[...]

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...

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. ”

Posteriormente, no julgamento do RE 612360, submetido à sistemática da repercussão geral (Tema 295), DJe de 3/9/2010, de relatoria da Ilustre Min. ELLEN GRACIE, o TRIBUNAL PLENO reafirmou sua jurisprudência e fixou tese no sentido de que:

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

No caso subjacente a esse precedente vinculante, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu pela constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador de obrigação firmada em contrato de locação, ao fundamento de que a EC 26/2002, por ser uma norma de natureza programática dirigida antes à Administração Pública, não produziu alteração nas relações jurídicas regidas pelo direito privado - em especial, nas avenças locatícias. O acórdão foi assim ementado:

“Embargos à execução. Penhora de bens do fiador em contrato de locação. Impenhorabilidade afastada. Inconstitucionalidade em face da Emenda Constitucional 26 não reconhecida. Honorários arbitrados equitativamente. Recurso desprovido.

A decisão de inadmissibilidade do Recurso Extraordinário interposto pelo fiador do acórdão supra desafiou agravo de instrumento, o qual, nesta CORTE, foi distribuído à Min. ELLEN GRACIE.

A Relatora, então, determinou a reautuação do recurso como RE e, ato contínuo, diante da pacificação do entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no sentido da constitucionalidade da penhora sobre o bem de família do fiador, mesmo após a EC 26/2000, entendeu não ser necessária nova apreciação da matéria pelo Plenário, sendo possível o julgamento monocrático do recurso, nos termos do art. 325, caput, do RISTF.

Assim, a Min. ELLEN GRACIE manifestou-se pela existência de repercussão geral do tema, e pela ratificação da jurisprudência do TRIBUNAL PLENO, a fim de que fossem observadas as disposições do art. 543-B do Código de Processo Civil de 1973.

Para reforçar sua decisão, citou o RE 407.688 (Rel. Min. CEZAR PELUSO) aqui já referido, além dos seguintes precedentes:

RE 407.688, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Pleno, DJ de 6/10/2006; RE 477.953-AgR, Rel. Min. EROS GRAU, Segunda Turma, DJ de 2/2/2007; RE 493.738-AgR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe de 5/2/2009; AI 584.436-AgR, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, DJe de 12/3/2009; AI 693.554, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 11/2/2008; RE 591.568, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe de 18/9/2008; RE 598.036, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 6/4/2009; AI 642.307, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe de 26/6/2009; RE 419.161, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 9/11/2009; AI 718.860, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 19/4/2010; e RE 607.505, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 5/3/2010.

Por fim, foi negado seguimento ao Recurso Extraordinário.

Importante registrar, que nesse *leading case*, nenhuma distinção foi feita entre tratar-se de penhora de bem de fiador atrelado a contrato de locação residencial ou não residencial.

Nos termos da tese fixada pela SUPREMA CORTE, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 549:

“É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação. (SÚMULA 549, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/10/2015, DJe de 19/10/2015)”.

2. Bem de família e locação comercial – aplicabilidade das diretrizes emanadas do Tema 295.

Poderíamos nos perguntar, então, por que estamos rediscutindo esse tema se já está resolvido. Por que estaríamos rediscutindo-o se, no Tema 295, em tese de repercussão geral, houve a recepção e se permitiu a penhora, e não só o Supremo, mas também o STJ, toda a jurisprudência e todos os tribunais acabaram aplicando-o?

Porque, a partir da aplicação dessa tese do Tema 295, começou-se a discutir, especificamente, bem de família e locação comercial. Em que pese - é importante dizer - o Tema 295 não ter diferenciado, é verdade que ele se referia à locação residencial. O Tema 295 não diferenciou, mas todo o precedente discutiu a questão da locação residencial.

A partir do exame do RE 605.709, julgado em 12/6/2018, DJe de 18/2/2019, no qual a Primeira Turma desta CORTE, acompanhando, por maioria, voto divergente aberto pela Eminente Min. ROSA WEBER, compreendeu-se que o bem de família de fiador em contrato de **locação comercial** não se submeteria ao Tema 295 da repercussão geral, sendo, portanto, impenhorável. Eis a ementa do acórdão:

EMENTA 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 nº 8.009/1990 não recepcionada pela EC nº 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. E 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 distintivas 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 nº 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”.

Nesse sentido, votaram os Ministros LUIZ FUX e MARCO AURÉLIO; enquanto que os Ministros LUÍS ROBERTO BARROSO e DIAS TOFFOLI divergiram da Relatora.

O Ilustre Ministro DIAS TOFFOLI ratificou o seu entendimento proferido como Relator originário daquele recurso, aduzindo, ainda, não vislumbrar distinção suficiente apta a afastar o Tema 295, unicamente por se tratar de fiança prestada em contrato de locação comercial, no seguinte sentido:

“(…) não vejo fundamento constitucional a autorizar qualquer modificação quanto ao posicionamento adotado por esta Corte, simplesmente por se tratar de fiança sobre um imóvel comercial.

(…)

Embora a inclusão no referido rol de direitos fundamentais de segunda dimensão somente se tenha dado expressamente com a EC nº 26, de 14/02/2000, o fato é que esse direito já se encontrava sob proteção constitucional em outros dispositivos, ainda que de forma indireta, como se pode extrair, *verbi gratia*, dos arts. 7º, inciso IV; 21, inciso XX; 23, inciso IX; 170, inciso III; 182, § 2º; e 183 da Constituição Federal. Portanto, antes mesmo do advento da Lei nº 8.009/90 e da Lei

nº 8.245/91, o direito à moradia já era tratado sob a óptica constitucional.

