

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – EDAP
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

FELIPE DE OLIVIO DERZI PINHEIRO

HIPOTECA REVERSA: DA SUBSUNÇÃO LEGAL À VIABILIDADE JURÍDICA

**BRASÍLIA,
JULHO, 2020**

FELIPE DE OLIVIO DERZI PINHEIRO

HIPOTECA REVERSA: DA SUBSUNÇÃO LEGAL À VIABILIDADE JURÍDICA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora, como requisito para a conclusão do curso de Direito e obtenção do título de bacharel em Direito pela Escola de Direito e Administração Pública – EDAP/IDP. Orientador: Prof. Leandro Gobbo.

**BRASÍLIA,
JULHO, 2020**

FELIPE DE OLIVIO DERZI PINHEIRO

HIPOTECA REVERSA: DA SUBSUNÇÃO LEGAL À VIABILIDADE JURÍDICA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora, como requisito para a conclusão do curso de Direito e obtenção do título de bacharel em Direito pela Escola de Direito e Administração Pública – EDAP/IDP.

Brasília, julho de 2020.

Professor Leandro Gobbo
Professor Orientador

Professor Dr. Flávio José Roman
Membro da Banca Examinadora

Professora Dra. Marília de Avila e Silva Sampaio
Membro da Banca Examinadora

AGRADECIMENTO

Aos meus pais, Francisco e Rachel, que me ensinaram o valor dos estudos e que tanto se sacrificaram para que eu pudesse conquistar meus objetivos.

À minha avó, Lia, meu padrinho, Antônio Rei (*in memoriam*), e minha tia, Ruth, sem vocês nada seria possível.

À minha esposa, Cibele, pelo amor e dedicação ao longo dessa jornada tardia.

Aos meus filhos Lucas, Bernardo e Rafael, a quem amo incondicionalmente, por todos os momentos em que não pudemos estar juntos. Vocês são a razão de tudo.

Aos amigos do Banco Central do Brasil, pela compreensão e apoio fundamentais à conclusão desse desafio.

Aos amigos do IDP, que comigo compartilharam esses cinco últimos anos e ajudaram a tornar tudo mais leve.

Aos funcionários do IDP, sempre prontos a resolver todos os problemas.

Aos professores do IDP, que tanto me ensinaram.

Ao meu orientador, Leandro Gobbo, pelas valiosas sugestões e pela disponibilidade em me auxiliar na construção deste trabalho.

RESUMO

O trabalho tem como objetivo estudar, sob a perspectiva legal e jurisprudencial, a hipoteca reversa, produto financeiro que permite às pessoas idosas extraírem renda de seus imóveis residenciais com a manutenção do direito de habitação. O tema é relevante no atual contexto de reforma do sistema previdenciário, no qual soluções de mercado tendem a ganhar importância frente aos cada vez menos generosos benefícios públicos. O estudo empreendido busca a conceituação jurídica das hipotecas reversas e um exame de sua viabilidade jurídica, tomando-se por viabilidade a existência de respaldo legal e jurisprudencial para a convenção de todas as cláusulas e condições essenciais ao negócio de que se cuida. Essa análise é efetuada a partir de modelo de referência construído com base nas características que esse produto financeiro assume nos principais mercados em que é negociado. As cláusulas e as condições fundamentais do produto igualmente se extraem da experiência internacional, reforçada por exame dos riscos do produto sob enfoque sócio jurídico da análise econômica do direito. Pretende-se, neste trabalho, oferecer resposta quanto à necessidade ou não de moldura legislativa apta a disciplinar todos os aspectos da operação. A hipoteca reversa também é avaliada quanto à sua adequação em relação à regulamentação do Sistema Financeiro Nacional, verificando-se em que medida o arcabouço regulatório atual confere a segurança necessária a credores e devedores para a contratação de negócio da espécie. Por fim, discute-se duas abordagens diferentes de estruturação da operação, avaliando-se sua aptidão para preservar a essência econômica das hipotecas reversas.

Palavras-chave: Hipoteca Reversa; Direitos Reais; Direitos Privados; Riscos; Viabilidade Jurídica; Direitos do Consumidor; Execução Extrajudicial; Seguro Obrigatório.

ABSTRACT

This paper aims to study, from a legal and case law perspective, the reverse mortgage, a financial product that allows elderly people to extract income from their residential properties with the maintenance of the housing rights. The theme is relevant in the current context of reform of the social security system, in which market solutions tends to gain importance compared to public benefits. This study intends to legally conceptualize reverse mortgages, as well as explore its legal viability, considering as viability the existence of legal and case law support for the establishment of all its essential clauses and conditions. Those clauses and conditions are defined based on international experience, and by assessing the risks of the product under the socio-legal approach of the economic analysis of the law. The aim of this work is to provide an answer regarding the need to issue specific legislation for the discipline of the financial product. The reverse mortgage is also evaluated regarding financial regulation, assessing in what extent the current regulatory framework provides security to lenders and borrowers. Finally, two different approaches are discussed, assessing their ability to preserve the economic essence of reverse mortgages.

Keywords: Reverse Mortgage; Property Rights; Private Law; Risks; Legal Viability; Consumers rights; Extrajudicial Execution; Compulsory Insurance.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade
CC/2002 – Código Civil de 2002
CDC - Código de Defesa do Consumidor
CF/88 - Constituição Federal de 1988.
CPC/2015 - Código de Processo Civil de 2015
FCA - Financial Conduct Authority
FCVS - Fundo de Compensação de Variações Salariais
FHA - Federal Housing Administration
FSA - Financial Services Authority
FSB – Financial Stability Board
HECM - Home Equity Conversion Mortgage
HUD - Department of Housing and Urban Development
RE - Recurso Extraordinário
REsp - Recurso Especial
SFH - Sistema Financeiro da Habitação
SFN - Sistema Financeiro Nacional
STF - Supremo Tribunal Federal
STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL E MODELO PARADIGMA	17
1.1 Considerações iniciais	17
1.2 Experiências internacionais	17
1.2.1 Estados Unidos.....	17
1.2.2 Espanha.....	21
1.2.3 Reino Unido.....	24
1.3 Modelo paradigma	26
2. CONCEITUAÇÃO JURÍDICA	31
2.1 Considerações iniciais	31
2.2 Relação obrigacional	33
2.3 Direito real de garantia	47
2.3.1 Considerações iniciais.....	47
2.3.2 Taxatividade e tipicidade do direito real de garantia.....	47
2.3.3 Características, atributos e princípios dos direitos reais de garantia.....	49
2.3.4 Subsunção do modelo paradigma à hipoteca convencional.....	55
2.4 Conceituação jurídica da hipoteca reversa	73
3. RISCOS, MITIGADORES E ELEMENTOS ESSENCIAIS À VIABILIDADE JURÍDICA	77
3.1 Considerações iniciais	77
3.2 Riscos e seus mitigadores	78
3.2.1 Risco de descasamento entre ativo e passivo.....	78
3.2.2 Risco de longevidade.....	80
3.2.3 Risco de taxa de juros.....	82
3.2.4 Risco de flutuação no preço do imóvel.....	85
3.2.5 Risco de insolvência econômica do credor.....	86
3.2.6 Risco de complexidade do produto.....	89
3.2.7 Risco tributário.....	90
3.2.8 Risco jurídico.....	91
3.3 Implicações sobre a viabilidade jurídica	93
3.3.1 Implicações associadas à garantia.....	94

3.3.2 Implicações associadas ao negócio jurídico obrigacional.....	111
4. JURISPRUDÊNCIA, REGULAÇÃO E VIABILIDADE JURÍDICA DA HIPOTECA REVERSA.....	113
4.1 Aspectos jurisprudenciais.....	113
4.1.1 Seguro obrigatório.....	114
4.1.2 Garantia hipotecária.....	119
4.1.3 Direito real de habitação.....	128
4.1.4 Bem de família.....	129
4.1.5 Discriminação dos clientes na oferta de crédito.....	133
4.2 Aspectos regulatórios.....	136
4.2.1 Instituições autorizadas.....	136
4.2.2 Regras prudenciais.....	139
4.2.3 Regras de transparência e adequação.....	143
4.2.4 Regulamentação específica.....	153
4.3 Viabilidade jurídica da hipoteca reversa.....	154
5. ESTRUTURAS JURÍDICAS ALTERNATIVAS.....	157
5.1 Considerações iniciais.....	157
5.2 Alienação fiduciária de coisa imóvel.....	159
5.3 Compra e venda com pactos adjetos.....	165
6. CONCLUSÃO.....	170
REFERÊNCIAS.....	179

INTRODUÇÃO

A recente revisão do modelo previdenciário brasileiro, consubstanciada na Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, pauta-se essencialmente em três pilares, ainda que imponha outros ajustes de ordens variadas: estabelecimento de uma idade mínima para aposentadoria; aumento da contribuição dos trabalhadores, aposentados e pensionistas; e redução dos valores dos benefícios.

Não obstante tenha enfrentado intensa resistência de diversos grupos de interesse, seja no Congresso Nacional seja mais recentemente no Poder Judiciário, com o surgimento de ações questionando a constitucionalidade de alguns de seus dispositivos, a revisão do sistema previdenciário é um tema inevitável, que foi enfrentado por todos os países que observaram o mesmo fenômeno de transição demográfica pela qual passamos no Brasil, qual seja, o de ampliação do percentual de idosos na população, isto é, o aumento da chamada razão de dependência¹.

Diante do novo paradigma constitucional, projeta-se perspectivas menos promissoras para os idosos de amanhã (se comparados aos idosos de hoje), pelo menos sob a ótica do sistema previdenciário que lhes prestará assistência no futuro. Em contraposição à geração que lhe antecedeu, a população economicamente ativa de hoje contribuirá para a previdência pública com maior parcela dos seus rendimentos, por tempo superior, e fará jus a benefícios menos generosos, numa necessária revisão do nosso pacto intergeracional.

Nesse contexto, no qual a previdência pública e solidária torna-se potencialmente insuficiente para garantir aos idosos de amanhã padrão de vida ao menos compatível com aquele que usufruíram ao longo do seu período economicamente ativo, o setor financeiro privado tende a ganhar protagonismo, com o oferecimento de soluções previdenciárias comuns em economias desenvolvidas.

Um desses produtos é o tema do presente trabalho. Trata-se do que internacionalmente se conhece como *reverse mortgage* – a hipoteca reversa, numa tradução livre e imprecisa, não obstante consagrada no debate econômico e na mídia especializada, razão pela qual será a designação doravante utilizada.²

As hipotecas reversas são produtos tipicamente previdenciários, com larga utilização em países desenvolvidos, tendo sido desenhados a partir da lógica econômica do ciclo de vida

¹ Razão entre a população economicamente dependente (idosos e crianças) e a população economicamente ativa.

² CAETANO, Marcelo Abi-Ramia; MATA, Daniel da. Hipoteca Reversa. **Textos Para Discussão**: Instituto Brasileiro de Pesquisas Econômicas Aplicadas, Rio de Janeiro, fev. 2009.

dos indivíduos, na qual a renda derivada do trabalho cresce com a experiência e desenvolvimento profissional, permitindo o acúmulo de patrimônio, passando a decrescer a partir de certa idade, até que cesse, com a inevitável perda da capacidade laboral.³

Assim, os indivíduos, a partir de certa idade, em regra, passam a possuir algum patrimônio acumulado em bens móveis e imóveis, ao passo que o seu fluxo de renda não derivado do mesmo patrimônio, seja do trabalho seja de eventual benefício previdenciário, torna-se reduzido. E é justamente para o público idoso com patrimônio elevado e renda baixa ou insuficiente para a manutenção de padrão de vida compatível com o da fase laboral, que a hipoteca reversa surge como uma alternativa à mera desacumulação patrimonial.⁴

A hipoteca reversa, nos mercados internacionais em que é negociada, nada mais é do que uma operação de crédito garantida pela hipoteca em primeiro grau de um imóvel, em que a instituição credora garante uma renda mensal vitalícia ao devedor a ser suportada pelo valor de venda do bem dado em garantia quando da morte desse último. Ou seja, possibilita-se, a partir do produto previdenciário, que pessoas idosas com fluxos de renda reduzidos extraiam valor dos seus bens imóveis sem que seja necessário deixarem de neles residir.⁵

Nos países desenvolvidos, tais empréstimos são designados simplesmente pelo nome do direito real de garantia constituído sobre o bem imóvel. Com efeito, utiliza-se o termo hipoteca como sinônimo tanto de financiamentos para a aquisição de imóvel, no qual o bem adquirido é hipotecado em garantia para a instituição financeira credora, como dos empréstimos garantidos por hipoteca (*home equity*), em que um imóvel é oferecido em garantia a uma operação de empréstimo sem destinação específica, voltada para o consumo.

Nos empréstimos garantidos por imóveis tradicionais, isto é, os não reversos, o credor entrega um montante de recursos para o devedor, que se obriga a restituí-lo, no prazo contratual, acrescido dos juros pactuados, constituindo-se, como garantia ao adimplemento da obrigação, uma hipoteca sobre determinado bem imóvel.

Nessa espécie de negócio jurídico, a obrigação pecuniária do credor se exaure no termo inicial da operação, sendo dada pela entrega integral do montante de recursos contratado pelo devedor. O devedor, por seu turno, obriga-se a efetuar pagamentos periódicos ao credor, amortizando sua dívida ao longo do tempo, de forma que, no vencimento do contrato, há a

³ ANDO, Aldo; MODIGLIANI, Franco. The 'life-cycle' hypothesis of saving: aggregate implications and tests. **American Economic Review**, [s.i.], v. 53, n. 1, p. 55-84, 1963.

⁴ AMERICAN ASSOCIATION OF RETIRED PERSONS. Home made money: a consumer's guide to reverse mortgage. [s.i.], 2005, p. 46. Disponível em: <https://assets.aarp.org>. Acesso em: 04 jun. 2020.

⁵ GARCÍA, Eva del Pozo; MARTINEZ, Zuleyka Díaz; SEVILLA, Lidia Fernandez. La hipoteca inversa em Espanha: um estudo comparativo com otros países de la Unión Europea y EEUU. **Revista Universitaria Europea**, [s.i.], n. 15, p. 85-106, 2011, p. 87.

quitação integral da dívida, desonerando-se o imóvel.

O entendimento da dinâmica do saldo devedor da operação e do fluxo de pagamentos dos empréstimos hipotecários tradicionais é fundamental para a compreensão dos aspectos distintivos da hipoteca reversa. Em uma operação convencional, em regra, todo o montante contratado do empréstimo é entregue ao devedor no termo inicial, de forma que o saldo devedor é dado, no início da operação, pelo valor total da obrigação. A partir do termo inicial, o valor da dívida vai sendo amortizado por pagamentos periódicos feitos pelo devedor em favor do credor, isto é, o saldo devedor vai sendo reduzido até a plena quitação.

Nas hipotecas reversas, a dinâmica, como o próprio nome sugere, é invertida. O credor se obriga a efetuar pagamentos periódicos ao devedor até o termo final do contrato. Este termo, por seu turno, é definido como a data da morte do devedor; momento a partir do qual a obrigação se torna exigível. A dívida, nesse contexto, é crescente e indeterminada, visto que não há como se determinar, *a priori*, a data em que ocorrerá o termo final.

O caráter crescente do saldo devedor, portanto, é a primeira marca distintiva entre as hipotecas reversas e as hipotecas tradicionais, nas quais esse saldo é decrescente. Também se tem como “invertida” a hipoteca reversa porque os pagamentos, entre os termos inicial e final do contrato, são feitos unicamente pelo credor, diferentemente sistemática tradicional, em que o montante emprestado é totalmente entregue no termo inicial e a devolução acrescida de juros é feita em prestações mensais (ou qualquer outra periodicidade) até o termo final.

A partir desse arranjo já é possível compreender a lógica previdenciária dessa modalidade de empréstimo. Conforme mencionado, os indivíduos, na velhice, possuem patrimônio acumulado, mas sua renda é fortemente reduzida frente àquela do auge da capacidade laborativa. Dentre os bens acumulados, geralmente o de maior valor é a residência do idoso, que comumente é resistente a mudanças, desejando nela permanecer até a sua morte, seja por questões sentimentais seja por mera conveniência. Dessa maneira, a hipoteca reversa surge como uma opção de extração de renda de um ativo imobilizado sem que haja necessidade de o idoso se desfazer do bem ou deixar de nele residir.

Desse modo, nos contratos de hipoteca reversa, o credor se obriga a efetuar pagamentos periódicos ao idoso até a sua morte, tendo como garantia do adimplemento a hipoteca do imóvel no qual o devedor reside. Os riscos a que se expõem os credores, portanto, assumem duas dimensões: uma atuarial, dada pela probabilidade de o devedor viver mais do que o período estimado quando do cálculo das prestações a serem a ele pagas; e outra de insuficiência de garantia, representada pela probabilidade de o imóvel se desvalorizar e ser insuficiente para fazer frente ao saldo devedor da operação no termo final do contrato.

Diante desses riscos, o valor mensal a ser pago pelo credor nas hipotecas reversas será apurado a partir de metodologia em que se avaliará a expectativa de sobrevivência do devedor a partir do termo inicial da operação e o valor estimado do imóvel no termo final do contrato. Vivendo o devedor mais do que o valor estimado, o saldo devedor da operação tende a superar o valor do imóvel dado em garantia, representando perda para o credor. Ocorrendo a desvalorização do bem no curso do contrato, exposto também fica o credor a sua insuficiência para fazer frente ao montante emprestado.

Sob a ótica do devedor, este não é demandado a fazer nenhum tipo de pagamento ao longo do contrato, geralmente também não assumindo o risco atuarial ou de insuficiência de garantia, que são totalmente absorvidos pelo credor, em que pese tais aspectos diferirem entre os países nos quais tal produto é negociado.

As obrigações do devedor, geralmente, dizem respeito à preservação do imóvel hipotecado e ao pagamento das despesas que lhe são próprias, sob pena de haver o vencimento antecipado do contrato e surgir a obrigação de liquidação da dívida de forma imediata.⁶

Na morte do devedor, torna-se a dívida exigível – naturalmente do espólio, havendo os herdeiros de decidir se honram a obrigação ou se permitem a execução da garantia e a consequente expropriação do imóvel dela decorrente.

O que se pretende inicialmente avaliar neste trabalho é se a autonomia privada, ainda que mitigada pela função social dos contratos, e os direitos reais de garantia previstos em caráter taxativo em nosso ordenamento, confeririam a base necessária para que pactos dessa natureza fossem firmados, podendo-se prescindir de moldura legislativa específica a tipificar e autorizar tais operações.

Busca-se, ainda, explorar os aspectos indispensáveis a eventual disciplina legal da matéria, de forma a minimizar a insegurança jurídica e permitir a negociação desse tipo de produto financeiro.

Torna-se relevante e oportuna a discussão que se propõe quando se observa o destaque que determinados setores do governo vêm conferindo à matéria. Em recente entrevista, o Presidente do Banco Central do Brasil, Roberto Campos Neto, estimou que as operações de hipoteca reversa têm potencial de dobrar o volume de operações de crédito imobiliário no país.⁷

⁶ GONZÁLEZ, Rubén Herranz. Hipoteca inversa y figuras afines. **Informes Portal Mayores**, Madrid, n. 49, p. 1-12, 2006, p.12. Disponível em: <http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/herranz-hipoteca-01.pdf> Acesso em: 15 jun. 2020.

⁷ VIEIRA, Renata. Presidente do BC prevê que hipoteca reversa vai dobrar crédito imobiliário no país. **O Globo**. Rio de Janeiro, ago. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/presidente-do-bc-preve-que-hipoteca-reversa-vai-dobrar-credito-imobiliario-no-pais-23858181>. Acesso em: 04 jun. 2020.

Também tramitam no Congresso Nacional algumas iniciativas legislativas voltadas à regulação desse tipo de arranjo contratual, de que é exemplo o PLS 52/2018, de autoria do Senador Paulo Bauer, o qual acrescenta o Capítulo II-B à Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, para dispor sobre a hipoteca reversa de coisa móvel.⁸

Nesse contexto, busca-se caracterizar os contratos de hipoteca reversa enquanto negócio jurídico, com a identificação dos seus elementos essenciais sob a ótica do direito das obrigações e dos direitos reais, assim como verificar se os riscos associados a tal negócio seriam capazes de inviabilizar o seu desenvolvimento no Brasil, ou se esses riscos já estariam mitigados pela jurisprudência hodierna para obrigações e vínculos reais similares.

Consideram-se riscos jurídicos capazes de afetar a contratação da hipoteca reversa no Brasil, sem a pretensão de exaurir a discussão, aqueles relacionados a aspectos:

i) sucessórios, uma vez que parcela significativa do patrimônio de pessoas idosas passaria a estar vinculado a obrigações contratadas junto ao sistema financeiro, suscitando questões como a livre disposição do idoso sobre os seus bens, o direito real de moradia de cônjuges e companheiros e o direito dos herdeiros sobre o bem dado em garantia;

ii) consumeristas, haja vista a complexidade do produto e a evidente fragilidade dos devedores frente aos credores, assim como a necessidade de se vincular a concessão do crédito à contratação de seguros das mais variadas ordens;

iii) de direitos reais, em face das limitações que podem se impor sobre a capacidade de os credores executarem suas garantias, diante de aspectos como a impenhorabilidade de bens de família, o direito real de moradia do cônjuge e as limitações sobre a execução extrajudicial;

iv) tributários, a respeito da incidência ou não de impostos sobre os pagamentos efetuados pelo credor, o que pode encarecer o produto tornando-o pouco atrativo;

v) de resolução das instituições credoras, que são ao mesmo tempo credoras e devedoras de negócio bilateral, havendo de se avaliar como se resolve o contrato em caso de decretação de alguns dos regimes de resolução sobre a instituição credora ou até mesmo no caso de falência.⁹

Com efeito, a questão com que se procura lidar neste trabalho é a viabilidade de se pactuar obrigação da espécie em nosso ordenamento jurídico sem que estejam sujeitos, credor e devedor, a riscos que possam desequilibrar a relação jurídica a ponto de inviabilizá-la.

⁸ BRASIL. Senado Federal. PLS 52/2018. Acrescenta o Capítulo II-B à Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, para dispor sobre a hipoteca reversa de coisa imóvel. Brasília, DF, fev. 2018.

⁹ Por regimes de resolução, tenha-se a intervenção e a liquidação extrajudicial, de que trata a Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, e o regime de administração especial temporária, instituído pelo Decreto-Lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987.

Dessa questão deriva logicamente uma segunda, qual seja: se, diante dos riscos a que se sujeitam as partes do contrato, a viabilidade de operação dessa natureza não está condicionada a uma abrangente disciplina legal, que estabeleça com precisão deveres e obrigações das partes, bem como as repercussões do negócio jurídico que se pretende entabular.

Importa consignar, que, por viabilidade, no âmbito deste estudo, tem-se a capacidade de as partes serem reconhecidas, em nosso Judiciário, a validade e plena eficácia de todas as condições típicas das operações de hipoteca reversa. Com efeito, de forma a responder o problema posto será necessário examinar como nossa jurisprudência se posiciona diante das diferentes controvérsias que podem incidir sobre a hipoteca reversa, ainda que apreciadas sob contexto distinto.

Como hipótese, supõe-se que, a despeito de não haver limitante de ordem legal ou regulamentar ao oferecimento de produto da espécie no Brasil, nosso ordenamento jurídico e nossa jurisprudência impõem riscos de tal ordem às partes do possível contrato, que a viabilidade dessas operações somente seria possível sob uma rígida disciplina legal.

Tal disciplina, entende-se, haveria de estabelecer limitações quanto ao rol dos contratantes, às obrigações que poderiam ser impostas ao devedor, às repercussões sucessórias do negócio jurídico e à forma de execução da garantia imobiliária; assim como dispor sobre todas as condições de transparência e disponibilização de informações ao devedor previamente à pactuação do negócio.

A principal técnica a ser utilizada para abordar o problema é a pesquisa dogmática, com a análise da doutrina, jurisprudência e legislação, dado o caráter teórico-argumentativo do trabalho.

De início, buscar-se-á a conceituação substantiva, tanto jurídica como econômico-financeira, das operações de hipoteca reversa. Convém destacar que não se tomará como base os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, mas sim as características das operações de hipoteca reversa nos países em que elas efetivamente são negociadas – e sobre as quais se inspiram as iniciativas legislativas.

Definido o produto e estabelecidos os seus elementos fundamentais, serão elencadas as principais fragilidades desse arranjo contratual sob uma perspectiva socio jurídica da análise econômica do direito. Ou seja, diante do problema colocado, de avaliação da viabilidade da pactuação de obrigação da espécie no Brasil, buscar-se-á delimitar os pilares da operação, tanto sob a ótica dos credores quanto sob a perspectiva dos devedores, julgando-se em que medida a sua fragilização colocaria em xeque a estrutura do negócio.

Por fim, a partir dos pilares fundamentais do produto financeiro de que se cuida,

analisar-se-á como a jurisprudência pátria trata as questões que lhes são controvertidas, considerando outras espécies de arranjos contratuais já difundidos no Sistema Financeiro Nacional, o que pode sugerir o quão seguro juridicamente seria o entabulamento das cláusulas contratuais indispensáveis às operações de hipoteca reversa.

O trabalho está estruturado da seguinte forma: na primeira seção são apresentados exemplos internacionais das operações de hipoteca reversa em três mercados onde sua negociação se encontra amplamente difundida, buscando-se a construção de um produto paradigma, a partir das características que a legislação e regulamentação desses países atribui como moldura mínima para a contratação de negócios da espécie; na segunda seção será efetuada a conceituação substantiva jurídica do modelo paradigma, avaliando-se em que medida nosso ordenamento já conferiria as bases para a sua contratação; na terceira seção, propõe-se uma avaliação sobre cada um dos riscos associados às hipotecas reversas, sob uma perspectiva da análise econômica do direito, buscando-se determinar os instrumentos de mitigação fundamentais, bem como os pilares indispensáveis sobre o qual o produto se apoia; na quarta seção empreende-se exame sobre a viabilidade jurídica da hipoteca reversa, analisando-se o tratamento conferido pela jurisprudência, em situações julgadas como similares, a cada um dos pilares do produto – entendendo-se como pilares as características e mitigadores de risco sem os quais a hipoteca reversa não seria sustentável financeiramente, nos termos tratados na seção anterior. Na mesma seção, avalia-se a conformação da hipoteca reversa à regulamentação afeta ao Sistema Financeiro Nacional, verificando-se a imprescindibilidade de uma disciplina infralegal específica com vistas a lidar com os risco associados ao produto financeiro; na quinta seção são propostos arranjos alternativos que poderiam dar sustentação ao negócio de que se cuida, considerando-se apenas a sua essência econômica; por fim, na sexta seção, conclui-se o trabalho, oferecendo-se o entendimento, a partir da análise posta, acerca da necessidade de se conferir tratamento legislativo e regulamentar específicos para tornar viável, no Brasil, a contratação de operações de hipoteca reversa.

1. EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL E MODELO PARADIGMA

1.1 Considerações iniciais

A hipoteca reversa, enquanto produto financeiro com finalidade previdenciária, é ofertada em diversos países, sendo um instrumento relevante de complementação de renda de pessoas idosas.

Embora possua características que se assemelham em cada um dos mercados em que é negociada, existem vários aspectos distintivos, tanto em termos de estruturação da operação como no que se refere às bases legal e regulamentar sobre as quais o produto se apoia.

Nesse sentido, com vistas ao oferecimento da melhor conceituação econômica e jurídica do que se convencionou designar como hipoteca reversa, nesta seção são apresentadas, em apertada síntese, as características desse produto em algumas jurisdições em que sua utilização já se encontra fortemente consolidada.

A partir dessas características será construído um modelo paradigma para o produto hipoteca reversa, a fim de que se possa não só conceituá-lo a luz do direito brasileiro, inclusive com o exame da sua consonância com o arcabouço legal em vigor, mas utilizá-lo como base para as análises a serem empreendidas nas próximas seções.

1.2 Experiência internacional

A fim de se delimitar as características essenciais da hipoteca reversa, utiliza-se como referência países com diferentes sistemas jurídicos – dois com sistema de *common law*, os Estados Unidos e o Reino Unido – e um com tradição romano-germânica – a Espanha –, de maneira a se extrair os elementos que de fato representam pilares do produto financeiro, independentemente da forma como se aplica o direito.

1.2.1 Estados Unidos

No mercado norte-americano, as hipotecas reversas caracterizam-se como empréstimos garantidos pela hipoteca em primeiro grau do imóvel de propriedade e residência

do devedor, assumindo duas formas principais: empréstimos com prazo definido (*term reverse mortgages*) e empréstimos pelo período da posse (*tenure reverse mortgages*).¹⁰

No caso das hipotecas reversas com prazo definido, a instituição credora libera o montante integral do empréstimo no termo inicial da operação (*lump-sum payment*) ou efetua liberações periódicas do empréstimo, na forma de uma renda mensal, obrigando-se o devedor a restituir o montante emprestado, acrescido de juros, no termo final do empréstimo. Observa-se que, nessa modalidade de hipoteca reversa, o risco de longevidade é assumido pelo devedor, que pode vir a ter de restituir todo o valor do empréstimo ainda em vida, o que implica, muitas vezes, na necessidade da venda do imóvel hipotecado.

