

VOTO-VOGAL

O Senhor Ministro Gilmar Mendes : Trata-se de Recurso Extraordinário (art. 102, III, “a”, CF/88) interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que compreendeu passível de penhora imóvel de **fiador de contrato de locação comercial** , ora recorrente.

Do que se extrai do acórdão recorrido e das razões recursais (eDOC 11) – bem assim do ilustrado voto do Relator, Ministro Alexandre de Moraes, lido na Sessão de 12 de agosto de 2021 – vê-se que o recorrente concedeu fiança a contrato de **locação comercial** , cujo posterior inadimplemento motivou o ajuizamento de ação de cobrança contra o locatário e o fiador, em litisconsórcio passivo. Julgada procedente a sentença, seu cumprimento levou à penhora do imóvel que servia de **bem de família** do fiador da locação.

Tanto no primeiro grau de jurisdição (impugnação à penhora), quanto no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (agravo de instrumento), prevaleceu o entendimento de que a questão é regida pelo art. 3º, VII, da Lei 8.009/90, que admite a penhorabilidade de bem de família para adimplir “ *obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação*” .

Por um lado, é certo que tal dispositivo teve sua constitucionalidade afirmada no julgamento do Tema 295 da Repercussão Geral, RE 612.360, de Relatoria da Ministra Ellen Gracie (Tribunal Pleno, DJe 3.9.2010). Por outro, da apreciação do Tema 295 até os dias atuais, a jurisprudência deste Tribunal registra julgados no sentido da inaplicabilidade do referido paradigma às hipóteses de penhora de bem de família de fiador de **locação comercial** , sendo representativo dessa linha o **RE 605.709** (Primeira Turma, Redatora para o Acórdão Min. Rosa Weber, DJe 18.2.2019) – precedente no qual se embasa o recorrente, a propósito.

Pois bem. Uma vez que a questão constitucional que se apresenta a esta Corte é a de saber se a **penhora de bem de família de fiador** de um contrato de **locação comercial** mostra-se compatível com o **direito à moradia** (art. 6º, CF/88), cumpre delinear o parâmetro jurídico-fundamental que está a servir de referência ao controle.

I. Direito à moradia: âmbito de proteção e intervenção estatal.

O direito à moradia passou a integrar o rol dos direitos sociais do art. 6º da Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional n. 26/2000. O que não quer dizer que, antes disso, esse bem jurídico fosse um absoluto estranho ao texto maior.

Com efeito, em alguns lugares do texto constitucional observa-se que o uso de imóvel para moradia foi valorado, pelo constituinte, como critério legítimo para limitar o direito de propriedade. Foi assim com o usucapião especial estabelecido no art. 183 da Constituição Federal, que prevê a aquisição de domínio pelo possuidor de área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados que a utilize para sua moradia ou de sua família, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição. Também o art. 191 apresenta regra semelhante, ao determinar que aquele que deter a posse, por cinco anos ininterruptos e sem oposição, de área de terra não superior a cinquenta hectares, em zona rural, tendo nela moradia e tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, adquirir-lhe-á a propriedade.

A mesma Constituição de 1988, desde sua redação original, também indica que a moradia está incluída entre as “necessidades vitais básicas” do trabalhador e de sua família (art. 7º, IV). Aponta, ainda, no art. 23, IX, CF/88, a “moradia” como política pública e estabelece a competência comum da União, dos Estados e dos Municípios para promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico. Cuida-se de exemplo, a propósito, de como um mesmo dispositivo pode encartar, simultaneamente, uma “norma de tarefa” (*Aufgabennorm*) e uma “norma de competência” (*Kompetenznormen*) (JAGMETTI, Riccardo. “Kommentar zu Art. 22-quarter aBV”. In: *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874*. Zurique; Berna: Helbing & Lichtenhahn, 1987, n. 5).

Isso porque o anúncio de uma norma de tarefa, a função pública de providenciar a construção de moradias, é de pronto conjugada com um poder (norma de competência) para desenvolver programas instrumentalmente vocacionados para tanto.