O direito à moradia necessita ter seu conteúdo determinado pelo legislador infraconstitucional.

(...)

A doutrina ressalta que o direito à moradia não deve ser confundido com o direito de propriedade, na medida em que o direito à moradia pode, por exemplo, ser implantado por normas jurídicas que estimulem a oferta de imóveis para a finalidade de locação habitacional pelo mecanismo do reforço das garantias contratuais do locador, como, v.g., a penhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação descrito no art. 3º, inciso VII da Lei 8.009/90, que não contraria o direito à moradia desenhado no art. 6º, caput, da Constituição Federal, com a redação atribuída pela EC nº 26/2000 (cf., MORAES, Guilherme Peña. Curso de Direito Constitucional . Atlas: São Paulo, 2010. p. 558).

(...)

Na esteira desse raciocínio, anoto que não desconhece a Suprema Corte a importância que teve a nova Lei de Locações Urbanas (Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991) na abertura de novas moradias em grandes centros urbanos, a qual veio a determinar, em seu art. 58, inciso V, que os recursos interpostos contra as sentenças, em diversas ações, passavam a ter efeito somente devolutivo, dentre elas, as de despejo por falta de pagamento. Configurou a lei verdadeira política pública, garantindo o direito de moradia a diversas pessoas que não conseguiam um lugar para residir, diante da resistência dos proprietários em colocar seus respectivos imóveis para alugar no regime jurídico revogado.

O fato é que não parece existir qualquer dúvida de que as alterações legislativas em institutos de direito civil, como no presente caso, não apenas foram consentâneas com a formatação constitucional do direito social à moradia, como também se revelaram, ao tornar efetivas as garantias negociais, medidas dinâmicas e eficazes para sua ampliação.

Não há que se olvidar, inclusive, da função do instituto de direito civil da fiança. Essa, que teve sua origem no direito romano, vem a ser uma garantia assecuratória do credor, que deposita sua fé na pessoa do fiador, a quem incumbe cumprir a obrigação contratada caso o devedor principal não a cumpra. Adotada a subsidiariedade da obrigação do fiador a partir de Justiniano, em momento algum, até a data de hoje, as regras civis imputaram ao fiador o dever de dar as mesmas garantias patrimoniais que o afiançado, ou vice-versa. Trata-se de uma obrigação livremente assumida pelo fiador, nos termos do art. 818 do Código Civil.

(...)

O art. 3º, inciso VII, da Lei nº 8.099, de 29 de março de 1990, ao tratar da garantia qualificada, não fez qualquer diferenciação quanto à natureza do contrato de locação, razão pela qual não há como se acatar a interpretação pretendida pelos recorrentes, como também salientado no parecer ministerial. (*grifo nosso*)

Muito embora um daqueles precedentes (RE nº 407.688/AC) tenha sido julgado há mais de oito anos, não se pode olvidar que a matéria foi submetida à análise do Plenário Virtual desta Corte em 13 de agosto de 2010 (RE nº 612.360/SP), oportunidade em que foi reafirmado o posicionamento jurisprudencial que fundamentou a prolação da decisão recorrida, o qual, destarte, deve ser mantido.

O fato é que os precedentes que fundamentam a decisão recorrida dispõem expressamente que não ocorre a impenhorabilidade de imóvel de fiador em execução decorrente de contrato de locação por ele afiançado, não sendo cabível a distinção pretendida pelos recorrentes, visto que nada constou acerca do tema nos referidos precedentes e que parte dos argumentos então utilizados não se prestam para a fundamentação de decisão frontalmente contrária ao que restou então decidido”.

A partir desse primeiro julgado nós passamos, no Supremo Tribunal Federal, a ter outras decisões, inclusive da Segunda Turma, algumas decisões monocráticas, de um lado e de outro, ora aplicando o Tema 295, ora não o aplicando, fazendo essa distinção que a eminente Ministra Rosa Weber trouxe em seu voto no citado julgado da Primeira Turma.

Por isso, exatamente, entendi a necessidade de definirmos, de o Plenário decidir, se a excepcionalidade se aplica em ambas as hipóteses ou se a excepcionalidade só se aplica nas locações residenciais, e não nas locações comerciais.

Com todas as vênias as posições em contrário, concordo com o eminente Ministro DIAS TOFFOLI, pois, efetivamente, **o inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/1990, introduzido pela Lei 8.245/1991, não faz nenhuma distinção quanto à locação residencial e locação comercial**, para fins de excepcionar a impenhorabilidade do bem de família do fiador (Art. 3º 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**).

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

Logo, caso a intenção do legislador fosse a de restringir a possibilidade de penhora do imóvel do fiador ao contrato de locação residencial, teria feito expressamente essa ressalva; **o que não ocorreu na presente hipótese, como decidido em diversos precedentes desta SUPREMA CORTE, em que se reconheceu a penhorabilidade do bem de família, tanto nas hipóteses de locação residencial, quanto comercial** (RE 1260497 AgR-ED, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 6/7/2020; RE 1240968 ED-AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 6/4/2020; RE 1223843 ED, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 4/12/2019; ARE 720101 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 08/05/2013; Rcl 38822 AgR-ED, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 8/9/2020).

Entendo não ser possível criar distinção onde a lei não distinguiu, pois haveria flagrante violação ao princípio da isonomia, haja a vista que o fiador de locação comercial, embora também excepcionado pelo artigo 3º, VII, da Lei 8.009/1990, teria incólume seu bem de família, ao passo que o fiador de locação residencial poderia ter seu imóvel penhorado.