Na segunda espécie de hipoteca reversa, por outro lado, não há prazo definido para a restituição do valor emprestado. O vencimento do contrato somente ocorre com a morte do devedor ou com a mudança do seu local de residência para imóvel diverso daquele objeto da operação. Por consequência, a dívida não é exigível enquanto o devedor permanecer no imóvel hipotecado, assumindo o credor, integralmente, o risco de longevidade do devedor. Esta modalidade, por razões óbvias, é a mais utilizada quando o empréstimo assume feições de produto previdenciário, tendo em vista garante renda vitalícia ao tomador.

São três as espécies de hipotecas reversas vinculadas ao período de posse do imóvel hipotecado – ou sem prazo definido, em designação simplificada: i) *Home Equity Conversion Mortgage Program* (HECM), ii) *Home Keeper reverse Mortgage*; e iii) *Cash Account Plan*. Para os fins do presente trabalho, contudo, abordar-se-á apenas o HECM, cujas características sintetizam suficientemente as demais espécies.

Tal programa de hipotecas reversas (HECM) foi autorizado em 1987, pela Lei de Desenvolvimento Habitacional e Comunitário (*Public Law 100-242*), inicialmente como um programa experimental do Departamento de Habitação e Desenvolvimento Urbano (HUD), com o propósito de atender as necessidades especiais dos idosos proprietários de imóveis residenciais, mitigando os efeitos das dificuldades econômicas derivadas do incremento das despesas com saúde, moradia e subsistência em período da vida de natural redução da renda:

SECTION. 255. (a) PURPOSE.—The purpose of this section is to authorize the Secretary to carry out a demonstration program of Mortgage insurance designed (1) to meet the special needs of elderly homeowners by reducing the effect of the economic hardship caused by the increasing costs of meeting health, housing, and subsistence needs at a time of reduced income, through

¹⁰ FOOT, Bruce E. *Reverse Mortgages: Background and Issues*. **Congressional Research Service**, [s.i.], 2007, p. 8-9.

the insurance of home equity conversion mortgages to permit the conversion of a portion of accumulated home equity into liquid assets; [...]^{11 12}

Tornado permanente em 1988, o HECM foi o primeiro programa de nível nacional nos Estados Unidos a oferecer hipotecas reversas que possibilitavam a não exigibilidade da dívida durante a vida do devedor, o que lhe conferia contornos de um benefício previdenciário.¹³

No que toca às características da operação, o valor contratado no âmbito do HECM pode ser disponibilizado pelo credor de cinco formas distintas, cuja opção é de exclusivo critério do devedor: i) em pagamentos mensais, na forma de uma renda vitalícia a ser paga até que o devedor deixe de residir na propriedade hipotecada ou venha a óbito; ii) em pagamentos mensais pelo prazo definido pelo devedor, naturalmente cessando na sua morte; iii) como uma linha de crédito com montante máximo definido, a ser sacada de acordo com a necessidade e conveniência do devedor; iv) como uma combinação da linha de crédito e dos pagamentos mensais, sendo os últimos afetados pelo montante eventualmente sacado da linha e perdurando também como uma renda vitalícia; e v) como uma combinação da linha de crédito e pagamentos mensais por prazo definido, também cessando com a morte ou a mudança do devedor.¹⁴

A dívida referente ao HECM se torna exigível pelo credor quando o último devedor morre (no caso de mais de um devedor; um casal, por exemplo); quando a propriedade é vendida ou na hipótese de todos os devedores mudarem-se permanentemente da propriedade hipotecada.

Pode ocorrer ainda o vencimento antecipado da dívida caso o devedor não honre as despesas tributárias, condominiais e securitárias do imóvel (seguro contra danos físicos da propriedade, que é obrigatório) ou não o mantenha íntegro e preservado; desconsiderado o desgaste natural, que deve ser sanado. Ainda que a dívida não seja exigível em outras situações, é facultado ao devedor pagá-la antecipadamente, sem que sobre ele incida qualquer tipo de penalidade.¹⁵

No âmbito desse programa, os devedores são obrigados a contratar um seguro da *Federal Housing Administration (FHA)*¹⁶ que lhes oferece cobertura contra o risco de o saldo

¹¹ Latona, Dan. Reversing Course: Strengthening Consumer Protections for Reverse Mortgages. **Elder Law Journal**, [s.i.], vol. 23, n. 2, p. 417-452, 2016. HeinOnline.

¹² Cf. Public Law 100-242. Disponível em: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/STATUTE-101/pdf/STATUTE-101-Pg1815.pdf> Acesso em: 03 mar. 2020.

¹³ Cf. Public Law 105-276. Disponível em: <https://www.congress.gov/105/plaws/publ276/PLAW-105publ276.pdf> Acesso em: 03 mar. 2020.

¹⁴ FOOT, Bruce E. Op. cit., p. 10-11.

¹⁵ FAIRBANKS, Joan E. Home Equity Conversion Programs: A Housing Option for the House-Rich, Cash-Poor Elderly. **Clearinghouse Review**, [s.i.], vol. 23, no. 4, p. 481-487, 1989. HeinOnline.

¹⁶ Agência Federal cuja atividade primária é oferecer seguros para empréstimos imobiliários contratados junto a entidades a ela conveniadas. Disponível em: <https://www.usa.gov/federal-agencies/federal-housing-administration> Acesso em: 02 mar.2020.

devedor da dívida superar o valor de mercado do imóvel – garantindo que o valor máximo a ser pago no termo final da operação não supere o valor do imóvel hipotecado; e de inadimplemento do credor, por qualquer razão, inclusive falência, assegurando o pagamento dos valores contratados até o termo final.¹⁷

Vale destacar que há outros tipos de hipotecas reversas sem vencimento em que não há a obrigatoriedade legal de contratação do seguro, que representa uma despesa para o devedor. Em quaisquer dos casos, contudo, do devedor nunca será exigido mais do que o valor obtido em mercado com a alienação da propriedade, isto é, o restante do seu patrimônio não pode ser alcançado pela dívida relativa aos contratos de hipoteca reversa.

Trata-se, nos demais programas disponíveis no mercado norte-americano, de um risco a ser assumido pelo credor, de forma que, não sendo o seguro exigido contratualmente, haverá natural redução dos valores disponibilizados ao devedor.

De toda forma, vencida e não paga a dívida, executa-se a garantia hipotecária, sendo o imóvel alienado para a satisfação do direito do credor. Caso o valor de alienação supere o saldo devedor da operação, a diferença é devolvida para o devedor. Na hipótese de o valor do imóvel negociado em mercado não atingir o valor devido, o credor é indenizado pela seguradora, encerrando-se qualquer obrigação das partes.¹⁸

São elegíveis ao HECM os proprietários de imóveis livres de qualquer tipo de ônus, que possuam mais de 62 anos, residam no imóvel a ser hipotecado e não possuam dívidas com o governo federal. Quanto ao imóvel, deve ter sido construído há não menos de um ano e atender aos padrões técnicos mínimos estabelecidos pelo HUD.

Além dos requisitos subjetivos e objetivos mencionados, o devedor, previamente à contratação, deve se submeter a um aconselhamento junto a entidades conveniadas ao HUD, que lhe auxiliarão no entendimento do produto e das condições contratuais, inclusive quanto à adequação às suas necessidades e interesses. Da mesma forma que o seguro, esse aconselhamento regulamentado é característico das hipotecas reversas contratadas no âmbito do HECM. Nas hipotecas contratadas fora do programa, em regra se exige o aconselhamento legal previamente à contratação.¹⁹

¹⁷ AMERICAN ASSOCIATION OF RETIRED PERSONS. Op. cit., p. 15.

¹⁸ FOOT, Bruce E. Op. cit., p. 11-13.

¹⁹ AMERICAN ASSOCIATION OF RETIRED PERSONS. Op. cit., p. 27-30.

1.2.2 Espanha

A hipoteca reversa, conhecida na Espanha como hipoteca inversa, é definida pela Lei 41/2007, que disciplina o mercado de crédito imobiliário daquele país, como uma operação de crédito garantida pela hipoteca constituída sobre o imóvel de residência habitual do devedor, na qual a dívida só é exigível com sua morte ou, se assim estipulado em contrato, com a morte do último dos beneficiários.²⁰

Eva Del Pozo García, Zuleyka Martinez e Lidia Fernandez Sevilla definem a hipoteca reversa como:

*[...] un credito com garantía inmobiliaria, es decir, un producto financiero que permite transformar los activos inmobiliarios en rentas dirigido a personas de edad igual o superior a 65 años como a personas afectadas de dependencia severa o gran dependencia cuya principal característica es que la entidad financiera o aseguradora paga una cantidad mensual garantizada temporal o vitaliciamente al titular, sin que éste ni sus herederos pierdan la propiedad de su vivienda.*²¹

São elegíveis à contratação da hipoteca reversa pessoas maiores de 65 anos. Esta idade mínima também se aplica àquelas pessoas aptas a serem designadas pelo devedor como beneficiárias, admitindo-se idade inferior apenas nos casos dependência severa ou grave. Para os efeitos da lei, considera-se dependência severa quando o beneficiário precisa de auxílio para realizar as atividades básicas da vida cotidiana, mas não é necessário um cuidador permanente. A dependência grave se caracteriza pela necessidade de auxílio para a realização de todas as atividades da vida cotidiana, tendo havido a perda total da autonomia mental e física, requerendo-se a presença permanente de um cuidador.

No que se refere à disponibilização do valor contratado ao devedor, essa pode ser feita por meio de desembolsos periódicos, isto é, por desembolsos mensais que podem ser temporários ou vitalícios; pelo pagamento de todo valor contratado no termo inicial; ou pela disponibilização de uma linha de crédito a ser utilizada a qualquer tempo pelo devedor. Diferentemente do mercado norte-americano, não há a possibilidade de se combinar as diferentes formas de desembolso.

Existem duas modalidades de contratação da hipoteca reversa. Na primeira modalidade, denominada “hipoteca inversa temporal”, os desembolsos periódicos deixam de

²⁰ ESPANHA. Ley 41/2007, de 7 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo de 1981, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

²¹ DEL POZO GARCÍA, Eva; DÍAZ MARTINEZ, Zuleyka; FERNANDEZ SEVILLA, Lidia. Op. cit., p.87.

ser efetuados a partir do momento que o saldo devedor da dívida atinge o percentual máximo do valor de avaliação do imóvel, nos termos fixados em contrato.

Nesse caso, suponha que o imóvel seja avaliado em um milhão de euros e o percentual máximo seja fixado em 50% do valor de avaliação. Uma vez que o saldo devedor da dívida atinja 500 mil euros, o mutuário deixa de receber os pagamentos periódicos, continuando a incidir sobre o montante total desembolsado pelo credor os juros contratuais. Desse modo, o saldo da dívida continuará a crescer sem que nenhum pagamento seja do devedor requerido até o termo final da operação, que é a sua morte.

A segunda modalidade é a hipoteca reversa vitalícia, na qual os pagamentos mensais não são interrompidos até a morte do devedor, independentemente de quanto o saldo da dívida represente do valor de avaliação do imóvel. Nessa modalidade, contudo, é obrigatória a contratação de um seguro pelo mutuário, de forma a garantir que o valor a ser dele exigido não ultrapasse o valor do imóvel, assim como para proteger o credor do risco de longevidade do devedor e, conseqüentemente, de insuficiência do valor da garantia.^{22 23}

Independentemente da modalidade, as hipotecas reversas somente podem ser contratadas junto a instituições de crédito e entidades seguradoras autorizadas a operar na Espanha, sem prejuízo de a regulamentação infralegal estabelecer requisitos adicionais.²⁴

Quanto às características dos imóveis aptos a servir de garantia, diferentemente do HECM norte-americano, não há qualquer requisito técnico previamente estabelecido, cabendo ao credor avaliar a qualidade da garantia oferecida.

Evidentemente, cabe ao devedor efetuar os pagamentos de todas as despesas inerentes ao imóvel hipotecado, de que são exemplos os impostos e seguros obrigatórios, bem como efetuar os reparos e manutenções necessárias à preservação do valor do bem. O não pagamento dessas despesas ou o não cumprimento de qualquer disposição contratual sujeita o devedor às medidas legais cabíveis, podendo suscitar, a depender do estabelecido em contrato, o vencimento antecipado da dívida.

Antes da contratação da hipoteca reversa, os credores devem disponibilizar aos pretendentes ao crédito, obrigatoriamente, um serviço de assessoramento independente, com vistas a orientá-lo quantos aos direitos e deveres relacionados à operação, bem como verificar

²² DEL POZO GARCÍA, Eva; DÍAZ MARTINEZ, Zuleyka; FERNANDEZ SEVILLA, Lidia. Op. cit., p.88.

²³ GARCIA-GARNICA, Maria del. The Regulation of Reverse Mortgages in Spain as a Financial Instrument to Contribute to the Support of Dependent Persons. **Journal of International Aging Law & Policy**, [s.i.], vol. 6, no. 1, p. 50-76, 2013. HeinOnline.

²⁴ ESPANHA. Ley 41/2007, de 7 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo de 1981, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

a adequação do produto às suas necessidades. Importa destacar que antes da constituição de qualquer ônus sobre o imóvel do pretendente ao crédito, o oficial de registro deve se certificar de que se empreendeu, de fato, o assessoramento.²⁵

Conforme já se mencionou, a dívida vinculada à hipoteca reversa, a despeito da modalidade de que se cuide, somente é exigível com a morte do devedor ou do último de seus beneficiários, a menos que se estabeleça um prazo adicional em contrato, normalmente para oferecer tempo aos herdeiros para a avaliação da situação e tomada de decisão quanto a como proceder.

A partir desse momento, os herdeiros, desde que aceitem a herança, tornam-se então responsáveis pela obrigação do devedor falecido, podendo optar por liquidar a obrigação e desonerar o imóvel. Caso não seja efetuado o pagamento no prazo contratado, o credor executará a garantia, alienando o imóvel no processo convencional de execução de hipotecas.

Na hipótese de o valor do imóvel ser insuficiente para fazer frente à obrigação, e não tendo sido contratado o seguro (na hipótese de hipoteca reversa temporária), o credor pode se ressarcir por meio dos procedimentos legais cabíveis para alcançar os demais bens do acervo hereditário, não alcançando, todavia, os bens dos herdeiros.²⁶

Tal ressalva é relevante porque, de acordo com o código civil espanhol, a partir da aceitação da herança, os herdeiros sucedem o de cujus em todos os seus direitos e obrigações, respondendo com seus próprios bens eventuais obrigações que superem o acervo hereditário, ou seja, há a responsabilidade ilimitada dos herdeiros (*ultra vires hereditatis*), verbis:

*Artículo 1003. Por la aceptación pura y simple, o sin beneficio de inventario, quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios.*²⁷

Com efeito, os contratos de hipoteca reversa produzem efeito distinto no que diz respeito ao direito de sucessões, protegendo-se o patrimônio dos herdeiros da dívida hipotecária (reversa) do devedor.

²⁵ BANCO DE ESPAÑA. Guía de acceso a la hipoteca inversa. Madrid, 2017, p. 17. Disponível em: <https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/Folletos/Ficheros/GUIA.pdf> Acesso em: 24 jun. 2020

²⁶ Ibid., p. 25-29.

²⁷ ESPANHA. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763> Acesso em: 16 mai. 2020.

1.2.3 Reino Unido

De acordo com Marcelo Abi-Ramia Caetano e Daniel da Mata, o marco regulatório da hipoteca reversa no Reino Unido é bem consolidado, cabendo à *Financial Services Authority* (FSA), agência responsável pela regulação e supervisão de serviços financeiros em geral, a normatização e fiscalização da oferta do produto.

Diferentemente do mercado norte-americano, na qual as modalidades mais difundidas de hipoteca reversa são não só reguladas, mas, em grande medida, ofertadas por entidades públicas (seguros, aquisição e securitização das hipotecas), no Reino Unido a oferta, inclusive de seguros, cabe totalmente ao setor privado, reservando-se ao setor público uma intervenção apenas indireta no domínio econômico, por meio da expedição de disciplina normativa e fiscalização da oferta serviço financeiro. Segundo tais autores:

O caso britânico situa-se, portanto, numa linha intermediária entre, de um lado, as experiências da Austrália e da Espanha, e, de outro, o exemplo dos Estados Unidos. Naqueles os produtos são oferecidos pelo setor privado, mas com grandes lacunas de regulação e fiscalização. Nos Estados Unidos, apesar de não haver estatização das hipotecas reversas, a interferência do setor público é significativa, seja pelas hipotecas reversas de propósito único disponibilizadas por governos estaduais e locais, seja pelo HECM que, embora ofertado pelo setor privado, recebe seguro estatal. No Reino Unido, os negócios são totalmente privados e o papel do Estado se limita à definição de marco regulatório e fiscalização.²⁸

Conforme explica Lucas Costa de Oliveira, no Reino Unido a hipoteca reversa “[...] se insere em um programa mais amplo que estabelece meios de utilização da moradia para a complementação da renda de pessoas idosas”.²⁹ Tal programa denomina-se *Equity Release*, podendo ser entendido, segundo a FSA, da seguinte forma:

Equity release é um termo utilizado para descrever as diferentes formas por meio das quais é possível se beneficiar do valor de uma propriedade sem a necessidade de alteração do local de residência. A partir dos instrumentos inseridos nesse programa, é possível tanto contratar empréstimos garantidos pela propriedade como aliená-la em parte ou no todo tendo como contrapartida pagamentos regulares na forma de renda periódica, pagamento único no ato da contratação ou uma combinação de ambos.³⁰ (tradução livre)

Dos arranjos inseridos no âmbito do programa de *Equity Release*, interessa-nos o chamado *lifetime mortgage*, especificamente o do tipo *roll-up mortgage*, pela sua similaridade

²⁸ CAETANO, Marcelo Abi-Ramia, DA MATA, Daniel. Op. cit., p. 22.

²⁹ COSTA DE OLIVEIRA, Lucas. Hipoteca reversa: da necessidade econômica à viabilidade jurídica. **Desafios e Perspectivas do Direito Imobiliário**. Vol. 2, Belo Horizonte: Ed. Plácido, 2019, p. 226-228.

³⁰ FINANCIAL SERVICES AUTHORITY. Raising Money from your home, [s.i.], 2005, p. 2. Disponível em: <https://hoop.eac.org.uk/downloads/kbase/2352..pdf> Acesso em: 20 mar. 2020.

com o que se conhece como hipoteca reversa. A exemplo dos Estados Unidos e da Espanha, o *roll-up mortgage* é um empréstimo garantido pela hipoteca do imóvel de residência do contratante – que pode ser desembolsado pelo credor na forma de um único pagamento ou na forma de pagamentos periódicos –, sendo a dívida, que é crescente no tempo, inexigível até a morte do devedor ou até que este se mude permanentemente da propriedade.³¹

São elegíveis a essa modalidade de hipoteca reversa os proponentes com pelo menos 55 anos que residam na propriedade a ser hipotecada. Com relação ao imóvel, exige-se que ele esteja em boas condições, não se admitindo que haja qualquer tipo de ônus sobre o bem dado em garantia.

Algumas instituições restringem o acesso à hipoteca reversa quando o proponente possui dependentes que residam no imóvel a ser hipotecado. Aquelas que admitem, exigem que os dependentes recebam aconselhamento legal independente do proprietário do imóvel. O aconselhamento legal é uma exigência do FSA para a conclusão do negócio.

A exemplo das hipotecas reversas comercializadas na Espanha e nos Estados Unidos, o devedor deve contratar obrigatoriamente um seguro que proteja o bem hipotecado de danos físicos. Todavia, não é obrigatória a contratação de nenhum seguro contra o risco de longevidade do devedor ou de desvalorização do imóvel, isto é, que suporte o risco de o valor da dívida superar o valor da garantia. Caso isso ocorra, é possível que o credor passe a exigir o pagamento dos juros contratuais, sem amortização da dívida, de forma a impedir o crescimento do saldo devedor.

Também é possível que o restante do patrimônio do devedor seja alcançado para fazer frente ao valor da dívida. Caso este seja insuficiente, diferentemente da Espanha e de outros países da Europa, como a Alemanha, os herdeiros não respondem com o próprio patrimônio pelas dívidas do de cujus. A fim de proteger o espólio do risco de ter de responder pela dívida que supere o valor do imóvel hipotecado, algumas hipotecas reversas contêm o que se chama *no-negative-equity guarantee*.

No caso de a dívida ser contraída apenas no nome de um dos cônjuges, aquele não contratante deve responder pela dívida, quando da morte do devedor, sob pena de ter de abandonar o imóvel.

Quanto ao vencimento antecipado da dívida, a exemplo dos HECM norte-americanos, esta se torna imediatamente exigível no caso da venda do imóvel, na hipótese mudança do

³¹ O'MAHONY, Lorna Fox; OVERTON, Louise. Releasing Housing Equity in Later Life: Markets, Consumers and the Role of the State. **Law in Context: A Socio-Legal Journal**, [s.i.], vol. 33, n. 2, 2015, p. 119-120. HeinOnline.

devedor, ou em caso de descumprimento de alguma cláusula contratual, de que é exemplo o pagamento de impostos relacionados ao bem onerado em garantia.

1.3 Modelo paradigma

A avaliação da necessidade de uma disciplina legal para os contratos de hipoteca reversa diz respeito não só ao exame da imprescindibilidade de se tipificar essa espécie contratual, mas de se oferecer tratamento específico ao produto, de forma a se reduzir riscos de judicialização que, no limite, o inviabilizariam.

Apresenta-se então a primeira dificuldade do presente trabalho, posto não haver referencial teórico sobre o qual se apoiar, simplesmente pela inexistência não apenas de disciplina legislativa, mas do próprio produto de crédito, que não é comercializado no Brasil. Como se viu, também não há padronização absoluta deste tipo de arranjo nos países em que ele é negociado, sendo ele adaptado para fazer frente a aspectos legais, culturais e econômicos de cada mercado.

Nesse sentido, a fim de se efetuar uma análise objetiva do produto, propõe-se a construção de um tipo ideal do que seria a hipoteca reversa caso implementada no Brasil, a partir das características principais desse produto nos mercados em que possui larga utilização, com vistas a servir de referência para as análises a serem efetuadas.

Convém destacar que se optou pela não utilização dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional como base deste trabalho, haja vista que as propostas em discussão nas duas casas parlamentares ainda se encontram em fase bastante preliminar, de maneira que qualquer avaliação baseada nesses projetos representaria uma análise não do que internacionalmente se tem como hipoteca reversa, mas dos esboços legislativos que ainda tramitam no parlamento brasileiro.

Diante das experiências internacionais supra estudadas, verifica-se que o que se convencionou chamar de hipoteca reversa nada mais é do que uma operação de empréstimo garantida pela hipoteca em primeiro grau do imóvel de propriedade e residência do devedor.

Não se cuida, portanto, de uma modalidade especial de direito real de garantia, mas tão somente de uma operação de empréstimo com características diferenciadas quanto à forma de entrega da coisa emprestada – dinheiro –, e quanto à data a partir da qual a dívida se torna exigível – a morte do devedor.

A entrega da coisa emprestada pelo credor, nesse tipo de produto financeiro, pode se dar de forma integral no termo inicial do contrato (*lump sum*); de forma diferida no tempo, por

meio de pagamentos mensais vitalícios ou por período definido; ou, ainda, pela disponibilização de linha de crédito a ser utilizada pelo devedor de acordo com suas necessidades e conveniência.

Importa-nos, todavia, somente as operações que garantem renda vitalícia, por sua característica previdenciária. Nesse tipo de arranjo, os pagamentos serão feitos pelo credor até que o devedor venha a óbito, momento em que cessam. Ou seja, não se sabe, antecipadamente, qual será o valor total da dívida, de forma que os valores a serem pagos mensalmente serão diretamente proporcionais à idade do devedor e ao valor de avaliação do imóvel – ao passo que serão inversamente proporcionais à taxa de juros do contrato.

O termo final do contrato (vencimento) é a morte do devedor, momento a partir do qual a dívida se torna exigível; naturalmente não do devedor, mas do espólio. Com efeito, é possível que se pactue período adicional depois da morte do devedor para se caracterizar o vencimento efetivo da obrigação, de forma a se oferecer tempo suficiente para que os herdeiros avaliem se desejam liquidar a dívida e desonerar o imóvel dado em garantia, ou se optarão por não honrar a obrigação, deixando que o credor execute a garantia e o imóvel seja alienado.

Aspecto relevante nesse tipo de contrato diz respeito à dinâmica do saldo devedor. Como não se exige do tomador qualquer tipo de pagamento antes do termo final, o valor da dívida é crescente; e tal crescimento será tão mais rápido quanto maior for a taxa de juros que remunera o capital emprestado e quanto maiores os valores disponibilizados ao devedor no termo inicial da operação.

Sendo crescente o saldo da dívida, há que se entender o que ocorre na hipótese de o valor da obrigação superar o valor de avaliação do imóvel onerado em garantia. Quanto a isso, em regra, a dívida fica limitada ao valor de mercado do bem. A forma como tal direito é estruturado, contudo, varia de acordo com cada jurisdição e com a espécie de hipoteca reversa contratada.

A estrutura mais comum é aquela em que há previsão contratual ou legal de que o credor não possa alcançar o restante do patrimônio do devedor caso o valor de alienação de imóvel seja insuficiente para a quitação integral da obrigação. Ou seja, são as hipotecas reversas o que nos Estados Unidos se conhece como *non-recourse loans*.

Principalmente no país norte-americano, essa característica é marcante, já que todas as demais operações de empréstimo com garantia hipotecária, caracterizam-se como *full-recourse loans*, isto é, o credor pode buscar a satisfação do seu crédito não só no patrimônio onerado em garantia, mas em todo os ativos do devedor.³²

³² Dos 50 estados americanos, em apenas 13 os empréstimos com garantia hipotecária são, por lei, do tipo non-recourse. Disponível em: http://www.forecloseddreams.com/recourse_states.html Acesso em: 20 mar. 2020.

Esse ponto é pertinente porque tem gerado abordagens equivocadas inclusive nos projetos legislativos em tramitação. Não se trata de limitar o valor da dívida, impedindo, por exemplo, que o saldo devedor da operação supere o valor de avaliação do imóvel hipotecado – embora, como visto anteriormente, este tipo de estrutura exista –, mas de fazer prever espécie de perdão – legal ou contratual –, assegurando-se que do espólio nada mais se alcance além do imóvel onerado.

Sendo assim, suponhamos que o saldo devedor de uma hipoteca reversa atinja R\$ 500 mil, mas que o valor de avaliação do imóvel na data de vencimento seja de apenas R\$ 400 mil. Nesse caso, se os herdeiros desejarem quitar o empréstimo, deverão pagar ao credor a totalidade da dívida, e não apenas o valor de avaliação.

Por outro lado, caso a dívida não seja quitada na data de vencimento, e o imóvel seja alienado no processo de execução, digamos, por R\$ 300 mil, nada mais será subtraído do acervo hereditário, havendo perdão em relação ao saldo remanescente de R\$ 200 mil. De forma diversa, na hipótese de o imóvel ser vendido por valor superior ao valor da dívida, o montante que a sobejar será devolvido, voltando a compor o acervo hereditário.

Outra questão de extrema relevância diz respeito à hipótese de descumprimento, pelo devedor, de obrigações de natureza tributária e condominiais relacionadas ao imóvel – ou seja, obrigações *propter rem* – ou de outras obrigações estabelecidas no contrato de hipoteca reversa, relacionadas à manutenção da conservação do bem ou à necessidade de contratação e pagamento de apólices de seguro.

Conforme verificado, o descumprimento dessas obrigações, ao impactarem o valor que pode ser obtido a partir da venda do imóvel ou ampliarem demasiadamente o risco de crédito do credor, podem suscitar o vencimento antecipado da dívida. À vista disso, a obrigação se tornaria exigível pelo montante integral com o devedor ainda vivo.

A obrigatoriedade ou não da contratação, pelo devedor, de apólices de seguro que protejam o credor contra o risco de longevidade ou de depreciação do valor do imóvel frente ao valor da garantia varia de acordo com a jurisdição examinada e com a espécie de hipoteca reversa contratada. Na modalidade que nos importa, qual seja, as de renda vitalícia, é comum a exigência, inclusive legal.

Tais apólices, além da cobertura contra o risco de longevidade, ou seja, do risco de o devedor viver por mais tempo que a análise atuarial do credor estimou (sobrevida) – protegendo esse último contra a hipótese de o valor obtido a partir da venda do imóvel ser insuficiente para a satisfação integral do crédito – também protegem o devedor contra o inadimplemento do próprio credor.

Nos contratos que preveem pagamentos periódicos vitalícios, diferentemente das operações de empréstimo tradicionais, a coisa emprestada é entregue de forma diferida no tempo. Desse modo, supondo-se a falência do credor – ou qualquer outra situação que possa implicar a interrupção dos pagamentos periódicos – como se resolveria o contrato de forma não desvantajosa tanto para o devedor como para o credor (ou para os credores do próprio credor, tratando-se de falência)?

O vencimento antecipado da obrigação seria demasiadamente oneroso para o devedor, que haveria de liquidar imediatamente o saldo devedor ainda em vida, em oposição à lógica do próprio produto financeiro.

O perdão da dívida e a desoneração do imóvel, por sua vez, poderia caracterizar enriquecimento sem causa do devedor. Por conseguinte, é razoável esperar que produtos da espécie possam prever a obrigatoriedade de contratação de apólices de seguro, de forma a mitigar os riscos mencionados.

