

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.

(i) Do direito à moradia – legislação e jurisprudência até o julgamento do Tema 295 da repercussão geral

O direito à moradia alçou *status* constitucional com a promulgação da Emenda Constitucional 26, de 14 de fevereiro de 2000, após debates nas Casas Legislativas acerca da 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>).

Conforme já me manifestei doutrinariamente, os direitos sociais “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, que configura um dos fundamentos de nosso Estado Democrático, conforme preleciona o art. 1º, IV” (*Constituição Federal comentada* , 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018).

De plano, vemos que o direito à moradia tem fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, cujo escopo é garantir o mínimo para a subsistência digna do ser humano.

Como instrumento de proteção 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; e (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, 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. “Os novos valores a serem protegidos pelo bem de família podem ser resumidos na noção de mínimo vital, que visa preservar as bases da dignidade do devedor para que possa recomeçar a vida, mantendo íntegra sua personalidade” (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 *benesse* conferida pela lei ao bem de família legal, o artigo 3º da Lei 8.009/1990 trouxe 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. Vejam-se a respeito as lições dos eminentes professores Sílvio Venosa e Maria Helena Diniz:

"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" (Nova Lei do Inquilinato Comentada - Editora Atlas -1992 - pág.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" (Lei de Locações de Imóveis Comentada - Saraiva - 2. edição - 1992 - págs. 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.

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 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:

“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”.

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.

[...]

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 provisão 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 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 -, 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. "

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".

Seguindo essa 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)".

(ii) A inflexão da jurisprudência nos casos de locação comercial

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

“E M E N T A 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** ventual 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 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”.

A partir desse precedente, ganhou força a ideia da impenhorabilidade do bem de família do fiador no contrato de locação comercial, conforme atestam os seguintes julgados:

“EMENTA: 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 1277481 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 16/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-277 DIVULG 20-11-2020 PUBLIC 23-11-2020)”

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL COMERCIAL. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(RE 1287488 ED-AgR, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 15/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-295 DIVULG 17-12-2020 PUBLIC 18-12-2020)”

“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.

(RE 1296250 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/02/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-038 DIVULG 01-03-2021 PUBLIC 02-03-2021)”

“Ementa: 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 1304844 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 22/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 03-05-2021 PUBLIC 04-05-2021)“

(iii) Locação comercial – aplicabilidade das diretrizes emanadas do Tema 295

No julgamento do RE 605.709, o Ilustre Ministro DIAS TOFFOLI, Relator originário desse recurso, embora tenha ficado vencido, não vislumbrou distinção suficiente apta a afastar o Tema 295, unicamente por se tratar de fiança prestada em contrato de locação comercial. Por esclarecedores, vejamos os seguintes trechos de sua manifestação naquela oportunidade:

“(…) 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.

Pela leitura do caput do art. 6º do texto constitucional, podemos concluir que a norma que relaciona a moradia como direito social não contém densidade normativa suficiente para gerar os efeitos pretendidos. Há certo consenso entre os constitucionalistas no sentido de que diversos enunciados normativos de direitos fundamentais sociais não são dotados de exequibilidade autônoma, por falta de determinabilidade constitucional suficiente do conteúdo do direito (QUEIROZ, Cristina. Direitos Fundamentais Sociais. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 66).

Aliás, como acentuado por juristas alemães, dentre eles, Ernst Forsthoff, Ernst-Wolfgang Böckenförde e Robert Alexy, criticando a tese do ovo jurídico constitucional, de Werner Kāgi, não podemos ter na Constituição de um país apenas normas consideradas como de ordem fundamental, com determinações vinculantes e proibições específicas. Há em nossa Constituição Federal diversos dispositivos que prestigiaram a discricionariedade e que concederam uma margem

de ação ao legislador, com a inclusão de normas de ordem quadro, em especial para a definição dos conteúdos jurídicos dos direitos sociais.

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. Exige-se, conforme anotado por Maria Paula Dallari Bucci, que existam processos juridicamente disciplinados, que concretizem a ação governamental, como é o caso dos processos i) legislativo; ii) de planejamento; iii) orçamentário; iv) administrativo e até mesmo v) eleitoral e vi) judiciário (cf. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2013). (*grifo nosso*)

É sabido que o direito constitucional à moradia possui feições positivas e negativas, como bem lembrou o Ministério Público. Ao mesmo tempo que o sistema normativo estabelece obrigações e prestações positivas pelo Estado, a atender direitos individuais ou transindividuais, terá esse direito fundamental, em certas situações, as mesmas características dos direitos de defesa, o que autorizará, em casos concretos, o exercício de um direito de proteção contra a ação de particulares e do próprio Estado. **Entretanto, esse direito de defesa também há de respeitar os limites de seu conteúdo legal, em seu sentido lato.** (*grifo nosso*)

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., MOARES, Guilherme Peña. Curso de Direito Constitucional . Atlas: São Paulo, 2010. p. 558).