Ocorre, porém, que a partir do já citado RE 605.709 (julgado em 12/6/2018, DJe de 18/2/2019, Primeira Turma, Rel. Min. ROSA WEBER), houve outros precedentes importantes julgados pela Segunda Turma, no sentido de diferenciar – para fins de penhorabilidade do bem de família – as locações residenciais das comerciais (RE 1277481 AgR, Rel. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 16/11/2020, DJe de 23/11/2020; RE 1287488 ED-AgR, Rel. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 15/12/2020, DJe de 18/12/2020; RE 1296250 AgR, Rel. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/02/2021, DJe de 2/3/2021; RE 1304844 AgR, Rel. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 22/03/2021, DJe de 4/5/2021).

Nos precedentes acima, os Relatores dos processos aplicaram o entendimento fixado no RE 605.709 (Redatora para o acórdão Min. Rosa Weber), ao fundamento de que, nesse julgado, foi realizado o *distinguishing* entre o paradigma da repercussão geral (Tema 295) e a controvérsia acerca da possibilidade de penhora bem de família do fiador em contrato de locação comercial.

3. A impenhorabilidade prevista na Lei 8.009/1990 e suas exceções.

Com a devida vênia aos Ilustres julgadores que fazem tal distinção, entendo que a exceção à impenhorabilidade não comporta esta interpretação restritiva.

A Lei 8.009/1990, que instituiu o chamado “bem de família legal”, resultou da conversão da MP 143/1990. Na exposição de motivos dessa medida provisória, subscrita pelo Eminentíssimo jurista, então Ministro da Justiça, SAULO RAMOS, constou o seguinte:

“MENSAGEM Nº 28, DE 1990-CN (nº 215/90, na origem)

Excelentíssimos Senhores Membros do Congresso Nacional:

Nos termos do artigo 62 da Constituição Federal, tenho a honra de submeter à elevada deliberação do Congresso Nacional, acompanhado de Exposição de Motivos do Senhor Ministro de Estado da Justiça, o texto da Medida Provisória nº 143, de 8 de março de 1990, publicado no Diário Oficial da União do dia subsequente, que “dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família”.

Brasília, 12 de março de 1990. — José Sarney.

E.M. Nº 72

Brasília, 8 de março de 1990.

Excelentíssimo Senhor Presidente da República:

Tenho a honra de submeter a Vossa Excelência projeto de Medida Provisória que, por motivos sociais de urgência, antecipa revisão do artigo 70 do Código Civil já proposta em projeto de lei por Vossa Excelência enviado ao Congresso Nacional.

Trata-se da impenhorabilidade do bem de família, isto é, do imóvel destinado a residência do casal, defesa contra eventuais insucessos financeiros que possam arrastar a família a perda total dos bens, inclusive o teto sob o qual se abriga.

Na legislação atual, a proteção somente se efetiva mediante o registro do imóvel para esse fim, o que não tem sido frito pela maioria das famílias brasileiras quer por desinformação, quer pelas exigências burocráticas dos registros imobiliários.

Propõe-se a proteção *ex lege*, independente de registro, embora seja este conservado para que a família, em tendo mais do que um imóvel, escolha dentre eles qual a ser submetido à impenhorabilidade.

Com esta proposta moderniza-se o direito civil brasileiro, tornando-se protegido, contra execuções por dívida, o prédio próprio destinado à residência familiar independentemente do ato voluntário do registro, mas por força de reserva legal. E cuida-se da nova figura constitucional, isto é, da entidade familiar, independentemente do casamento.

Claro está que a proteção assim estabelecida é ampla e reclama cuidados especiais da norma que a institui, motivo pelo qual excluem-se da impenhorabilidade os créditos dos trabalhadores no próprio imóvel, as respectivas contribuições previdenciárias, os créditos originários, ou cedidos, constituídos por financiamento da construção ou aquisição do imóvel, imposto predial ou territorial, taxa e contribuições, hipoteca decorrente de garantia real dada em operações de mútuo, ou quando o imóvel tiver sido adquirido com produto de crime ou for objeto de execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

Exclui-se igualmente o imóvel adquirido maliciosamente como residência em caso de insolvência dos componentes da família ou entidade familiar, estabelecendo-se fórmulas legais para o juiz compor tais situações decorrentes de fraude ou má-fé.

Dispõe-se, igualmente, sobre a residência em imóvel rural e sobre os casos em que a família tenha mais de um imóvel considerado como sua residência.

Não se esqueceu de tutelar os direitos dos locatários, estendendo-se a proteção de impenhorabilidade dos bens móveis que guarneça a residência locada e que sejam de sua propriedade. Para efeito desta Medida Provisória proposta, considera-se residencial, suscetível da proteção legal, um único imóvel utilizado pelo casal ou entidade familiar para moradia permanente.

Neste caso, salvo se a família tiver mais de um imóvel utilizado como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido levado ao registro imobiliário para este fim, permissivo legal que permite a reserva de bem de família por ato voluntário.

Com esta proposta, Senhor Presidente, estende-se à toda a população a proteção legal que, hoje, somente os mais ricos ou os que são melhores informados conseguem obter pelo registro voluntário que a maioria dos brasileiros desconhece ou não consegue obter pelos conhecidos embaraços burocráticos do registro especial.

Inegável a relevância da matéria.

