



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.307.334/SP

RELATOR: MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES

RECORRENTE: JOSÉ FERNANDO NEUBERN

ADVOGADO: JÚLIO CHRISTIAN LAURE

RECORRIDO: RENATO GILDO PRIMAZZI JÚNIOR ASSESSORIA
COMERCIAL – EPP

ADVOGADO: LUÍS CARLOS BUENO DE AGUIAR RAMALHO

PARECER ARESV/PGR Nº 167276/2021

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CIVIL. CONSTITUCIONAL REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1127. TEMA 295. *DISTINGUISHING*. LOCAÇÃO COMERCIAL. FIADOR. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. EXCEÇÃO. FIANÇA ONEROSA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROVIMENTO.

1. Recurso extraordinário *leading case* do Tema 1127 da sistemática da Repercussão Geral: “*penhorabilidade de bem de família de fiador em contrato de locação comercial*”.
2. O direito à moradia, em seu aspecto negativo, obsta que a pessoa seja indevidamente privada de uma moradia digna em razão de ato estatal ou de outros particulares e, pelo aspecto positivo, obriga o Estado a assegurar, por meio de adoção de medidas adequadas, a proteção de um patrimônio mínimo.
3. A delimitação da restrição ao direito à moradia implica em verificar a existência de uma finalidade



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

lícita e proporcional, em um juízo de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

4. A possibilidade de penhora do único imóvel residencial familiar (bem de família) do fiador de contrato de locação comercial esvaziaria o conteúdo do direito à moradia e atingiria o seu núcleo essencial, tendo em conta a prevalência do direito à moradia frente aos princípios da autonomia contratual e da livre iniciativa, que podem ser resguardados por outros mecanismos razoáveis e menos gravosos.

5. Excetua-se a impenhorabilidade diante de contrato de fiança onerosa, pois nesse caso o fiador é remunerado em razão dos riscos do negócio assumido.

6. Proposta de Tese de Repercussão Geral:

É impenhorável o bem de família de fiador em contrato de locação comercial, tendo em conta a prevalência do direito à moradia frente aos princípios da autonomia contratual e da livre iniciativa, salvo no caso de fiança onerosa.

— Parecer pelo provimento do recurso extraordinário, com a fixação da tese sugerida.

Excelentíssimo Senhor Ministro Alexandre de Moraes,

Trata-se de recurso extraordinário de José Fernando Neubern, representativo do Tema 1127 da sistemática da Repercussão Geral, referente à



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

penhorabilidade de bem de família de fiador em contrato de locação comercial.

Na origem, o recorrente impugnou penhora que recaiu sobre o único imóvel utilizado como moradia, sustentando a inaplicabilidade da tese fixada no RE 612.360/SP (Tema 295).

Argumentou que seria necessário fazer o *distinguishing*, pois o ponto em discussão envolveria penhora sobre bem de família de fiador em contrato de locação comercial, que diz unicamente com a iniciativa privada dos agentes contratantes, enquanto os debates nos REs 612.360/SP e 407.688/SP teriam tratado de contrato de locação residencial e da discussão sobre o choque de direitos que possuem a mesma matriz – o direito fundamental à moradia.

Indicou que a Primeira Turma da Suprema Corte, no julgamento do RE 605.709/SP, teria concluído pela impenhorabilidade do bem de família do fiador em contratos de locação comercial diante do direito fundamental à moradia e do princípio da isonomia.

Defendeu que a restrição ao direito fundamental à moradia do fiador, decorrente de contrato de locação comercial, seria injustificável e



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

violaria o princípio da isonomia, pois sequer o bem de família do locatário do imóvel comercial estaria sujeito à constrição.

Concluiu que seria desproporcional a penhora do bem de família de fiador em contrato de locação comercial, porquanto existiriam outros meios aptos a garanti-lo.