Esse último exemplo também dá acesso a importante traço do direito à moradia: como é próprio dos direitos sociais, trata-se de um **direito de prestação** . (BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien* , 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2007, p. 293 e s.)

Como se sabe, os direitos fundamentais, em geral, consistem, a um só tempo, em direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. **Enquanto direitos subjetivos**, os direitos fundamentais outorgam aos seus titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Nessa dimensão, os direitos fundamentais contêm disposições definidoras de uma *competência negativa do Poder Público* (*negative Kompetenzbestimmung*), que fica obrigado, assim, a respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado. (HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts, der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C. F. Müller, 1995, p. 112 e 133).

Na sua acepção como **elemento fundamental da ordem constitucional objetiva**, os direitos fundamentais formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático. Como assentam Bodo Pieroth e Bernhard Schlink: “esta função tornou-se no conceito condutor, sob o qual os direitos expressos na Lei Fundamental foram e são complementados com outros direitos de *status positivus*”. (PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Trad. António Francisco de Sousa. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 72)

Com efeito, o período pós-Guerra ficou marcado pela expansão das finalidades e tarefas do Estado. As várias necessidades individuais e coletivas passam a figurar como de responsabilidade do Estado, de quem se esperava não mais um mero absentismo fundamentado naquela rígida separação entre Estado e Sociedade: a **realização do Estado Social não apenas requer como depende da legislação e da Administração**. (Ernst FORSTHOFF. “Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates”. In: *Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen, 1950-1964*. Stuttgart: W. Kohlhammer, 1964, p. 38)

Às novas obrigações do Estado foram correlatamente erigidos direitos em favor dos cidadãos. As tarefas materiais do poder público, as prestações, precisavam receber tradução jurídica. E a visão dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa (*Abwehrrecht*) era insuficiente para assegurar a pretensão de eficácia que dimana do texto constitucional. Tal como observado por Walter Krebs, não se cuida apenas de ter liberdade em relação ao Estado (*Freiheit vom ...*), mas de **desfrutar essa liberdade mediante atuação do Estado** (*Freiheit durch ...*) (KREBS, Walter. “Freiheitsschutz durch Grundrechte”. In: *JURA*, 1988, p. 617; HÄBERLE, Peter. *Direitos fundamentais no Estado Prestacional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 16-18).

O direito à moradia deve ser compreendido nesse contexto. Trata-se de um direito fundamental que traduz juridicamente um dever do Estado de prover uma necessidade material dos cidadãos. Daí ser descrito por Robert Alexy como um direito prestacional:

“Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia obter de particulares. Quando se fala de direitos fundamentais sociais, como por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 499) (grifei)

Em sede doutrinária, sublinhamos o referente material do direito à moradia:

“Os chamados direitos a prestações materiais recebem o rótulo de direitos a prestação em sentido estrito. Resultam da concepção social do Estado. São tidos como os direitos sociais por excelência. Estão concebidos com o propósito de atenuar desigualdades de fato na sociedade, visando ensejar que a libertação das necessidades aproveite ao gozo da liberdade efetiva por um maior número de indivíduos. O seu objeto consiste numa utilidade concreta (bem ou serviço).

Podem ser extraídos exemplos de direitos a prestação material dos direitos sociais enumerados no art. 6º da Constituição – o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade, à infância e o direito dos desamparados à assistência.”(MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva/IDP, 2019, p. 161). (grifei)

Dessa forma, a estruturação jurídico-fundamental do direito em tela faz com que sua efetivação reclame uma ação, uma prestação de índole positiva. No plano fático, essa prestação traduz-se numa utilidade concreta. Mas também medidas de proteção de caráter organizatório e procedimental são adequadas e necessárias para a efetivação do direito à moradia.

Ingo Sarlet destaca que um exemplo de medidas de proteção com caráter organizatório e procedimental é o Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001). Ao traçar as diretrizes gerais de política urbana, o diploma

legislativo deu importante passo para garantia do direito a moradia condigna no Brasil, ao disponibilizar instrumentos que visam a concretização prática do direito em referência (SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, São Paulo: RT, 2012, p. 589).