Não se pode igualmente negar a urgência, posto que, em decorrência da inflação e cumulação de juros, centenas de milhares de famílias estão com suas residências ou moradias ameaçadas de execução, ou já em processo executório, para pagar dívidas contraídas no atual sistema financeiro voraz e socialmente injusto, em operações que, por insucesso ou impenhorabilidade, arrastam à ruína todos os bens dos devedores, inclusive o teto que abriga o cônjuge e os filhos.

A medida, que apenas vem transformar ex lege a proteção que, hoje, depende de ato cartorial voluntário, beneficiará

inquestionavelmente milhões de famílias brasileiras atingidas pelo avalanche de dívidas crescidas geometricamente sob a mais completa das imprevisibilidades.

Por ser comando legal que diz respeito a ato processual — penhora — é de ordem pública e aplica-se imediatamente, beneficiando os processos em andamento e as execuções não concluídas, reservando-se, porém, estes efeitos para a lei que a Medida Provisória for convertida.

Registro meus protestos de profundo respeito a Vossa Excelência.
— Saulo Ramos. Ministro de Estado da Justiça. “

Veja-se que as exceções à impenhorabilidade foram cuidadosamente justificadas, o que evidencia a importância que o legislador lhes atribuiu.

A Comissão Mista do Congresso Nacional incumbida de examinar e emitir parecer quanto à MP 143/1990 entendeu que a proposição legal beneficiaria toda a população, ampliando a proteção ao bem de família, a qual, anteriormente, era assegurada somente aos mais ricos, “ou aos que são melhores informados conseguem obter pelo registro voluntário”.

Posteriormente, como já vimos, foi, pelo art. 80 da Lei do Inquilinato, estabelecida a exceção à impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação.

Durante a tramitação da Lei 8.245/1191, ao analisar a Emenda 10 do Senado Federal, que tencionava suprimir mais esta hipótese, a Câmara dos Deputados optou pela rejeição da dita emenda, ao entendimento de que a supressão da medida não estava de acordo com a realidade brasileira na qual 85% dos proprietários têm apenas um imóvel.

A Casa Legislativa anotou que, não obstante o louvável intuito do Senado Federal em proteger o imóvel de um único proprietário, a iniciativa acabaria por desproteger a maioria dos pequenos locatários sobre os quais recairiam enormes dificuldades seja para arcar com os altos custos da contratação de fiadores profissionais, ou para conseguir mais de um fiador, ou um fiador que dispusesse de mais de um imóvel.

Essa questão foi bem acentuada pelo Ilustre Ministro NELSON JOBIM, no já tantas vezes aqui mencionado julgamento do RE 407.688, cuja tese foi confirmado no Tema 295, onde apontou que imunizar o bem de família do fiador inviabiliza a própria locação, “na medida em que entendêssemos, como pretende a minoria, que esse direito seria oponível nessas circunstâncias, a consequência seria exatamente a extração da possibilidade

de locações de uma série de pessoas absolutamente necessitadas para tais, porque, evidentemente, o risco seria onerado ao personagem, por meio da fiança bancária, ou mesmo na impossibilidade de locação.”

Nessa mesma ocasião, o Eminentíssimo Min. SEPÚLVEDA PERTENCE que acompanhou o voto do Relator, Ilustre Min. CEZAR PELUSO, consignou:

“creio não tratar-se aqui de ceder a imperativos do mercado, mas de ter em conta a realidade circundante da questão constitucional. A alternativa à “fiação” eficaz é enredar-se o inquilino na garantia bancária, inacessível à grande massa daqueles que não têm como realizar o seu direito à moradia senão mediante o arrendamento do imóvel residencial”.

Destacou, ainda, que “é claro que a penhorabilidade do bem de família pressupõe a inexistência de outras garantias suficientes”, ou seja, de outros meios de garantia da execução, na sequência, é a última hipótese, tendo em vista que o fiador garante a dívida com todo o seu patrimônio.”

Parece-me que, se a intenção do legislador fosse a de restringir a possibilidade de penhora do imóvel do fiador ao contrato de locação residencial, somente teria feito expressamente essa ressalva, o que, repito, a meu ver, com todas as vênias às posições em contrário, não ocorreu na presente hipótese.

E há, nesse sentido, conforme eu disse, diversos precedentes das Turmas do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a penhorabilidade do bem de família tanto nas hipóteses de locação residencial quanto comercial - cito aqui alguns precedentes -, como há também, por isso a importância desta discussão, precedentes no sentido diverso.

Eu entendo não ser possível criar essa distinção, até porque ela não teria base principiológica adversa, quando a lei não a distinguiu. Teríamos, a meu ver, flagrante violação ao princípio da isonomia relacionada ao instituto da fiança, haja vista que o fiador de locação comercial, embora também excepcionado pelo art. 3º, VII, teria incólume o seu bem de família, ao passo que o fiador de locação residencial poderia ter o seu imóvel penhorado. Teríamos uma diferenciação não prevista por lei e sem diferenciação, a meu ver, principiológica que a embasa.

4. Do contrato de fiança e da livre disposição do bem de família pelo fiador – Respeito à autonomia de vontade e ao direito de propriedade.

O Código Civil de 2002 tratou de regulamentar o contrato de fiança (caução pessoal ou fidejussória) nos artigos 818 a 839. Trata-se, pois, de avença em que uma pessoa (fiador) garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra (art. 818, CC /2002).

Trata-se de contrato acessório em que **todo o patrimônio** do fiador responderá pelo cumprimento da obrigação não satisfeita pelo devedor principal.