O pedido foi julgado improcedente pelo juízo originário. Interposto agravo de instrumento, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou em acórdão assim ementado (fl. 39):

*AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE DESPEJO CUMULADA COM COBRANÇA EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – AGRAVANTE – FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL – IMPUGNAÇÃO À PENHORA – FUNDAMENTO – ÚNICO IMÓVEL – BEM DE FAMÍLIA – JUÍZO – REJEIÇÃO – ART. 3º, VII, DA LEI N. 8.099/1990 – SÚMULA 549 DO STJ E PRECEDENTES – RE 605.709/SP – INAPLICABILIDADE – ENTENDIMENTO ISOLADO, SEM EFEITO VINCULANTE – CONSTRIÇÃO – VALIDADE – DECISÃO COMBATIDA – MANUTENÇÃO.
AGRAVO NÃO PROVIDO.*

Desprovidos os embargos declaratórios, seguiu-se a interposição de recurso extraordinário.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Nas razões, o recorrente sustenta que o acórdão impugnado vai de encontro aos arts. 1º, III; 6º e 226, *caput*, da Constituição Federal.

Afirma que haveria de ser feita diferenciação entre os contratos de locação residencial e comercial para concluir sobre a penhorabilidade do bem de família do fiador.

Argumenta que o Supremo Tribunal Federal, ao decidir pela penhorabilidade do bem de família dado em garantia pelo fiador de contrato de locação residencial, teria observado o direito fundamental à moradia.

Sustenta que nos contratos de locação comercial inexistiria, em sua base principiológica, a mesma força do contrato de locação residencial, pois envolveria unicamente a iniciativa privada dos agentes contratantes.

Conclui que a restrição do direito fundamental à moradia do fiador de contrato de locação comercial violaria o princípio da isonomia, porquanto sequer o bem de família do locatário do imóvel comercial estaria sujeito à constrição.

Nas contrarrazões, Renato Gildo Primazzi Júnior Assessoria Comercial EPP, preliminarmente, pleiteia o não conhecimento do recurso



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

extraordinário diante do óbice previsto nos verbetes 279 e 284 da Súmula de jurisprudência do STF e da inexistência de repercussão geral.

No mérito, argumenta que seria válida a penhora do único imóvel do fiador, pois inexiste na lei e na jurisprudência diferenciação entre locação residencial e comercial.

Entende que a decisão proferida no julgamento do RE 605.709/SP não possuiria efeitos vinculantes ou capacidade para alterar o entendimento consolidado pela Suprema Corte no RE 612.360/SP.

O apelo extraordinário foi admitido na origem e teve reconhecida repercussão geral em acórdão assim ementado (fl. 106):

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL COMERCIAL. BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR. PENHORABILIDADE. TEMA 295. RE 612.360. DISTINGUISHING. FIANÇA DADA EM LOCAÇÃO RESIDENCIAL. MULTIPLICIDADE DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. DISSENSO JURISPRUDENCIAL. PAPEL UNIFORMIZADOR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RELEVÂNCIA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Vieram os autos à Procuradoria-Geral da República para parecer.

1. EXAME DO TEMA 1127 DA REPERCUSSÃO GERAL.

1.1. Da delimitação da controvérsia a ser examinada neste paradigma

Foi delimitado como tema para exame sob a sistemática da repercussão geral nestes autos a definição sobre se é penhorável o bem de família de fiador em contrato de locação comercial.

O Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a existência de repercussão geral, destacou que o ponto em debate envolve *“a adequada exegese às normas constitucionais garantidoras da dignidade da pessoa humana, do direito à moradia e da proteção à família, considerando-se a situação concreta de penhora sobre bem de família de fiador em contrato de locação de imóvel comercial”*.

Salientou, ainda, que importaria efetivar o *distinguishing* entre a tese versada no caso concreto e aquela do Tema 295 da repercussão geral, por inexistir identidade entre elas.

A temática guarda relevância social e jurídica e sua resolução passa pela ponderação entre diversos preceitos constitucionais, sendo necessário,



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

especialmente, sopesar o direito fundamental à moradia e os princípios da livre iniciativa e da autonomia contratual.