Há de se estabelecer também quem pode tomar parte nos contratos de hipoteca reversa. Na ponta credora, a hipoteca reversa é normalmente ofertada por instituições financeiras, especificamente as instituições autorizadas a conceder crédito, e por sociedades seguradoras – pela natureza de certa forma securitária do produto e pela própria expertise do segmento em cálculos atuariais.

Diante do risco que é imposto ao devedor (de frustração da expectativa do fluxo de renda), natural que o setor seja altamente regulado, restringindo-se o rol de instituições aptas a disponibilizar o produto financeiro.

Na ponta devedora, trata-se, pelas características dos riscos envolvidos, de produto voltado a pessoas idosas. Quanto mais novo o devedor, maior sua expectativa de vida, de forma que menor a renda mensal que conseguiria obter em um contrato de hipoteca reversa.

Do mesmo modo, maior a duração esperada do contrato, maiores as taxas de juros da operação, com reflexos ainda mais negativos sobre o valor dos pagamentos mensais. Por tal razão, a delimitação do público-alvo deriva da própria lógica do produto, na medida em que não haveria atratividade para pessoas muito jovens frente a alternativas de extração de valor de ativos imobiliários, como a própria venda do bem.

Havendo múltiplos devedores, o termo final do contrato se dá com a morte de todos. Com exceção da Espanha, nas demais jurisdições investigadas não há a possibilidade de se definir beneficiários no contrato, ou seja, dependentes dos proprietários/devedores que continuariam recebendo a renda em caráter vitalício. De qualquer modo, mesmo que se faça

prever essa possibilidade, também os beneficiários haveriam de respeitar a idade mínima para integrarem a obrigação.

Finalmente, em todas as jurisdições avaliadas são estabelecidos requerimentos rigorosos no que diz respeito às regras de transparência e adequação (*disclosure* e *suitability*) do produto financeiro, inclusive com a necessidade de o pretendente ao crédito se submeter a aconselhamento especializado.

Trata-se de requisito aparentemente indispensável quando se tem, de um lado, contratos tipicamente de adesão sujeitos a inúmeros riscos e, de outro, pessoas de idade avançada que buscam renda para fazer frente às despesas que surgem na fase mais frágil da vida.

Diante do que se expôs até aqui, tem-se como contrato de hipoteca reversa, para os fins da investigação que será empreendida adiante, um contrato de empréstimo garantido pela hipoteca em primeiro grau de imóvel residencial de propriedade e residência obrigatória do devedor. Ademais, o negócio há de contemplar, no mínimo, as seguintes cláusulas e condições:

- i) idade mínima para a contratação ou para figurar como parte beneficiária;
- ii) vencimento determinado pela morte de todos os devedores ou partes beneficiárias;
- iii) pagamentos mensais vitalícios a serem feitos pelo credor, considerando a idade do devedor, a taxa de juros do contrato e o valor do imóvel;
- iv) sistema de amortização sem previsão de qualquer pagamento por parte do devedor antes do termo final;
- v) inexigibilidade da dívida antes do termo final;
- vi) obrigação por parte do devedor de arcar com as despesas tributárias e condominiais do imóvel, bem como aquelas necessárias à manutenção do bem, preservando seu valor de mercado;
- vii) obrigação por parte do devedor de contratar seguro com cobertura contra riscos de danos físicos do imóvel;
- viii) vinculação da concessão do crédito à contratação, pelo devedor, de apólice de seguro que lhe proteja contra os riscos de desvalorização do imóvel e de longevidade, isto é, os riscos que comprometem a suficiência da garantia frente ao valor da dívida;
- ix) vencimento antecipado da dívida em caso de não observância das cláusulas contratuais;
- x) possibilidade de quitação antecipada da dívida sem a incidência de qualquer multa;
- xi) disponibilização obrigatória pelo credor de todas as informações necessárias à tomada de decisão pelo pretendente ao crédito;

xii) verificação obrigatória pelo credor da adequação do produto ao perfil, patrimônio, necessidades e capacidade de pagamento do pretendente ao crédito; e

xiii) submissão obrigatória do pretendente ao crédito a aconselhamento especializado, devendo o atendimento desse requisito ser verificado pelo credor previamente à formalização do empréstimo.

2. CONCEITUAÇÃO JURÍDICA

2.1 Considerações iniciais

Estabelecido nosso paradigma, importa a sua conceituação jurídica. Tratando-se de um contrato, ou seja, uma declaração de vontades com um fim negocial, qualifica-se a hipoteca reversa, na teoria geral dos fatos jurídicos, como um negócio jurídico, isto é, “um acordo de vontades, que surge da participação humana e que projeta efeitos desejados e criados por ela, tendo por fim a aquisição, modificação, transferência ou extinção de direitos”.³³

Tal negócio jurídico é bilateral, completando-se com duas manifestações de vontade, e oneroso, já que há vantagens patrimoniais para ambas as partes. Quanto à forma, há de se separar a relação principal de direito obrigacional (empréstimo) do negócio acessório (o direito real de garantia – a hipoteca).

No que diz respeito ao negócio jurídico principal, cuida-se de negócio informal, em razão de não ter de obedecer a nenhuma solenidade estabelecida em lei. Por outro lado, no que diz respeito ao negócio acessório, a constituição de uma hipoteca sobre o imóvel do devedor, está-se diante de um negócio formal.

A hipoteca reversa, portanto, é um negócio jurídico de direito obrigacional (empréstimo) associado a um direito real de garantia, que representa uma segunda relação jurídica.

A distinção entre as duas relações jurídicas embutidas no contrato de hipoteca reversa é relevante também para tratar da eficácia do negócio jurídico. No que importa à relação principal, trata-se de um negócio não solene, bastando para seu aperfeiçoamento a vontade das partes, e real, pois depende da tradição (entrega dos recursos emprestados) para se perfectibilizar.

³³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**, 14ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 584.

Todavia, quanto à relação acessória, tem-se um negócio solene, já que a lei exige o atendimento de alguns requisitos para a constituição do direito real de garantia. A propósito da duração, apresenta-se como um negócio de trato sucessivo, uma vez que seus efeitos se protraem no tempo.

Seria possível ainda qualificar a relação obrigacional como a termo³⁴, já que a data da morte do devedor (evento futuro e certo) marca o fim da obrigação do credor continuar a efetuar pagamentos ao devedor, bem como marca o início da exigibilidade da dívida. Nas palavras de Washington de Barros Monteiro, o termo será “o dia no qual tem que começar ou extinguir-se a eficácia de negócio jurídico”.³⁵

No caso de que se cuida, o termo é incerto, já que a morte, apesar de futura e certa, não tem data fixada para se verificar. Trata-se ainda de um termo final (*dies ad quem*), sob a ótica do credor, determinando o fim da eficácia da obrigação de continuar efetuando pagamentos, e de um termo inicial (*dies a quo*), sob a ótica do devedor, que marca a suspensão da inexigibilidade da dívida.

O exame quanto à consonância de arranjo contratual com as características da hipoteca reversa com a legislação e regulamentação financeira no Brasil passa, inicialmente, pela tentativa de sua subsunção, enquanto fato jurídico, a algum tipo legal sobre a qual incida disciplina completa. Isto é, importa saber se esse contrato seria típico ou atípico. Conforme lição de Pedro Pais de Vasconcelos:

Para que um contrato seja tido como legalmente típico é necessário que se encontre na lei o modelo completo da disciplina típica do contrato. Este modelo pode ser mais ou menos amplo e até mais ou menos completo, mas, para que se possa dizer que o contrato é legalmente típico, é necessário que a regulamentação legal corresponda, pelo menos aproximadamente, ao tipo social e seja suficientemente completa para dar às partes a disciplina básica do contrato.³⁶

³⁴ Quando da tipificação da relação obrigacional entre as espécies de contrato, a designação termo final está associada ao vencimento da obrigação, e não a questões atinentes ao plano da eficácia dos negócios jurídicos. Conforme ficará claro adiante, a relação obrigacional se subsume a espécie contratual típica, o que torna desnecessária a construção de negócio atípico incorporando condições resolutivas e suspensivas.

³⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 244. Apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. Op. cit., p. 630.

³⁶ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. Contratos Atípicos, **Coleção Teses de Doutorado**, São Paulo: Almedina, 2009, p. 214, Apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Contratos - Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**, 6ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 414.

2.2 Relação obrigacional

Tendo-se como paradigma de hipoteca reversa um empréstimo garantido pela hipoteca constituída sobre imóvel de propriedade do credor, razoável supor que o contrato de hipoteca reversa se subsuma a um contrato de mútuo bancário vinculado a um contrato de hipoteca (relação acessória). Nos termos do art. 586 do Código Civil, define-se o contrato de mútuo como:

Art. 586. [...] o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.³⁷

O art. 587 do diploma civilista estabelece ainda que o “empréstimo transfere o domínio da coisa emprestada ao mutuário, por cuja conta correm todos os riscos dela desde a tradição”.³⁸ As partes desse negócio jurídico, portanto, são o mutuante (quem concede o empréstimo) e o mutuário (que assume a obrigação de restituir aquilo que recebeu). Sendo transferido dinheiro, está-se diante do mútuo feneratício, que se destina a fins econômicos e admite a incidência de juros.

O contrato de mútuo é um contrato real, já que exige a tradição, *in casu*, a entrega do dinheiro ao mutuário. É entendido como unilateral, por estabelecer obrigações apenas a uma das partes. Isto é, considera-se que o contrato de mútuo é formado a partir da entrega da coisa ao mutuário, havendo, com o início do contrato, obrigações apenas por parte do devedor.

De acordo com o paradigma estabelecido para a hipoteca reversa, a entrega da coisa (dinheiro) ao devedor se dá de forma diferida no tempo, logo, tem-se um contrato bilateral, na qual o credor se obriga em realizar os pagamentos contratados até a morte do devedor, ao passo que esse se obriga a devolver tais recursos ao credor acrescidos de juros.

Essa diferença, contudo, não parece suficiente para descaracterizar a relação obrigacional da hipoteca reversa como um mútuo feneratício não vinculado. Isso, porque há efetivamente entrega da coisa, ainda que de forma parcial, já nascendo a partir dessa entrega a obrigação de devolução do montante entregue na data de vencimento.

Quanto à forma, classifica-se o mútuo como um contrato não solene, tendo em vista que inexistente formalidade legal a ser observada para a sua constituição. Sendo o mútuo

³⁷ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, jan. 2002.

³⁸ Cf. art. 587 do Código Civil: “Art. 587. Este empréstimo transfere o domínio da coisa emprestada ao mutuário, por cuja conta correm todos os riscos dela desde a tradição.”

remunerado, como seria no caso de instrumentalizar a hipoteca reversa, qualificar-se-á como oneroso.

Com relação à cobrança de juros, os arts. 406 e 591 do Código Civil preveem que:

Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual.

Logo, pela interpretação direta dos dispositivos legais, os contratos de mútuo com finalidade econômica estariam sujeitos a limite de juros. Não obstante, no que diz respeito à contratação dessa operação por instituições financeiras, consolidou-se, em nossa jurisprudência, o entendimento de que, no contexto de uma economia de mercado, a intervenção do Estado no domínio econômico, por meio da edição de atos normativos gerais e abstratos que fixem limites de juros para operações de crédito realizadas por instituições financeiras, viola premissa básica do livre mercado, qual seja, a de que os preços de produtos e serviços refletem imperativos de oferta e demanda, havendo de contemplar os custos inerentes à atividade.

Ora, é cediço que as instituições financeiras, na sua função precípua de intermediação financeira, captam recursos de agentes econômicos superavitários, por meio da recepção de depósitos, vendas de títulos e emissão de instrumentos de dívida, transferindo esses mesmos recursos para agentes deficitários, pela contratação de operações de crédito – cobrando desses a remuneração necessária para fazer frente não só aos custos de captação (remuneração de depositantes, investidores e afins), mas a toda sorte de custos inerentes ao negócio (estrutura física, tecnológica, mão de obra etc.). Também se leva em conta na fixação dos juros contratuais, entre outros aspectos, os riscos de inadimplência e os custos tributários e regulatórios.

Destarte, a fixação de teto de juros pelo Estado, no limite, poderia inviabilizar a oferta de crédito, com todos os efeitos deletérios para o desenvolvimento econômico decorrentes dessa situação. Por essa razão, sedimentou-se jurisprudência em nossos tribunais no sentido de que os juros cobrados nas operações ativas de instituições financeiras não se submetem ao limite referido no art. 591 do Código Civil, que remete ao art. 406 do mesmo diploma.

Conforme ensina Bruno Miragem:

Da mesma forma, antes da vigência do Código Civil, e sob a égide da Lei da Usura (Dec. 22.626/1933), tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça já afastavam a incidência do índice de 12% (doze por cento) de juros ao ano, previsto na norma, como limite máximo como limite máximo para remuneração do capital de operações ativas de instituições financeiras. Nesse sentido, o STF, já em 1976, editou a Súmula 596, observando que “as disposições do Dec. 22.626/1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos nas operações realizadas por instituições públicas e privadas que integram o sistema financeiro nacional”.³⁹

Em 2008, Superior Tribunal de Justiça (STJ) fixou o mesmo entendimento, em procedimento de uniformização de jurisprudência em sede de recursos repetitivos, no sentido de que são inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancários as disposições do art. 591 combinadas com as do art. 406 do Código Civil de 2002.⁴⁰

Complementa Bruno Miragem, a respeito da disciplina dos juros remuneratórios em contratos de mútuo bancário, que o:

[...] entendimento predominante, assim, é de que a definição dos juros para a remuneração de operações bancárias ativas submete-se à competência legal do Conselho Monetário Nacional para regular o Sistema Financeiro Nacional. Aliás, foi nesse sentido que, por ocasião da vigência do art. 192, § 3º, da redação original da Constituição de 1988, a taxa ali estabelecida, e considerada não aplicável na ADIn 4, foi no sentido de reconhecer recepcionada pelo ordem constitucional vigente a Lei 4.595/1964, que, ao regulamentar o Sistema Financeiro Nacional, define as competências do Conselho Monetário Nacional. No caso, entendeu-se no âmbito da competência do órgão a regulação das operações bancárias. E no exercício dessa competência, o Conselho Monetário Nacional expediu a Resolução nº 1.064, de 5 de dezembro de 1985, a qual estabelece que a taxa de juros será de livre pactuação entre as partes.^{41 42}

Dessa forma, a disciplina dessa operação de empréstimo – mútuo bancário – resulta da aplicação não só do Código Civil, mas das normas infralegais expedidas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil, conforme o disposto na Lei nº 4.595, de

³⁹ MIRAGEM, Bruno. **Direito Bancário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 349-350.

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1061530-RS. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.10.2008, DJe 10.03.2009: “(...) c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancários as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/2002. (...)”.

⁴¹ MIRAGEM, Bruno. Op. cit., p. 352.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4/DF, Rel. Min. Sidney Sanches. j. 07.03.1991, DJU 10.03.2009.

31 de dezembro de 1964.⁴³ Ademais, cuidando-se de uma relação de consumo, incidem sobre o negócio também as regras do Código de Defesa do Consumidor (CDC).^{44 45}

Quanto à possibilidade de capitalização de juros, o que necessariamente irá ocorrer nas operações de hipoteca reversa, tendo em vista que não se exige do devedor qualquer tipo de pagamento até o vencimento da operação, a Medida Provisória 2.170-36, de 23 de agosto de 2001⁴⁶, estabelece, em seu art. 5º, que nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano.⁴⁷

Tal ressalva legislativa foi necessária para afastar a incidência da Lei da Usura (Decreto nº 22.626, de 23 de abril de 1933)⁴⁸, que veda o chamado anatocismo, isto é, a capitalização de juros. Isso, pois a mencionada Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal tratou apenas do limite de juros, não derogando a Súmula 121, que vedava a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada.^{49 50 51}

⁴³ BRASIL. Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Brasília, DF, dez. 1964.

⁴⁴ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, set. 1990.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2591/DF Distrito Federal, Rel. Min. Carlos Veloso. Rel. p/ Acórdão Min. Eros Grau. j. 07.06.2006, DJ 29.09.2006: "(...) 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. "Consumidor", para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. O preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o que importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência. 4. Ao Conselho Monetário Nacional incumbe a fixação, desde a perspectiva macroeconômica, da taxa base de juros praticável no mercado financeiro. 5. O Banco Central do Brasil está vinculado pelo dever-poder de fiscalizar as instituições financeiras, em especial na estipulação contratual das taxas de juros por elas praticadas no desempenho da intermediação de dinheiro na economia. 6. Ação direta julgada improcedente, afastando-se a exegese que submete às normas do Código de Defesa do Consumidor [Lei n. 8.078/90] a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia, sem prejuízo do controle, pelo Banco Central do Brasil, e do controle e revisão, pelo Poder Judiciário, nos termos do disposto no Código Civil, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros."

⁴⁶ BRASIL. Medida Provisória n. 2.170-36, de 23 de agosto de 2001. Dispõe sobre a administração dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, consolida e atualiza a legislação pertinente ao assunto e dá outras providências. Brasília, DF, ago. 2001.

⁴⁷ Cf. art. 5º da Medida Provisória n. 2.170-36: "Art. 5º Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano."

⁴⁸ BRASIL. Decreto n. 22.626, de 7 de abril de 1933. Dispõe sobre os juros nos contratos e da outras providências. Brasília, DF, abr. 1933.

⁴⁹ DOMINGUES, Gabriel Demétrio. Capitalização dos juros por instituições financeiras: uma análise do panorama legislativo e jurisprudencial. *Revista do BNDÉS*, Rio de Janeiro, n. 35, p. 169-184, jun. 2011.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 596: "As disposições do Decreto 22.626/1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional." *Diário da Justiça*: Brasília, DF, p. 7, 03 jan. 1977.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 121: "É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada." Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, Brasília, DF, p. 73, 1964, p. 73.

Mais do que isso. Embora, pelo critério da especialidade, devesse prevalecer Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964 – que atribui ao Conselho Monetário Nacional competência para dispor sobre o crédito em todas as suas formas⁵² –, e, por consequência, a Resolução nº 1.064, de 5 de dezembro de 1985 – a qual estabelece que os juros das operações financeiras seriam livremente pactuados⁵³ – o STJ recepcionou antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), estabelecendo que a norma infralegal afastava a incidência apenas do teto de juros, seguindo vedado o anatocismo. Dessa maneira, no que concerne à capitalização de juros, esta, para o STJ, seria admitida apenas nos casos expressamente autorizados por lei específica.⁵⁴

A constitucionalidade da referida Medida Provisória 2.170-36, de 2001, foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, questionando-se a inobservância de requisito formal, ao se aduzir que não havia relevância e urgência para sua edição.⁵⁵ Apesar de o julgamento da mencionada ADI seguir pendente, não tendo havido sequer a conclusão da avaliação acerca do pedido de medida cautelar, a jurisprudência da Corte Suprema tem rechaçado firmemente a inconstitucionalidade dessa lei, que serve de base à capitalização mensal de juros, inclusive em Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida.⁵⁶

Ademais, o próprio STJ editou a Súmula 539, que afasta a incidência das limitações da Lei da Usura sobre as operações do Sistema Financeiro Nacional (SFN) contratadas na vigência da referida MP, *verbis*:

É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31/3/2000 (MP n. 1.963-17/2000, reeditada como MP n. 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada.⁵⁷

⁵² Cf. art. 4º, inciso VI, da Lei nº 4.595, de 1964: “Art. 4º Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República: (...) VI - Disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em todas as suas formas, inclusive aceites, avais e prestações de quaisquer garantias por parte das instituições financeiras; (...)”.

⁵³ Cf. item I da Resolução nº 1.064, de 5 de dezembro de 1985: “I - Ressalvado o disposto no item III, as operações ativas dos bancos comerciais, de investimento e de desenvolvimento serão realizadas a taxas de juros livremente pactuáveis.

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 31805-RS. Relator: MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, j. 18.05.1993, DJ. 07.06.1993: “Direito privado. Juros. Anatocismo. Vedação incidente também sobre instituições financeiras. Exegese do enunciado 121, em face do 596, ambos da Súmula/STF. Precedentes. Recurso Especial desacolhido. I - Somente nas hipóteses em que expressamente autorizada por lei específica, a capitalização de juros se mostra admissível. Nos demais casos é vedada, mesmo quando pactuada, não tendo sido revogado pela lei 4.595/64 o art. 4.º do decreto 22.626/33. O anatocismo, repudiado pelo verbete n. 121 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, não guarda relação com o enunciado n. 596 da mesma sumula”.

⁵⁵ Cf. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2316-DF.

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592377-RS. Relator: MINISTRO MARCO AURÉLIO DE MELO, j. 04.02.2015, DJ. 20.03.2015: “Os requisitos de relevância e urgência previstos no art. 62 da Constituição Federal estão presentes na Medida Provisória 2.170-36/2001, que autoriza a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional.”

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção. Súmula nº 539: “É permitida a capitalização de juros com

Nesse sentido, inexistem maiores controvérsias quanto à possibilidade de capitalização mensal de juros em operações contratadas por instituições financeiras, não sendo este um elemento a comprometer a viabilidade dos contratos de hipoteca reversa.

Superadas as questões relativas à remuneração, merecem exame criterioso os aspectos atinentes ao prazo do contrato de mútuo. Nos termos do art. 592 do diploma civilista, as partes devem entabular prazo para devolução da coisa emprestada. No entanto, não o fazendo, o prazo do contrato de mútuo será de:

Art. 592 [...]

I - até a próxima colheita, se o mútuo for de produtos agrícolas, assim para o consumo, como para sementeira;

II - de trinta dias, pelo menos, se for de dinheiro;

III - do espaço de tempo que declarar o mutuante, se for de qualquer outra coisa fungível.⁵⁸

Nesse sentido, não haveria limitação para se definir como o termo final (vencimento) do contrato de mútuo a data da morte do devedor, ou, ainda, data que se condicione à morte do devedor, de maneira a oferecer prazo suficiente aos herdeiros para a liquidação da obrigação. O que é relevante, para que o contrato se identifique como mútuo, é que a obrigação tenha caráter temporário, sob pena de se desvirtuar de sua finalidade, qualificando-se como uma doação.⁵⁹

Independentemente do prazo fixado para a devolução, o mútuo se define pela obrigação do mutuário em devolver a coisa emprestada no vencimento do contrato. Trata-se, nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e de Nelson Rosenvald, “do mais saliente e relevante dever jurídico imposto ao mutuário: devolver o bem, atendendo a expectativa despertada”.⁶⁰

No entanto, importa, para efeito de caracterização da parcela obrigacional dos contratos de hipoteca reversa como contrato de mútuo, se é possível pactuar o vencimento antecipado da obrigação em caso de não:

- i) pagamento de apólice de seguro contra o risco de dano físico do imóvel;
- ii) cumprimento das obrigações tributárias e condominiais do imóvel;
- iii) cumprimento da obrigação de manutenção do imóvel em boas condições; e

periodicidade inferior à anual em contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31/3/2000 (MP n. 1.963-17/2000, reeditada como MP n. 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada.” DJe: Brasília, DF, 15 jun. 2015.

⁵⁸ Cf. art. 592 do CC/2002

⁵⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Contratos - Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**. Op. cit., p. 827.

⁶⁰ Ibid., p. 823.

iv) pagamento da apólice que proteja o credor do risco de o valor da dívida superar o valor do imóvel.

Conforme já discutido, tais condições se fazem presentes nos contratos de hipoteca reversa nas jurisdições analisadas, tendo sido qualificadas como elementos integrantes do modelo que serve de paradigma ao presente trabalho. Logo, não suportando o contrato de mútuo a possibilidade de entabulamento de condições da espécie, não se poderia subsumir o contrato de hipoteca reversa, no que diz respeito ao seu elemento obrigacional, como um contrato de mútuo.

Nesse particular, convém examinar o que estabelece o art. 590 do Código Civil de 2002:

Art. 590. O mutuante pode exigir garantia da restituição, se antes do vencimento o mutuário sofrer notória mudança em sua situação econômica.⁶¹

Refere-se o dispositivo ao direito do mutuante de exigir uma garantia de restituição em caso de flagrante deterioração da capacidade de pagamento do mutuário. Assim, se o mutuário demonstrar, por meio de sua situação patrimonial, que não terá condições de honrar a obrigação na data de vencimento, faculta a lei ao mutuante o direito de exigir a garantia da restituição. Todavia, *a contrario sensu*, não pode o mutuante exigir a restituição da coisa emprestada antes do vencimento.

Essa limitação, contudo, não afasta possibilidade de o contrato de mútuo fazer prever cláusula de vencimento antecipado da obrigação. Isso, porque as limitações decorrentes do art. 590 não se relacionam ao vencimento antecipado, mas à exceção de insegurança, também tratada no art. 477 da carta civil, *in verbis*:

Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.⁶²

Portanto, não se cuida de inadimplemento, mas de mero risco de descumprimento da obrigação, para o qual o Código Civil estabelece, no caso do contrato de mútuo, um único suporte fático – a deterioração patrimonial do devedor – e uma única repercussão, qual seja, a possibilidade de o credor exigir que sejam prestadas garantias que lhe protejam contra o risco potencial de inadimplemento. Assim ensina Orlando Gomes:

⁶¹ Cf. art. 590 do CC/2002

⁶² Cf. art. 477 do CC/2002

O Código Civil prevê, expressamente, um único suporte fático objetivo do risco de descumprimento: a deterioração patrimonial do devedor, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou. (...) aplicável aos contratos de mútuo, inegavelmente unilateral, quando antes do vencimento o mutuário sofre notória mudança em sua situação econômica.⁶³

Especificamente quanto ao vencimento antecipado de uma obrigação, o diploma civilista enumera as situações que lhe dão causa, conforme o disposto no seu art. 333:

Art. 333. Ao credor assistirá o direito de cobrar a dívida antes de vencido o prazo estipulado no contrato ou marcado neste Código:
 I - no caso de falência do devedor, ou de concurso de credores;
 II - se os bens, hipotecados ou empenhados, forem penhorados em execução por outro credor;
 III - se cessarem, ou se se tornarem insuficientes, as garantias do débito, fidejussórias, ou reais, e o devedor, intimado, se negar a reforçá-las.
 Parágrafo único. Nos casos deste artigo, se houver, no débito, solidariedade passiva, não se reputará vencido quanto aos outros devedores solventes.⁶⁴

Ademais, sendo um contrato de mútuo garantido pela constituição de hipoteca sobre bem imóvel do devedor, também incide sobre o negócio as disposições do art. 1.425 do Código Civil, que remete às hipóteses de vencimento de dívida vinculada a direito real de garantia (hipoteca, penhor e anticrese):

Art. 1.425. A dívida considera-se vencida:
 I - se, deteriorando-se, ou depreciando-se o bem dado em segurança, desfaltar a garantia, e o devedor, intimado, não a reforçar ou substituir;
 II - se o devedor cair em insolvência ou falir;
 III - se as prestações não forem pontualmente pagas, toda vez que deste modo se achar estipulado o pagamento. Neste caso, o recebimento posterior da prestação atrasada importa renúncia do credor ao seu direito de execução imediata;
 IV - se perecer o bem dado em garantia, e não for substituído;
 V - se se desapropriar o bem dado em garantia, hipótese na qual se depositará a parte do preço que for necessária para o pagamento integral do credor.⁶⁵

Conforme ensina Fábio Ulhoa Coelho:

Os sucessos da coisa onerada podem antecipar o vencimento da obrigação garantida. O vínculo real que as une cria certa dependência: o perecimento ou deterioração do bem onerado influencia a obrigação garantida, tornando-a por vezes antecipadamente exigível. Outros fatos também são descritos na lei como pressuposto da antecipação do vencimento da dívida amparada por garantia real, autorizando o credor a cobrá-la desde logo. Trata-se de desdobramentos ínsitos ao instituto, destinados ao cumprimento de sua finalidade, isto é, o aumento da eficiência na recuperação do crédito garantido.⁶⁶

⁶³ GOMES, Orlando. **Contratos**. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 319.

⁶⁴ Cf. art. 333 do CC/2002.

⁶⁵ Cf. art. 1.425 do CC/2002.

⁶⁶ COELHO ULHOA, Fabio. **Curso de Direito Civil: Direito das Coisas e Direito Autoral**, 8ª ed. (e-book), São

Elencadas as hipóteses legais que suscitam o vencimento antecipado do contrato de mútuo garantido pela hipoteca de bem imóvel, resta avaliar em que medida se relacionam com aquelas apresentadas no modelo paradigma.

De início, a não manutenção do imóvel em boas condições diz respeito a deterioração ou depreciação da garantia ou ao seu perecimento. Consequentemente, encontraria essa hipótese respaldo tanto no inciso III do art. 333, como nos incisos I e IV do art. 1.425.

Da mesma forma, o não pagamento das obrigações tributárias e condominiais – obrigações *propter rem*, que se ligam ao imóvel e não ao devedor –, ao reduzirem o valor que o credor é capaz de obter a partir da alienação do imóvel hipotecado, também depreciam o valor da garantia, encontrando causa de vencimento antecipado nos mesmos dispositivos citados anteriormente.

As demais hipóteses de vencimento antecipado do modelo paradigma, por outro lado, não encontram resposta direta no texto legal. O não pagamento do prêmio do seguro que protege o credor contra danos físicos do imóvel, embora se relacione com a suficiência da garantia, não configura hipótese de deterioração ou depreciação do imóvel. A rigor, o seguro tem o propósito de proteger o credor contra uma eventual e inesperada deterioração futura do bem; deterioração essa que, logicamente, não se materializou e pode nunca vir a se materializar.