Interessante forma de proteção do direito à moradia é o chamado “usucapião familiar”, instituído pela Lei n. 12.424/2011. Essa espécie de aquisição da propriedade, inscrita no art. 1.240-A do Código Civil, prevê que o ex-cônjuge que exercer, ininterruptamente e sem oposição, posse direta por dois anos, com exclusividade, sobre o imóvel urbano próprio de até duzentos e cinquenta metros quadrados, destinado para sua moradia e de sua família, terá direito a adquirir o domínio integral. A inovação legislativa visa salvaguardar o direito à moradia do cônjuge ou companheiro que permanece no imóvel e proteger a família que foi abandonada. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva/IDP, 2019, p. 740).

De se notar que a estrutura jurídica prestacional do direito à moradia permite divisar de que modo ocorrem as violações ao direito à moradia: pela omissão do poder público; e na inobservância à proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbote*). (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechtswirkungen, um Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts*, JuS, 1989, p. 161).

Ademais, sua estrutura prestacional também exige que se leve na devida conta que a configuração normativa desse direito não é algo que possa ser encontrado “na natureza”. Consoante asseverei no **RE 407.688**, o **direito à moradia tem nítido perfil institucional**, admitindo, por isso, múltiplas possibilidades concretização, a cargo do Poder Legislativo, que tem ampla liberdade de conformação na espécie. Cuida-se de um **âmbito de proteção marcado pelo direito**.

A essa altura, importa sublinhar que a natureza prestacional do direito à moradia e o perfil normativo de seu âmbito de proteção não levam à inexorável conclusão de que o direito de moradia não possa desempenhar uma **função de defesa**, e tampouco que toda prestação que se dá com esteio nesse direito requeira uma intermediação legislativa. **As omissões do Estado podem gerar um direito concreto**, passível de tutela judicial, **em excepcionais hipóteses**, como: (i) “possíveis reduções a zero de

discricionariedade no âmbito de conflitos jurídico-fundamentais” ou (ii) para a garantia do mínimo existencial (MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Direitos Fundamentais*. Trad. António Francisco de Sousa. São Paulo: Saraiva/IDP, 2016, p. 424).

Quanto à primeira exceção, seria incompatível com o art. 6º da Constituição Federal uma hipotética lei municipal que inviabilizasse a inscrição de moradores de certo bairro em programa de habitações populares, tudo isso em retaliação a uma inexpressiva votação auferida pelo prefeito naquela localidade, quando do pleito que resultou na eleição do mandatário. Igualmente inconstitucional afigurava-se uma lei que, embalada por um propósito fundamentalista, restringia o acesso à linha de crédito residencial com juros subsidiados a casais unidos por prévio casamento religioso.

Para o segundo grupo, a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal cataloga vasto repertório em que o direito à moradia foi afirmado como decorrência do dever de garantia do mínimo existencial, dentre os quais transcrevo os arestos que seguem:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA. IMÓVEL PÚBLICO. LOTEAMENTO IRREGULAR. INÉRCIA DO PODER PÚBLICO. DIRETRIZES E INSTRUMENTOS DA POLÍTICA URBANA. APLICABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas em defesa de direitos fundamentais. 2. O exercício do poder de polícia de ordenação territorial pode ser analisado a partir dos direitos fundamentais, que constituem, a toda evidência, o fundamento e o fim da atividade estatal. 3. Na presença de instrumentos do Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/01) para efetivar as diretrizes constitucionais, é razoável exigir do poder público medidas para mitigar as consequências causadas pela demolição de construções familiares erigidas em terrenos irregulares. 4. Diante da previsão constitucional expressa do direito à moradia (art. 6º, CF) e do princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CF), é consentâneo com a ordem normativa concluir não ser discricionário ao poder público a implementação de direitos fundamentais, mas apenas a forma de realizá-la. 5. Agravo regimental a que se nega provimento (**ARE 908.144-AgR**, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, DJe 27.08.2018).