A fiança é prevista dentre as modalidades de garantia que podem ser exigidas do locador ao locatário, nos contratos de locação urbana (art. 37, II, Lei 8.245/1991). Veja-se:

“Art. 37. No contrato de locação, pode o locador exigir do locatário as seguintes modalidades de garantia:

I - caução;

II - fiança ;

III - seguro de fiança locatícia.

IV - cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

Parágrafo único. É vedada, sob pena de nulidade, mais de uma das modalidades de garantia num mesmo contrato de locação”.

O artigo 1.228 do Código Civil, por sua vez, embora não nos forneça o conceito de propriedade, define os poderes do proprietário nos seguintes termos:

“Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e **dispor da coisa** , e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

Assim, temos que, dentre os poderes do proprietário, está a faculdade de **dispor** da coisa. Com isso, garante-se ao proprietário o poder de alienar, transferir, hipotecar, etc.

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

Em momento algum se pretendeu estabelecer verdadeira restrição ao direito de propriedade, sob o argumento de fortalecer o direito à moradia.

No pleno exercício de seu direito de propriedade, o fiador, desde a celebração do contrato (seja de locação comercial ou residencial), já tem ciência de que todos os seus bens responderão pelo inadimplemento do locatário - inclusive seu bem de família, por expressa disposição do multicitado artigo 3º, VII, da Lei 8.009/1990.

Assim, ao assinar, por **livre e espontânea vontade**, o contrato de fiança em locação de bem imóvel – contrato este que só foi firmado em razão da garantia dada pelo fiador –, o fiador abre mão da impenhorabilidade de seu bem de família, conferindo a possibilidade de constrição do imóvel em razão da dívida do locatário. Repita-se, no **pleno exercício de seu direito de propriedade**.

O artigo 819 do Código Civil estabelece que a fiança deverá ser feita por escrito, para assegurar sua manifestação inequívoca – reforçando, por consequência, a garantia e a espontaneidade do contrato, como bem apontado por SILVIO VENOSA (Direito civil: contratos. 20. Ed. São Paulo: Atlas, 2020, Versão Digital):

“Conclui-se pela simples vontade das partes, independentemente da entrega de coisa, sendo, portanto, consensual. É, porém, formal em nosso direito, diferentemente de sistemas alienígenas, porque necessita do escrito: exige-se que a manifestação de vontade do fiador seja expressa e inequívoca. A fiança resulta, portanto, de um contrato escrito; não se presume. Nesse sentido, a dicção do art. 819: “A fiança dar-se-á por escrito...”

No mesmo sentido, assevera o saudoso mestre CAIO MÁRIO (Instituições de direito civil: volume 3: contratos; Caio Mário da Silva Pereira. – 24. ed., rev. e atual. por Caitlin Mulholland. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. Versão Digital):

“Sendo a fiança um contrato unilateral e gratuito, não deve suscitar dúvidas, quer quanto à efetividade de sua prestação, quer quanto à sua extensão. Daí ser assente que só vale expressa. A fim de fixá-lo, o Código Civil brasileiro impõe-lhe a forma escrita *ad solemnitatem* . Uma pessoa pode, por algum motivo, honrar o compromisso do devedor e por ele pagar. Mas esta *solutio* espontânea nunca presumirá a fiança, se a declaração de vontade não revestir forma escrita, ainda que particular.”

Logo, na fiança, em contrato escrito, que não deve deixar margem de dúvidas, o fiador oferece não só o seu bem de família, mas também todo o patrimônio que lhe pertence, em garantia de dívida de terceiro; e o faz de livre e espontânea vontade, no pleno exercício de seu direito de propriedade.

Não por outra razão, em recentíssima decisão monocrática, no RE 1303711, Dje de 19/3/2021, transitada em julgado em 16/4/2021, o Ilustre Min. NUNES MARQUES pontuou que invocar o postulado da impenhorabilidade de imóvel dado em garantia de livre e espontânea vontade do fiador comercial afronta a não mais poder o **princípio da boa-fé objetiva**. Pela pertinência, confirmam-se os seguinte trechos da manifestação do eminente Relator:

“ A circunstância de o fiador haver oferecido voluntariamente a garantia em contrato de locação, mesmo que de imóvel comercial, desautoriza a invocação do postulado da impenhorabilidade da propriedade em análise. Admitir o contrário se constituiria, a um só tempo, clara violação do princípio da boa-fé objetiva.

O ponto central da controvérsia consiste, portanto, na mencionada circunstância, e não no fato de se tratar ou não de imóvel único .

O escopo volitivo do Poder Constituinte, seja o Originário ou o Derivado, não pode ser tido por complacente com a prática de atos tendentes a enfraquecer, se não esvaziar por completo, a validade das avenças livremente celebradas entre as partes.

Tanto assim que, entre as exceções à regra da impenhorabilidade, a própria Lei 8.009/1991 previu exatamente a hipótese da " obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação " inciso VII do art. 30 , sem fazer qualquer diferenciação quanto à espécie da avença locatária .

Ademais, o Plenário desta Casa no julgamento do RE 612.360- -RG /SP , Ministra Ellen Gracie, DJ de 3.9.2010, no âmbito da repercussão geral já reconhecera (com meus grifos) (...) a constitucionalidade da penhora sobre o bem de família do fiador, mesmo após a EC 26/2000 ", bem como que "O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no

juízo do RE 407.688, Rel. Min. Cezar Peluso afirmou ser legítima a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, em virtude da compatibilidade da exceção prevista no art. 39, VII, da Lei 8.009/90 com o direito à moradia consagrado no art. 6º da Constituição Federal, com a redação da EC 26/2000”.