De igual maneira, o não pagamento do seguro contra o risco de longevidade não representa, por si só, que o valor do imóvel seja insuficiente para fazer frente ao valor da dívida. No caso, a garantia tende a se tornar insuficiente caso se materialize o sinistro e o devedor viva por mais tempo do que o estimado pelos modelos atuariais do credor.

Vale lembrar que esse seguro protege não só o credor, mas também os herdeiros do devedor. Isso, pois tais seguros suportam justamente a diferença entre o valor de alienação do bem e o saldo devedor da dívida.

Na inexistência do seguro, o credor haveria de se ressarcir quanto ao montante remanescente do seu crédito no restante do patrimônio do devedor, uma vez que se o produto da execução da hipoteca não bastar para o pagamento da dívida, continua o devedor pessoalmente obrigado pelo restante.⁶⁷

Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 9.3.

⁶⁷ Cf. art. 1.430 do CC/2002: “Art. 1.430. Quando, excutido o penhor, ou executada a hipoteca, o produto não bastar para pagamento da dívida e despesas judiciais, continuará o devedor obrigado pessoalmente pelo restante”.

Também não parece ser possível qualificar o não pagamento do seguro como um não pagamento das prestações, nos termos do inciso III do art. 1.425. Tal inadimplemento diz respeito à não devolução ao mutuante do montante emprestado, quando essa obrigação se cumpre em prestações, o que não é o caso do pagamento dos prêmios de contrato acessório. É o que ensina Fabio Ulhoa Coelho:

Quando a obrigação garantida cumpre-se em prestações, o atraso no pagamento de qualquer delas importa a antecipação do vencimento das demais (CC, art. 1.425, III). A antecipação do vencimento, nesse caso, é reversível: deixa de existir se o credor concordar em receber a prestação com atraso.⁶⁸

Os seguros, de igual forma, não se qualificam como garantias pessoais. Nas garantias pessoais, o reforço à segurança do crédito consiste na instituição de uma obrigação secundária, assumida por um devedor diferente. Trata-se, pois, de garantias ofertadas por terceiro à relação jurídica obrigacional entre o credor e devedor, pela qual aquele vincula o seu patrimônio para assegurar o cumprimento da obrigação. Conforme aduz José Roberto de Castro Neves:

Um terceiro pode oferecer seu patrimônio como garantia de uma dívida de outrem. Com isso, a proteção do credor aumenta, mormente se o terceiro tem recursos. Caso o devedor falhe no dever de pagar, o credor pode reclamar a reparação do terceiro. Com o ajuste dessa garantia, não será mais apenas um patrimônio a assegurar a obrigação, mas dois. Essas garantias são também denominadas de fidejussórias, uma palavra cujo radical “fides” significa, em latim, fé, porque, afinal, confiou-se em que um terceiro irá arcar com o adimplemento.⁶⁹

As garantias pessoais tipificadas em nosso ordenamento jurídico são o aval e a fiança, que possuem natureza distinta de um contrato de seguro, mormente os seguros de que tratamos no presente trabalho. Sendo assim, não encontraria amparo no inciso III do referido art. 333 do Código Civil o vencimento antecipado baseado no não pagamento de prêmio de seguro, ainda que voltado a assegurar o pagamento da obrigação em situação específica de insuficiência da garantia real.

A exigência dos referidos seguros nos contratos de hipoteca reversa representariam, destarte, garantias contratuais atípicas, não se qualificando na dicotomia tradicional de garantias reais e fidejussórias. A contratação dessas garantias, por seu turno, encontraria fulcro na liberdade contratual. A esse respeito, manifestou-se o Conselho de Justiça Federal, por meio do enunciado 582, na VII Jornada de Direito Civil, *verbis*: “com suporte na liberdade contratual e,

⁶⁸ COELHO ULHOA, Fabio. Op. cit., p. 9.3.

⁶⁹ NEVES, José Roberto de Castro. As Garantias do Cumprimento da Obrigação. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 11, nº 44, p. 174-213, 2008.

portanto, em concretização da autonomia privada, as partes podem pactuar garantias contratuais atípicas”.⁷⁰

Entre as justificativas para tal entendimento, apresenta-se a lição de Vera Maria Jacob de Fradera, para a qual:

[...] as clássicas garantias fidejussórias, fiança e aval, não esgotam todas as hipóteses possíveis de prestação de garantia, do tipo pessoal, admitindo-se, neste âmbito, contratos inominados e atípicos. A liberdade contratual abrange a faculdade de contratar e não contratar, a liberdade de escolha da pessoa com quem contratar, bem como a liberdade de fixar o conteúdo do contrato. No direito de escolher o conteúdo do contrato encontra-se o de construir a garantia contratual que convém às partes. As prestações de garantia não se submetem a *numerus clausus* nem à nomenclatura exaustiva.⁷¹

Sendo próprio da autonomia privada a liberdade de fixação das condições do contrato, inclusive a instituição de garantias atípicas, resta saber se a não observância dessas condições poderia dar causa ao vencimento antecipado da obrigação. Para tanto, há de se avaliar se o elenco estabelecido no art. 333 do Código Civil é taxativo, representando as únicas razões capazes de determinar o vencimento antecipado.

Quanto a tal controvérsia, Flávio Tartuce defende o caráter exemplificativo do dispositivo legal em comento:

[...] o vencimento antecipado também pode ocorrer, para as obrigações em geral, por convenção entre as partes, nos casos envolvendo inadimplemento. A conclusão é de que o rol do vencimento antecipado [do art. 333] é exemplificativo (*numerus apertus*) e não taxativo (*numerus clausus*). Filosoficamente, é de se lembrar que o CC/2002 adotou um sistema aberto, fundado em cláusulas gerais, conforme a realidade tridimensional de Miguel Reale (Direito é fato, valor e norma). A título de exemplo, é válido e comum às partes convencionarem em instrumento particular de confissão de dívida que o não pagamento de uma ou algumas das parcelas gera o vencimento antecipado de toda a dívida, com a incidência de correção monetária, juros e multa, e sem prejuízo de eventuais perdas e danos decorrentes do descumprimento da obrigação.⁷²

Na mesma linha, Maria Isabel Carvalho Sica Longhi advoga pelo caráter não exaustivo do art. 333, entendendo lícita a avença de outras hipóteses de vencimento antecipado, que afastariam as sanções do art. 939 do Código Civil⁷³:

⁷⁰ BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Enunciado nº 582: “Com suporte na liberdade contratual e, portanto, em concretização da autonomia privada, as partes podem pactuar garantias contratuais atípicas”. VII Jornada de Direito Civil.

⁷¹ FRADERA, Vera Maria Jacob de. Os contratos autônomos de garantia. *Ajuris*, [s.i.], n. 53, nov. 1991, p. 242.

⁷² TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil – Volume Único*, 5ª ed., São Paulo: Método, 2015, p. 314-315.

⁷³ Cf. art. 939 do Código Civil: “Art. 939. O credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro.”

O rol do artigo 333 do Código Civil não é taxativo, já que as partes podem criar outras hipóteses para declarar o vencimento antecipado das relações obrigacionais, tal como determinar que o não pagamento de uma das parcelas acarreta o vencimento antecipado de todas as subsequentes.⁷⁴

Miguel Maria Serpa Lopes, ao defender que o inadimplemento antecipado era uma hipótese de vencimento antecipado da dívida, ainda que sob a égide do Código Civil de 1916, também sugeriu o caráter não taxativo do art. 954 daquele código⁷⁵ – cuja redação o art. 333 reproduz no diploma em vigor –, admitindo outras situações não expressas que lhe poderiam dar causa:

[...] não se trata de cobrir a lei, de riscar o seu texto ou escrever por ele, e sim de um princípio que se pode lançar nos livres espaços da lei. Acrescenta-se, assim, aos casos de vencimento antecipado em razão de um estado falencial ou de uma situação de desconfiança resultante de certos atos praticados pelo devedor, uma outra hipótese em que o vencimento antecipado não é alarmante, não se espraia por toda a situação financeira do devedor, apenas se restringe a uma situação singular, para a qual manifestou o propósito de se tornar inadimplente. Na verdade, o princípio geral é o de o termo haver sido instituído em benefício do devedor e que a sua pactuação importa em retirar ao credor a possibilidade de exigir o adimplemento da prestação antes do seu vencimento. Nem é outro o sentido do art. 126 do Código Civil, prescrevendo que, nos contratos, o prazo se presume em proveito do devedor, do que resulta que só ao próprio devedor, quando do seu interesse, é que cabe, de regra, adimplir antecipadamente a sua prestação, mesmo contra a vontade do credor, a menos que se haja convencionado o prazo em favor do próprio credor. E a razão desse princípio é lógica: o vencimento antecipado produz o inquestionável enriquecimento em benefício do credor, e assim, só ao próprio devedor ou em casos em que a lei o determina, pode a prestação ser exigida antecipadamente. Mas, indubitavelmente, tanto na situação de suspeição como no caso de afirmação antecipada do propósito de não adimplir, tudo isso representa uma circunstância que exige deferir-se ao credor uma posição protetora, máxime ao momento em que ele, a seu turno, como credor é obrigado a cumprir uma prestação organicamente vinculada a uma outra ainda futura de que é credor, porém já tendo ela impendemente a afirmação categórica de não ir ser cumprida.⁷⁶

Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, por outro lado, conquanto considerem o rol do art. 333 como de caráter taxativo, entendem não haver limitantes para que as partes avancem outras condições que produzam o vencimento antecipado: “por lei, apenas as hipóteses do art.

⁷⁴ LONGHI, Maria Isabel Carvalho Sica. **Inadimplemento Antecipado**. 2004. 164 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004, p. 142. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses>. Acesso em: 07 jun. 2020.

⁷⁵ BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, DF, jan. 1916.

⁷⁶ LOPES, Miguel Maria Serpa. **Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti)**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 293-295. Apud CUNHA, Raphael Augusto. **O Inadimplemento na Nova Teoria Contratual: o Inadimplemento Antecipado do Contrato**. 2015. 295 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 177. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses>. Acesso em: 07 jun. 2020.

333 autorizam a cobrança antecipada da dívida. Nada impede, contudo, que as partes estipulem por convenção outros fatores que produzam o vencimento antecipado.”⁷⁷

Tratando-se de relações obrigacionais, pautadas pelo princípio da liberdade contratual, alinha-se este trabalho ao posicionamento de Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber. De fato, o rol do art. 333 é taxativo, mas tão somente como fonte de vencimento antecipado que decorre diretamente da lei, independentemente de convenção.

Isto é, ainda que não avençada qualquer regra entre as partes, incide sobre o negócio, com condão de produzir vencimento antecipado, as hipóteses elencadas no dispositivo de que se cuida. Se não houver estipulado outras hipóteses, somente nas mencionadas situações pode o credor exigir o pagamento antecipado da dívida, sob pena de sofrer os efeitos do art. 939 do Código Civil.

Dessa forma, dentro dos limites da autonomia privada, há liberdade para o estabelecimento de outras hipóteses não previstas no Código Civil, que produzirão efeito de lei entre as partes. Na mesma direção advogam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Em geral, a excussão é faculdade do credor que apenas nasce ao termo contratual, considerando-se que a acessoriedade da garantia a vincula inexoravelmente ao prazo demarcado na obrigação principal. Nada obstante, em diversas situações poderá o credor promover a prematura execução dos bens conferidos em garantia. **Trata-se das hipóteses de vencimento antecipado da dívida, alinhavadas nos arts. 333 e 1.425 do Código Civil, que, portanto, independem de estipulação contratual.**⁷⁸ (Grifo meu)

Sendo assim, e considerando-se a liberdade contratual também para o entabulamento de outras modalidades de garantia que não aquelas tidas como típicas, encontra respaldo no ordenamento jurídico cláusula no sentido de declarar antecipadamente vencida a dívida em caso de não pagamento dos prêmios dos seguros que dão suporte à pretensão do credor.

A bem dizer, no que se refere especificamente ao seguro contra o risco de dano físico do imóvel, trata-se de prática usual nos contratos de mútuo vinculados à aquisição de imóvel, isto é, os contratos de financiamento para aquisição de imóvel. Tais seguros, nos termos da Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, são de contratação obrigatória pelos mutuários, tendo como beneficiária a instituição financeira credora:

Art. 79. Os agentes financeiros do SFH somente poderão conceder financiamentos habitacionais com cobertura securitária que preveja, no

⁷⁷ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). **Código Civil Comentado: direito das obrigações**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 246.

⁷⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Reais**, 16ª ed., Salvador: Juspodvm, 2020, p. 995.

mínimo, cobertura aos riscos de morte e invalidez permanente do mutuário e de danos físicos ao imóvel.⁷⁹

Em face desse comando legal, os contratos de financiamento imobiliário incorporam o pagamento dos prêmios do seguro como parte do vínculo obrigacional, de forma que seu inadimplemento implica no vencimento antecipado da obrigação.⁸⁰

No que toca ao seguro contra o risco de longevidade, vale destacar que diz respeito à modalidade securitária própria dos contratos de hipoteca reversa, inexistindo sua oferta e tampouco sua disciplina regulamentar no Brasil. Entretanto, à vista da natureza dos riscos envolvidos em obrigações da espécie, natural é que o próprio desenvolvimento do mercado de hipotecas reversas dependa da regulamentação e da disponibilização dessa modalidade de seguro. Essa discussão, contudo, será levada a efeito de forma mais cuidadosa na próxima seção.

Vê-se, pois, que não haveria limitações de ordem legal ao entabulamento das principais causas de vencimento antecipado de um contrato de hipoteca reversa no âmbito de um contrato de mútuo feneratício não vinculado. Todas as condições estariam acobertadas pelos supracitados dispositivos legais, ou pela liberdade de contratar, de forma que se operaria o vencimento antecipado da dívida nos termos convencionados no contrato de mútuo.

Diante do exposto, a relação obrigacional do modelo paradigma caracteriza-se como um contrato de mútuo feneratício não vinculado que tem como termo final a morte do mutuante. Nesse contrato, não se exigiria a devolução da coisa, parcial ou totalmente, antes do vencimento, havendo liberdade para as partes fixarem os encargos financeiros da operação, ou seja, os juros remuneratórios.

Como visto, igualmente não haveria impedimento ao estabelecimento de cláusula de vencimento antecipado vinculada ao não cumprimento das obrigações avençadas, sejam aquelas necessárias à manutenção da suficiência da garantia sejam aquelas voltadas a assegurar

⁷⁹ BRASIL. Lei n. 11.977, de 11 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nos 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória no 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília, DF, jun. 2009.

⁸⁰ Cf. cláusula 15, alínea “k” c/c cláusula 21 do Contrato de Aquisição de Imóvel Residencial, Mútuo e Alienação Fiduciária – CCFGTS Individual – PMCMV: “15 - 15 – VENCIMENTO ANTECIPADO DA DÍVIDA – A dívida será considerada antecipadamente vencida, nas hipóteses: [...] k) descumprimento das obrigações estipuladas em lei ou neste contrato. “21 - 21 – SEGUROS – É obrigatória a contratação pelo(s) DEVEDOR(ES) de seguro com cobertura, no mínimo, de MIP – Morte e Invalidez Permanente e DFI – Danos Físicos ao Imóvel, durante a vigência deste contrato e até a liquidação da dívida, nos termos do art. 79 da Lei 11.977/09. Disponível em: https://www.caixa.gov.br/downloads/habitacao-minha-casa-minha-vida/Contrato_Financiamento_PMCMV.pdf Acesso em: 12 jun. 2020.

outras formas de prestação de garantias, conforme parece também respaldar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.⁸¹

Finalmente, há que se destacar que as demais questões de caráter obrigacional atinentes ao modelo paradigma do contrato de hipoteca reversa, tal como a possibilidade de o credor subordinar a concessão de crédito à contratação de apólices de seguro ou ao atingimento pelo devedor de determinada idade mínima, as repercussões do CDC sobre as cláusulas contratuais, bem como a necessidade de observância de rígidos critérios de transparência (*disclosure*) e adequação (*suitability*), serão tratadas nas próximas seções, haja vista representarem apenas elementos necessários à melhor conformação do negócio jurídico de que se cuida, mas que não se relacionam com a natureza jurídica da obrigação.

2.3 Direito real de garantia

2.3.1 Considerações Iniciais

Qualificado o negócio jurídico principal, impende o exame do negócio acessório; mas não sob a ótica de sua subsunção a tipo definido em lei – porque, tratando-se de um direito real de garantia, há, pelos princípios da taxatividade e da tipicidade, ínsitos a essa espécie de direito, uma inafastável integração a algum dos tipos previstos na legislação –, e sim a avaliação da perfeita conformação dos elementos não obrigacionais do modelo paradigma que nos serve de referência às características das garantias reais elencadas em nosso ordenamento.

2.3.2 Taxatividade e tipicidade do direito real de garantia

Contrariamente aos direitos pessoais, os direitos reais, aí incluídos os direitos reais de garantia, são *numerus clausus*, sendo defeso aos particulares criarem, com fulcro na autonomia privada, novos vínculos reais além daqueles expressamente previstos em lei. Essa subordinação

⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 1523661-SE. Relator: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO, j. 26.06.2018, DJe. 06.09.2018: “(...) 3. É possível aos contratantes, com amparo no princípio da autonomia da vontade, estipular o vencimento antecipado, como costuma ocorrer nos mútuos feneratícios, em que o inadimplemento de determinado número de parcelas acarretará o vencimento extraordinário de todas as subsequentes, ou seja, a integralidade da dívida poderá ser exigida antes de seu termo. 4. O vencimento antecipado da dívida, ao possibilitar ao credor a cobrança de seu crédito antes do vencimento normalmente contratado, objetiva protegê-lo de maiores prejuízos que poderão advir da mora do devedor, sendo um instrumento garantidor das boas relações creditórias, revestindo-se de uma finalidade social. É, portanto, uma faculdade do credor e não uma obrigação, de modo que pode se valer ou não de tal instrumento para cobrar seu crédito por inteiro antes do advento do termo ordinariamente avençado, sendo possível, inclusive, sua renúncia no caso do afastamento voluntário da impontualidade pelo devedor (arts. 401, I, e 1.425, III, do CC). (...)”.

aos tipos legais define a taxatividade, surgindo a tipicidade como seu corolário, visto que o legislador não só cria, mas atribui conteúdo típico. Nas palavras de Gustavo Tepedino: “[...] taxatividade concerne à fonte do direito real; a tipicidade, por sua vez, se refere à modalidade de seu exercício, vale dizer, à disciplina jurídica que lhe é aplicável.”⁸²

Segundo lição de José de Oliveira de Ascensão, quase todas as nações civilizadas adotam a tipicidade dos direitos reais (conjugada com a taxatividade) com o propósito de evitar a ocorrência de situações econômico-sociais indesejáveis, dando transparência ao sistema, reduzindo a assimetria de informação e os custos de transação, e viabilizando a publicidade, através do sistema de registros públicos.⁸³

O caráter absoluto dos direitos reais, isto é, sua oponibilidade *erga omnes*, frente o caráter relativo dos direitos pessoais, justificam, para Gustavo Tepedino, a reserva legal para a sua criação, do contrário, estar-se-ia atribuindo à vontade humana a criação de vínculos jurídicos com eficácia sobre aqueles que da relação não participam, com todos os efeitos deletérios, sob a perspectiva econômica e social, disso decorrentes.⁸⁴

Insta ressaltar que os princípios da taxatividade e da tipicidade, conforme lição de André Osório Gondinho, não são dissonantes com o princípio da autonomia privada no âmbito dos direitos reais, bastando que a intervenção privada seja “compatível com os princípios constitucionais da função social da propriedade e da atividade econômica, de modo a entender os valores existenciais da pessoa humana como paradigma necessário e indispensável para a tutela pretendida”.⁸⁵

Nessa releitura do que seria a taxatividade e a tipicidade, não haveria impedimento para que os particulares, dentro da moldura estabelecida pelo legislador, pudessem, com bojo na autonomia privada, atuar para que os direitos reais se adaptassem aos imperativos práticos dos negócios privados. Nesse sentido argumentam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Vale dizer, a rigidez na elaboração de tipos não é absoluta. É hora de redefinirmos o que se deva entender por *numerus clausus* e tipicidade. Nada impede que o princípio da autonomia privada possa, para além do âmbito

⁸² TEPEDINO, Gustavo. Autonomia Privada e Obrigações Reais, in **Temas de Direito Civil**, t. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 287. Apud OLIVA, Milena Donato; RENTERÍA, Pablo. Autonomia privada e direitos reais: redimensionamento dos princípios da taxatividade e da tipicidade no Direito brasileiro. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016, p. 3.

⁸³ ASCENSÃO, José de Oliveira. **A tipicidade dos direitos reais**. Lisboa: Minerva, 1968, p. 107. Apud DANTAS, Bruno. Tipicidade dos Direitos Reais. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, v. 20 n. 121, p. 439-463, 2018, p. 458.

⁸⁴ TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 287. Apud OLIVA, Milena Donato; RENTERÍA, Pablo. Op. cit., p. 3.

⁸⁵ GONDINHO, André Osório. **Direitos Reais e Autonomia da Vontade**, Rio de Janeiro: Renovar, Biblioteca de teses, 2001, p. 154. Apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Reais. Op. cit., p. 42.

definido para cada direito real, intervir para flexibilizar o sistema e provocar a afirmação de diferentes modelos jurídicos, com base nos espaços consentidos em lei, em face das exigências práticas do tráfego negocial. Desde que não existe lesão a normas de ordem pública, os privados podem atuar dentro dos tipos legais, utilizando sua vontade criadora para inovar no território concedido pelo sistema jurídico, modificando o conteúdo dos direitos reais afirmados pela norma.⁸⁶

Cuida-se então de uma tipicidade aberta, nas palavras de Pablo Rentería, em que a autonomia privada poderia se manifestar para assegurar a flexibilidade e a inovação, atuando nos limites permitidos pelo ordenamento jurídico, desde que não desvirtuassem os tipos legais a ponto de torná-los figuras atípicas, inovando-se para além da reserva legal da taxatividade.⁸⁷

Nesse contexto, importa saber se a hipoteca, enquanto espécie de direito real de garantia, nos termos em que é tipificada em nosso arcabouço legal, é capaz de oferecer suporte ao modelo paradigma de hipoteca reversa. Melhor dizendo, há de se avaliar se o negócio jurídico de natureza obrigacional que se pretende pactuar pode ser garantido pela hipoteca sem a alteração do seu conteúdo típico.

2.3.3 Características, atributos e princípios dos direitos reais de garantia

A designação da relação obrigacional pela tipologia do direito real de garantia, que dá origem ao termo hipoteca reversa, revela a espécie de direito de que se cuida. Todavia, antes de se explorar as características da hipoteca em nosso ordenamento jurídico, convém realizar um breve exame dos direitos reais de garantia enquanto gênero.

A garantia primária de qualquer obrigação, conforme estipula o art. 391 do Código Civil, é o patrimônio do devedor.⁸⁸ Quer dizer, pelo inadimplemento de uma obrigação respondem todos os seus bens⁸⁹. Portanto, ocorrendo o inadimplemento, o credor, pela via executiva, buscará alcançar o patrimônio do devedor a fim de ver satisfeito o seu crédito.

Com o fito de ampliar essa garantia geral, as partes da relação obrigacional podem estipular garantias específicas, reais ou fidejussórias, reforçando a garantia geral que o diploma civilista lhes confere como regra. As garantias fidejussórias introduzem um terceiro agente, pessoa natural ou jurídica, no negócio jurídico, que passa a responder com seu próprio patrimônio para assegurar a satisfação do direito de crédito do credor caso o devedor não o faça.

⁸⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Reais. Op. cit., p. 42.

⁸⁷ RENTERÍA, Pablo. **Penhor e autonomia privada**. São Paulo: Atlas, 2016.

⁸⁸ Cf. art. 391 do CC/2002: “Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”.

⁸⁹ Ressalvadas as impenhorabilidades legais ou convencionadas, de que são exemplo os bens de família.

Ocorre que, a exemplo da garantia geral, a garantia fidejussória padece de limitações. Primeiro, nada impede que o terceiro responsável assuma outras obrigações e, por consequência, faça surgir novos credores que com o original concorrerão em igualdade de condições, nos termos do art. 957 do diploma civil.⁹⁰ Segundo, porque também o responsável pelo vínculo da garantia pessoal dispõe livremente do seu patrimônio, podendo dele se desfazer ou gravá-lo em garantia. Por fim, o próprio responsável pode se tornar insolvente, aplicando-se, nesse caso, o princípio do *pars conductio creditorum*, de forma que todos os credores se qualificam com a mesma prioridade sobre o patrimônio do devedor, exceto quando a lei dispõe de modo diverso.

À vista disso, seja no regime geral de garantias seja no regime de garantias pessoais, embora todos os bens do devedor, ou do responsável, respondam pela obrigação garantida, não há qualquer sorte de privilégio entre os credores, podendo esse acervo patrimonial, mesmo completo, ser insuficiente para a satisfação do crédito.

De outra banda, nas garantias reais, bem determinado do devedor é vinculado à obrigação específica, mitigando-se os problemas de insolvabilidade, visto que o titular do direito tanto assume condição privilegiada frente aos demais credores do devedor, como pode alcançar o bem mesmo que ele seja alienado a terceiros, em razão, respectivamente, dos atributos de preferência e sequela dos direitos reais de garantia. Conforme sintetizam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

A garantia real contrapõe-se à pessoal. Em comum, ambas gravitam em torno de um débito. Porém, enquanto esta resulta de uma caução obrigacional restrita às partes contratantes (v.g., aval, fiança), aquela afeta o bem garantido em caráter absoluto, vinculando o objeto ao seu titular com faculdade de oponibilidade erga omnes. A garantia real não oferece ao credor uma segurança absoluta, pois o bem convertido em pecúnia pode resultar insuficiente para satisfazer o crédito. Porém, sem sobra de dúvidas os riscos são bem menores do que os que subsistem nas garantias pessoais.⁹¹

São quatro os direitos reais de garantia elencados no Código Civil: o penhor, a anticrese, a hipoteca e a propriedade fiduciária. Tais direitos se distinguem dos direitos de gozo ou fruição, pois estes últimos conferem ao titular o direito de auferir as vantagens da coisa, ao

⁹⁰ Cf. art. 957 do CC/2002: “Art. 957. Não havendo título legal à preferência, terão os credores igual direito sobre os bens do devedor comum”.

⁹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Reais**. Op. cit., p. 984.

passo que os direitos de garantia tão somente vinculam o bem dado em garantia ao cumprimento da obrigação.^{92 93}

Os direitos reais de garantia têm como atributos, além da sequela e da preferência, a excussão e a indivisibilidade. Já como princípios inerentes a tais direitos encontram-se a especialização e a publicidade. Sem pretensão de aprofundar o tema, apresenta-se, em apertada síntese, as principais consequências deles derivadas.

a) atributo da sequela

A sequela é tratada no art. 1.419 do Código Civil, o qual estabelece que nas “dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação”⁹⁴; quer dizer, como consequência de sua oponibilidade *erga omnes*, o direito real adere de maneira tão indelével a coisa, que subsiste independentemente da transmissão da propriedade do bem, ficando gravado o direito de propriedade com o ônus obrigacional.⁹⁵

Pelo atributo da sequela, o bem ou o direito objeto da garantia adere-se à obrigação até o seu completo cumprimento. Por consequência, ainda que o devedor dele se desfaça, a vinculação própria dos direitos reais confere ao credor a prerrogativa de promover a execução da dívida, buscando o bem ou o direito que lhe foi dado em garantia no patrimônio de quem quer que o tenha adquirido, a fim de que a Justiça efetive sua venda e satisfaça o crédito.

b) atributo da preferência

A preferência, por seu turno, é apresentada na segunda parte do art. 1.422 do Código Civil, que assim enuncia: “o credor hipotecário e o pignoratício têm o direito de excutir a coisa hipotecada ou empenhada, e preferir, no pagamento, a outros credores, observada, quanto à hipoteca, a prioridade no registro”.⁹⁶ Logo, os titulares dessas duas espécies de direitos reais terão preferência quanto ao produto da alienação do bem gravado.

⁹² Com exceção da anticrese, em que o credor se apropria dos frutos do bem dado em garantia, e da titularidade fiduciária de crédito, em que se assegura ao cessionário fiduciário apropriar-se do produto da cobrança, observado, em ambos os casos, o limite do crédito garantido.

⁹³ CHALHUB, Melhin Namem. **Direitos Reais**. 1ª ed. (e-book), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁹⁴ Cf. art. 1.419 do CC/2002: “Art. 1.419. Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação”.

⁹⁵ MAMEDE, Gladston. **Código Civil Comentado**, V, 1º ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 32

⁹⁶ Cf. art. 1.422 do CC/2002: “Art. 1.422. O credor hipotecário e o pignoratício têm o direito de excutir a coisa hipotecada ou empenhada, e preferir, no pagamento, a outros credores, observada, quanto à hipoteca, a prioridade

Como ensina Fabio Ulhoa Coelho, uma vez que o:

“[...] bem está vinculado à satisfação de uma obrigação específica, o produto de sua venda destina-se inicialmente ao pagamento do credor que a titula. O saldo, se houver, será usado no atendimento dos demais créditos. Em outros termos, o credor com garantia real goza de preferência no recebimento do crédito”.⁹⁷

Refere-se o autor às disposições dos arts. 958, 961, 964 e 965 do Código Civil, que tratam dos critérios de preferência entre créditos reais e pessoais e estipulam os privilégios especiais.^{98 99 100 101}

Consequentemente, o credor faz jus ao direito de receber o seu crédito antes dos demais credores do devedor não protegidos por garantia ou cuja garantia possua grau inferior ao da sua.¹⁰² Todavia, há que se atentar que essa preferência é mitigada pelo que se chama de privilégios legais, conforme enuncia o parágrafo único do próprio art. 1.422, verbis:

Art. 1.422. [...]