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito Constitucional. Direito à moradia e aluguel social. Catástrofe Natural. Chuvas. Interdição de imóvel. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Violação do princípio da reserva de plenário. Inexistência. Precedentes. 1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso do direito à moradia, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes. 2. Não há violação do art. 97 da Constituição Federal ou da Súmula Vinculante nº 10 do STF quando o Tribunal de origem, sem declarar a inconstitucionalidade da norma e sem afastá-la sob fundamento de contrariedade à Constituição Federal, limita-se a interpretar e aplicar a legislação infraconstitucional ao caso concreto. 3. Agravo regimental não provido. (**ARE 914.634-AgR** , Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe de 29.2.2016).

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Constitucional e Administrativo. 3. Implementação de políticas públicas. Direito à moradia e à integridade física. Possibilidade. 4. Inexistência de violação ao princípio da separação dos poderes. Precedentes. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (**ARE 1023906 – AgR** , Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 30.06.2017, DJe de 02-08-2017)

Delineado o *âmbito de proteção* do direito à moradia, assinalada de que modo ocorre a *intervenção estatal* nesse domínio jusfundamental, bem assim as excepcionais hipóteses de proteção judicial para a não-eliminação de situações jurídicas, cumpre examinar se o art. 6º da Constituição Federal autoriza a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, VII, da Lei 8.009/90, nos limites do pedido recursal.

II – Penhorabilidade de bem de família de fiador de contrato de locação: desenho normativo compatível com a Constituição Federal de 1988.

Álvaro Villaça de Azevedo recorda que o instituto do bem de família é originário da então existente República do Texas, que o configurou por meio do *Homestead Exemption Act* , de 26 de janeiro de 1839. (In: *Revista do Direito Privado da UEL* . Vol. 1, n. 1, 2007, p. 3). Em sua origem, são

nítidos os traços patriarcais que informavam a instituição de direito privado. Em comentário ao recém publicado Código Civil de 1916, Macedo Couto prelecionava que o escopo do bem de família era o de “garantir à mulher, casada ou viúva, e aos filhos menores uma habitação inacessível à ação dos credores”. (COUTO, Macedo. “Do bem de família ou Homestead – sua origem histórica e estrutura jurídica – impenhorabilidade e inalienabilidade do bem familiar – questões conexas”. In: *Revista dos Tribunais* . N. 22/23. São Paulo: RT, junho de 1917, item II).

A instituição foi objeto de reconfiguração hermenêutica. Seu significado, hoje, é inteiramente dissociado do pressuposto então vigente de que a mulher seria naturalmente inferior ao homem. Pressuposto que encontrava validação nas formas do direito romano (que colocava apenas o pai de família na condição de *sui iuris* , do qual todos os demais *allieni iuris* dependiam). Atualmente, e bem ao contrário, o bem de família diz com um direito inerente à pessoa humana, que é o **direito à moradia** . Um caso clássico de reconfiguração normativa promovida pela Constituição de 1988, a demonstrar, também, que a “ *constitucionalização do direito ordinário está necessariamente ligada à existência de valores constitucionais predeterminados.* ” (KNAUFF, Matthias. “Konstitutionalisierung im inner- und überstaatlichen Recht – Konvergenz oder Divergenz?” In: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* . Vol. 68. Heidelberg: Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2008, p. 477)

Nessa senda, já antes da Emenda Constitucional n. 26/2000, a Lei n. 8.009 /90 estabeleceu a impenhorabilidade do bem de família, assim entendido o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, 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, excluídos os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos.

O mesmo diploma previu exceções à impenhorabilidade:

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

I – (Revogado)

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;

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 .

A última das exceções, a do inc. VII, foi inserida pelo art. 82 da Lei 8.245/1991, diploma que promoveu uma elogiável racionalização e uniformização do mercado locatício imobiliário, que muito sofreu com dirigismos estatais dos mais exóticos, ao longo do século XX: desde congelamentos nos preços dos alugueis à imposição de uma série de entraves para o proprietário conseguir retomar o imóvel, caso achasse por bem não mais alugá-lo. Na autorizada visão de Sylvio Capanema , a nova lei “liberou o mercado, tornando-o mais ágil e receptivo aos novos investimentos, reduzindo substancialmente a intervenção do Estado” (CAPANEMA, Sylvio. *A Lei do Inquilinato Comentada* . 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.192)

Produto do trabalho de comissão interministerial, em articulação com setores representativos da sociedade civil, o PL 912/1991, do Poder Executivo (Mensagem n. 216-A/1991), é a origem da Lei do Inquilinato, e portanto da exceção à impenhorabilidade do bem de família ora em exame neste Recurso Extraordinário. Destaco o art. 77 do PL 912/1991:

“Art. 77. O art. 3º da Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso VII:

‘VII - por obrigação decorrente da fiança concedida em contrato de locação’”.