Aliás, o Ministro César Peluso, no julgamento do RE nº 407.688, chegou a destacar, em seu voto, que diversos são os meios pelos quais os direitos sociais podem ser concretizados, tutelando-se interesses individuais e da sociedade como um todo:

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 (...) Daí se vê logo que não repugna à ordem constitucional que o direito social de moradia o qual, é bom observar, não se 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.

No mesmo voto, o Ministro Relator salientou o fato de que uma das maiores dificuldades de acesso à moradia por intermédio da locação urbana reside nas poucas opções de garantia do contrato. Anotou, ainda, Sua Excelência que a medida legislativa que reforçou essas garantias se revelou uma prática inteligente de concretização do próprio direito à moradia, lembrando, outrossim, **que os direitos sociais não configuram exatamente um direito de igualdade, mas, antes, um direito de preferências e de desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios**. Vide seus argumentos: (*trechos já transcritos acima, quando mencionamos o voto do Min. CÉSAR PELUSO, no RE 407.688, grifo nosso*)

(...)

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. Sobre a fiança e sua função, o saudoso professor Washington de Barros Monteiro chegou a se manifestar com bom humor: (grifo nosso)

Já no Velho Testamento se depara séria advertência contra o servir de fiador [Provérbios, 6, 1] e num velho adágio francês se afirma: **qui cautionne paye** . É coisa rara, assevera Lomonaco, que o fiador não termine por pagar e pagar por uma pessoa que afinal o desiludiu e lhe contrariou a expectativa [Istituzioni di Diritto Civile, 6/573] (Curso de Direito Civil : Direito das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 377).

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. Nesse sentido, seguem os importantes argumentos declinados na manifestação da Ministra **Ellen Gracie** , eminente Relatora, os quais foram acolhidos por esta Corte no julgamento no Plenário Virtual e devem ser aplicados também ao caso concreto, em especial porque a jurisprudência foi reafirmada após a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 26/2000:

Os recorrentes sustentam a inconstitucionalidade da penhora do imóvel bem de família do fiador locatício por ofensa à eficácia negativa do Direito Social à Moradia (fl. 50).

Dessa forma, argüem que teria sido violado o artigo 6º, caput , da Constituição Federal, com a redação dada pela EC 26/2000.

(...)

Ademais, verifico que a matéria já se encontra pacificada no âmbito desta Corte, no sentido da constitucionalidade da penhora sobre o bem de família do fiador, mesmo após a EC 26/2000. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 407.688,

rel. Min. Cezar Peluso, DJ 6.10.2006, 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. 3º, 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. (grifo no original)

No mesmo sentido, cito, ainda: RE 477.953-AgR, rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJ 2.2.2007; RE 493.738-AgR, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe 5.2.2009; AI 584.436-AgR, rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, DJe 12.3.2009; AI 693.554, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 11.2.2008; RE 591.568, rel. Min. Ayres Britto, DJe 18.9.2008; RE 598.036, rel. Min. Celso de Mello, DJe 6.4.2009; AI 642.307, rel. Min. Marco Aurélio, DJe 26.6.2009; RE 419.161, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 9.11.2009; AI 718.860, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 19.4.2010; e RE 607.505, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 5.3.2010.

(...)

4. Ante o exposto, **manifesto-me pela ratificação da jurisprudência deste Tribunal sobre o assunto d discutido no presente recurso extraordinário e pela existência de repercussão geral da matéria**, a fim de que sejam observadas as disposições do art. 543-B do Código de Processo Civil (negrito nosso).

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.

Ante o exposto, voto pelo não provimento do recurso extraordinário.”

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.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes desta CORTE:

“EMENTA: 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 1260497 AgR-ED, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 6/7/2020).

“EMENTA: DIREITO CIVIL. AGRAVO INTERNO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. GARANTIA COMERCIAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE EM REPERCUSSÃO GERAL. 1. O Supremo Tribunal Federal entende que o art. 3º, VII, da Lei nº 8.099/1990, ao tratar da garantia qualificada, não fez qualquer 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). 2. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015,

uma vez que não houve prévia fixação de honorários advocatícios de sucumbência. 3. Agravo interno a que se nega provimento” (RE 1240968 ED-AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 6/4/2020).