Parágrafo único. Excetuam-se da regra estabelecida neste artigo as dívidas que, em virtude de outras leis, devam ser pagas precipuamente a quaisquer outros créditos.¹⁰³

Essencialmente, os privilégios que se sobrepõem ao direito de preferência dos titulares dos direitos reais de garantia dizem respeito ao concurso universal, nos termos estabelecidos

no registro”.

⁹⁷ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Direito das Coisas e Direito Autoral**, 8ª ed (e-book), São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

⁹⁸ Cf. art. 958 do CC/2002: “Art. 958. Os títulos legais de preferência são os privilégios e os direitos reais”.

⁹⁹ Cf. art. 961 do CC/2002: “Art. 961. O crédito real prefere ao pessoal de qualquer espécie; o crédito pessoal privilegiado, ao simples; e o privilégio especial, ao geral”.

¹⁰⁰ Cf. art. 964 do CC/2002: “Art. 964. Têm privilégio especial: I - sobre a coisa arrecadada e liquidada, o credor de custas e despesas judiciais feitas com a arrecadação e liquidação; II - sobre a coisa salvada, o credor por despesas de salvamento; III - sobre a coisa beneficiada, o credor por benfeitorias necessárias ou úteis; IV - sobre os prédios rústicos ou urbanos, fábricas, oficinas, ou quaisquer outras construções, o credor de materiais, dinheiro, ou serviços para a sua edificação, reconstrução, ou melhoramento; V - sobre os frutos agrícolas, o credor por sementes, instrumentos e serviços à cultura, ou à colheita; VI - sobre as alfaias e utensílios de uso doméstico, nos prédios rústicos ou urbanos, o credor de alugueis, quanto às prestações do ano corrente e do anterior; VII - sobre os exemplares da obra existente na massa do editor, o autor dela, ou seus legítimos representantes, pelo crédito fundado contra aquele no contrato da edição; VIII - sobre o produto da colheita, para a qual houver concorrido com o seu trabalho, e precipuamente a quaisquer outros créditos, ainda que reais, o trabalhador agrícola, quanto à dívida dos seus salários. IX - sobre os produtos do abate, o credor por animais”.

¹⁰¹ Cf. art. 965 do CC/2002: “Art. 965. Goza de privilégio geral, na ordem seguinte, sobre os bens do devedor: I - o crédito por despesa de seu funeral, feito segundo a condição do morto e o costume do lugar; II - o crédito por custas judiciais, ou por despesas com a arrecadação e liquidação da massa; III - o crédito por despesas com o luto do cônjuge sobrevivente e dos filhos do devedor falecido, se foram moderadas; IV - o crédito por despesas com a doença de que faleceu o devedor, no semestre anterior à sua morte; V - o crédito pelos gastos necessários à manutenção do devedor falecido e sua família, no trimestre anterior ao falecimento; VI - o crédito pelos impostos devidos à Fazenda Pública, no ano corrente e no anterior; VII - o crédito pelos salários dos empregados do serviço doméstico do devedor, nos seus derradeiros seis meses de vida; VIII - os demais créditos de privilégio geral”.

¹⁰² CHALHUB, Melhin Namem. **Direitos Reais**. Op.cit.

¹⁰³ Cf. art. 1.422, parágrafo único, do CC/2002.

pela Lei nº 11.101, de 8 de junho de 2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.¹⁰⁴

A despeito da existência de credores hipotecários e pignoratícios anteriormente constituídos, o art. 83 do referido diploma legal estabelece que, na falência, serão satisfeitos primeiramente os créditos de natureza alimentar acidentários, trabalhistas e previdenciários.¹⁰⁵

Também preferem aos créditos dos titulares de direitos reais de garantia, em caso de decretação de falência, os chamados créditos extraconcursais, isto é, aqueles decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive os relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo (art. 67)¹⁰⁶, bem como aqueles elencados no art. 84, ambos da referida Lei nº 11.101, de 2005.¹⁰⁷

¹⁰⁴ BRASIL. Lei n. 11.101, de 8 de junho de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF, jun. 2005.

¹⁰⁵ Cf. art. 83 da Lei n. 11.101/2005: “Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem: I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho; II - créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado; III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias; IV – créditos com privilégio especial, a saber: a) os previstos no art. 964 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002; b) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei; c) aqueles a cujos titulares a lei confira o direito de retenção sobre a coisa dada em garantia; d) aqueles em favor dos microempreendedores individuais e das microempresas e empresas de pequeno porte de que trata a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 V – créditos com privilégio geral, a saber: a) os previstos no art. 965 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002; b) os previstos no parágrafo único do art. 67 desta Lei; c) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei; VI - créditos quirografários, a saber: a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo; b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento; c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do caput deste artigo; VII – as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias; VIII – créditos subordinados, a saber: a) os assim previstos em lei ou em contrato; b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício. § 1º Para os fins do inciso II do caput deste artigo, será considerado como valor do bem objeto de garantia real a importância efetivamente arrecadada com sua venda, ou, no caso de alienação em bloco, o valor de avaliação do bem individualmente considerado. § 2º Não são oponíveis à massa os valores decorrentes de direito de sócio ao recebimento de sua parcela do capital social na liquidação da sociedade. § 3º As cláusulas penais dos contratos unilaterais não serão atendidas se as obrigações neles estipuladas se vencerem em virtude da falência. § 4º Os créditos trabalhistas cedidos a terceiros serão considerados quirografários.

¹⁰⁶ Cf. art. 67 da Lei n. 11.101/2005: “Art. 67. Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei. Parágrafo único. Os créditos quirografários sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial terão privilégio geral de recebimento em caso de decretação de falência, no limite do valor dos bens ou serviços fornecidos durante o período da recuperação.

¹⁰⁷ Cf. art. 84 da Lei n. 11.101/2005: “Art. 84. Serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os mencionados no art. 83 desta Lei, na ordem a seguir, os relativos a: I – remunerações devidas ao administrador judicial e seus auxiliares, e créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência; II – quantias fornecidas à massa pelos credores; III – despesas com arrecadação, administração, realização do ativo e distribuição do seu produto, bem como custas do processo de falência; IV – custas judiciais relativas às ações e execuções em que a massa falida tenha sido vencida; V – obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 desta Lei, ou após a decretação da falência, e tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

c) princípio da publicidade

No que importa ao presente trabalho, contudo, os privilégios legais são irrelevantes, porquanto dizem respeito a fatos jurídicos que não se aplicam a pessoas naturais – público a qual se direcionam os contratos de hipoteca reversa. Pertinente para o negócio de que se cuida é como se opera a preferência em caso de colisão de vários direitos reais constituídos sobre o mesmo bem. Nesse caso, há de se observar o número de ordem atribuído ao direito no competente Cartório de Registro de Imóveis.¹⁰⁸

De acordo com o art. 186 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973¹⁰⁹, o “número de ordem determinará a prioridade do título, e esta a preferência dos direitos reais, ainda que apresentados pela mesma pessoa mais de um título simultaneamente”.¹¹⁰ Ou seja, havendo mais de um direito real constituído sobre o mesmo bem, aquele que primeiro foi levado a registro tem prioridade frente aos demais. Isso decorre de um dos princípios básicos dos direitos reais, qual seja, o da publicidade.

É pela publicidade, conferida pelo registro em Cartório de Registro de Imóveis, que emerge a oponibilidade em caráter geral dos direitos reais de garantia. A publicidade tem ainda efeito constitutivo, na medida em que esses direitos somente se adquirem com o registro dos seus títulos.¹¹¹ Tem-se, pois, que é pelo registro que se marca o surgimento do direito real de garantia, tornando-o, pela publicidade, oponível em caráter geral e dotado de preferência e sequela.

d) atributo da excussão

Para garantia da satisfação do crédito em caso de inadimplemento, outra característica importante dos direitos reais de garantia é a excussão, que confere ao credor o direito de cobrar a dívida judicialmente por meio de processo de execução, tendo a prerrogativa de promover a excussão do bem dado em garantia.

¹⁰⁸ Nas próximas seções serão abordadas as jurisprudências recentes que fragilizam o direito de preferência.

¹⁰⁹ BRASIL. Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, DF, dez. 1973.

¹¹⁰ Cf. art. 186 da Lei n. 6.015/73: “Art. 186. O número de ordem determinará a prioridade do título, e esta a preferência dos direitos reais, ainda que apresentados pela mesma pessoa mais de um título simultaneamente”.

¹¹¹ Cf. art. 1.227 do CC/2002: “Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código”.

É do que trata a primeira parte do caput do art. 1.422 do Código Civil: “O credor hipotecário e o pignoratício têm o direito de excutir a coisa hipotecada ou empenhada (...)”. No âmbito do processo execução, cabe ao Estado, por meio do Poder Judiciário, efetivar a venda do bem, entregando o produto da venda preferencialmente ao credor hipotecário ou pignoratício para satisfação do valor do seu crédito e demais encargos do processo decorrentes.¹¹²

e) atributo da indivisibilidade

A última característica dos direitos reais é a indivisibilidade, que está estabelecida no art. 1.421 do Código Civil, nos seguintes termos: “o pagamento de uma ou mais prestações da dívida não importa exoneração correspondente da garantia, ainda que esta compreenda vários bens, salvo disposição expressa no título ou na quitação.”¹¹³

Ou seja, a garantia subsiste até que a dívida seja paga integralmente, admitindo-se sua liberação parcial apenas caso tal faculdade tenha sido estipulada contratualmente ou por ato de liberalidade do credor. Desse modo, não importa, no âmbito dos direitos reais de garantia, que a dívida seja insignificante frente ao valor da garantia; esta continuará existindo, em sua integralidade, sobre a totalidade dos bens gravados em garantia, até a sua integral liquidação.

2.3.4 Subsunção do modelo paradigma à hipoteca convencional

Qualificados os direitos reais de garantia, exceto pelo princípio da especialização, que será tratado adiante, voltemo-nos à avaliação da espécie que nos importa, qual seja, a hipoteca. E por hipoteca, tenha-se a hipoteca convencional, que resulta de negócio jurídico bilateral de caráter acessório, voltado a assegurar o cumprimento da obrigação a ele subjacente e constituída sobre bem imóvel.¹¹⁴ Dessa forma, não se tratará da hipoteca legal¹¹⁵, judiciária¹¹⁶ e das especiais sobre bens móveis ou imóveis por equiparação, tais quais os navios e as aeronaves¹¹⁷.

A hipoteca, junto ao penhor e a anticrese, consiste num direito real de garantia sobre coisa alheia, de forma que a constituição da hipoteca não representa a transferência da posse ou

¹¹² CHALHUB, Melhin Namem. **Direitos Reais**. Op. cit.

¹¹³ Cf. art. 1.421 do CC/2002.

¹¹⁴ Cf. art. 1.473, inciso I, do CC/2002: “Art. 1.473. Podem ser objeto de hipoteca: I - os imóveis e os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles; (...)”.

¹¹⁵ Cf. art. 1.489 e ss. do CC/2002

¹¹⁶ Cf. art. 495 e ss. da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

¹¹⁷ Cf. art. 1.473, incisos IV, VI e VII.

da propriedade do bem hipotecado, que permanece no acervo patrimonial do devedor, ainda que vinculado ao cumprimento da obrigação que lhe dá causa.

Destarte, atende à hipoteca simultaneamente os interesses de credores e devedores. Os primeiros, pois passam a gozar de um instrumento juridicamente robusto a assegurar a satisfação do seu crédito. Os últimos, por permanecerem com a posse e a propriedade do bem caucionado, mesmo que com as limitações decorrentes do instituto.

Ainda pode a hipoteca ser tida como uma garantia adequada, por não onerar excessivamente o patrimônio do devedor, dentro dos elementos propostos por Laurent Aynés e Pierre Crocq para o que seria uma garantia ideal.¹¹⁸

Para Fábio Rocha Pinto e Silva, a adequação se justifica por duas razões. A primeira é a vedação ao pacto comissório, de que trata o art. 1.428 do diploma civil, pela qual “é nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento.”¹¹⁹ Essa vedação se justifica para evitar o enriquecimento sem causa do credor às custas do devedor.

O direito real de garantia se presta a assegurar a satisfação do crédito do credor na exata medida desse direito. Isto posto, não se justificaria a convenção de cláusula que possibilite ao primeiro se apropriar de bem que pode, em muito, superar o valor do seu direito. Outra justificativa para a vedação deriva da própria Constituição Federal¹²⁰, que estipula, em seu art. 5º, inciso LIV, que ninguém será privado dos seus bens sem o devido processo legal.¹²¹

A segunda razão discutida pelo autor é a possibilidade de utilização do mesmo bem como garantia de múltiplas obrigações, seja com o mesmo credor seja com credores diversos, permitindo que o devedor extraia o máximo de valor possível do seu bem.^{122 123} Trata-se da constituição de mais de uma hipoteca sobre o mesmo bem, nos termos apresentados pelo art. 1.476 do diploma civil.¹²⁴

¹¹⁸ AYNÉS, Laurent; CROCQ, Pierre. **Les Sûretés – La publicite foncière**, 3e édition. Paris, Defrénois lextenso éditions, 2008. Apud PINTO E SILVA, Fábio Rocha. **Garantias hipotecária e fiduciária em contratos não habitacionais: limites da sua aplicação prática e inadequação do direito positivo**. 2013. 161 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 10. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses>. Acesso em: 07 jun. 2020.

¹¹⁹ Cf. art. 1.428 do CC/2002.

¹²⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, out. 1988.

¹²¹ Cf. art. 5º, inciso LIV, da CF/88: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (...)”.

¹²² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Reais**. Op. cit., p. 992.

¹²³ PINTO E SILVA, Fábio Rocha. Op. cit. p. 10-11.

¹²⁴ Cf. art. 1.476 do CC/2002: “Art. 1.476. O dono do imóvel hipotecado pode constituir outra hipoteca sobre ele, mediante novo título, em favor do mesmo ou de outro credor”.

Convém destacar, contudo, que mesmo que não haja limitação à constituição de hipotecas sucessivas, o credor sub-hipotecário assume condição quase de quirografário frente aos demais credores hipotecários, uma vez que sendo o valor de eventual arrematação do bem insuficiente, será satisfeito, com prioridade, o crédito dos credores hipotecários que lhe antecedem, conforme ordem estabelecida no registro. Outra fragilidade dessa condição é a impossibilidade de executar a hipoteca mesmo tendo vencido o crédito sub-hipotecário, caso ainda não tenham vencido os créditos precedentes.¹²⁵

Como já discutido, o direito real de garantia representado pela hipoteca é acessório à relação obrigacional – que se subsume, no caso que se impõe, a um contrato de mútuo feneratício não vinculado. Nesse sentido, o que é relevante investigar, com relação à consonância com a tipicidade do instituto de direito real de garantia, são as condições pouco convencionais do modelo paradigma, na medida em que as cláusulas usuais de qualquer operação de empréstimo por certo não representam limitantes à consecução de um contrato de hipoteca reversa.

Sendo assim, há que se examinar se as características da hipoteca comportariam as seguintes condições do modelo paradigma, que são repetidas a fim de se conferir maior clareza à análise:

i) termo final (vencimento) definido como a data da morte do devedor, ou prazo que tome como referência essa data;

ii) valor não determinado da dívida (mas determinável), haja vista que o credor se obriga a fazer pagamentos vitalícios até a morte do devedor; e deste nada é cobrado até o termo final;

iii) possibilidade de o credor alcançar o restante do patrimônio do devedor não vinculado em garantia em caso de inadimplemento, na hipótese de o valor de alienação do imóvel ser insuficiente para a satisfação da totalidade do crédito.

No que toca às duas primeiras condições, faz-se necessário retornar ao exame dos princípios gerais dos direitos reais de garantia; especificamente a um deles, cuja avaliação, propositalmente, optou-se por fazer de forma segregada, em razão da sua importância para a compreensão do que interessa ao presente trabalho.

Trata-se do princípio da especialização, que incide não só sobre a hipoteca, mas também sobre o penhor e a anticrese, e da qual a observância é condição inafastável sob pena de ineficácia do vínculo real.

¹²⁵ Cf. art. 1.477 do CC/2002: “Art. 1.477. Salvo o caso de insolvência do devedor, o credor da segunda hipoteca, embora vencida, não poderá executar o imóvel antes de vencida a primeira”.

a) princípio da especialidade

A especialização, nos termos do art. 1.424 do Código Civil¹²⁶, consiste na obrigatoriedade de se estabelecer, em caráter formal e de forma circunstanciada, os elementos necessários para a caracterização da obrigação a que se adere a hipoteca, assim como o bem sobre o qual ela é constituída. Nesse sentido, o referido dispositivo legal estabelece que, *verbis*:

Art. 1.424. Os contratos de penhor, anticrese ou hipoteca declararão, sob pena de não terem eficácia:

I - o valor do crédito, sua estimação, ou valor máximo;

II - o prazo fixado para pagamento;

III - a taxa dos juros, se houver;

IV - o bem dado em garantia com as suas especificações.

Os direitos reais de garantia devem incidir sobre bem certo e determinado, visto que nossa legislação não admite que o patrimônio seja “alheado de forma genérica, sem perfeita individualização.”¹²⁷ Para que a hipoteca exerça seu desiderato de garantir o cumprimento da obrigação, o imóvel objeto do direito real deve ser bem caracterizado, possibilitando não só o registro em cartório, mas uma efetiva excussão. Trata-se do princípio da especialidade sob sua ótica objetiva, que para Afrânio de Carvalho significa a:

[...] descrição [do imóvel] como corpo certo, a sua representação escrita como individualidade autônoma, como o seu modo de ser físico, que o torna inconfundível e, portanto, heterogêneo em relação a qualquer outro. O corpo certo imobiliário ocupa um lugar determinado no espaço, que é o abrangido por seu contorno, dentro do qual se pode encontrar. maior ou menor área, contanto que não sejam ultrapassadas as raias definidoras da entidade territorial.¹²⁸

Segundo lição de Tito Fungêncio, presta-se a especialização tanto a proteger o devedor da criação de privilégios sobre o seu patrimônio de extensão não precisamente definida, como a conferir aos terceiros, que com ele realizam negócios, a transparência necessária quanto à real situação patrimonial da sua contraparte.

Por essa razão, dado o caráter acessório da hipoteca, além da individualização do bem hipotecado, o título constitutivo do direito real de garantia precisa enumerar as características

¹²⁶ Cf. art. 1.424 do CC/2002.

¹²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Reais**. Op. cit., p. 998.

¹²⁸ CARVALHO, Afrânio de. **Registro de Imóveis**. Rio de Janeiro, Forense, 1976. Apud. ANTUNES, Anna Victória; GUIMARÃES, Luciana Aparecida. Registro de imóveis e seus procedimentos. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais**, São Paulo v.6, n.1, p. 129-138, 2016, p. 134.

da obrigação principal, especificamente: o valor do crédito, sua estimação ou valor máximo; o prazo fixado para pagamento e a taxa de juros, se existente.¹²⁹

Na mesma linha, Maria Isabel Helbling Menéres Campos aduz que o fundamento do princípio da especialidade “é a protecção de terceiros, que devem ter a possibilidade de conhecer, em termos exactos e através da publicidade registral, a oneração que impende sobre o prédio”.¹³⁰

Caso não se observe os parâmetros definidos no mencionado dispositivo legal, nada haveria a se falar a respeito da validade do contrato constitutivo da hipoteca, desde que naturalmente respeitados os requisitos estabelecidos no art. 104 do Código Civil¹³¹, havendo tão somente a sua inoponibilidade (ineficácia relativa) perante terceiros, restringindo-se a relação jurídica ao âmbito obrigacional.

b) princípio da especialidade e o termo final do modelo paradigma

De toda forma, como proposto no modelo paradigma, a hipoteca reversa possui como termo final (vencimento) a data da morte do devedor (evento futuro e certo), tornando-se a dívida exigível nessa data ou em data cujo prazo se inicia a partir da morte do devedor, de maneira que os herdeiros possam enfrentar o luto e terem condições de decidir pelo pagamento ou não da dívida.

Nesse sentido, há um prazo fixado para o pagamento, ainda que a data efetiva não seja conhecida quando da constituição do direito real (termo certo em data incerta). A primeira questão que se impõe é se seria possível constituir direito real sobre imóvel, com eficácia *erga omnes*, para garantir relação obrigacional cujo prazo para pagamento não estipula uma data que seja previamente conhecida.

A resposta para essa controvérsia parece decorrer da própria lógica que respalda o princípio da especialidade no que se refere à relação obrigacional. Ora, se a especialização busca assegurar transparência quanto à evolução patrimonial do devedor, permitindo aos demais credores (ou potenciais credores) examinarem os riscos inerentes à contratação de

¹²⁹ FULGÊNCIO, Tito. **Direito Real de Hipoteca**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 1960, p. 84. Apud BUFULIN, Augusto Passamani. **Uma análise da hipoteca convencional sobre bens imóveis no Código Civil de 2002**. 2009. 390 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 48. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br> Acesso em: 07 jun. 2020.

¹³⁰ CAMPOS, Maria Isabel Helbling Menéres. **Da hipoteca**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 48. Apud BUFULIN, Augusto Passamani. Op. cit., p. 48

¹³¹ Cf. art. 104 do CC/2002: “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.”

negócios com ele, a especificação do prazo das obrigações no título constitutivo do direito real de garantia não tem outra razão, sob a ótica da avaliação dos riscos, do que oferecer uma perspectiva da capacidade de pagamento do devedor em cada momento do tempo.

Sob a ótica obrigacional, o prazo, como já discutido, se presta a proteger o devedor, assegurando que o pagamento da obrigação não será dele exigido de forma antecipada, ressalvadas as condições legais e contratuais de vencimento antecipado. Já no contexto dos direitos reais, o prazo para pagamento tanto repercute sobre a capacidade de excussão (mas ainda assim relacionada à questão obrigacional), como se vincula ao princípio da publicidade, conferindo aos terceiros, sobre o qual o direito real de garantia incide por seu caráter absoluto, retrato mais preciso das obrigações do devedor.

O estabelecimento, como prazo para pagamento, de data condicionada à morte do devedor não parece prejudicar a capacidade de os demais credores aferirem a situação patrimonial do devedor. Pelo contrário, se a dívida não é exigível antes da morte do devedor, todo o patrimônio não submetido ao vínculo real não pode ser alcançado, ao longo da vida, pelas obrigações atinentes ao contrato de hipoteca reversa. Ademais, a capacidade de pagamento do devedor é plenamente mensurável, já que se sabe de antemão que sua renda não será comprometida com pagamentos relacionados àquela obrigação.

Parece evidente que, à luz dos fundamentos que sustentam o princípio da especialidade, não se suprime informação fundamental à formação de juízo sobre a situação patrimonial do devedor ao se vincular a exigibilidade da dívida a evento futuro e certo (a morte).

Imagine-se, contudo, que, ao invés de tentar registrar título com prazo para pagamento convencionado como data a partir da morte do devedor, o credor estipulasse um prazo de pagamento dilatado, cujo atingimento seria uma impossibilidade biológica, convencionando como cláusula de vencimento antecipado da obrigação a morte do devedor. Contornada estaria, por tal ardil, eventual limitação, sem que nenhuma informação relevante adicional sobre a situação do devedor fosse disponibilizada nos registros públicos aos demais credores.

A *fortiori ratione*, considera-se que não há necessidade de entabulamento de sofisticados dispositivos contratuais para contornar o que é plenamente atendido dentro das bases que sustentam o princípio da especialidade. O prazo para pagamento pode ser convencionado, por exemplo, como trinta dias após a morte do devedor, como é feito em alguns países, tal qual o Peru.¹³² Há, no caso, um prazo para pagamento perfeitamente configurado e apto a oferecer aos credores retrato suficiente da dívida vinculada ao direito real de garantia.

¹³² MAESTRO, Gilberto Mendoza Del; FLORES, Javier Quinteros. La hipoteca inversa en el Perú. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo: Thomson Reuters, a. 42, v. 87, p. 333-371, 2019, p. 362.

Tal parâmetro não é inusual no Código: a data da morte tem diversas repercussões nos negócios jurídicos no âmbito do diploma civilista. Os contratos de serviços acabam com a morte de qualquer das partes.¹³³ Um mandato cessa com a morte das partes.¹³⁴ A morte do segurado gera uma obrigação de pagamento do capital segurado para as seguradoras, no caso, por exemplo, de apólice de seguro de vida.¹³⁵ A morte de sócio liquida a sua quota-parte.¹³⁶ O usufruto extingue-se pela morte do usufrutuário.¹³⁷ Também se estabelecem prazos cujo início é marcado pela morte, como o de anulação do casamento de incapaz requerido por seus herdeiros.¹³⁸

Natural, portanto, diante de todo o exposto, que se tome o prazo até a morte do devedor, pela *ratio legis*, como prazo apto sustentar a constituição de um direito real de garantia com eficácia *erga omnes*, sendo essa conformação contratual consonante às exigências derivadas do princípio da especialidade.

c) princípio da especialidade e o valor da dívida garantida

Superada a controvérsia quanto ao prazo, problema maior reside na necessidade de que o contrato de hipoteca estipule o valor do crédito, sua estimação, ou valor máximo. No âmbito do princípio da especialidade, o propósito da especificação do valor cumpre a mesma função da especificação do prazo de pagamento, qual seja, a de permitir que os terceiros afetados pelo vínculo real tenham exata dimensão da situação patrimonial do devedor e da extensão do privilégio do credor titular do direito de garantia.

Todavia, a relação obrigacional, da qual a hipoteca é acessória, não permite que se conheça, com exatidão, o valor final da dívida a ser garantida na data da contratação, embora essa dívida seja plenamente determinável a partir dos parâmetros contratuais. Conforme já

¹³³ Cf. art. 607 do CC/2002: “Art. 607. O contrato de prestação de serviço acaba com a morte de qualquer das partes. Termina, ainda, pelo escoamento do prazo, pela conclusão da obra, pela rescisão do contrato mediante aviso prévio, por inadimplemento de qualquer das partes ou pela impossibilidade da continuação do contrato, motivada por força maior”.

¹³⁴ Cf. art. 682, inciso II, do CC/2002: “Art. 682. Cessa o mandato: (...) II - pela morte ou interdição de uma das partes; (...)”.

¹³⁵ Cf. art. 757 e ss. do CC/2002.

¹³⁶ Cf. art. 1.028 do CC/2002: “Art. 1.028. No caso de morte de sócio, liquidar-se-á sua quota, salvo: (...)”.

¹³⁷ Cf. art. art. 1.410, inciso I, do Código Civil: “Art. 1.410. O usufruto extingue-se, cancelando-se o registro no Cartório de Registro de Imóveis: I - pela renúncia ou morte do usufrutuário; (...)”.

¹³⁸ Cf. art. 1.555, § 1º, do CC/2002: “Art. 1.555. O casamento do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal, só poderá ser anulado se a ação for proposta em cento e oitenta dias, por iniciativa do incapaz, ao deixar de sê-lo, de seus representantes legais ou de seus herdeiros necessários. § 1º O prazo estabelecido neste artigo será contado do dia em que cessou a incapacidade, no primeiro caso; a partir do casamento, no segundo; e, no terceiro, da morte do incapaz. (...)”

discutido, a operação de mútuo feneratício não vinculado, para respeitar o modelo paradigma, deve estipular a:

- i) obrigatoriedade de que o credor efetue pagamentos contratados até a morte do devedor (termo final);
- ii) inexigibilidade de qualquer pagamento do devedor até o termo final;
- iii) incidência de juros e, eventualmente, de correção monetária, sobre o saldo devedor da dívida.

De tais características decorre um saldo devedor crescente, cujo montante final não se pode definir antecipadamente com precisão, mas apenas estimar, na medida em que os pagamentos por parte do credor seguirão sendo feitos até a data da morte do devedor; que também não é conhecida, embora igualmente possa ser estimada.

Da mesma forma, já foi comentado que a dívida não se limita ao valor do imóvel, sendo obrigados o devedor e, pelas características do contrato, o espólio, por todo valor acumulado da dívida, ainda que seja comum que a lei, ou o próprio contrato, faça prever que, na hipótese de o produto da alienação do imóvel ser insuficiente para a satisfação do crédito e demais despesas do processo de execução, nada mais possa ser cobrado pelo credor.

A possibilidade de insuficiência da garantia frente ao valor da dívida é risco a ser assumido pelo credor – ou por seguradora, caso haja a contratação de seguro que ofereça cobertura quanto a tal hipótese –, não cabendo a estipulação do valor máximo da dívida como o valor de avaliação do imóvel na data da contratação, sob pena de se descaracterizar o que se tem como paradigma da hipoteca reversa para os fins do presente trabalho.