E volto a frisar: não houve também, no mencionado precedente vinculativo, qualquer distinção quanto à espécie contratual locatícia em que cabível, ou não, a penhora do bem de família do fiador.”

5. O aparente conflito ente a livre iniciativa e o direito à moradia. Respeito ao Direito de Propriedade e as consequências do enfraquecimento da garantia nas locações comerciais.

Assim como o direito à propriedade, o direito à moradia, não é um direito absoluto, pois os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, “uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas)” (*Constituição Federal comentada*, 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, texto de minha autoria); devendo ser sopesado com:

- (a) a livre iniciativa do locatário em estabelecer seu empreendimento, direito fundamental também expressamente previsto na Constituição Federal (artigos 1º, IV e 170, *caput*); e
- (b) o direito de propriedade com a autonomia de vontade do fiador que, de forma livre e espontânea, garantiu o contrato.

Há, portanto, necessidade de realização de uma interpretação conciliatória entre o direito à moradia, o direito de propriedade e a livre iniciativa, de maneira a não sacrificar nenhuma das previsões constitucionais na hipótese em concreto.

Reconhecer a impenhorabilidade do bem de família do fiador de locação comercial teria o condão de causar grave impacto na liberdade de empreender do locatário e no direito de propriedade do fiador. Isso porque, dentre as modalidades de garantia que o locador poderá exigir do locatário (caução; fiança; seguro de fiança locatícia; e cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento, conforme o já citado artigo 37 da Lei 8.245/1991), a fiança é a mais usual, menos onerosa e mais aceita pelos locadores.

Trata-se de instrumento que envolve menos burocracia em relação às demais modalidades, sendo a menos dispendiosa para o locatário e mais segura para o locador que, em caso de inadimplência, poderá direcionar a execução ao patrimônio do fiador.

Nessa esteira, conforme bem pontuado pela Associação Brasileira de Shopping Centers – ABRASCE, em sua petição de ingresso como *Amicus Curiae*, “enquanto a caução em dinheiro é limitada a apenas três meses de aluguel (art. 37, § 2º, da Lei de Locações), nem sendo sempre aceita pelos locadores, portanto, o seguro de fiança locatícia implica em custos muito altos para o locatário junto à respectiva seguradora (sem falar que sua obtenção fica condicionada a aprovação da seguradora, sob seu exclusivo critério), e a cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento praticamente não é utilizada” (Vol. 30, fl. 23).

A ABRASCE narra, ainda, que, “nos shopping centers, a grande maioria dos contratos de locação são garantidos por fiança, passando, inclusive, de 90% os contratos em alguns desses empreendimentos. Nesse cenário, criar um estímulo econômico de substituição da fiança nas locações comerciais por outros tipos de garantia provocaria profundas mudanças no mercado, em especial para os lojistas menores, que irão se deparar com custos e complexidades adicionais relacionados à locação de imóvel comercial, o que poderá até mesmo inviabilizar o negócio (Vol. 30, fl. 25).

Além disso, a fiança locatícia não implica descapitalização prévia do locatário empresário, uma vez que todo o seu capital disponível será investido no cerne do empreendimento.

Vejam, por isso que aqui compatibilizo a ideia do direito à moradia com três grandes direitos e princípios. O primeiro é o direito à propriedade. Ora, o bem é dele, se ele quer, de livre e espontânea vontade, entrar como fiador, por que o Estado deve seguir paternalisticamente dizendo: "Olha, não. Eu sei o que é melhor para você, venha cá, infelizmente não vai ser possível"? Por que criar esse ônus ao direito à propriedade, que é um direito consagrado no artigo 5º da Constituição Federal? E todas as restrições - sabemos também que não é um direito absoluto - devem ser razoáveis. Aqui nós estaríamos "tirando do jogo" esse investidor, esse empreendedor. E eu repito. Segundo os documentos trazidos, as pesquisas, os dados, 90% dos pequenos empreendedores não conseguirão mais alugar o imóvel, ou o farão a juros escorchantes. Por que ele não tem o direito de optar? Então, parece-me que devemos conciliar aqui o direito de propriedade ao princípio

da boa-fé objetivo. Ora, aqui ninguém está enganando ninguém. Ele sabe que, se não cumprir a sua obrigação, haverá possibilidade de penhora do seu bem.

Dessa forma, a solução mais consentânea com nosso modelo constitucional é o de se conferir interpretação que se coaduna com a livre iniciativa e respeita a autonomia de vontade do fiador – no pleno exercício de seu direito de propriedade –, qual seja, a de que a exceção trazida pelo artigo 3º, VII, da Lei 8.009/1990 refere-se tanto a locações residenciais, quanto a locações comerciais. Assim, garante-se a efetiva possibilidade de o empresário alugar o imóvel onde estabelecerá seu empreendimento comercial.

Some-se que – em respeito ao direito de propriedade – deve ser garantido ao indivíduo o direito de escolher se manterá incólume a impenhorabilidade de seu bem de família, conforme a regra geral da Lei 8.009/1990; ou se, diversamente, figurará como fiador em contrato de fiança de locação de imóvel, e consentirá expressamente com a constrição de seu bem, em caso de inadimplemento do locatário, como bem ressaltado pelo Min. ROBERTO BARROSO, no julgamento do RE 605.709:

“18. Numa economia de mercado, como a instituída em nossa Constituição, a livre iniciativa é aspecto inerente à liberdade individual.

Cabe a cada cidadão decidir onde e de que forma aplicará seus rendimentos e seus bens, podendo empregá-los para o exercício da atividade econômica que mais lhe aprouver.