“Ementa : EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FUNDAMENTAÇÃO A RESPEITO DA REPERCUSSÃO GERAL. INSUFICIÊNCIA. CONSONÂNCIA DO ACÓRDÃO RECORRIDO COM ENTENDIMENTO FIXADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RE 612.360-RG (Rel. Min. ELLEN GRACIE, Tema 295). OFENSA CONSTITUCIONAL REFLEXA. REAPRECIÇÃO DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 279 DO STF. 1. O órgão julgador pode converter, em agravo interno, os embargos de declaração que notoriamente visam a reformar a decisão monocrática do Relator; sendo desnecessária a intimação do embargante para complementar suas razões quando o recurso, desde logo, exibir impugnação específica a todos os pontos da decisão embargada. Inteligência do art. 1.024, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015. 2. 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. 3. 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. 4. O acórdão não divergiu do entendimento firmado pelo Plenário desta CORTE, no julgamento do mérito da repercussão geral reconhecida no RE 612.360-RG (Rel. Min. ELLEN GRACIE, Tema 295). 5. O acolhimento das razões recursais depende do reexame do contexto fático-probatório dos autos, o que é incabível em recurso extraordinário, conforme consubstanciado na Súmula 279 desta CORTE (Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário). 6. Embargos de declaração recebidos como

agravo interno, ao qual se nega provimento”. (RE 1223843 ED, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe. 04/12/2019).

“EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Penhora de imóvel em execução decorrente de falta de pagamento de aluguel. Alegada impenhorabilidade, por se tratar de bem de família. Impossibilidade. Precedentes. 1. A jurisprudência da Corte assentou a perfeita constitucionalidade da norma do art. 3º, inciso VIII, da Lei nº 8.009/90. 2. Inviável a pretendida interpretação restritiva dessa norma consistente na impenhorabilidade do aludido bem em caso de dívida decorrente de locação comercial. 3. Os agravantes, ademais, não impugnam todos os fundamentos da decisão agravada. Inadmissibilidade, nos termos da Súmula nº 283 desta Corte. 4. Agravo regimental não provido” (ARE 720101 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe. 08/05/2013).

“Ementa : EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO NO DECISUM EMBARGADO. DIREITO CIVIL. CONTRATO DE FIANÇA. LOCAÇÃO COMERCIAL. PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. CAUSA DE PEDIR FUNDAMENTADA NA USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INCORRÊNCIA. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO, QUE APONTOU A AUSÊNCIA DE MÁ APLICAÇÃO DO TEMA 295 DA REPERCUSSÃO GERAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDOS.

1. Os embargos de declaração voltam-se à correção de eventuais equívocos de julgamento, que produzam, no acórdão recorrido, ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, a impedir a exata compreensão do que foi decidido, a teor do artigo 1.022 do CPC. Incabíveis, por conseguinte, para mera obtenção de efeitos infringentes quanto à matéria decidida, objeto de irresignação do embargante.

2. A jurisprudência vinculante do Supremo Tribunal Federal, fixada no julgamento do Recurso Extraordinário 612.360 (Tema 295 da repercussão geral), assentou a validade da penhora de bem de família realizada em imóvel do fiador de contrato de locação de imóvel.

3. O entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o art. 3º, VII, da Lei 8.099/1990, ao tratar da garantia qualificada, não fez qualquer diferenciação quanto à natureza do contrato de locação, dessa forma independe se a garantia é residencial ou comercial. Precedente: RE 1.240.968-ED-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 6/4/2020.

4 . *In casu* , o acórdão recorrido apontou claramente a razão do não cabimento da reclamação, a saber, a ausência de má aplicação do

Tema 295 da Repercussão Geral pela decisão reclamada. Destarte, não há qualquer contradição, tampouco obscuridade, omissão ou erro material na decisão embargada.

5. Embargos de declaração desprovidos.” (Rcl 38822 AgR-ED, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 8/9/2020).

Ou seja, criar distinção onde a lei não distinguiu violaria o princípio da isonomia, haja 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.

(iv) Do contrato de fiança e da livre disposição do bem de família pelo fiador

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.

Destarte, 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. Com efeito, 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. Nesse sentido, Sílvio Venosa leciona (Direito civil: contratos; VENOSA, Sílvio de Salvo. 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.