Está-se diante, assim, da constituição de hipoteca como garantia de uma obrigação cujo valor final não é possível determinar na data da contratação, por depender do implemento de condição futura. No entanto, a exemplo do prazo, será demonstrado que essa dificuldade não é suficiente para dar caráter atípico ao direito real de garantia que se busca contratar.

Ainda que não se possa determinar o valor final da dívida antecipadamente, ele é plenamente determinável a qualquer momento do tempo. Afinal, se assim não fosse, por certo a hipoteca reversa seria mera possibilidade teórica e não um mercado de cifras bilionárias em diversos países do mundo.

Dessa maneira, na contratação desse tipo de operação, o valor a ser mensalmente desembolsado pelo credor dependerá, conforme já visto, da idade do devedor – que servirá para o credor determinar, a partir de tábuas atuariais, diferentes probabilidades de morte para diferentes períodos de tempo; do valor do imóvel – que servirá de parâmetro de estimação do seu próprio valor futuro, considerando-se as diferentes datas prováveis de morte e os diferentes

fatores que afetam o preço de um bem imóvel; e dos juros da operação, que dependem de diferentes condições que não convêm aqui explorar (custo de captação, custo de oportunidade, impostos, risco de inadimplência, riscos jurídicos, custos de capital, depósitos compulsórios, custos administrativos, retorno esperado para o capital etc.).

Imaginemos, assim, que uma instituição financeira, a partir de cálculos atuariais, estime que a probabilidade de morte de um proponente ao contrato de hipoteca reversa, com 65 anos de idade, é de 80% em 10 anos, 90% em 20 anos e 99% em 25 anos (todos os prazos contados a partir da data de contratação). Digamos ainda que para tornar seu produto atrativo para o público-alvo, assume a instituição maior nível de risco, julgando tolerável a probabilidade de 10% de que o devedor viva mais do que 20 anos e apurando as prestações como se o devedor não fosse viver por mais tempo que esse prazo.

Dessa forma, calcula a instituição o valor dos pagamentos ao devedor, supondo que seus desembolsos se prolongarão por 240 meses (20 anos). Dada a taxa de juros da operação, para a definição do valor de cada desembolso, precisa avaliar o mutuante o quanto o valor da dívida poderá representar do valor do imóvel no futuro. Nesse caso, quanto maior o percentual admitido, maior o valor dos desembolsos e maior o risco assumido pela instituição credora.

Admitamos também que o valor futuro do imóvel, ao final do período de 240 meses, é estimado em R\$ 1 milhão, bem como que a instituição tenha como política de crédito o comprometimento máximo de 50% do valor futuro estimado do imóvel, de forma a fazer frente ao risco de eventual deságio na alienação do bem, de uma evolução insuficiente do valor do imóvel no tempo, ou mesmo de o devedor viver mais do que o período de 20 anos.

Nesse caso, para uma taxa de juros de 8% ao ano, o valor de cada pagamento a ser feito pelo credor corresponderá, para uma dívida futura de R\$ 500 mil (50% do valor futuro estimado), a R\$ 873,12.¹³⁹ Com esse montante de pagamento, ao final de 240 meses, considerando-se a taxa de juros equivalente mensal da operação (0,64% ao mês), a dívida futura seria, por construção, equivalente a exatos R\$ 500 mil reais.

Sem embargo, pelos cálculos atuariais do exercício, existe 1% de probabilidade de que o devedor esteja vivo cinco anos depois desse período (300 meses ao todo). Assim, com 99% de verossimilhança, o valor da dívida não ultrapassaria o valor de R\$ 798.763,13, que representa

¹³⁹ Cf. SAMANEZ, Carlos P. **Matemática Financeira: aplicações à análise de investimentos**. São Paulo: Makron Books, 1994, p. 89. O valor da prestação (P) é apurado considerando uma série uniforme de pagamentos, pelo período (n) de 240 meses, tomando-se a taxa de juros equivalente mensal (i) para uma taxa anual de 8% a.a., a fim de que se tenha, ao final do período, um valor futuro (VF) de R\$ 500 mil. É possível demonstrar que os pagamentos são dados pela seguinte fórmula:
$$P = \frac{VF}{\left[\frac{(1+i)^n - 1}{i} \right]}$$

a soma dos valores capitalizados dos pagamentos após o período de 25 anos (sobrevida de 5 anos com probabilidade de ocorrência de 1%), considerando-se pagamentos mensais uniformes de R\$ 873,12 e uma taxa de juros de 8% ao ano.¹⁴⁰

Esse valor pode ser levado ao extremo, apurando-se as probabilidades de o devedor estar vivo após 30, 35 anos ou mais, o que seria estatisticamente cada vez menos provável. O presente exercício, obviamente bastante simplificado, busca tão somente ilustrar que é possível às instituições financeiras, para diferentes faixas de probabilidade, estimarem, na data da contratação, o valor máximo da dívida, considerando-se inclusive intervalos de confiança, a partir dos parâmetros objetivos da operação de crédito e das tábuas atuariais. E por que o valor máximo é relevante? Porque o art. 1.487 do Código Civil positiva as chamadas hipotecas de valor máximo, estabelecendo que:

Art. 1.487. A hipoteca pode ser constituída para garantia de dívida futura ou condicionada, desde que determinado o valor máximo do crédito a ser garantido.

§ 1º Nos casos deste artigo, a execução da hipoteca dependerá de prévia e expressa concordância do devedor quanto à verificação da condição, ou ao montante da dívida.

§ 2º Havendo divergência entre o credor e o devedor, caberá àquele fazer prova de seu crédito. Reconhecido este, o devedor responderá, inclusive, por perdas e danos, em razão da superveniente desvalorização do imóvel.¹⁴¹

De acordo com tal dispositivo, seria possível garantir por hipoteca, inclusive a convencional, obrigações futuras ou condicionadas. Por obrigação futura tenha-se aquela que ainda não existe no momento da contratação.¹⁴² Já por obrigação condicionada, tenha-se aquela que depende do implemento de condição futura e incerta (que pode ou não ocorrer), ou seja, a dívida ainda não existe e pode nem vir a existir no futuro, já que depende de evento incerto.¹⁴³

O principal exemplo de uma obrigação futura garantida pela hipoteca é o contrato de abertura de crédito. De acordo com Orlando Gomes, a “abertura de crédito é o contrato por via do qual se obriga um banco a colocar à disposição do cliente determinada soma, para ser usada mediante saque único ou repetido”.¹⁴⁴ Caio Mário da Silva Pereira ensina que referido contrato é aquele pelo qual “o banco se obriga a pôr à disposição do cliente, uma soma dentro de um

¹⁴⁰ O valor é apurado a partir da mesma fórmula matemática rearranjada algebricamente para que VF seja uma função de P, i e n, sendo P igual a 873,12; i a taxa de juros mensal equivalente a 8% a.a. e n o prazo de 300 meses.

¹⁴¹ Cf. art. 1.487 do CC/2002.

¹⁴² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Obrigações**. Op. cit., p. 177.

¹⁴³ Cf. art. 121 do CC/2002: “Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.”

¹⁴⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. Op. cit., p. 400.

dado limite quantitativo, e por um certo prazo, acatando-lhe os saques ou acolhendo suas ordens”.¹⁴⁵

Tomando-se esse contrato, seria estipulado um limite de crédito, dentro do qual o devedor poderia, durante o período de vigência, efetuar saques de acordo com suas necessidades e conveniência, até que atingido o limite do contrato de abertura. A exigibilidade do valor sacado, nesse caso, dar-se-ia no vencimento do contrato. Admite assim o diploma civil que a hipoteca venha a garantir uma dívida que ainda não se constituiu – e que pode nunca a vir a se constituir, caso não haja a utilização da linha de crédito – ou que pode aumentar e diminuir ao longo do tempo de acordo com a utilização ou não da prerrogativa pelo devedor.

Na doutrina não há maiores controvérsias quanto à possibilidade de constituição de uma hipoteca como garantia de uma potencial obrigação, a despeito do caráter acessório de tal direito real de garantia. No magistério de Francisco Eduardo Loureiro:

Este artigo [1.487 do CC/2012] positiva entendimento prevalecente na doutrina e na jurisprudência. Sempre se afirmou poderem ser garantidas por hipoteca todas as obrigações de ordem econômica, de dar, fazer, ou não fazer, simples ou condicionais, líquidas ou ilíquidas. Admite-se também hipoteca sobre obrigações sujeitas à condição ou mesmo futuras, com ou sem base em uma relação jurídica preexistente. O mais comum é que embora ainda não tenha nascido a obrigação, já exista uma relação jurídica anterior, que dê sustento à hipoteca como garantia de dívida que eventualmente se formará. É o que ocorre, por exemplo, no caso de hipoteca legal sobre os bens dos responsáveis por gestão de rendas públicas, ou, ainda, nos contratos de abertura de crédito rotativo, que permitem ao mutuário sacar até um determinado limite em um certo prazo. **Diversos outros contratos de execução diferida ou continuada comportam a hipoteca como garantia de crédito eventual, como os de agência, distribuição, comissão, ou fornecimento continuado de mercadorias.**¹⁴⁶ (grifo meu)

A residual divergência doutrinária, no mais das vezes baseada ainda no Código Civil de 1916, que não trazia menção expressa à possibilidade de constituição de hipoteca sobre dívida futura, não tem encontrado eco na jurisprudência, que faz prevalecer majoritariamente

¹⁴⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 9º ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 371. Apud MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 8º ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 363.

¹⁴⁶ MONTEIRO, Francisco Eduardo. **Código Civil Comentado** (coord. Cesar Peluso). 14ª ed. (e-book), São Paulo: Manole, p. 1.567.

essa possibilidade, desde que respeitada a moldura estabelecida pelo mencionado art. 1.487.¹⁴⁷

148 149 150

Admitida a possibilidade de constituição hipoteca sobre dívida futura ou condicionada, importa saber se é esse o caso de que se cuida no modelo que nos serve de referência. Como se viu, a dívida do contrato de hipoteca reversa não se caracteriza como uma dívida futura. Isso, porque já há uma dívida de fato, não uma dívida em potencial.

Embora não se conheça, na data da constituição da garantia, o montante final que será desembolsado pelo credor, os pagamentos periódicos já se iniciam na mesma data, formando o contrato de mútuo, negócio jurídico real. Também não é a dívida condicional, já que não depende, para existir, do implemento de nenhuma condição futura e incerta.

¹⁴⁷ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0702.07.345691-6/001, Relator: Des.(a) Otávio Portes, 16ª Câmara Cível, j. 01.04.2009, DJ. 30.04.2009: “AÇÃO DE PRECEITO COMINATÓRIO - HIPOTÉCA - GARANTIA DE DÉVIDAS FUTURAS - VALIDADE - RECURSO PROVIDO. Na forma do artigo 1.487, do Novo Código Civil, a hipoteca pode servir de garantia a dévidas futuras, não podendo haver sua baixa enquanto não quitadas as obrigações havidas entre as partes que celebraram o contrato que a mesma garante”.

¹⁴⁸ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0070359-23.2007.8.19.0002, Relator: Des. Mauro Dickstein, 16ª Câmara Cível, j. 14.02.2012, DJ. 24.02.2012: “[...] Consigne-se que, quanto à alegada impossibilidade de aplicação do disposto no art. 1.487, do atual Código Civil, conforme se extrai da Lição constante da obra “Código Civil Comentado”, Coordenador Ministro Cezar Peluso, pág. 1.545, tal artigo positiva entendimento já prevalecente na doutrina e na jurisprudência, pois, “Sempre se afirmou poderem ser garantidas por hipoteca todas as obrigações de ordem econômica, de dar, fazer, ou não fazer, simples ou condicionais, líquidas ou ilíquidas”. Prossegue o citado eminente autor aduzindo que “Admite-se também hipoteca sobre obrigações sujeitas à condição ou mesmo futuras, com ou sem base em uma relação jurídica preexistente. O mais comum é que embora ainda não tenha nascido a obrigação, já exista uma relação jurídica anterior, que dê sustento à hipoteca como garantia de dívida que eventualmente se formará”, acrescentando que é o que ocorre, por exemplo, nos casos de abertura de crédito rotativo”.

¹⁴⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0038595-30.2007.8.26.0000, Relator: Rui Cascardi, 12ª Câmara de Direito Privado, Foro de Praia Grande - 3ª. Vara Cível; j. 08.08.2007; DJ. 20.08.2007: “[...] A presente situação, ao que se constata dos autos, enquadra-se na modalidade de hipoteca constituída sobre dívida futura, cuja possibilidade já era prevista pela doutrina na vigência do Código Civil de 1916, consoante ensinamento de Clóvis Beviláqua, segundo o qual: “As obrigações futuras são suscetíveis de segurança pela hipoteca; mas, enquanto as obrigações não se formam não tem eficácia. E a razão é que a hipoteca é acessória da obrigação; enquanto esta não existe, a hipoteca permanece em estado meramente potencial (...). Exemplo de hipoteca, assegurando o cumprimento de obrigação futura, é o da que é constituída para garantia da abertura de um crédito em conta-corrente. (Direito das Coisas, vol. II, 5ª ed., Forense, p. 140). O novo Código Civil de 2002 veio a positivar de forma expressa tal possibilidade, nos termos do artigo 1487, que segue transcrito: Art. 1487. [...] Assim, embora, no momento inicial da instituição das hipotecas, pudesse não haver obrigação líquida e certa a ser garantida, não se pode dizer dos créditos ora executados, constituídos no decorrer do ano de 2005 e documentados em duplicatas mercantis, acompanhadas do instrumento de protesto e dos respectivos comprovantes de entrega das mercadorias, consideradas pelo ordenamento como títulos executivos extrajudiciais”.

¹⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1022034-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 12.03.2013, DJe 18.04.2013 “DIREITO CIVIL. EXECUÇÃO FUNDADA EM CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO VINCULADO A NOTA PROMISSÓRIA E ESCRITURA DE HIPOTECA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO CONFIRMAM A ILIQUIDEZ DO TÍTULO. EXTINÇÃO DO PROCESSO EXECUTIVO. (...) 5. Incabível a execução de hipoteca garantidora de dévidas futuras, como no caso concreto, em que a garantia não estava limitada e nem a um contrato específico, mas a quaisquer débitos, “sem qualquer limitação, provenientes ou não de financiamentos diversos e/ou vendas financiadas”. A previsão legal de hipoteca de dívida futura é novidade legislativa trazida somente pelo Código Civil de 2002, que passou a prever no seu art. 1.487 que a “hipoteca pode ser constituída para garantia de dívida futura ou condicionada, desde que determinado o valor máximo do crédito a ser garantido” (...).”.

Trata-se, em verdade, de um contrato de execução diferida, cujos valores a serem desembolsados são certos e determinados, mas a data do último desembolso é incerta. Nesse sentido, não incide o art. 1.487 do Código Civil sobre o modelo paradigma do presente trabalho, porquanto se cuida de dívida certa e plenamente determinável a partir de critérios objetivos entabulados no contrato de mútuo feneratício não vinculado.

O elemento de incerteza, qual seja, a data da morte do indivíduo, impede que se estabeleça com absoluta precisão, na data da constituição da garantia, o valor total que a dívida assumirá no futuro, mas em cada momento do tempo existe dívida certa e determinada, e esse valor pode ser projetado para o futuro, por qualquer outro credor ou interessado, desde que se saiba se o devedor está ou não vivo.

O que é certo no contrato convencionado nos termos do modelo paradigma? Primeiro o valor dos pagamentos mensais a serem feitos pelo credor e que, acumulados, constituem a dívida garantida. Segundo o montante que a dívida aumentará mês a mês, ao se incorporar aos valores já desembolsados os juros contratados e eventual atualização monetária. E, por fim, que os pagamentos continuarão sendo feitos, independentemente de qualquer condição, enquanto o devedor continuar vivo.

E o que é possível apurar na data da contratação? O valor estimado da dívida. Ora, esse valor, como se viu, é o parâmetro que determina quais os pagamentos que serão contratados nas operações de hipoteca reversa. Não se cuida de ser possível ou não estimar, mas sim de que tal estimação é parte inerente e inafastável do modelo de negócio de quem oferta tal produto financeiro.

Ademais, conforme o exercício matemático apresentado anteriormente, essa estimação pode ter níveis de confiança¹⁵¹ extremamente elevados, de forma que o valor da dívida observado se encontre dentro de determinado intervalo de confiança¹⁵², estimado na data de contratação, em 95%, 99% ou 99,9% dos casos.

Convém destacar, por oportuno, que qualquer contrato de mútuo, mesmo aqueles com data certa, pode não permitir que se apure, no momento da contratação, o valor final da dívida. Por exemplo, imaginemos um contrato de mútuo em que o credor entrega para o devedor R\$ 10 mil reais a serem pagos 12 meses depois acrescidos de juros. Suponha-se ainda que a taxa

¹⁵¹ Cf. MEYER, Paul L. **Probabilidade: Aplicações à Estatística**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1995, p. 329-360: “(...) A probabilidade de que um intervalo de confiança contenha o valor do parâmetro é chamado de nível ou grau de confiança do respectivo intervalo.”

¹⁵² Cf. MEYER, Paul L. Op. cit., loc. cit.: “(...) Ao intervalo que, com probabilidade conhecida, deverá conter o valor real do parâmetro chama-se de intervalo de confiança.”

de juros do contrato é uma taxa pós-fixada, cujo valor só se conhece ao final de cada mês (ou dia, a depender da periodicidade de apuração).

Para tal contrato, embora se conheça o valor da dívida na data da contratação, não se conhece o valor final, haja vista que esse depende dos valores de taxas de juros que somente serão conhecidos no futuro. Nesse caso, sequer se cogita a hipótese de que a obrigação não possa ser garantida por hipoteca, uma vez que todos os parâmetros necessários à apuração da dívida são conhecidos, embora não se conheçam os valores das taxas que vigerão ao longo do prazo da operação.

O mesmo ocorre no caso da atualização monetária. Os índices de preços são divulgados mensalmente, não se conhecendo, na data da contratação de uma dívida sujeita a atualização, os valores que os índices assumirão ao longo do tempo. Pode-se ir mais longe. Os contratos de financiamento imobiliário são, geralmente, remunerados por juros fixos mais uma parcela variável dada pela Taxa Referencial (TR), disciplinada pela Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991¹⁵³, e por um conjunto de normas infralegais expedidas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil.

Para essas operações, também não se conhece as taxas referenciais (pós-fixadas) que vigorarão por todo o período do contrato, de forma que não se pode definir, de antemão, o valor final da dívida. Nada obstante, também não se vislumbra qualquer limitação para que a hipoteca possa suportar o risco de inadimplemento desses financiamentos. Em todos os casos, tem-se uma dívida contratada cujo valor final flutuará de acordo com parâmetros predefinidos que somente serão conhecidos no futuro.

De igual maneira, na hipoteca reversa que se coloca como paradigma, já há uma dívida contratada, ainda que com entrega diferida dos recursos ao devedor, e estão definidos todos os parâmetros necessários para que se conheça o seu exato valor em qualquer instante do tempo, desde que se tome o devedor como vivo. O que não se consegue definir com absoluta precisão, na data da contratação, a exemplo das demais operações apresentadas, é o valor final que a dívida assumirá. A despeito disso, é sim possível definir uma estimativa do valor final da dívida ou mesmo um valor máximo.

Nesse sentido, o credor é capaz de cumprir o requisito do art. 1.424, inciso I, declarando uma estimativa do valor total da dívida, considerando-se os cálculos atuariais feitos a partir probabilidade de sobrevivência do devedor. Melhor do que isso. Ao se considerar as

¹⁵³ BRASIL. Lei n. 8.177, de 1º de março de 1991. Estabelece regras para a desindexação da economia e dá outras providências. Brasília, DF, mar. 1991.

características do modelo paradigma, pode até mesmo o credor, a bem da segurança jurídica, estipular um valor máximo para a dívida, a despeito dessa fixação ser desnecessária.

Conforme já se discutiu, aspecto importante das hipotecas reversas em várias jurisdições é a estipulação, contratual ou legal, de que do devedor nada mais possa ser exigido em caso de insuficiência do valor de alienação do imóvel face ao valor da dívida. Embora não haja o que se falar, no Brasil, da limitação legal da responsabilidade do devedor, diante do que estabelece o art. 1.430 do diploma civilista¹⁵⁴, nada impede que as partes convençionem exoneração da espécie como parte da relação obrigacional, desonerando o espólio da obrigação sobre eventual saldo remanescente da dívida.

Dessa forma, o máximo que o credor obterá em operações de hipoteca reversa seria o valor de mercado futuro do imóvel. Isso, pois não se toma como provável que os herdeiros do devedor decidam espontaneamente pelo pagamento de dívidas que superem o valor do bem.

A toda maneira, bem assim decidissem, somente poderiam desonerar o imóvel, em razão da indivisibilidade dos direitos reais de garantia, por meio do pagamento integral da dívida, em nada se fragilizando o direito do credor ao estabelecer no título constitutivo do direito real de garantia valor máximo eventualmente inferior ao valor que a dívida possa vir a representar no futuro.

Certamente, é muito complexo estipular o valor futuro de um bem imóvel. Por outro lado, é razoavelmente simples para a instituição credora atribuir um valor máximo da dívida a partir dos pagamentos por ela contratados e da expectativa de sobrevida do devedor. Nesse sentido, tomar-se-ia, como valor máximo, o saldo devedor projetado da dívida para datas de sobrevida de baixíssima probabilidade.

Impende ressaltar que esse raciocínio é plenamente válido ainda que nada se convençione acerca do perdão do montante que supere o valor de alienação do imóvel. Mesmo nessa hipótese, similarmente poderia ser fixado o valor máximo da dívida, atendendo-se aos requisitos do art. 1.422. A única diferença é que continuaria havendo direito do credor em relação a parcela remanescente desse crédito, mas sem os privilégios decorrentes do direito real de garantia, passando a concorrer como quirográfario ao restante do acervo hereditário.

O valor máximo da dívida, a partir da mesma lógica, poderia ser também definido como o valor de avaliação do imóvel na data da contratação, atualizado segundo algum índice de valorização do mercado imobiliário.

¹⁵⁴ Cf. art. 1.430 do CC/2002: “Art. 1.430. Quando, excutido o penhor, ou executada a hipoteca, o produto não bastar para pagamento da dívida e despesas judiciais, continuará o devedor obrigado pessoalmente pelo restante”.

Ao se considerar que as instituições, para cálculo dos pagamentos mensais, atribuem um limite máximo de comprometimento do valor do imóvel, pouco provável seria que a dívida ultrapassasse aquele valor.

Todas essas situações, a bem dizer, são meros exemplos de metodologias absolutamente alinhadas com a lógica do produto financeiro que poderiam ser utilizadas para estimar o valor máximo da dívida a ser estipulado no título constitutivo do direito real de garantia.

Ante o que se expôs, é possível o atendimento das disposições do art. 1.424 do Código Civil, ou até mesmo do art. 1.487 – a despeito da sua inaplicabilidade ao presente caso, por não se cuidar da constituição de hipoteca sobre dívida futura ou condicionada.

Quanto à aderência dessa estipulação ao que estabelece a lei, não haveria qualquer inobservância. Ora, se a lei permite que se estabeleça valor máximo para dívidas que sequer existem e podem nunca vir a existir, sendo tal fixação plenamente corroborada pela jurisprudência, maior razão haveria para se considerar como válida, e razoavelmente imune a controvérsias, uma estipulação amparada nos parâmetros da própria relação obrigacional, que encerra uma dívida certa e determinável.

Nesse sentido, todas as informações necessárias para oferecer transparência à real dimensão do privilégio do credor hipotecário estariam disponíveis, sendo observados os fundamentos que sustentam o princípio da especialidade.

d) prazo trintenário da hipoteca convencional

A despeito de não violar o princípio da especialidade a estipulação da morte do devedor como o termo final da relação obrigacional, uma outra questão vinculada diretamente a tal aspecto precisa ser enfrentada, qual seja, o prazo máximo de 30 anos das hipotecas convencionais, nos termos estabelecidos pelo art. 1.485 do Código Civil, verbis:

Art. 1.485. Mediante simples averbação, requerida por ambas as partes, poderá prorrogar-se a hipoteca, até 30 (trinta) anos da data do contrato. Desde que perfaça esse prazo, só poderá subsistir o contrato de hipoteca reconstituindo-se por novo título e novo registro; e, nesse caso, lhe será mantida a precedência, que então lhe competir.¹⁵⁵

Conforme prevê o diploma civil, a hipoteca é necessariamente temporária, de maneira que ultrapassado o prazo trintenário, opera-se a preempção, ou usucapião da liberdade, com o

¹⁵⁵ Cf. art. 1.485 do CC/2002.

respectivo cancelamento do seu registro. Nada impede que a extinta hipoteca seja renovada, contudo, exige-se uma nova constituição, levando-se o novo contrato a registro.

Diferentemente do que se opera na prorrogação de hipotecas dentro do limite de trinta anos, nas renovações perde-se a preferência em relação a outros direitos reais registrados posteriormente ao título original, isto é, todos os direitos reais anteriormente registrados e que não eram oponíveis à antiga hipoteca, pelo critério da anterioridade, serão oponíveis à hipoteca renovada.¹⁵⁶

Esse prazo impõe a primeira limitação grave a construção de contratos de hipoteca reversa no Brasil. Como o vencimento da obrigação relacional não é data certa, para que o mútuo garantido pela hipoteca não se transforme em um mútuo sem garantia, o público-alvo do produto teria de ser mais limitado do que é internacionalmente. Isso, porque o risco de longevidade do devedor, além de criar a possibilidade de que a dívida supere o valor da garantia, gera a possibilidade de extinção da própria garantia.

O primeiro risco é parte do negócio de todas as instituições que operam com hipotecas reversas internacionalmente. Já o risco de extinção da hipoteca tende a encarecer a oferta do produto para idosos com menos de 70 anos.

As consequências mais óbvias do risco da extinção da garantia antes do vencimento da obrigação seriam ou uma não oferta do produto para pessoas com alta probabilidade de sobrevida superior a 30 anos, ou a inclusão de cláusulas que antecipem o vencimento da dívida caso atingido tal limite.

Essa última possibilidade de construção, embora não se subsuma com perfeição ao modelo paradigma, não colocaria eventual hipoteca reversa brasileira em total desacordo com outros modelos internacionais. Isso, pois não é incomum, como já visto, que existam diferentes modelos de hipoteca reversa, inclusive dentro de um mesmo país.

Diante do caráter temporário da hipoteca, impõe-se que aqui também não seja diferente, isto é, as hipotecas reversas contratadas com indivíduos com maior probabilidade de sobrevida tendem a ser temporárias, no sentido de poderem implicar a exigibilidade da dívida com o devedor ainda vivo.

Hipotecas reversas temporárias existem, embora não sejam aquelas mais comumente negociadas, justamente por serem menos vantajosas para o devedor. Nada obstante, mesmo o prazo trintenário não parece suficiente para impedir a perfeita subsunção do modelo paradigma

¹⁵⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Reais**. Op. cit., p. 1049.

à hipoteca convencional, desde que se proceda a correta definição do público-alvo do produto financeiro.

e) prazo vintenário para renovação da especialização

O diploma civil prevê ainda prazo máximo de 20 anos para a validade da especialização, devendo ser realizada obrigatoriamente a sua renovação, sem que isso implique qualquer alteração na ordem de preferência.¹⁵⁷

Recusando-se o devedor a consentir com a renovação da especialização, correndo-se o risco de extinção da garantia, provoca-se o vencimento antecipado da dívida. Conforme lição de Francisco Eduardo Loureiro:

A necessidade de renovação da especialização explica-se do seguinte modo, segundo Carvalho Santos: “presume a lei que tenha havido alteração do valor dos imóveis, ou melhor, que tenha havido alterações que precisam ser constatadas, em benefício dos interessados, por meio de nova avaliação” (Código Civil brasileiro interpretado, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1952, v. X, p. 443). A não renovação da especialização provoca a sua extinção, em razão da falta de persistência de requisito formal.

A renovação deve ser feita antes de escoado o prazo de vinte anos, pois, extinta a garantia, somente será possível a constituição de outra hipoteca, com novos título e registro, e conseqüente alteração na ordem de preferência.¹⁵⁸

Não se vislumbra na exigência maiores inconvenientes. A bem dizer, a renovação da especialização confere maior segurança ao credor, permitindo-lhe atualizar as informações sobre o imóvel e justificar a cobrança de uma nova avaliação do devedor, a quem também caberia os encargos da renovação junto ao Cartório de Registro de Imóveis.

f) vínculo real do modelo paradigma e a hipoteca convencional

Diante do que se expôs, o vínculo real do modelo paradigma não encontraria limitantes legais para se conformar à hipoteca na sua espécie condicional, sendo possível a observância de todos os requisitos formais.

Não se cuida da assunção de uma tipicidade aberta ou menos rígida do direito real de garantia, nos termos discutidos anteriormente, mas de se reconhecer a perfeita adequação do

¹⁵⁷ Cf. art. 1.498 do CC/2002: “Art. 1.498. Vale o registro da hipoteca, enquanto a obrigação perdurar; mas a especialização, em completando vinte anos, deve ser renovada”.

¹⁵⁸ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Op. cit. 1576.

modelo paradigma à hipoteca na forma como essa é disciplinada, sem flexibilizações ou interpretações voltadas a permitir que a autonomia privada lhe amolde a imperativos práticos.

2.4 Conceituação jurídica da hipoteca reversa

Discutidos a relação jurídica obrigacional e o negócio jurídico acessório de garantia, completa-se a conceituação jurídica do modelo que se toma como paradigma dos contratos de hipoteca reversa.