(Diário do Congresso Nacional, Seção I, 18.5.1991, p. 6673-6678).

Como mostra o art. 77 da proposição inicial, a inovação realizada pela Lei 8.245/1991, ora em exame, não foi objeto de modificação alguma durante o transcurso do processo legislativo. Sua presença no texto inicial também

indica que o dispositivo não foi uma solução forjada para angariar maioria parlamentar, nem expressão de uma compulsão legiferante de última hora. **O dispositivo tinha – e tem – uma conexão sistemática com o marco normativo que então se propunha ao Congresso Nacional .**

Com efeito, havia um cenário de crise econômica e de déficit habitacional, ante o qual milhões de proprietários preferiam deixar seus imóveis fechados a alugá-los. A Exposição de Motivos Interministerial, que acompanhou o Projeto de Lei de autoria do Poder Executivo, realizou **diagnósticos** sobre o problema e esboçou **prognoses** :

“3. Percebeu-se, sem grande dificuldade, que a atual Lei de Inquilinato, ao presumir a hipossuficiência de uma das partes na relação locatícia, restou por inviabilizar a locação de imóveis e os investimentos que tradicionalmente eram destinados à construção civil, especialmente na área de habitação.

4. Verificou-se também que a excessiva proteção ao inquilino já instalado, acarretando a queda de investimentos em imóveis residenciais, restou por desconsiderar os inquilinos em potencial, que não dispõem de imóveis para locação.

5. Criou-se, por força da atual Lei de Locações, uma profunda escassez de imóveis residenciais para locação, o que tem levado o mercado a elevar excessivamente o valor inicial do aluguel, gerando, entre outras consequências, a elevação dos índices inflacionários.

6. Certamente, as limitações que a atual legislação impõe ao exercício do direito de retomada podem ser elencadas como obstativas dos investimentos no setor. Mais que isto, a excessiva restrição ao direito de propriedade resultou em cinco milhões de moradias fechadas ou cedidas, o que não pode ser desconsiderado quando se tem no País 6,5 (seis vírgula cinco) milhões de moradias em regime de locação.

7. Sensível às expectativas da sociedade, a Comissão Interministerial buscou criar uma legislação que, de fato, viesse ao encontro das necessidades do mercado de locação residencial, tratando de compor prudentemente os interesses envolvidos.

(...)

13. Dentre tantas e profundas alterações, preocupou-se a Comissão em celerizar o andamento das ações de despejo, introduzindo, inclusive, a figura do despejo liminar, nos casos de acordo extrajudicial para a desocupação em seis meses; ruptura de contrato de trabalho em que o imóvel locado ao empregado tenha relação com o emprego e na locação por temporada.

14. Ainda no intuito de dinamizar o desfecho das ações, retirou-se o efeito suspensivo do recurso contra a sentença que decreta o despejo. Garante-se, com este procedimento, a célere retomada do imóvel e o efetivo cumprimento do acordo antes celebrado entre as partes.

15. A nova orientação adotada revela que as partes não deverão se prevalecer da morosidade do Poder Judiciário para retardar o resultado de que livremente pactuaram, bem como, ante as abreviações impostas ao rito processual, terão suas despesas com custas e honorários drasticamente reduzidas, já que, inclusive, o ato citatório poderá ser feito por carta com aviso de recebimento.

16. Há muito o que fazer até que as mencionadas necessidades dos brasileiros por moradia sejam definitivamente supridas. O presente projeto de lei do inquilinato, ao buscar o equilíbrio de mercado através da livre negociação e da ausência de regras excessivamente protecionistas, certamente contribuirá para minimizar o grave problema habitacional do país.

17. Estas, senhor Presidente, as razões da presente Exposição de Motivos e do Projeto que faz parte da Política Habitacional traçada pelo Ministério da Ação Social e que ora submetemos à decisão final de Vossa Excelência.”