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 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 reconheceu (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 julgamento 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." (grifo nosso)

O Eminentíssimo Ministro ratificou esse entendimento em outra decisão monocrática: RE 1249296 ED, Dje, 23/6/2021.

Ainda, no que toca à autonomia privada, em 2018, o Superior Tribunal de Justiça cancelou a sua Súmula 603, que dispunha: " *É vedado ao banco mutuante reter, em qualquer extensão, os salários, vencimentos e/ou proventos de correntista para adimplir o mútuo (comum) contraído, ainda que haja cláusula contratual autorizativa, excluído o empréstimo garantido por margem salarial consignável, com desconto em folha de pagamento, que possui regramento legal específico e admite a retenção de percentual.*"

Isso porque, o STJ passou a entender que "(...) *É lícito o desconto em contracorrente bancária comum, ainda que usada para recebimento de salário, das prestações de contrato de empréstimo bancário livremente pactuado, sem que o correntista, posteriormente, tenha revogado a ordem.*", porque "(...) os descontos foram realizados com a finalidade de amortização de dívida de mútuo comum, constituída bilateralmente como expressão da livre manifestação da vontade da partes, (...) " (Resp 1.555.722, Rel. Min. LÁZARO GUIMARÃES, Dje de 22/8/2018).

Portanto, até mesmo o salário, que constitui verba alimentícia, é passível de constrição por livre manifestação da vontade daquele que é detentor de direito fundamental.

Não bastasse o princípio da autonomia da vontade e da liberdade contratual que orientam as regras civilistas atinentes ao contrato de fiança, devem-se ter presente, ainda, outros preceitos constitucionais incidentes na específica temática da locação comercial e das relações jurídicas que se travam nessa seara.

(v) A livre iniciativa versus o direito à moradia e as consequências do enfraquecimento da garantia nas locações comerciais

A Constituição Federal elegeu como fundamentos da República Federativa do Brasil, além de outros, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, *in verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Em que pese a nobreza do direito à moradia, não se trata de um direito absoluto, devendo ser sopesado com (a) a livre iniciativa do locatário em estabelecer seu empreendimento, direito fundamental também expressamente previsto na Constituição Federal (artigos 1º, IV e 170, *caput*); e (b) a autonomia de vontade do fiador que, de forma livre e espontânea, garantiu o contrato.

Conforme já detalhado, a moradia constitui direito fundamental do homem e decorre do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ocorre que 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).

Dessa feita, no que se refere à livre iniciativa, o Ilustre Min. LUIZ FUX já dispôs que “A liberdade de iniciativa garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira consubstancia cláusula de proteção destacada no ordenamento pátrio como fundamento da República e é característica de seletivo grupo das Constituições ao redor do mundo, por isso que não pode ser amesquinhada para afastar ou restringir injustificadamente o controle judicial de atos normativos que afrontem liberdades econômicas básicas” (ADPF 449, rel. Min. LUIZ FUX, DJe. 2/9/2019).

Na mesma toada, o Professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO ensina que “segue-se que todas as leis e todos os atos administrativos não de perseguir o desenvolvimento nacional e a Justiça Social e não de pautar-se, obrigatoriedade, pelos princípios mencionados no art. 170, sob pena de serem inconstitucionais naquilo em que traduzirem descompasso com as finalidades estatuídas e com os princípios a que se devem ater” (*Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*, São Paulo: Malheiros, 2015, p. 34).

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. 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.

Dessa forma, a solução mais consentânea com nosso modelo constitucional é o de se conferir interpretação que se coaduna com a livre iniciativa, 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 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. No mesmo sentido, peço vênia para citar novamente trecho do voto do Eminentíssimo Min. ROBERTO BARROSO, quando do 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”.

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.

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 do próprio fiador do contrato de locação.

Assim, a livre iniciativa não deve encontrar limite no direito à moradia (art. 6º da CF/1988) quando o próprio detentor desse direito, por sua própria vontade, assume obrigação capaz de limitar seu direito à moradia.

Atente-se que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942) impõe ao juiz o dever de considerar as consequências práticas da sua decisão (*Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão*).