1.2. *Distinguishing* em relação ao Tema 295 da Repercussão Geral

Diante da existência de tese fixada em sede de repercussão geral, há de se verificar se o caso concreto em julgamento guarda semelhança com o precedente, analisando os elementos objetivos do caso e confrontando-os com os elementos caracterizadores do precedente.¹

Feito o cotejamento entre o caso em julgamento e o precedente e constatada a semelhança entre eles, passa-se à *ratio decidendi* fixada na decisão anterior; no caso, fixada nos REs 612.360/SP e 407.688/SP.

Haverá distinção entre o caso em julgamento e o precedente quando inexistir *“coincidência entre os fatos fundamentais discutidos [no caso em julgamento] e aqueles que serviram de base à ratio decidendi constante do precedente”*.²

1 Nesse sentido, vide DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**, v. 2, 16. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p. 619.

2 Ibid., p. 620.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Quando do exame do Tema 295, no RE 612.360/SP, tomou-se como fundamento para decidir a reafirmação do precedente firmado na apreciação do RE 407.688/SP, sem expender-se novos argumentos quanto à tese.

Já no RE 407.688/SP, a questão debatida foi a penhorabilidade de bem de família de fiador em contrato de locação residencial.

O fato de estar em jogo fiança em contrato de locação residencial subsidiou a conclusão apresentada pelo Min. Cezar Peluso, relator do recurso extraordinário, em seu voto: a possibilidade de penhorar o bem de família do fiador, fundamentado no fato de que a locação residencial seria modalidade de concretização do direito fundamental à moradia daquelas pessoas interessadas na locação.

Como o caso em julgamento envolve contrato de locação comercial, tem-se uma distinção, que se torna relevante ante a argumentação originalmente expendida para entender pela legalidade da penhora, que não albergava o contrato de locação comercial. Consequentemente, é necessário crivo acerca da aplicabilidade da *ratio decidendi* fixada nos REs 612.360/SP e 407.688/SP a essa nova hipótese.

A jurisprudência do STF já se movimentava nesse sentido. No julgamento do RE 605.709/SP, a Min. Rosa Weber destacou essa distinção



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

entre contrato de locação residencial e comercial que impediria a submissão daquele debate sobre penhorabilidade de bem de família de fiador à tese fixada no Tema 295:

Essa circunstância distintiva impede, portanto, a submissão do caso concreto ora em julgamento, que envolve contrato de locação de imóvel comercial, às mesmas balizas que orientaram a decisão proferida por esta Suprema Corte sob o regime da repercussão geral, restrita aquela, em suas razões de decidir, ao exame da constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador em contrato de locação residencial.

A distinção entre os fatos fundamentais (contrato de locação residencial e comercial) e a decisão pela inaplicabilidade da tese fixada no Tema 295 também pode ser observada nos seguintes processos: RE 1.265.881 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; ARE 1.249.262-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes; RE 1.256.594, Rel. Min. Edson Fachin; RE 1.280.380, Rel. Min. Rosa Weber; e RE 1.296.835, Rel. Min. Cármen Lúcia.

1.3. Direito fundamental à moradia

Apesar das referências ao longo da Constituição Federal³, o direito à moradia só foi positivado expressamente com a Emenda Constitucional nº

³ Por exemplo, a moradia está incluída entre as necessidades vitais do trabalhador e sua família (art. 7º, IV) e se trata de política pública de competência comum dos entes federados (art. 23, IX).



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

26/2000, refletindo a preocupação já externada pelo Estado brasileiro ao ser signatário de diversos instrumentos internacionais, como, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (art. 25) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 11).

Após a inclusão do direito à moradia no rol de direitos sociais previsto no art. 6º da Constituição Federal, inexistente qualquer dúvida de que ele é um direito fundamental autônomo e de forte conteúdo existencial, cuja definição *“não poderá prescindir da relação estreita com o princípio da dignidade humana e com a garantia de padrões qualitativos mínimos a uma vida saudável”*.⁴

Como os demais direitos fundamentais, o direito à moradia qualifica-se como direito subjetivo e objetivo, de natureza negativa (direito de defesa) e positiva (direito a prestações).