19. No caso examinado nestes autos, os recorrentes prestaram fiança em contrato de locação comercial. Evidentemente, a fiança prestada – inclusive com possibilidade de penhora do bem de família, nos termos do art. 5º, VII, da Lei nº 8009/1990 – foi fator determinante para a própria celebração do contrato de locação, possibilitando o exercício da atividade econômica pela sociedade. Sem a prestação da fiança, possivelmente o contrato não teria sido assinado pelo proprietário do imóvel”.

Ora, poderíamos falar a esse empreendedor que a ideia de afastar a exceção, ou seja, a ideia de tornar impenhorável o bem de família do fiador, no caso de locação comercial, é para protegê-lo. E ele poderia dizer: "Deixa que eu me protejo. É uma livre opção minha. Eu sou o proprietário desse imóvel, eu sei que, ao entrar como fiador, posso perder esse imóvel, mas preciso, porque quero empreender, e quero criar o meu negócio." Estado,

não me atrapalhe. Não precisa me ajudar, mas não me atrapalhe, porque, se eu não puder mais ser fiador da minha pessoa jurídica, ou não terei o meu negócio, não vou conseguir alugar, ou vou entrar em juros gigantescos de um empréstimo que vai me descapitalizar".

Ainda, adite-se que, nos contratos de locação comercial, não raras vezes quem exerce a função de fiador é o próprio sócio da pessoa jurídica afiançada, especialmente tratando-se de micro e pequena empresa. Assim, o empreendedor pode liberar seu capital financeiro para investi-lo no próprio negócio. Além disso, ele de livre iniciativa decide assumir o risco de sua atividade econômica.

Segundo a Rede Avançada de Locações, "em recente pesquisa tipo 'sondagem em nível nacional', apurou-se que, num universo de cerca de 20.000 mil contratos comerciais, verificou-se que dentre as de menor porte, com valor médio de R\$ 3.377,00 (três mil trezentos e setenta e sete reais), 78% delas eram garantidas por fiadores e dentre essas mais de 90% contam com os sócios na condição de garantes da relação locatícia. A constatação é simples e o lógico objetivo é minimizar os custos da jornada econômica da empresa e maximizar o emprego dos recursos financeiros na própria atividade (fonte:<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/340660/a-penhorabilidade-do-bem-de-familia-do-fiador-em-contrato-de-loc>) (Vol. 83, fl. 9).

Dessa maneira, o fiador, e também sócio da pessoa jurídica, com espeque em sua livre iniciativa, escolhe seu direito a empreender, ciente de que em caso de inadimplemento dos aluguéis, seu próprio bem de família responderá pela dívida. Trata-se de decisão sua, em livre exercício de sua autonomia privada.

Isso é muito importante, porque mais de 90% dos fiadores são pessoas físicas que entram como fiadores da sua pessoa jurídica. Vejam, pequenos negócios em que o sócio da pessoa jurídica abre o seu estabelecimento, quer alugar para o seu estabelecimento para empreender - e nós sabemos a dificuldade, no Brasil, do empreendedorismo, o pouquíssimo incentivo governamental, isso de décadas ou historicamente, para quem pretende empreender -, mas não arruma qualquer fiador. De cada 10 pequenos empreendedores, 9 atuam assim: o empreendedor pessoa física entra como fiador da sua pessoa jurídica. Ele tem um único imóvel. Se ele não puder mais, a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal de afastar a possibilidade de penhora do bem de família, ser fiador - obviamente, para ele ser fiador, é porque ele não arrumou ninguém para ser fiador -, ele vai

ter que procurar as formas mais gravosas de garantia. Consequentemente, vários desistirão de empreender e outros terão prejuízo maior, porque, em verdade, o que se pretende é não se descapitalizar. O sócio da pessoa jurídica não quer se descapitalizar, então ele mesmo é o fiador, tendo o seu bem para garantir.

Me parece que vedar essa possibilidade desrespeitaria não somente a livre iniciativa, mas também a própria autonomia de vontade e o direito de propriedade do fiador, caracterizando um excessivo paternalismo estatal.

É diferente das outras causas legais ou mesmo voluntárias do bem de família em que outras dívidas surgidas acabavam tirando a moradia e o morador e sua família não sabiam. Aqui ele assume o risco, ele sabe, a boa-fé está presente. "Ah, mas não é a melhor opção". Olha, quem deve julgar se é a melhor opção ou não é ele. Eu volto aqui a insistir. O Estado não pode ser tão paternalista assim. Insisto: diferentemente de outras hipóteses em que o bem de família protege alguém. Como eu iria saber que essa dívida poderia levar a perder...? Não, aqui tudo é feito às claras. Ele sabe que a fiança poderá levar a isso, porque todos os seus bens, aquele único bem imóvel, responderão pela obrigação.

Por tais razões, especialmente nesses casos, eventual declaração de inconstitucionalidade da penhora de bem de família de fiador em locações comerciais implica restrição à livre iniciativa e ao direito de propriedade do próprio fiador do contrato de locação.

A consequência prática dessa opção seria restringir o próprio direito de propriedade, pois os locadores passariam a exigir que os fiadores fossem proprietários de mais de um imóvel, tornando assim a locação mais dificultosa para o próprio locatário.