LUIZ ANTÔNIO SCAVONE JÚNIOR (*Direito Imobiliário, Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 1131-1134), tece percuciente comentário doutrinário acerca de precedente do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL que, anteriormente ao julgamento do Tema 295 da repercussão geral, DJe de 3/9/2010, entendera não ter sido recepcionado pela EC 26/2000 a previsão instituída pelo artigo 3º, VII, da Lei 8.009/1990 (Lei do Bem de Família), com a redação conferida pela Lei 8.245/1991, que passou a permitir a penhora do imóvel qualificada como bem de família dado em garantia em contrato de locação:

“Depois de o assunto referente à inaplicabilidade da Lei do Bem de Família (Lei 8.009/1990) à fiança locatícia ter se pacificado na jurisprudência, surgiu, em razão da Emenda Constitucional 26/2000, nova discussão em torno da matéria.

A Lei 8.009, de 29 de março de 1990, não continha a exceção que possibilitava a penhora do único imóvel do fiador, de tal sorte que, com a sua entrada em vigor, os contratos de fiança celebrados estavam sob sua proteção e o fiador não podia ter seu único imóvel penhorado.

Certo é que, ao depois, foi acrescentado o inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009, de 29 de março de 1990 – Lei do Bem de Família –, excluindo da impenhorabilidade o bem de fiador de contrato de locação, inciso que foi acrescido pelo artigo 82, da Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991.

Portanto, aos contratos de locação garantidos por fiança, a partir da Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991, não se aplicava a impenhorabilidade do bem de família do fiador.

(...)

Ocorre que precedente do Supremo Tribunal Federal tencionava modificar a orientação até então vigente, decorrente do inciso VII do

art. 3º da Lei 8.009/1990. Posta assim a questão, o imóvel do fiador volta a ser considerado bem de família, impenhorável, ainda que seja para o pagamento de dívida contraída por contrato de fiança.

O precedente surge a partir de decisão do ministro Carlos Velloso, que julgou Recurso Extraordinário de casal de fiadores de São Paulo. O casal, fiador em contrato de locação, recorreu ao Supremo Tribunal Federal para excluir seu imóvel da penhora em razão de execução de alugueis decorrentes do contrato acessório de fiança.

O Ministro Carlos Velloso observou que, embora a Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991, permita a penhora de imóvel qualificado como bem de família por “obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”, vez que acresceu o inciso VII ao art. 3º à Lei 8.009/1990 (Lei do Bem de Família), o art. 6º da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, não recepcionou o dispositivo.

Sendo assim, segundo o Ministro, o impedimento à penhora do único imóvel do fiador ocorreu a partir da Emenda Constitucional 26, promulgada em 14 de fevereiro de 2000, que incluiu a moradia entre os direitos sociais garantidos pela Constituição, impedindo a aplicação, por inconstitucionalidade, do inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/1990 .

(...)

Posta assim a questão, a partir da Emenda Constitucional 26/2000, somente seria possível a penhora de imóvel qualificado como comercial, que não goza da proteção conferida ao imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar (art. 1º da Lei 8.009/1990).

Em razão disso, como era de se esperar, os locadores passaram a exigir a prova de propriedade de dois imóveis dos fiadores, retornando ao estágio anterior à lei 8.245/1991, que excepcionou a fiança em contrato de locação da proteção do bem de família.

É preciso observar, contudo, que a Lei 8.245/1991 excluiu o fiador da proteção do bem de família para proteger o locatário, facilitando o seu acesso à moradia, exatamente em razão da dificuldade que os locatários encontravam para levar a efeito os contratos de locação nos quais eram exigidos fiadores com dois ou mais imóveis.

Em suma, essa exceção, abstraindo a proteção ao fiador, surgiu exatamente para facilitar as locações, que se tornavam inviáveis.

Ocorre que o precedente mencionado não vingou, sequer no Supremo Tribunal Federal e o fiador, de qualquer espécie de contrato de locação, não encontrará qualquer proteção na Lei 8.009/1990 1 .”

Ou seja, a consequência prática do precedente acima referido foi que, a fim de preservar o direito fundamental à moradia do fiador, findou-se por restringir esse mesmo direito do locatário, uma vez que os locadores

passaram a exigir que os fiadores fossem proprietários de mais de um imóvel, tornando assim a locação mais dificultosa para o próprio locatário.

Isso demonstra que a atividade jurisdicional, principalmente em sede constitucional, deve levar em conta também o potencial que suas decisões têm de provocar repercussões práticas no mundo dos fatos. Isso porque “*nós temos de ter respeito às normas constitucionais, inclusive ao direito infra-constitucional. Essas normas não são feitas para irreais, não são feitas para mundos virtuais, mas para mundos reais*” (voto do Min. NELSON JOBIM no emblemático RE 407.688 aqui já citado) .