Conforme se espera ter demonstrado, as operações de hipoteca reversa não representam uma nova espécie de direito real sobre coisa alheia, com características distintas do que se elenca em caráter taxativo no ordenamento jurídico, e dependente de uma perfeita tipificação a fim de que se possa viabilizar a sua negociação no Brasil.

Trata-se, em verdade, de uma relação obrigacional vinculada a um direito real de garantia. Essa relação obrigacional, ainda que possa ser construída, com base na autonomia privada, sem a subsunção a nenhum dos tipos contratuais estabelecidos pela legislação civil – como uma obrigação a termo, por exemplo –, qualifica-se como um contrato de mútuo feneratício não vinculado, tendo como data de vencimento a morte do devedor. Nessa data, a dívida contratada torna-se exigível, incidindo sobre o espólio.

O único aspecto particular da relação obrigacional que difere da forma como se normalmente convencionam os contratos de mútuo diz respeito à entrega da coisa ao mutuário, que é diferida, não havendo um contrato unilateral, mas um contrato bilateral, em que se obriga o mutuante a realizar desembolsos periódicos ao mutuário. São esses desembolsos periódicos que formam o montante total da dívida a ser devolvida, acrescida dos juros e demais encargos pactuados.

A hipoteca é a garantia real específica contratada para reforçar a garantia geral do mutuante sobre o patrimônio do mutuário, própria de qualquer obrigação. Cuida-se apenas de um direito real de garantia, necessariamente acessório à relação obrigacional. Nada há de excepcional ou atípico no que diz respeito ao vínculo real constituído, que não se sujeita a regras próprias capazes de desvirtuar o seu conteúdo típico.

Embora não seja escopo do presente trabalho qualquer análise sob a ótica do direito comparado, o mesmo ocorre em outros países. Na Espanha, a hipoteca reversa é conceituada em lei como um empréstimo garantido por hipoteca.¹⁵⁹ No Peru, que a exemplo da Espanha

¹⁵⁹ Cf. LEY 41/2007. Op. cit.

possui lei específica que disciplina a operação, também se qualifica a hipoteca reversa como um empréstimo garantido por hipoteca. A legislação e regulação específica sobre a matéria tratam tão somente da relação obrigacional, que, podendo assumir múltiplas formas, diante da liberdade contratual que lhe é própria, demanda moldura legal que lhe imponha limites em prol da segurança jurídica e da proteção de hipossuficientes. Mas nada tratam tais legislações do direito real de garantia, que adere como acessório à relação principal regulada. O mesmo se tem nos Estados Unidos, concorde anteriormente tratado.¹⁶⁰

O que é tido como reverso (ou inverso) é a forma como evolui o saldo devedor da dívida ou mesmo a forma como se opera a entrega e devolução dos recursos da operação de empréstimo. Nos países onde se originou, o próprio termo, em regra, é uma designação genérica que engloba diversos tipos de operação, não mais do que um jargão, uma vez que as diversas espécies de operações que se inserem no conceito geral de hipoteca reversa sequer possuem essa designação nas legislações ou nas regulamentações que tratam da matéria.

Um empréstimo com garantia hipotecária é referido em diversos países simplesmente pelo nome do direito real de garantia que lhe é acessório, ou seja, como uma hipoteca. No Brasil, diante do esvaziamento do instituto da hipoteca, por questões que serão tratadas nas próximas seções, isso seria o mesmo que designar a contratação de um financiamento imobiliário como a contratação de uma “alienação fiduciária”.

Nos países de língua inglesa os *home loans* designam-se apenas por *mortgages*. Da mesma forma, os *home equities conversion mortgages* são tratados genericamente como *reverse mortgages*, embora a hipoteca seja simplesmente a garantia que se associa a um empréstimo sujeito a condições especiais.

Não obstante o extenso rol de exemplos internacionais que qualificam a hipoteca reversa como um produto financeiro, um empréstimo cuja exigibilidade se forma com a morte do devedor, os poucos trabalhos sobre o tema no Brasil tomam a designação de mercado (algumas vezes incorporada em leis ou regulamentos internacionais para disciplina da relação obrigacional) como determinante para qualificar a hipoteca reversa como espécie de direito real que não encontraria respaldo no diploma civil.

Gladys Andrea Francisco Caltram defende que a hipoteca reversa não é um produto financeiro, mas um novo direito real sobre coisa alheia, distinguindo-se da hipoteca convencional porque a primeira seria constituída para a aquisição de um imóvel:

Todavia, há uma imprecisão técnica quando se refere à hipoteca reversa; não apenas economistas, mas alguns profissionais do direito costumam falar que

¹⁶⁰ MAESTRO, Gilberto Mendoza Del; FLORES, Javier Quinteros. Op. cit., p. 352-353.

se trata de uma modalidade de empréstimo para idosos, com finalidade de complementação da renda.

É preciso ressaltar que a hipoteca reversa é um direito real sobre coisa alheia, que se constitui por meio do registro imobiliário, oponível a terceiros, para a garantia do pagamento de uma dívida, da mesma maneira que a hipoteca convencional comum.

Enquanto a hipoteca comum é constituída para aquisição do imóvel, a reversa é constituída desde que exista a propriedade de um imóvel totalmente quitado, cuja execução submete-se a um termo, que é a morte do devedor do empréstimo.¹⁶¹

Adere a tal entendimento também o Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo, que aduz ser a hipoteca reversa uma nova modalidade de direito real de garantia pela qual:

[...] uma pessoa, em regra, idosa, grava o seu imóvel em favor do credor com o escopo de receber determinada importância em dinheiro, entregues pelo mutuante de uma só vez ou em parcelas periódicas, valor que somente deverá ser quitado após o falecimento ou alienação do imóvel por parte do mutuário.¹⁶²

Lucas Costa de Oliveira, por outro lado, ao examinar a experiência internacional, encontrou exemplos inseridos no gênero de *equity releases* em que havia a venda da propriedade com reserva de direito à moradia até o falecimento.¹⁶³ Acorde discutido, existe no mercado financeiro internacional uma grande variedade de opções de mecanismos de extração de valor da propriedade. Alguns deles são tratados, equivocadamente, como hipotecas reversas.

Obviamente estão disponíveis diversas soluções jurídicas capazes de produzir efeitos similares aos obtidos em contratos de hipoteca reversa, mas qualificam-se nesse gênero, de forma quase tautológica, apenas os arranjos em que a hipoteca é constituída para assegurar uma relação obrigacional.

Se não bastasse a complexidade ínsita ao tema, os projetos em discussão no Congresso Nacional contribuem para tornar o debate ainda mais confuso. O Projeto de Lei do Senado nº 52/2018, de autoria do Senador Paulo Bauer, ao propor a instituição da hipoteca reversa no Brasil, qualifica-lhe como “o negócio jurídico pelo qual o credor hipotecário reverso, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao devedor hipotecário reverso da propriedade resolúvel de coisa imóvel”.¹⁶⁴

¹⁶¹ CALTRAM, Gladys Andrea Francisco. O instituto da hipoteca reversa e seus aspectos jurídicos. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo: Thomson Reuters, a. 42, v. 87, p. 373-388, 2019, p. 375-377.

¹⁶² MELO, Marco Aurélio Bezerra de. A HIPOTECA REVERSA E A PROTEÇÃO DA AUTONOMIA FINANCEIRA DA PESSOA IDOSA. **Revista Entre Aspas**, Salvador: Universidade Corporativa do TJBA, v. 7, p. 90-92, 2019, p. 90.

¹⁶³ COSTA DE OLIVEIRA, Lucas. Op. cit., p. 227.

¹⁶⁴ BRASIL. Senado Federal PLS 52/2018. Op. cit.

A disciplina da “hipoteca reversa” proposta no projeto de lei, todavia, é inserida como um capítulo da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário e institui a alienação fiduciária de coisa imóvel. A inclusão tem razão de ser. Embora se refira ao negócio jurídico como uma hipoteca (reversa, que seja), propõe-se a transferência da propriedade resolúvel e o desdobramento da posse, exatamente como a alienação fiduciária. Sobre o projeto, Lucas Costa de Oliveira assim se posiciona:

[...] é uma confusão entre duas modalidades em uma espécie de sincretismo jurídico que não favorece a caracterização e delimitação epistemológica do instituto e pode gerar uma ineficiência econômica. De todo modo, entende-se que é possível a utilização da hipoteca reversa no Brasil, mesmo sem lei específica, com base numa releitura da tipicidade e da taxatividade dos Direitos Reais.¹⁶⁵

Complementa o autor:

[...] não seria necessária uma lei específica para introduzir a hipoteca reversa no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que poderia ser enquadrada tanto no tipo hipoteca, quanto no da alienação fiduciária em garantia, com as devidas adaptações. As semelhanças são inúmeras e as diferenças não descaracterizam o tipo previsto pelo legislador.¹⁶⁶

Dos trechos destacados infere-se que o autor, embora não proponha diretamente uma conceituação, não vê a hipoteca reversa como uma figura atípica. Com efeito, dado o caráter acessório dos referidos direitos reais de garantia, considera que há uma relação obrigacional garantida seja pela hipoteca seja pela alienação fiduciária.

Nos termos já expostos, o último posicionamento parece se amoldar ao que se defende no presente trabalho. O cuidado de se delimitar o que é tratado como hipoteca reversa visava justamente afastar outros tipos de arranjos que, embora possuam a mesma essência econômica, não se qualificam como hipoteca reversa. E o motivo para isso é por demais simplório: se não há a constituição de uma hipoteca não se tem uma hipoteca reversa.

O fato de se afastar os outros arranjos teve finalidade meramente metodológica. A definição precisa do negócio jurídico de que se cuida permite que se verifique tanto a necessidade de tipificação quanto as fragilidades que o modelo possui. São essas fragilidades que determinarão se há outro caminho jurídico que produza o mesmo efeito econômico, que é o que, ao fim e ao cabo, importa.

Esse exercício será feito nas próximas seções. A identificação dos diversos riscos que incidem sobre esse arranjo contratual e a avaliação se negócios da espécie conseguiriam lograr

¹⁶⁵ COSTA DE OLIVEIRA, Lucas. Op. cit., p. 234-235.

¹⁶⁶ Ibid., p. 233.

êxito no Brasil diante do tratamento que a nossa jurisprudência confere às questões que lhes são importantes.

Será também avaliada a incidência da regulação infralegal, analisando-se como repercutem sobre o modelo paradigma, notadamente quanto a questões prudenciais, ao rol de instituições que estariam autorizadas a contratar o produto financeiro, e às regras de adequação e transparência.

Nesse exame se discutirá, ainda, a possibilidade de construção de outros arranjos que produzam o mesmo fim e sujeitem as partes a menor risco, bem como a necessidade ou não do estabelecimento de moldura legislativa que dê configuração própria ao negócio.

3. RISCOS, MITIGADORES E ELEMENTOS ESSENCIAIS À VIABILIDADE JURÍDICA

3.1 Considerações iniciais

Embora a hipoteca reversa seja um produto financeiro destinado a pessoas idosas, com vencimento vinculado à morte do devedor, não deixa de ser uma operação de longo prazo, sendo sua maturidade média proporcional à expectativa de vida do grupo populacional a que se dirige.¹⁶⁷ Sujeita-se, assim, aos riscos e incerteza próprios de contratos de prazo elevado.

O entendimento dos fatores de risco de contratos da espécie e dos mecanismos de mercado desenvolvidos para mitigá-los permite compreender o que importa ao presente trabalho, ou seja, em que medida o nosso ordenamento jurídico oferece respaldo às estruturas de mitigação dos riscos próprios dessas operações ou às características que lhes são indispensáveis.

A análise de viabilidade jurídica que será empreendida neste trabalho diz respeito, a bem dizer, a um exame da existência de suporte legal e jurisprudencial ao entabulamento das cláusulas contratuais necessárias à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das operações de hipoteca reversa, assim como do nível de eficácia das garantias que lhe são vinculadas.

Dessa forma, nesta seção, examinar-se-ão todos os riscos inerentes às operações de hipoteca reversa, assim como os instrumentos, estruturais e acessórios¹⁶⁸, utilizados para

¹⁶⁷ MOZONAS, P. M. Longevity Risks and Fair Value Accounting. In: BHUYAN, V. B. **Reverse Mortgages and Linked Securities**. 1ª. ed. Nova Jersey: Wiley, 2010. p. 55-58.

¹⁶⁸ Mitigadores estruturais são as cláusulas do contrato, ao passo que mitigadores acessórios são elementos extrínsecos ao contrato.

mitigá-los. Mapeados os riscos e seus mitigadores, serão elencados aqueles para os quais a existência de suporte legal e jurisprudencial são determinantes para a preservação da viabilidade jurídica do produto financeiro.

3.2 Riscos e seus mitigadores

Os riscos das operações de hipoteca reversa, é bom que se ressalte, não afetam apenas os credores. De igual forma os devedores estão sujeitos a fatores que podem tornar o produto pouco atrativo como ferramenta de complementação de renda.¹⁶⁹ Pode-se destacar, por exemplo, o próprio risco de crédito, na medida em que os mutuários possuem um direito contra os mutuantes, sendo também credores do negócio bilateral. Ou seja, sujeita-se o devedor ao inadimplemento do credor, que pode decorrer da descontinuidade do negócio em razão de falência ou da decretação de regimes de resolução de instituições financeiras previstos na legislação em vigor. Feita essa ressalva, passemos ao exame dos riscos.

3.2.1 Risco de descasamento entre ativo e passivo

Consoante ao que já se discutiu, o risco de descasamento diz respeito à possibilidade de o valor da dívida superar o montante que pode ser obtido pelo credor com a execução do imóvel dado em garantia. Observada apenas a legislação que rege as hipotecas convencionais, esse risco haveria de ser suportado pelo espólio, já que o devedor é obrigado pessoalmente pelo que faltar para a satisfação do crédito¹⁷⁰. Todavia, é possível que o contrato faça prever outras soluções, repassando esse risco integralmente para o credor ou para terceiro garantidor, uma sociedade seguradora, por exemplo.

O descasamento ocorre tanto em função de uma sobrevida do devedor por período superior ao estimado pelo credor, como por uma evolução insuficiente do valor do imóvel. A baixa valorização (ou a desvalorização) do imóvel, por sua vez, pode decorrer de uma depreciação inesperada, relacionada a fatores extrínsecos, como a desvalorização da região na qual o bem se localiza, ou de elementos intrínsecos, tal qual a ausência de manutenção adequada.

¹⁶⁹ MARTINS, T. M. C. **Reverse mortgage em Portugal: uma opção viável**. 2011. 54 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Administração, Instituto Universitário de Lisboa, Lisboa, 2013, p. 6. Disponível em: <https://www.repositorio.iscte-iul.pt> Acesso em: 07 jun. 2020, p. 7-13.

¹⁷⁰ Cf. art. 1.430 do CC/2012: “Art. 1.430. Quando, executado o penhor, ou executada a hipoteca, o produto não bastar para pagamento da dívida e despesas judiciais, continuará o devedor obrigado pessoalmente pelo restante”.

Independentemente das causas, o fato é que quanto maior o descasamento, maior o risco envolvido na operação e menor o interesse de credores e devedores em participar de uma operação de hipoteca reversa. Nesse sentido, em termos também já discutidos, é comum que os contratos especifiquem mitigadores com vistas a manter o risco em patamar suportável para as partes.

A fim de impedir comportamentos do devedor tendentes a desvalorizar o valor do imóvel, estipula-se, como causas de vencimento antecipado, a falta de manutenção do bem ou sua deterioração, assim como o inadimplemento de obrigações que incidam diretamente sobre o seu valor de mercado (*propter rem*). De igual maneira, com vistas a limitar o risco de deterioração não relacionada a ação ou omissão do devedor, em geral se exige, por força de lei ou de contrato, a contratação de seguro contra o risco de dano físico do imóvel, o qual oferece cobertura contra incêndio e outros eventos de causa externa que podem provocar danos parciais ou totais à edificação.

De forma a limitar as obrigações do devedor – ou melhor distribuir o risco de descasamento –, pode-se estipular a limitação da sua responsabilidade ao valor de venda do imóvel. Equivalentemente, pode-se repassar o risco para uma seguradora, por meio da contratação de apólices que suportem a longevidade acima do esperado e a desvalorização do bem. Trata-se de seguro que se responsabilizará por eventual diferença entre o valor da dívida e o valor de alienação do bem, independentemente de sua causa, de forma integral ou parcial. Nesse caso, é possível que o credor condicione a contratação da hipoteca reversa à aquisição, pelo devedor, de apólice da espécie.

Em quaisquer dos arranjos, o fundamental é o reconhecimento da validade e da eficácia das condições estipuladas em caso de judicialização. Do contrário, ou bem o mercado não se desenvolverá, ou se apresentará sob condições pouco atrativas, com a estipulação de contratos temporários (não vitalícios), limites baixos de comprometimento de valor da garantia ou cobrança antecipada de juros a partir de certos percentuais da relação entre o valor da dívida e o valor atualizado do imóvel, de forma a atenuar o crescimento do saldo devedor. Isso não quer dizer que essas estruturas não possam surgir mesmo em um mercado plenamente funcional e com forte segurança jurídica, mas tão somente que qualquer outro arranjo mais arriscado não prosperaria em ambiente de insegurança.

3.2.2 Risco de longevidade

Trata-se do risco de os devedores viverem mais do que o estimado pelos modelos atuariais dos credores. A mitigação desse risco é estrutural. Quanto maior o número de operações contratadas, mais a duração dos contratos de hipoteca reversa tende a convergir para a expectativa de vida média da população para cada faixa de idade dos mutuários. Isso, porque teremos devedores que viverão mais do que o esperado e devedores que viverão menos do que o esperado, havendo uma compensação mútua entre as longevidades acima e abaixo da média, com convergência para a média considerando-se todos os mutuários.

Nada obstante, o risco de longevidade relaciona-se diretamente com o risco de descasamento entre ativo e passivo, tendo em vista que maior a sobrevivência do devedor maior a probabilidade de o saldo devedor da dívida superar o valor da garantia. O credor pode lidar com o risco de longevidade de várias formas, já consideradas aquelas mencionadas quanto ao risco de descasamento, mas a principal é a discriminação de preços e de condições do crédito a depender da idade do devedor.

Cuida-se, basicamente, da aptidão do credor para oferecer condições diferenciadas a depender da idade do mutuário. Desse modo, proponentes mais novos teriam à disposição opções de hipoteca reversa mais restritivas do que aquelas disponíveis a proponentes mais velhos, já que os últimos possuem menor risco de longevidade. Por exemplo, o credor pode limitar a oferta de produtos com caráter vitalício a proponentes acima de uma determinada idade. Pode ainda estabelecer percentuais mais restritivos de comprometimento do valor da garantia, o que implicaria na redução do valor dos pagamentos mensais para proponentes de menor idade, ainda que idênticas todas as demais variáveis de interesse.

Em face da lógica da hipoteca reversa, está-se diante de um mecanismo discriminatório também invertido. Geralmente, são os mais idosos que encontram maiores dificuldades de acessar o mercado de crédito. Já no âmbito da hipoteca reversa, incidiria a discriminação restritiva sobre os devedores mais novos, que, independentemente do valor dos seus bens, não seriam capazes de obter o mesmo montante mensal de pagamentos a que fariam jus proponentes mais velhos. Também deles seriam cobrados seguros mais caros, porque o que se tem como sinistro não é a morte, mas uma evolução da dívida que supere o valor da garantia, o que é mais provável para mutuários mais novos.

Com efeito, a viabilidade da hipoteca reversa se relaciona, quanto ao risco de longevidade, com a capacidade de as instituições credoras poderem limitar a oferta do produto

ou estipular suas características de acordo com a idade do devedor, porquanto a morte aproveita ao mutuante.

Não sendo possível, opera-se mecanismo conhecido na teoria econômica como seleção adversa.¹⁷¹ Isto é, não podendo a instituição credora discriminar eficientemente proponentes de maior e menor risco de longevidade, as condições do crédito tendem a se tornar mais duras para todos. Ocorre que as condições mais duras são relativamente mais atrativas para os proponentes mais novos do que são para os proponentes mais velhos, fazendo com se selecione adversamente apenas mutuários com maior risco de sobrevida.

A seleção adversa pode ser mais bem compreendida com um exemplo do mercado securitário. Imaginemos uma seguradora que atua em duas regiões, uma com alta incidência de roubos de veículos e uma com baixíssima incidência de roubo de veículos. Tomando um arcabouço legal que permita a prática da discriminação de preços, o equilíbrio de mercado converge para a oferta de seguros mais baratos para os proprietários de veículos da região com baixa incidência de roubos e de seguros mais caros para proprietários residentes da região com maior probabilidade de roubo.

De outra banda, consideremos a vedação da prática discriminatória, sendo obrigada a seguradora a cobrar de todos os proprietários um prêmio de valor médio, que faça frente à probabilidade média de roubo de ambas as regiões. Evidentemente, esse seguro refletirá uma probabilidade de roubo inferior àquela verificada na região de alta incidência, ao passo que embutirá uma probabilidade maior do que aquela verificada na região de baixa incidência.

Tais apólices serão, por consequência, relativamente mais atrativas para os proprietários das regiões de maior risco, ao tempo que serão pouco atrativas para os proprietários das regiões de baixa incidência de roubo. O efeito prático dessa estrutura é um desequilíbrio no *pool* de clientes da seguradora, que selecionará adversamente um maior número de segurados de alto risco, minando toda a lógica atuarial do mercado de seguros e pondo em risco a solvência da entidade fornecedora de proteção.

Como se vê, o mecanismo perverso da seleção adversa opera ou quando não é possível a discriminação – em função, por exemplo, de uma assimetria informacional, isto é, quando se desconhece os riscos envolvidos –, ou quando é vedada a discriminação.

Sendo a diversificação o mecanismo de mitigação mais eficiente do risco de longevidade, qualquer ação tendente a abolir a possibilidade de discriminação atua no sentido

¹⁷¹ VARIAN, H. R. **Microeconomia: Princípios Básicos**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1993. p. 651-652.

de comprometer a sustentabilidade do mercado de hipotecas reversas, diante dos efeitos deletérios da seleção adversa.

3.2.3 Risco de taxa de juros

O risco de taxa de juros diz respeito à repercussão das oscilações das taxas de mercado, no curso do contrato de hipotecas reversas, sobre a rentabilidade, o custo do crédito e sobre o valor da dívida.

Para compreensão desse risco, faz-se necessário entender como atuam as instituições bancárias. Essas entidades operam na intermediação financeira, captando poupança (no sentido de *lato*, de parcela da renda não consumida¹⁷²) de agentes econômicos superavitários (que consomem, em algum momento do tempo, menos do que a própria renda) e a transferindo para agentes econômicos deficitários (que consomem, em algum momento do tempo, mais do que a própria renda).

A instituição bancária tem, dessa forma, um passivo contra os agentes superavitários e um ativo contra os agentes deficitários. De forma mais simples, imaginemos que os superavitários realizam depósitos na instituição financeira, cabendo a essa restituí-los, com acréscimo de juros, quando demandada, ou conforme o prazo estipulado para a operação. Consideremos ainda que os deficitários contratam empréstimos na instituição financeira, obrigando-se a devolver a coisa emprestada, também acrescida de juros, no prazo pactuado.

Diferentemente do que normalmente se imagina quando se busca justiça social por meio de intervenções sobre os mecanismos de preço do setor financeiro, as instituições financeiras não emprestam os recursos integralizados em seu capital social por seus sócios, mas sim os recursos que foram nelas depositados (aplicados, investidos, que seja) por outros agentes econômicos.

A remuneração devida aos agentes superavitários, os depositantes, advém daquela paga pelos agentes deficitários, devedores, em remuneração das operações de empréstimos, financiamentos e toda sorte de operações ativas disponíveis no sistema financeiro. Esses direitos e obrigações possuem prazos diferentes, taxas diferentes, riscos diferentes e formas de compensação diferentes, de maneira que a solvência de uma instituição financeira depende do correto gerenciamento de seus ativos e passivos.

¹⁷² SACHS, Jeffrey D.; LARRAIN, Felipe B. **Macroeconomia**. 1ª ed. Revisada. São Paulo, Makron Books, 1998, p. 89-128.

Nesse contexto, consideremos um contrato de hipoteca reversa, na qual o credor repassa recursos para o devedor esperando ser ressarcido no futuro, com o acréscimo dos juros contratados. Trata-se de um ativo para a instituição financeira, cujo pagamento permitirá remunerar suas operações passivas e a si própria, como compensação pelo serviço de intermediação prestado. Todavia, esse ativo é de longo prazo, com período extenso a ser percorrido até que os recursos emprestados sejam devolvidos. Em relação a essa operação, surge ainda para o credor a obrigação de realizar novos desembolsos até o termo final do contrato. Tais desembolsos, naturalmente, são financiados a partir de recursos também captados em mercado, sendo obrigação da instituição financeira remunerá-los.

Em um cenário ideal, toda a obrigação da instituição financeira perante o devedor num contrato de hipoteca reversa haveria de ser sustentada por uma captação de igual prazo e taxa de juros inferior (*spread* positivo). Mas não é isso o que ocorre, em regra, na realidade fática do sistema financeiro.

Parte da atividade inerente à intermediação financeira é o gerenciamento de descasamentos de prazos e taxas. Muitas vezes, para não se dizer na maioria dos casos, operações ativas de longo prazo são financiadas pela captação de recursos de curto prazo, ou seja, as obrigações da instituição financeira credora são mais curtas que seus direitos.¹⁷³

Assim sendo, tome-se uma operação de hipoteca reversa, cujo prazo de restituição é incerto, mas pode facilmente chegar a 15 ou 20 anos, contratada com taxa de juros prefixada, em conjuntura de política monetária restritiva, que eleve os juros de mercado.

Temos, em tal cenário, de um lado, direito de longo prazo da instituição credora, cuja rentabilidade não responde a mudanças no juros de mercado; e, de outro, a entrega de recursos ao devedor sendo suportada por captações de curto prazo sob taxas de juros crescentes, uma vez que a disparidade de prazos implica em várias captações subsequentes, cada qual com remunerações cada vez mais elevadas. Materializa-se assim o risco de liquidez, sob uma de suas óticas. O aumento do custo de financiamento das instituições financeiras, que comprimem suas margens e dificultam o gerenciamento de ativos de longo prazo.

Essa dinâmica, por óbvio, pode ser favorável à instituição credora, em conjunturas de juros cadentes, como se observa hodiernamente. Nesse caso, teremos taxas prefixadas nas operações ativas mais altas que as taxas das operações passivas que lhes financiam.

¹⁷³ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Relatório de Estabilidade Financeira. Brasília, v. 19, n. 1, abr. 2020. Disponível em : <https://www.bcb.gov.br/content/publicacoes/ref/202004/RELESTAB202004-refPub.pdf> Acesso em: 15 jun. 2020.

O que é importante para a manutenção do equilíbrio dessa estrutura é que não se frustrasse o retorno dos credores quando a conjuntura de juros lhes é favorável, sob argumentos estranhos à lógica de mercado. Ou seja, que não logrem sucesso ações que busquem a revisão de critérios de remuneração quando, eventualmente, a operação ativa de longo prazo for remunerada por juros mais altos (ou muito mais altos) que o custo médio de captação dos credores.

Por outro lado, diante da disparidade de prazos das remunerações ativas e passivas, pode a instituição credora adotar juros remuneratórios pós-fixados, repassando o risco de juros integralmente para o devedor hipotecário. Tal solução é particularmente complexa nas operações de hipoteca reversa, tendo em vista que não há a amortização da dívida e sequer o pagamento dos juros até o vencimento dos contratos.

Como resultado, juros crescentes podem acelerar o crescimento do saldo devedor, repercutindo sobre o primeiro risco tratado, qual seja, o da dívida superar o valor do imóvel dado em garantia. Nesse sentido, não há solução simples para as instituições financeiras, uma vez que tentativas de mitigação do risco de taxas de juros repercutem negativamente no risco de descasamento entre ativo e passivo (dívida maior que o valor do imóvel).¹⁷⁴

Aspecto fundamental para a viabilidade jurídica das operações de hipoteca reversa, no contexto do risco de taxas de juros, é que as taxas pactuadas sejam respeitadas e legitimadas pelo Judiciário em caso de contestação, em razão de fazerem parte de um sofisticado e sensível equilíbrio no contexto da intermediação financeira, mormente o gerenciamento de ativos e passivos.

Interferências nos mecanismos de formação de preços do setor bancário repercutem imediatamente numa redução da oferta de crédito e no seu conseqüente encarecimento, o que é potencialmente danoso ao mercado de hipotecas reversas, dada a sua estrutura de amortização que não prevê pagamentos pelo devedor até a sua morte.¹⁷⁵

Nessa perspectiva, o encarecimento do crédito tem como conseqüência a redução dos valores a serem pagos mensalmente aos devedores, tornando para eles o produto pouco atrativo como opção de extração de valor de ativos imobiliários.

¹⁷⁴ ASSAF NETO, Alexandre. **Mercado Financeiro**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 158.

¹⁷⁵ PINHEIRO, Armando Castelar. O componente judicial dos spreads bancários. In: BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Economia bancária e crédito: avaliação de 4 anos do projeto juros e spread bancário**. Brasília, DF, 2003. p. 34-43.