No aspecto negativo (direito de defesa), referido direito obsta que a pessoa seja indevidamente privada de uma moradia digna em razão de ato estatal ou de outros particulares. É dizer, há um direito à não-eliminação de posição jurídica.⁵

4 SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de direito constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 903.

5 Nesse sentido, vide ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 175 e seguintes.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Pelo aspecto positivo (direito à prestação), impõe-se ao Estado assegurar, por meio de adoção de medidas adequadas, a proteção de um patrimônio mínimo.

Observa-se que o direito à moradia, seja em seu *status* de direito de defesa, seja em sua dimensão de prestação, constitui elemento concretizador do princípio da dignidade da pessoa humana⁶, tornando possível suplantar restrições que possam injustamente frustrar a sua eficácia.⁷

Destaca-se, nesse ponto, a Lei nº 8.009/90, que tornou impenhorável o imóvel residencial familiar (bem de família). Tem-se que a impenhorabilidade do imóvel residencial familiar (bem de família), concretiza o direito à moradia e instrumentaliza a proteção da família quanto às necessidades materiais básicas.⁸

1.4. Proteção ao núcleo essencial do direito fundamental à moradia

6 Ingo Sarlet também indica que “os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, encontram-se, por sua vez, a serviço da igualdade e da liberdade material, objetivando, em última análise, a proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e a garantia de uma existência com dignidade”. (SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito fundamental à moradia na Constituição**: algumas anotações a respeito do seu contexto, conteúdo e possível eficácia. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 20, dez. 2009/fev. 2010). Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/370724/mod_resource/content/1/direito-fundamental-c3a0-moradia-ingo-sarlet.pdf. Acesso em: 06 de maio de 2021.

7 Voto proferido pelo Min. Celso de Mello no julgamento do RE 407.688/SP.

8 Voto proferido pelo Min. Eros Grau no julgamento do RE 407.688/SP.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

A Constituição Federal é sistema aberto de regras e princípios, em que consta valioso catálogo de direitos fundamentais, os quais consagram harmonicamente valores das tradições político-filosóficas liberal e social.

Em razão da natureza normativa dos princípios constitucionais, tem-se, na dogmática constitucional, a inexistência de direitos absolutos. Havendo antinomias, todos os direitos fundamentais são passíveis de relativização, desde que respeitado o seu núcleo essencial:

*A garantia de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais aponta para a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental. A ideia fundamental deste requisito é a de que existem conteúdos invioláveis dos direitos fundamentais que se reconduzem a posições indisponíveis às intervenções dos poderes estatais (...).*⁹

Na interpretação dos direitos fundamentais há de prevalecer o postulado da preponderância do direito sobre as restrições, de modo que as normas restritivas preservem o núcleo essencial do âmbito de proteção da norma constitucional.

A delimitação da restrição ao direito à moradia consiste em verificar a existência de uma finalidade lícita e do respeito à proporcionalidade, sendo

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 532.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

sua operacionalização desdobrada em três etapas: adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito:

Na primeira etapa do exame de proporcionalidade, a análise de adequação investiga a aptidão da medida estatal para atingir a finalidade constitucional almejada. Trata-se, aqui, de um cotejo entre meio e fim, a exigir que o meio selecionado seja empiricamente idôneo à promoção do fim perseguido.

(...)

Na segunda etapa do exame de proporcionalidade, investiga-se a necessidade ou exigibilidade da medida estatal. Procedese, aqui, a uma análise comparativa entre meios alternativos e o fim público perseguido.

(...)

Por fim, na última etapa do itinerário metodológico, o teste da proporcionalidade em sentido estrito impõe a comparação dos custos e dos benefícios da medida restritiva.¹⁰

Observa-se que eventual excesso de uma restrição prevista em lei, em inobservância aos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, conduziria ao esvaziamento do conteúdo do direito fundamental em questão e violaria seu núcleo essencial.