Logo, a declaração de impenhorabilidade do imóvel do fiador de locação comercial interfere na equação econômica das locações prediais, pois esvazia uma das principais garantias.

A esse respeito, cito, por sua exatidão, excerto do voto proferido pelo Ilustre Min. ROBERTO BARROSO, no julgamento do RE 605.709:

“20. No caso de locação de imóveis comerciais, portanto, a possibilidade de eventual penhora do bem imóvel dos fiadores, ao conferir uma garantia mais robusta ao locador, serve como meio de viabilizar concretamente o exercício da livre iniciativa do locatário .

21. A possibilidade de penhora do bem de família do fiador – que voluntariamente oferece seu patrimônio como garantia do débito – impulsiona o empreendedorismo, ao viabilizar a celebração de contratos de locação empresarial em termos mais favoráveis.

22. Por outro lado, não há desproporcionalidade na exceção à impenhorabilidade do bem de família. O dispositivo legal é razoável ao abrir a exceção à fiança prestada voluntariamente para viabilizar a livre iniciativa. Ninguém é obrigado a prestar fiança em contrato de locação de imóvel comercial; se o faz, porém, no exercício constitucionalmente protegido de sua autonomia da vontade, poderá ter seu imóvel penhorado para o pagamento das dívidas não quitadas pelo locatário.” (grifo nosso)

A importância de se assegurar a livre iniciativa é tamanha que, recentemente, foi aprovada a Lei 13.847/2019 (Declaração de Direitos de Liberdade Econômica), dispondo expressamente que a proteção à livre iniciativa e ao livre exercício da atividade econômica deve nortear a interpretação do **direito civil , empresarial, econômico, urbanístico e do**

trabalho ; bem como que se interpretam em favor da liberdade econômica **todas** as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas. A propósito, veja-se trecho da norma:

“Art. 1º Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do caput do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do caput do art. 174 da Constituição Federal.

§ 1º O disposto nesta Lei será observado na aplicação e na interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública, inclusive sobre exercício das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente.

§ 2º Interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas”.

(vi) 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.

Ainda, com referi de início, a fiança, por ser o meio menos oneroso, facilita as locações comerciais e, com isso, impulsiona a livre iniciativa. Por isso, cabe aqui, mudando o que deve ser mudado, a mesma ponderação feita pelo Eminent Min. CEZAR PELUSO no emblemático RE 407.688, no sentido de que a medida legislativa que reforçou essas garantias se revelou uma prática inteligente de concretização do próprio direito à moradia, enfatizando que:

“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)” (grifo nosso)

Sobreleva notar, de outro lado, que não só a medida legislativa estimula a livre iniciativa, com também propicia acesso à renda e trabalho, direitos de igual estatura ao da moradia (Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição), e que, por isso, merecem igual proteção pois voltados a assegurar a existência digna.

(vii) Proteção do direito social ao trabalho e da defesa do consumidor

É por meio do trabalho que o homem garante a sua subsistência e o crescimento do País, prevendo a Constituição, em diversas passagens, a liberdade, o respeito e a dignidade ao trabalhador. Como salienta PAOLO BARILE, a garantia de proteção ao trabalho não engloba somente o trabalhador subordinado, mas também aquele autônomo e o empregador, enquanto empreendedor do crescimento do nação (*Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. Bolonha: Il Molino, 1984, p. 105*).

Por isso, não se pode perder de vista que o empreendedorismo, como forma de trabalho, propicia acesso à moradia e aos bens necessários à subsistência do indivíduo e de suas famílias; além disso, gera empregos e dinamiza a economia, ou como referiu o Ilustre Min. MARCO AURÉLIO ao votar no RE 407.668, no sentido da constitucionalidade o inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/1990: “O trabalho está em pé de igualdade com a moradia e, se pudesse dar um peso a cada qual, daria o maior à fonte de subsistência. A

previsão é de que a proteção ao salário se dá na forma da lei, a demonstrar que a alusão à moradia contida no dispositivo, por mais linear que seja o significado emprestado, não encerra a proteção à propriedade.”

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, onerar-lhes 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.

Como bem acentuou o Ilustre Ministro NELSON JOBIM, no já tantas vezes aqui mencionado julgamento do RE 407.688, cuja tese foi confirmado no Tema 295, 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.”*

E 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.”

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.

(viii) Conclusão

Por fim, mas não menos importante, constata-se que 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 custosas 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 e pode sobre eles dispor da forma como lhe aprouver, 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 Eminente Min. GILMAR MENDES, em seu voto no RE 407.668).

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 09:00