É indisputado que intenções legislativas não vinculam a atividade judicante. Igualmente certo é que o material preparatório acima transcrito oferece fiel retrato de uma época.

Sem querer sugerir qualquer determinismo legal no âmbito regulado, afinal âmbitos econômicos não são realidades isoláveis, passíveis de mensuração causalista, é premente convir: o mercado locatício brasileiro da segunda metade do século XX era marcadamente disfuncional, e não se faz necessária perícia técnica alguma para observar que vários dos ganhos anunciados quando da aprovação da Lei 8.245/91 efetivamente se realizaram.

Nessa senda, Gustavo Binenbojm indaga por qual razão o Poder Judiciário deveria ser deferente com a visão que os demais Poderes empreenderam quanto à avaliação dos fatos e das consequências da política pública que se coloca no pano de fundo da questão constitucional aqui tematizada. E responde: “ *Certamente por conta de uma demonstração estatística dos números do mercado de habitação arrendadas, da importância das locações prediais para os mais pobres e do elevado custo de outras garantias, como as fianças bancárias* ” (BINENBOJM, Gustavo. “Parâmetros para a revisão judicial de diagnósticos e prognósticos

regulatórios em matéria econômica”. In: *Estudos de Direito Público: artigos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 120).

Dessa forma, lembrados alguns dos desafios que o tempo colocava à nova legislação do inquilinato, **penso que é mais uma valorização do significado histórico dessa mudança legislativa, e menos um exercício de “análise econômica do direito” o que melhor explica o célebre trecho do voto do eminente Ministro Cezar Peluso no RE 407.688 :**

“Não me parece sólida a alegação de que a penhora do bem de família do recorrente violaria o disposto no art. 6º da Constituição da República (...)

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. 3º, inc. VII, da Lei n. 8.009, de 1990. São coisas óbvias e intuitivas.

(...)

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.” (ff. 885-887) (**RE 407.688** , Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 08.02.2006, DJ de 06.10.2006)

O Acórdão conheceu a seguinte 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 n. 8.009/90, com a redação da Lei n. 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 n. 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei n. 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República. (**RE 407.688** , Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 08.02.2006, DJ de 06.10.2006) (grifei).

Após a implementação da sistemática da Repercussão Geral nesta Corte, foi julgado sobre o mesmo assunto o **RE 612.360, de Relatoria da eminente Ministra Ellen Gracie** (DJe de 3/9/2010) , que em sua fundamentação basicamente remete ao quanto decidido no **RE 407.688** , acima mencionado. A tese fixada foi a seguinte:

Tema 295: “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”.

Embora o art. 3º, VII, da Lei 8.009/90 não empreenda distinção quanto à espécie de locação garantida pela fiança, e nem a tese acima transcrita o faça, vários recursos extraordinários rogaram a esta Corte a inaplicabilidade da *ratio* do Tema 295 quando a fiança for dada em contrato de **locação comercial** .

A distinção foi acolhida pela primeira vez no âmbito da **Primeira Turma** , após o ilustrado voto-vista da eminente Ministra Rosa Weber no **RE 605.709 /SP** (julgado em 12.06.2018, DJe de 15.2.2019). Colaciono o raciocínio de Sua Excelência, que foi acompanhado pela maioria:

“Ocorre que o caso então examinado pelo Plenário, naquela sessão de julgamento, dizia respeito a fiança prestada como garantia em

contrato de locação residencial. Esse aspecto foi determinante para um juízo de aderência da penhora do bem de família do fiador à ordem constitucional, tomado em conta, nessa perspectiva, o impacto que eventual compreensão pela impenhorabilidade teria no mercado de locações residenciais e no correlato direito à moradia de potenciais locatários. Significa dizer que a recepção do art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/1990 pela Emenda Constitucional n. 26/2000 foi afirmada, no referido precedente, a partir de um juízo de ponderação entre o direito à moradia de fiadores e idêntico direito de locatários (ou candidatos a locatários).