10 Voto proferido pelo Min. Luiz Fux na ADI 4923/DF. Nesse sentido, Humberto Ávila assim resume: “um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentro todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca”. (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 206.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

As exceções à impenhorabilidade do único imóvel residencial familiar (bem de família) não de ser submetidas aos critérios apontados para verificar a existência de violação ao núcleo essencial do direito à moradia.

Ao assim proceder, e em uma análise percuciente do caso, embora a possibilidade de penhorar o imóvel familiar do fiador em contratos de locação comercial possa ser considerada adequada para o fim almejado, pois, em alguma medida, amplia-se a garantia do locador, consiste em medida desnecessária e desproporcional.

A desnecessidade, que se presta ao juízo comparativo dos meios, revela-se diante da existência de outros mecanismos disponíveis (caução e seguro-fiança, por exemplo) para garantir o contrato de locação comercial, sendo que a escolha haveria de recair sobre aquele meio menos gravoso, que menos restringe o núcleo essencial do direito à moradia.

Já a desproporcionalidade – em sentido estrito – da penhorabilidade de bem de família de fiador em contrato de locação comercial decorre da constatação de que a intensidade em que se atinge o núcleo essencial do direito à moradia (direito fundamental contraposto que sofre a restrição) é superior aos eventuais ganhos com a promoção dos princípios da livre iniciativa e da autonomia contratual em aplicação no



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

contrato de locação comercial (princípios fomentados pelo meio escolhido). É dizer, a valia da promoção do fim não corresponde à desvalia da violação causada.

Também há de se buscar, por meio da ponderação, a otimização de eventual conflito entre o direito fundamental à moradia e os princípios da autonomia contratual e da livre iniciativa, sem que um deles seja excluído pela violação do seu núcleo essencial.

A solução do conflito perpassa pela (i) análise das circunstâncias do caso concreto, (ii) ponderação dos interesses conflitantes e (iii) decisão daquele que há de prevalecer.

Diante da existência de outros mecanismos disponíveis para promover o fim almejado (garantir o contrato de locação comercial) que permitem a manutenção do núcleo essencial do direito à moradia, e a concretização dos princípios da autonomia contratual e da livre iniciativa, a impenhorabilidade do único imóvel residencial familiar (bem de família) do fiador há de ser mantida.

A Min. Rosa Weber, no voto condutor do RE 605.709/SP, indica a possível violação ao princípio da isonomia, caso seja permitida a penhora do bem de família do fiador no caso de locação comercial:



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

A restrição do direito à moradia do fiador em contrato de locação comercial tampouco se justifica à luz do princípio da isonomia. Eventual bem de família de propriedade do locatário não se sujeitará à constrição e alienação forçada, para o fim de satisfazer valores devidos ao locador. Não se vislumbra justificativa para que o devedor principal, afiançado, goze de situação mais benéfica do que a conferida ao fiador, sobretudo porque tal disparidade de tratamento, ao contrário do que se verifica na locação de imóvel residencial, não se presta à promoção do próprio direito à moradia.

1.5. Contrato de locação garantido por fiança onerosa

O Código Civil, a partir do art. 565, regula e define o instituto da locação de coisas. É por meio desse instituto que é possível proporcionar o uso e gozo provisório de um bem a certa pessoa:

Locador e locatário contraem obrigações interdependentes. Ao direito de uso e gozo da coisa é correlata a obrigação de pagar o aluguel, do mesmo modo que ao direito de receber o aluguel corresponde a obrigação de proporcionar e assegurar o uso e gozo da coisa locada. O sinalagma é perfeito. Não há locação sem aluguel.¹¹

A principal obrigação do locatário é a realização do pagamento do preço pactuado a título de aluguel, que pode ser garantido por terceiro.

A Lei nº 8.245/91 dispõe, em seu artigo 37, sobre as modalidades de garantia que podem ser solicitadas ao locatário, sendo uma delas a fiança, a

11 GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 275.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

qual pode ser conceituada como “o negócio jurídico por meio do qual o fiador garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra” (art. 818 do Código Civil).¹²

No caso de contrato de locação (obrigação principal), o contrato de fiança (obrigação acessória) caracteriza-se pelo fato de um terceiro, estranho à relação obrigacional originária, responsabilizar-se pela obrigação eventualmente não cumprida pelo devedor principal.