6. O princípio da isonomia entre o locatário e o fiador

No RE 605.709, a Primeira Turma desta CORTE, acompanhando, por maioria, o voto divergente aberto pela Eminente Min. ROSA WEBER, afastou o tema Tema 295 da repercussão geral em caso envolvendo contrato de locação comercial, ao fundamento de que o direito de moradia do fiador não pode ceder passo à livre iniciativa do locatário, até porque violaria o princípio da isonomia sujeitar o bem destinado à moradia do fiador à

satisfação do crédito de locador de imóvel comercial, quando eventual bem de família do locatário sequer poderia sofrer constrição e alienação forçada para quitar valores devidos ao locador.

Como já afirmei, em doutrina, o princípio da igualdade opera em dois planos distintos: de uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.

Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito (*Direito Constitucional*, São Paulo:Atlas, 2018).

Na locação, residencial ou comercial, o locatário e o fiador não se encontram na mesma situação. Tanto é que o empresário, ao celebrar contrato de locação de imóvel comercial em nome da pessoa jurídica, pode dar em fiança o seu próprio bem de família.

Ou seja, são duas relações jurídicas distintas, uma que se trava entre locatário e locador, e outra, entre este e o fiador. Com todo respeito às opiniões em contrário, descabe aqui cogitar-se em violação ao princípio da isonomia. São duas situações jurídicas distintas que merecem tratamentos diferentes na medida em que se desiguam; até porque o objetivo da norma foi assegurar finalidades constitucionalmente previstas.

Aliás, a lei do inquilinato, ao não fazer distinção entre o fiador que presta garantia em locação residencial ou comercial, para fins da possibilidade da penhora do bem de família, assegurou a ambos a igualdade material tendo em vista que, estes, sim, encontram-se em situação idêntica.

E, em grande medida, o empreendedorismo depende da locação comercial para viabilizar o negócio; é ela que diminui os custos para as empresas, principalmente dos micro e pequenos empresários que não dispõem de capital para adquirir imóvel próprio.

Portanto, mecanismos legais que incentivam a locação comercial coadunam-se com políticas públicas voltada ao atendimento dos direitos sociais constitucionalmente garantidos.

Especialmente no atual momento, em que a crise sanitária decorrente da pandemia afetou tantos comerciantes, onerá-los ainda mais, impondo dispêndios com a contratação de garantias custosas, seria desconsiderar por completo a realidade fática em prol de assegurar uma pretensa isonomia entre locatário e fiador, sujeitos que sequer se encontram em posições jurídicas idênticas.

Deve-se realçar também que a fiança no contrato de locação não residencial, por conferir segurança ao locador e importar menores dispêndios para o locatário, provoca a ampliação da oferta de imóveis destinados à locação - o que, sem sombra de dúvida, aumenta a concorrência e, com isso, faz reduzir o valor locativo, diminuindo os custos fixos dos locatários, que poderão reduzir os preços dos bens e serviços vendidos, trazendo, em última instância, benefício aos consumidores.

Portanto, também não me parece, aqui que haveria a quebra de isonomia entre o locatário e o fiador. As regras do jogo são para os fiadores. O bem de família do fiador responde. Aí sim, haveria a quebra do sinalagma e a quebra da igualdade: o fiador residencial responde e o fiador comercial não responde. Ora, o fiador responderá sempre, e ele sabe que vai responder. A regra do jogo é clara, está exposta a esse fiador.

7. Conclusão

A previsão contida no inciso VIII do art. 3º da Lei 8.009/1990, que excetua da impenhorabilidade do bem de família do fiador, mesmo na hipótese de locação comercial, é necessária, proporcional, e razoável.

É necessária e proporcional, pois, como se viu, os outros meios legalmente aceitos para garantir o contrato de locação comercial, tais como

caução e seguro-fiança, são mais custosos para grande parte dos empreendedores, principalmente, considerando que, segundo dados do SEBRAE:

“os pequenos negócios empresariais são formados pelas micro e pequenas empresas (MPE) e pelos microempreendedores individuais (MEI). No Brasil existem 6,4 milhões de estabelecimentos. Desse total, 99% são micro e pequenas empresas (MPE). As MPEs respondem por 52% dos empregos com carteira assinada no setor privado (16,1 milhões) (<https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/sp/sebraeaz/pequenos-negocios-em-numeros>, consulta em 7/7/2021)

Dessa forma, a fiança afigura-se a garantia que melhor propicia ganhos em termos da promoção da livre iniciativa, da valorização do trabalho e da defesa do consumidor.

A razoabilidade, a seu turno, assenta-se no fato de que o fiador tem livre disposição dos seus bens, o que deixa patente que a restrição ao seu direito de moradia encontra guarida no “ *princípio da autonomia privada, da autodeterminação das pessoas (que) é um princípio que integra a própria idéia ou direito de personalidade*” (como assinalou o Eminentíssimo Min. GILMAR MENDES, em seu voto no RE 407.668).

No caso concreto, o fiador apresentou impugnação ao ato de penhora de seu imóvel, sustentando se tratar de bem de família.

O Juízo de 1º grau rejeitou a impugnação. Interposto Agravo de Instrumento perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, foi mantida a decisão, aos argumentos de que (a) aplica-se à hipótese o inciso VI do art. 3º da Lei 8.009/1990; (b) “a lei não faz distinção entre a locação residencial ou não residencial”, de modo que “é válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação”.

Esse entendimento mostra-se acertado, razão pela qual merece ser mantido.

Por todo o exposto, voto pelo DESPROVIMENTO do Recurso Extraordinário.

Fixo, para fins de repercussão geral, a seguinte tese ao Tema 1127:

“É constitucional a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, seja residencial, seja comercial.”

Plenário Virtual - minuta de voto - 25/02/2022 00:00