Ao entendimento, portanto, de que a exceção à impenhorabilidade do bem de família, quanto ao fiador em contrato de locação residencial, configurava medida de promoção do próprio direito à moradia, relativamente aos locatários, entendeu esta Suprema Corte por sua compatibilidade com a Constituição da República.” (fl. 386)

(...)

“O fragmento acima não deixa dúvida de que o Plenário desta Suprema Corte, ao julgamento do RE nº 407.688, cotejou, repiso, o direito à moradia do fiador com idêntico direito dos candidatos a locatários, esposando, ao final, a compreensão de que o “acesso à habitação arrendada” sofreria revés, se fragilizada a garantia fidejussória, pela afirmação da impenhorabilidade do bem de família do fiador. Isso porque, segundo a corrente majoritária então formada, a exclusão do bem de família do fiador do alcance da garantia fidejussória prestada em contrato de locação residencial teria como resultado a exigência, por locadores, de outras modalidades de garantia, mais onerosas, a serem prestadas pelos locatários, a exemplo de cauções ou seguros, em cenário paradoxalmente suscetível de dificultar ou mesmo inviabilizar, em alguns casos, a consecução do próprio direito à moradia, previsto no art. 6º da Magna Carta.” (fl. 388)

A tese é judiciosa, e por dever de lealdade consigno que já a adotei em casos apreciados na Segunda Turma (ex: RE 1.242.616-AgR-segundo, de minha Relatoria, DJe de 1º.9.2020). Agora, por oportunidade do exame da matéria de modo mais detido em sede de Repercussão Geral, e beneficiando-me dos votos proferidos quando da Sessão de 12 de agosto de 2021, peço vênias para dela dissentir.

Em revisita aos precedentes representativos do Tema 295, percebo que a **natureza residencial da locação não figurou como condição necessária para a compatibilidade da penhora de bem de família do fiador com o direito à moradia. Consequentemente, não poderia ser a natureza comercial da**

locação condição suficiente para a superação, ainda que parcial, da jurisprudência deste Tribunal .

No voto do Ministro Peluso, no **RE 407.688** , decisiva foi a compreensão do direito à moradia no marco dos direitos sociais, e a consequente valorização de sua natureza prestacional, que por seu turno requer e depende de atuação positiva do legislador e do Executivo. Nessa liberdade de conformação, não ofende a Constituição que o direito de moradia seja fortalecido pela via de um desenho normativo que “ *estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores* ” (fls. 883-885).

As considerações tecidas pelo Relator do *leading case* , acerca das diagnoses e prognoses do legislador, foram vocalizadas com o fim de ilustrar que elas soavam razoáveis. E exatamente dessa razoabilidade é legítimo o exercício argumentativo realizado, no sentido de cogitar que a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, VII, da Lei 8.009/90 importaria em sérios efeitos para o mercado locatício, e assim para o direito à moradia (fl. 887). Em outros termos, acresço: **levaria um resultado mais inconstitucional .**

Nesse sentido transcrevo o seguinte excerto de meu voto no **RE 407.688** :

“(…) Cuida-se, sim, de se indagar sobre o **modus faciendi** , a forma de execução desse chamado direito de moradia. E estamos diante de uma garantia que assume contornos de uma garantia de perfil institucional, admitindo, por isso, múltiplas possibilidades de execução. Sem negar que eventuais execuções que venham a ser realizadas pelo legislador possam traduzir eventuais contrariedades ao texto constitucional, no caso não parece, tal como já apontado pelo Ministro Cezar Peluso, que isso se verifique.” (fl. 905)

No mesmo voto, assinalo ainda que a constitucionalidade da aposição de fiança em contratos de locação não pode descuidar de outro princípio que também se apresenta nesse concurso normativo: o **princípio da autonomia privada** .