Traço peculiar do contrato de fiança é a sua gratuidade, pois traz benefícios para uma das partes da relação obrigacional (o locador) sem que lhe seja exigida contraprestação.

Excepcionalmente, a fiança poderá ser onerosa, caso em que o fiador será remunerado para equiparar os riscos do negócio assumido: “*Pode a avença assumir caráter oneroso, quando o afiançado remunera o fiador pela fiança prestada, como acontece comumente no caso de fianças bancárias e mercantis e até mesmo entre particulares (...)*”.^{13 14}

12 STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Contratos**, vol. 4, 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, n.p.

13 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contrato e atos unilaterais**, vol. 3, 17.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 568.

14 No mesmo sentido, Silvio Rodrigues: “*nada impede, entretanto, que o fiador reclame, em troca da garantia que oferece, determinada remuneração. O procedimento de há muito se instalou no comércio bancário, em que os bancos assinam termos de responsabilidade em favor de seus clientes, em troca de uma percentagem sobre o montante garantido. É a chamada*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Observa-se que o contrato de fiança oneroso pode ser considerado atípico, pois “a relação se estabelece diretamente entre fiador e devedor, e não entre aquele e o credor”.¹⁵

Exceção à impenhorabilidade do único imóvel familiar do fiador faz-se presente diante de contrato de fiança onerosa, pois nesse caso o fiador é remunerado para equilibrar a assunção do risco adjacente ao negócio jurídico principal, de modo que a garantia por ele prestada tem a álea em consideração intencional no preço pago pelo contrato acessório.

Diante dessa lógica de funcionamento distinta, as circunstâncias e os interesses em conflito são diferentes daqueles presentes no contrato de fiança gratuita. Esse elemento distintivo faz com que a prevalência, após a ponderação, recaia sobre os princípios da autonomia contratual e livre iniciativa. Nesse caso, a desproporcionalidade da penhora do bem familiar verificada no contrato de fiança gratuita, deixa de subsistir, pois os envolvidos na avença anuíram e precificaram o risco, na lógica da livre iniciativa.

*fiança bancária. Modernamente, encontram-se firmas especializadas em prestar fiança, mediante percentagem. Nessas hipóteses, o negócio é oneroso, pois está presente o propósito especulativo” (RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade**, vol. 3, 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 359).*

15 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1.023.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

2. APLICAÇÃO DO DIREITO AO PROCESSO

O recurso extraordinário defende a distinção entre o caso em julgamento e a tese fixada no Tema 295 da repercussão geral e assevera a impenhorabilidade do único imóvel residencial familiar (bem de família) de fiador em contrato de locação comercial diante do direito fundamental à moradia e do princípio da isonomia.

O *distinguishing* há de ser feito diante da inexistência de identidade entre o caso em julgamento e aquele analisado no julgamento do Tema 295.

Conforme explicitado no item de exame do tema, mostra-se incompatível com a Constituição Federal a possibilidade de penhora do único imóvel residencial familiar (bem de família) de fiador em contrato de locação comercial, exceto no contrato de fiança onerosa.

No caso em julgamento, inexistem elementos suficientes para identificar qual a natureza da garantia ofertada, se fiança gratuita ou onerosa, sendo necessária a devolução do processo para que o Tribunal de origem o reaprecie com base na tese fixada pela Suprema Corte.

Em face do exposto, opina o PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA pelo provimento do recurso e, considerados a sistemática da



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

repercussão geral e os efeitos do julgamento deste recurso em relação aos demais casos que tratem ou venham a tratar do mesmo Tema 1127, sugere a fixação da seguinte tese:

É impenhorável o bem de família de fiador em contrato de locação comercial, tendo em conta a prevalência do direito à moradia frente aos princípios da autonomia contratual e da livre iniciativa, salvo no caso de fiança onerosa.

Brasília, data da assinatura digital.

Augusto Aras
Procurador-Geral da República
Assinado digitalmente