Ora, saber se o Estado deve figurar como responsável por uma restrição da liberdade do cidadão é uma questão de **imputação** . O Estado pode ser responsabilizado por, omissivamente, não garantir a autonomia do cidadão, dentre outros motivos por obra da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, antes mencionada. Mas do Estado não se pode exigir uma

posição de tutela preventiva do cidadão: seria uma eliminação da autonomia, a pretexto de buscar garanti-la. Aludindo aos direitos da personalidade, Lothar Michael e Martin Morlok pontificam que o dever de proteção à autonomia não vai tão longe, porque “ *este dever de proteção tem o seu limite na liberdade de autoprejuízo voluntário* ” (MICHAEL, Lothar. MORLOK, Martin. *Direitos Fundamentais* . Trad. António Francisco de Sousa. São Paulo: Saraiva/IDP, 2016, p. 172). Se tal é válido para os direitos da personalidade, tanto o mais para atos de potencial afetação patrimonial, como a fiança.

Quando colocada a questão constitucional de fundo nesse quadro mais alargado, composto pelo princípio da autonomia privada, percebe-se o acerto da lição de Pieroth e Schlink : “ *o âmbito de proteção de um direito fundamental não pode, muitas vezes, ser determinado numa óptica isolada centrada neste direito fundamental, mas apenas numa visão sistemática de conjunto com outros direitos fundamentais e demais disposições constitucionais* ” (PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais* . Trad. António Francisco de Sousa. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 131-132).

Com efeito, **sob a ótica do princípio da autonomia privada é até mesmo questionável se a conduta de oferecer fiança em contrato de locação sequer tangencie o âmbito de proteção do direito à moradia** . Em situações normais, ao prestar fiança em contrato de locação, comercial ou residencial, o particular não elimina uma posição jurídica por si titularizada e que seja protegida pela dimensão negativa do direito à moradia de modo peremptório; antes, exerce sua autonomia privada.

Observe-se que, para além da preservação do princípio da autonomia privada, é necessário o respeito à margem de conformação do legislador ordinário, que em sua atuação legítima e dentro dos limites do rol constitucional de direitos fundamentais fez uma opção clara pela vinculação patrimonial do fiador à obrigação por ele assumida no contrato de locação predial urbana.

A esse respeito, veja-se que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no caso do *Kronprinz* (1BvR 909/08, publicado em NJW-RR 2010, 156), reafirmou que “a interpretação e a aplicação da lei ordinária é exclusivamente atribuída aos tribunais ordinários competentes”. Desse modo, o limiar de uma violação do direito fundamental, que o Tribunal Constitucional Federal precise corrigir, só é ultrapassado quando as interpretações dos tribunais civis possam ser consideradas equívocas, por se

haverem baseado em uma visão fundamentalmente incorreta do significado de um direito fundamental, em especial, a extensão de seu alcance e sua relevância material para um caso jurídico específico” (RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais* . 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 315).

Sem de modo algum desprezar os ganhos advindos da constitucionalização do ordenamento jurídico, estou plenamente de acordo com Mari-Christine Fuchs , da Fundação Konrad Adenauer, quanto à necessidade de se adotar postura de cautela diante de compreensões da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas:

“Em síntese, todos concordam que as Constituições deveriam garantir o nível de proteção mais alto possível dos direitos fundamentais. Nada obstante, proteger mais o direito fundamental de um é proteger menos o direito fundamental de outro. Consequentemente, como vimos acima, submeter um terceiro a um efeito vinculante direto e imediato dos direitos fundamentais para proteger menos os direitos fundamentais de outro significará sempre uma ingerência do Estado na livre relação de forças entre terceiros. Trata-se de uma redistribuição de forças entre particulares pelo Estado e, logo, uma interferência na liberdade pessoal.”

(FUCHS, Marie-Christine. “O efeito irradiante dos direitos fundamentais e a autonomia do direito privado: a “decisão Luth” e suas consequências”. In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Tradução e notas de Otavio Luiz Rodrigues Jr. e Patrícia Cândido Alves Ferreira. Vol. 16, julho-setembro de 2018, pp. 221-232).

Parece ser este o caso dos autos. Não é identificado qualquer desvio do legislador em sua atuação conformadora dos direitos fundamentais e inexistente base para a cassação da interpretação dada pelos tribunais ordinários.

III – Dispositivo.

Ante todo o exposto, conheço do presente Recurso Extraordinário para, no mérito, negar-lhe provimento, acompanhando assim o eminente Relator,

inclusive quanto à fixação da tese: " *É constitucional a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, seja residencial, seja comercial*".

É como voto.

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