3.2.4 Risco de flutuação no preço dos imóveis

O risco de flutuação do valor da garantia já foi abordado quando se descreveu o risco de descasamento. Cuida-se da possibilidade de desvalorização do valor do imóvel no curso dos contratos ou de uma evolução inferior à estimativa da instituição financeira credora quando do cálculo do valor dos pagamentos mensais. De acordo com o retratado anteriormente, o valor dos pagamentos mensais a serem efetuados pelo credor levam em consideração a expectativa de valor futuro do bem.

O valor do imóvel, portanto, é fundamental para a estruturação financeira dos contratos de hipoteca reversa, haja vista que é a partir dele que a instituição espera satisfazer o seu crédito. Diferentemente das operações de financiamento imobiliário tradicionais, que se resolvem com o devedor ainda vivo, nos contratos de hipoteca reversa a dívida incidirá sobre o espólio. À vista disso, o risco de crédito do devedor torna-se menos relevante, apoiando-se as decisões da instituição financeira quase que exclusivamente na qualidade da garantia.

De outra forma, enquanto a boa prática bancária determina que a concessão do crédito imobiliário seja precedida de uma rigorosa avaliação da capacidade de pagamento do devedor, imputando-se à garantia um caráter puramente acessório, a ser acionado quando falha o devedor em honrar suas obrigações, nas hipotecas reversas é a capacidade de pagamento que assume caráter acessório, para não se dizer pouco relevante, sendo a garantia o elemento fundamental para o sucesso da operação.¹⁷⁶

Ora, se não são exigidos pagamentos do devedor, pouco importa sua capacidade de pagamento, seu comprometimento de renda ou o montante de renda formal ou informal declarada no ato da contratação. Toda a satisfação do crédito depende, essencialmente, do montante que poderá ser obtido a partir da venda do imóvel em mercado em caso de inadimplemento.

Por conseguinte, qualquer desvalorização ou valorização abaixo das expectativas repercute negativamente no risco de crédito da operação, aumentando a probabilidade de que o credor não consiga fazer frente à totalidade do seu direito a partir da execução do bem. De maneira inversa, valorizações acima da expectativa incrementam a probabilidade de satisfação do crédito por duas vias: a primeira, relacionada à própria possibilidade de venda em mercado do bem; a segunda, pela natural tendência dos herdeiros em liquidarem a obrigação, já que o patrimônio imobiliário supera o valor da dívida a ele vinculada.

¹⁷⁶ Financial Stability Board. Op. cit.

O que é importante, seja na valorização seja na desvalorização, é que não haja qualquer espécie de limitante à execução da hipoteca. E por limitante, tenha-se, inclusive, decisões judiciais que possam retardar a alienação do imóvel em caso de inadimplemento. A falta de celeridade no processo de execução de garantias imobiliárias nas operações de hipoteca reversa, que têm um saldo devedor crescente no tempo, aumenta sensivelmente a possibilidade de que não haja a satisfação integral do crédito.

Diferentemente das operações de crédito garantidas por imóveis tradicionais, em que o débito passa a representar uma fração cada vez menor do valor do bem com o decurso do tempo, nas hipotecas reversas, por sua dinâmica, essa margem de segurança tende a se tornar cada vez mais estreita ao longo do contrato.

De acordo com o exercício numérico anteriormente apresentado, no qual se simulava o cálculo do valor dos pagamentos devidos ao mutuário, quanto maior o comprometimento do valor futuro do imóvel que a instituição credora aceitasse na contratação dessa espécie de mútuo não vinculado, maior o valor do pagamento mensal a que faria jus o devedor.

Dessa forma, a falta de celeridade na execução, ao contribuir para a redução da margem de segurança do credor, isto é, da razão entre o valor da dívida e o valor do imóvel, tende a tornar o mutuante mais parcimonioso na contratação, aceitando comprometimentos do valor do imóvel cada vez menores, e, por consequência, ofertando pagamentos também menores. Pagamentos menores, por sua vez, tornam o produto pouco atrativo, afastando potenciais mutuários e comprometendo o desenvolvimento do mercado.

3.2.5 Risco de insolvência econômica do credor

Numa operação de mútuo convencional, todo o valor do crédito é entregue ao mutuário de forma imediata no termo inicial da operação, marcando a própria formação do contrato unilateral. Sendo assim, pouco relevante é para devedor a situação patrimonial do credor. Afinal, a decretação de alguns dos regimes de administração temporária ou de resolução sobre o credor, ou sua própria falência, implicariam, sob a ótica do devedor, apenas numa possível mudança quanto ao sistema de compensação do pagamento do crédito.

Nas operações de hipoteca reversa, todavia, está-se diante de um contrato bilateral, de forma que a insolvência do credor implica na potencial frustração do direito de crédito que o mutuário contra ele detém. Não se trata, contudo, de algo totalmente novo quando se refere a operações de crédito. Outras operações do mercado imobiliário também são estruturadas com a entrega diferida ou condicional da dívida contratada. Por exemplo, nos financiamentos à

produção de imóveis, os recursos são entregues a construtores ou incorporadores de acordo com o cronograma físico-financeiro da obra, dentro de um limite de crédito pré-ajustado.

Muito embora se trate, em termos formais, de um contrato de abertura de crédito, a finalização dos empreendimentos imobiliários depende fortemente da disponibilidade de crédito, de maneira que, falhando o credor, fica o devedor com uma dívida a liquidar, correspondente aos valores já sacados, bem assim com o terreno na qual se constrói o empreendimento hipotecado (o que inclui as acessões) e com direitos creditórios relativos às promessas de compra e venda das unidades em construção cedidas fiduciariamente em garantia.

Contudo, diferentemente do empreendedor imobiliário, que pode mais facilmente portar sua dívida para outra instituição financeira, desonerando as garantias e prosseguindo com a obra, o mutuário de uma operação de hipoteca reversa teria mais dificuldade para se desonerar das obrigações sem os recursos que a insolvência do credor lhe privou.

O processo de portabilidade de uma dívida imobiliária é algo custoso. Exige-se o levantamento de diversas certidões, o pagamento de avaliações da garantia, tanto física quanto jurídica, além de incidir todo custo associado ao registro de nova hipoteca. A nova operação, por outro lado, pode não ser vantajosa para o mutuário, seja por mudanças nas taxas de juros em relação ao patamar anteriormente contratado seja por flutuações no valor do imóvel hipotecado.

Como visto, o risco de descasamento entre ativo e passivo é inerente ao contrato de hipoteca reversa. Entretanto, uma vez contratada, nada mais pode fazer a instituição credora caso o valor da garantia não evolua da maneira esperada, ou seja, não sofre o devedor qualquer tipo de redução dos pagamentos contratados caso se frustrate a expectativa do credor quanto ao valor da garantia.

De outro modo, um imóvel de valor mais baixo, associado a saldo devedor em aberto, implicará, em caso de portabilidade, necessariamente uma revisão dos valores a receber pelo mutuário, sendo tal solução potencialmente desinteressante frente a alternativa de vender o imóvel e liquidar a dívida.

Mais grave, contudo, é quando a falência ou a decretação de algum regime de resolução ocorre quando o valor crédito já é superior ou muito próximo ao valor do imóvel. Nesse caso, não há para o devedor a possibilidade de portar a dívida, já que o crédito não seria atrativo para nenhum outro credor. Em tal situação, como resolver a dívida de forma a não prejudicar demasiadamente o devedor?

Na ausência de legislação que discipline tal contrato, a questão haveria de ser pactuada entre as partes de forma prévia, visto que os mecanismos convencionais de vencimento

antecipado da dívida ou de resolução do contrato, com o credor respondendo por cláusula penal ou mesmo perdas e danos, seriam desvantajosas para o devedor.

No primeiro caso, porque surgiria para o devedor a obrigação de liquidação imediata da dívida, que já seria, no caso de que se cuida, maior que o valor do imóvel. Tal cenário culminaria, inevitavelmente, com a situação que o devedor buscou afastar desde o início, qual seja, a necessidade de se desfazer do imóvel na qual reside.

Na segunda hipótese, porque o mutuante encontra-se insolvente, sendo o mutuário mero quirografário. Desse modo, ainda que, nos termos do art. 476 do Código Civil, não seja exigível a dívida enquanto não realizados os pagamentos pelo credor, persistiria a interrupção da liberação dos recursos necessários à subsistência do mutuário idoso.¹⁷⁷

Por outro lado, poderia se convencionar que, interrompidos os pagamentos por determinado período, declarar-se-ia extinta a dívida, dando-se plena quitação ao mutuário, com o respectivo cancelamento do registro da hipoteca. Diante das alternativas e da situação de hipossuficiência do devedor, aparentemente seria uma solução equilibrada. A questão é se tal arranjo não caracterizaria enriquecimento sem causa do mutuário às expensas dos demais credores do mutuante, podendo até mesmo ser contestado à luz do que dispõe o art. 129 da Lei nº 11.101, de 2005.¹⁷⁸

Embora o setor financeiro seja um segmento altamente regulado¹⁷⁹, sujeito a inúmeros requisitos operacionais, à apresentação de detalhadas demonstrações financeiras e a requerimentos de manutenção de capital para fazer frente a riscos de crédito, de mercado, operacionais e de liquidez, a ausência de uma disciplina mínima que ofereça solução para a hipoteca reversa na hipótese de falência do devedor pode limitar o desenvolvimento desse mercado.

Isso, porque a resposta natural ao risco de insolvência do credor é o direcionamento da demanda para instituições financeiras pertencentes a grandes conglomerados econômicos, reconhecidas como sistemicamente importantes, ou, grosso modo, grandes demais para quebrar (*too big to fail*). Como resultado, limitada estaria a concorrência, com as consequências deletérias de tal situação sobre o custo de crédito e sobre o desenvolvimento do mercado de hipotecas reversas.

¹⁷⁷ Cf. art. 476 do CC/2002: “Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

¹⁷⁸ Cf. art. 129 da Lei n. 11.101, de 2005: “Art. 129. São ineficazes em relação à massa falida, tenha ou não o contratante conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores: (...) I – o pagamento de dívidas não vencidas realizado pelo devedor dentro do termo legal, por qualquer meio extintivo do direito de crédito, ainda que pelo desconto do próprio título; (...)”.

¹⁷⁹ ASSAF NETO, Alexandre. **Mercado Financeiro**. Op. cit., p. 148-165.

3.2.6 Risco de complexidade do produto

A hipoteca reversa é um produto financeiro, por construção, destinado a pessoas idosas com fluxo de renda na velhice inferior àquele necessário para a manutenção de padrão de vida similar ao da fase laboral ou mesmo do necessário para a subsistência. Sem pretensão de adentrar em questões sociológicas, parece razoável supor que tal público teria dificuldades na compreensão de produtos financeiros sofisticados, sendo ainda relativamente mais avesso a mudanças do que os adultos jovens.¹⁸⁰

Também parece suficientemente claro, a partir do que se expôs até aqui, que as operações de hipoteca reversa são contratos complexos, sujeitos a inúmeras regras, condicionantes e riscos. Não se trata de um produto para todas as pessoas e nem para todas as situações, mas certamente é um produto útil em diversos contextos.

Cuida-se de uma operação custosa para contratar e manter e que, no limite, esvazia o patrimônio do idoso, comprometendo o acervo hereditário. Por outro lado, possibilita que idosos com patrimônio imobiliário valioso e renda insuficiente extraiam valor do bem sem que precisem dele se desfazer. Permite ainda a operação que fique desonerada a família do idoso de arcar com custos dessa fase da vida, concedendo ao proprietário autonomia para gerir seu próprio caminho.

Ante tais características, é obrigatório, nas principais jurisdições analisadas, que o idoso, previamente à contratação, submeta-se a um aconselhamento especializado, com vistas a orientá-lo quanto às características do produto e à adequação deste às suas expectativas e necessidades.

Além de regras de adequação e transparência, há uma preocupação internacional com a publicidade desse tipo de produto, que pode mascarar os riscos nele envolvidos, prejudicando a compreensão dos consumidores a respeito de suas características e das obrigações a ele associadas. Por exemplo, em alguns países, propagandas minimizam a probabilidade de perda da propriedade ou de o valor da dívida superar o seu valor, mesmo nas jurisdições onde isso não é regra.¹⁸¹

Políticas agressivas de comercialização também impõem riscos aos consumidores, levando-os a tomadas de decisão equivocadas, ou por impulso, pois não é trivial a compreensão dos custos do produto e sua comparação com alternativas disponíveis voltadas igualmente à extração de valor de ativos imobilizados.

¹⁸⁰ GARCÍA-GARNICA, Maria del Carmen. Op. cit., p. 50-76.

¹⁸¹ LATONA, Dan. Op. cit., p. 432-434.

Práticas inadequadas tendem a prejudicar a imagem do produto, limitando o desenvolvimento do mercado. Ademais, a depender da extensão dos danos e das perdas que provoquem sobre os consumidores de maior idade, podem levar até mesmo à extinção do mercado, seja por ausência de demanda seja em virtude de edição de leis que, buscando a proteção, inviabilizem a estruturação da hipoteca reversa.

3.2.7 Risco tributário

A incidência ou não de impostos nas operações de hipoteca reversa, ou a magnitude dessa incidência, é elemento fundamental para o desenvolvimento desse mercado, na medida em que altas cargas tributárias podem eliminar qualquer vantagem relacionada à contratação.

Caracterizado o negócio como um mútuo feneratício, é de se supor que recaia sobre a hipoteca reversa apenas o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários – IOF, regulamentado pelo Decreto nº 6.306, 14 de dezembro de 2007.¹⁸²

Esse imposto incide sobre as operações de crédito realizadas, entre outros, por instituições financeiras¹⁸³, tendo como fato gerador a entrega do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado. No contexto das hipotecas reversas, entender-se-ia como ocorrido o fato gerador e devido o IOF no momento da liberação de cada uma das parcelas, haja vista o que dispõe o art. 3º, § 1º, inciso II, do referido regulamento.¹⁸⁴

No caso do IOF, o credor atua como responsável tributário, cabendo a ele o recolhimento do tributo ao Tesouro Nacional.¹⁸⁵ Como praxe de mercado, o IOF não é deduzido do valor da operação de crédito, sendo seu valor incorporado ao saldo devedor. Desse modo, recebe o devedor o montante integral do crédito contratado, acrescendo-se ao saldo devedor o montante recolhido pelo mutuante.

¹⁸² BRASIL. Decreto nº 6.306, 14 de dezembro de 2007. Regulamenta o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários - IOF. Brasília, DF, dez. 2020.

¹⁸³ Cf. art. 2º, inciso I, alínea “a”, do Decreto nº 6.306/2007: “Art. 2º O IOF incide sobre: I - operações de crédito realizadas por: a) instituições financeiras; (...)”.

¹⁸⁴ Cf. art. 3º, § 1º, inciso II, do Decreto nº 6.306/2007: “Art. 3º O fato gerador do IOF é a entrega do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado. § 1º Entende-se ocorrido o fato gerador e devido o IOF sobre operação de crédito: (...) II - no momento da liberação de cada uma das parcelas, nas hipóteses de crédito sujeito, contratualmente, a liberação parcelada; (...)”

¹⁸⁵ Cf. art. 5º, inciso I, do Decreto nº 6.306/2007: “Art. 5º São responsáveis pela cobrança do IOF e pelo seu recolhimento ao Tesouro Nacional: I - as instituições financeiras que efetuarem operações de crédito; (...)”.

Todavia, diante do caráter crescente do saldo devedor da hipoteca reversa e dos riscos inerentes à ausência de amortização da dívida no curso do contrato, é provável que a prática usual não se confirme para o negócio de que se cuida, sendo deduzidos imediatamente dos pagamentos mensais os valores devidos a título de IOF, o que tornaria menos vantajosa a operação sob a ótica do devedor.

A incidência ou não de IOF, a bem dizer, é o menor dos problemas quando se pensa em risco tributário. Na ausência de uma disciplina legal específica, não é improvável que se discuta a incidência de imposto de renda sobre os pagamentos efetuados pela instituição financeira. Em outras palavras, poderiam ser caracterizados os pagamentos feitos pelas instituições financeiras como rendas ou proventos, nos termos enunciados no art. 153, inciso III, da Constituição Federal de 1988?¹⁸⁶

Sem pretensão de oferecer resposta definitiva à questão, importa ressaltar que o elemento nuclear concernente à renda e aos proventos, para efeito de incidência de imposto de renda, é o acréscimo patrimonial, conforme o estabelecido no art. 43 do Código Tributário Nacional.^{187 188} Dessa maneira, tratando-se de uma dívida, não haveria, a princípio, o que se falar em acréscimo patrimonial derivado dos pagamentos efetuados pelo mutuante. Afinal, para cada pagamento, que pode ser considerado um ativo do mutuário, surge um passivo do mesmo montante, relativo à própria dívida, não havendo qualquer incremento patrimonial.

De todo modo, o exame desse risco merece enfoque específico, à luz do direito tributário, o que foge ao escopo do presente trabalho, razão pela qual se reserva o tema como sugestão de pesquisa futura.

3.2.8 Risco jurídico

Toma-se como risco jurídico a possibilidade de o Poder Judiciário considerar inválidos, ineficazes abusivos ou ilícitos quaisquer dos atos, dispositivos contratuais ou procedimentos relativos às operações de hipoteca reversa, bem assim, o risco de decisões

¹⁸⁶ Cf. art. 153, inciso III, da CF/88: “Art. 153. Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: (...) III - renda e proventos de qualquer natureza;(...)”.

¹⁸⁷ BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF, out. 1966.

¹⁸⁸ Cf. art. 43 da Lei nº 5.172/1966: Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica: I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

judiciais que comprometam a eficácia da garantia constituída, no sentido de tornarem moroso o processo de execução da hipoteca em caso de inadimplemento.

Vale dizer que o risco jurídico se relaciona com todos os demais riscos já discutidos, porquanto é capaz de limitar as ações adotadas por credores e devedores para mitigá-los. Mas não se trata apenas da inviabilização dos instrumentos de mitigação. Alguns riscos jurídicos comprometem os próprios fundamentos que sustentam o modelo de hipoteca reversa, ao subtraírem a possibilidade de que se convençione cláusulas ou condições que caracterizam o produto financeiro e sem os quais ele sequer poderia existir.

Sem qualquer presunção de exaurir as questões que podem ser objeto de contestação judicial, vislumbra-se riscos jurídicos relacionados a aspectos consumeristas, obrigacionais e sucessórios, assim como aqueles relativos à eficácia e efetividade da garantia constituída. Todos esses aspectos, vale lembrar, incidem sobre os demais riscos e com eles se relacionam, direta ou indiretamente.

No que toca aos aspectos relativos ao direito do consumidor e ao direito das obrigações, pode-se destacar a possibilidade de:

i) ser considerada como prática abusiva condicionar a concessão da hipoteca reversa à contratação dos seguros que lhes são indispensáveis como elemento de mitigação do risco de descasamento;¹⁸⁹

ii) as obrigações estabelecidas em contrato, notadamente aquelas relacionadas ao vencimento antecipado, serem consideradas ilegais, iníquas, abusivas, ou capazes de colocar o consumidor em desvantagem exagerada;¹⁹⁰

iii) ser determinada a modificação de cláusulas contratuais, notadamente os juros remuneratórios e os pagamentos avançados, sob o entendimento que estabelecem prestações desproporcionais, ou sua revisão, em razão de se considerar que fatos supervenientes as tornaram excessivamente onerosas;¹⁹¹

¹⁸⁹ Cf. art. 39, inciso I, do CDC: “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;(...)”.

¹⁹⁰ Cf. art. 51, inciso IV, do CDC: “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;(...)”.

¹⁹¹ Cf. art. 6º, inciso V, do CDC: “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;(...)”.

iv) ser considerado ilegal a prática discriminatória entre os idosos, com vistas à mitigação do risco de longevidade, à luz do que dispõe o Estatuto do Idoso;^{192 193}

Quanto aos riscos de ordem sucessória, destacam-se a possibilidade de:

i) ser reconhecida a oponibilidade do direito real de moradia de cônjuge em face do credor ou do arrematante do imóvel hipotecado, mormente no caso de o matrimônio ser contraído posteriormente à constituição da hipoteca reversa;¹⁹⁴ e

ii) existindo herdeiros menores ou incapazes, especificamente no caso de tal fato não ser de conhecimento do credor ou tais herdeiros nascerem após a constituição da hipoteca, inviabilizar-se a execução célere da garantia.

Finalmente, em relação à exequibilidade da garantia, podem ser destacadas a possibilidade de ser reconhecida:

i) a impenhorabilidade do bem de família no contendo das hipotecas reversas;¹⁹⁵ ou

ii) a existência de algum desequilíbrio no processo de execução extrajudicial das hipotecas, de que trata do Decreto-Lei nº 70/66, com sua respectiva anulação.¹⁹⁶

3.3 Implicações sobre a viabilidade jurídica

Elencados os riscos e as formas pelas quais se busca com eles lidar, resta avaliar as estruturas contratuais e os instrumentos de mitigação para os quais a inexistência de suporte legal e jurisprudencial comprometeria a viabilidade jurídica da hipoteca reversa.

Para tanto, divide-se a avaliação sob duas óticas, relacionadas ao vínculo real de garantia e à própria relação obrigacional, explorando-se os aspectos pertinentes à viabilidade a elas associados.

¹⁹² BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF, out. 2003.

¹⁹³ Cf. art. 96 do Estatuto do Idoso: “Art. 96. Discriminar pessoa idosa, impedindo ou dificultando seu acesso a operações bancárias, aos meios de transporte, ao direito de contratar ou por qualquer outro meio ou instrumento necessário ao exercício da cidadania, por motivo de idade: Pena – reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa (...)”.

¹⁹⁴ Cf. art. 1.831 do CC/2002: “Art. 1831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar”.

¹⁹⁵ BRASIL. Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Brasília, DF, mar. 1990.

¹⁹⁶ BRASIL. Decreto-Lei n. 70, de 21 de novembro de 1966. Autoriza o funcionamento de associações de poupança e empréstimo, institui a cédula hipotecária e dá outras providências. Brasília, DF, nov. 1966.

3.3.1 Implicações associadas à garantia

Tudo o que se discutiu até aqui conduz à conclusão de que a efetividade da garantia é o elemento central de sustentação da hipoteca reversa. Não havendo segurança quanto à capacidade de execução do bem imóvel hipotecado e da celeridade desse processo, o resultado seria ou uma não oferta do produto ou o estabelecimento de condições altamente restritivas para a sua concessão.

A fim de oferecer um produto atrativo, a instituição credora precisa assumir maiores riscos, isto é, precisa aceitar que a dívida possa atingir percentuais mais elevados do valor futuro do imóvel dado em garantia. Quanto menor o percentual de comprometimento do valor da garantia que assumam como risco os mutuantes, menor o valor dos pagamentos a serem recebidos pelos mutuários. Por outro lado, quanto menor o valor desses pagamentos, menos interessante é a contratação da hipoteca reversa, se comparada, por exemplo, à venda do bem.

Pelo mesmo motivo, também é improvável que, sem a certeza da capacidade de executar de forma célere a garantia imobiliária, ofereçam as instituições financeiras o que esse trabalho toma como hipoteca reversa, isto é, um contrato que conceda renda vitalícia ao mutuante a ser liquidado apenas após a sua morte.

A razão para essa não oferta parece evidente. A incerteza quanto à data de encerramento da obrigação do mutuante implica falta de certeza também do percentual que a dívida atingirá em relação ao valor do imóvel. A morosidade do processo de execução da garantia, nesse sentido, contribui para que se reduzam as chances de satisfação total do crédito em cenários nos quais ou dívida fique muito próxima ou atinja o valor de mercado da garantia. Nesse contexto, duvidosa seria a oferta de hipoteca reversa vitalícia (paradigma), possivelmente prosperando apenas aquelas de caráter temporário, cuja demanda, na maior parte dos países em que é negociada, é bem reduzida.¹⁹⁷

Ainda quanto ao risco de descasamento, observou-se que a vinculação da obrigatoriedade de contratação de seguros como condição para a concessão da hipoteca reversa é elemento que possivelmente se fará presente na política de crédito de qualquer instituição credora que pretenda atuar nesse mercado.

Esse instrumento de mitigação permite que se repasse parte dos riscos do negócio para sociedades seguradoras, que, por vocação, estariam aptas a avaliar a probabilidade de o valor

¹⁹⁷ FOOT, Bruce E. Op. cit., p. 9.

da dívida ultrapassar o valor da garantia; no caso, observando-se a correlação entre o risco de descasamento e o risco de longevidade.

Não sendo possível vincular a concessão do crédito hipotecário reverso à contratação de seguros que distribuam o risco do negócio, recai-se no mesmo problema da falta de efetividade da garantia, sendo desnecessário repetir as repercussões.

Toda e qualquer restrição à plena efetividade e eficácia da garantia é capaz de sepultar a viabilidade da consecução da hipoteca reversa na forma como proposta neste trabalho, isto é, caracteriza-se como elemento que inviabiliza juridicamente a estruturação das operações na forma como a lógica do produto e os riscos que lhe são intrínsecos requerem.

Logo, a fim de delimitar o escopo do estudo jurisprudencial que será empreendido na seção subsequente, elencam-se alguns dos riscos capazes de prejudicar a viabilidade jurídica da hipoteca reversa. Por questões meramente didáticas, toma-se, inicialmente, aqueles vinculados à garantia hipotecária ou com a capacidade de os agentes financeiros lidarem com sua potencial desvalorização (ou valorização insuficiente).

a) abusividade do seguro obrigatório

Como discutido, os seguros são instrumentos que conferem proteção ao credor contra os riscos de descasamento, longevidade e de flutuação do preço do imóvel. Consequentemente, um arcabouço legal que não permita aos credores condicionarem a contratação da hipoteca reversa à aquisição, pelo devedor, de apólices de seguro contra os riscos de dano físico do imóvel e de insuficiência da garantia, pode ser considerado como elemento limitador do desenvolvimento do produto de que se cuida.

Quanto a tal possibilidade, convém examinar o art. 39, inciso I, do CDC, o qual qualifica como prática abusiva condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço.¹⁹⁸

Trata o diploma consumerista da vedação à chamada “venda casada”, em que se cerceia a liberdade de escolha do consumidor, obrigando-lhe a adquirir produto que não quer a fim de que possa ter acesso àquele de seu interesse. Nas palavras de Bruno Miragem:

[...] existindo a decisão do consumidor pela aquisição de determinado produto ou serviço, esta não pode ser subordinada, por ato do fornecedor, à aquisição

¹⁹⁸ Cf. art. 39, inciso I, do CDC: “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos; (...)”

de outro produto ou serviço que, a princípio, não são de interesse do consumidor.¹⁹⁹

Tal conduta, além de sujeitar o fornecedor às sanções administrativas previstas no art. 56 do CDC, caracteriza-se como uma infração à ordem econômica, por força do art. 36, § 3º, inciso XVIII, da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011²⁰⁰, sujeitando o autor da infração a uma série de penalidades previstas em seu art. 37.²⁰¹

Resta evidente, a partir do que se expôs até aqui, que, ao subordinar a contratação da hipoteca reversa à contratação dos mencionados seguros, não busca a instituição credora obter vantagem do consumidor, mas tão somente preservar o equilíbrio da operação e melhor distribuir os riscos da atividade.

Importa-nos saber, portanto, como a jurisprudência tem tratado essa questão, ainda que com base em situações análogas, notadamente a obrigatoriedade²⁰² de contratação de seguro que ofereça cobertura aos riscos de morte e invalidez permanente do mutuário e de danos físicos ao imóvel como condição à concessão de financiamentos imobiliários.

O entendimento prevalecente no Judiciário quanto a uma obrigação que sempre decorreu diretamente da legislação oferece, evidentemente, uma visão bem realista de como seria tratada a mesma exigência no âmbito das hipotecas reversas. Isso, porque, diferentemente das operações de financiamento habitacional, eventual exigência da mesma natureza nos contratos de que se cuida não contaria, de início, com qualquer respaldo legal, baseando-se única e tão somente na lógica do produto e na estrutura de mitigação de riscos necessária a garantir o seu equilíbrio financeiro.

¹⁹⁹ MIRAGEM, Bruno. **Direito do consumidor**. 6. ed. (e-book) São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

²⁰⁰ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF, nov. 2011.

²⁰¹ Cf. art. 36, § 3º, inciso XVIII, da Lei n. 12.529/2011: “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: (...) § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: (...) XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e (...)”.

²⁰² A Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, que, entre outras disposições, instituiu o Sistema Financeiro da Habitação (SFH), estabelecia, em seu art. 14, que os adquirentes de habitações financiadas pelo sistema haveriam de contratar seguro de vida de renda temporária, que integraria, obrigatoriamente, o contrato de financiamento, nas condições fixadas pelo Banco Nacional da Habitação. A legislação a esse respeito foi sendo reformulada ao longo do tempo, hoje vigorando, sobre o tema, o art. 79 da Lei nº 11.977, de 2009, que prevê que os agentes financeiros do SFH somente poderão conceder financiamentos habitacionais com cobertura securitária que preveja, no mínimo, cobertura aos riscos de morte e invalidez permanente do mutuário e de danos físicos ao imóvel.

b) ineficiência da execução extrajudicial da hipoteca

Ainda que nas hipotecas reversas a eventual morosidade do processo de execução da garantia hipotecária tenha repercussões mais perversas, em razão do caráter crescente do saldo devedor da obrigação, a necessidade de viabilização de mecanismos eficientes de satisfação coercitiva do direito do credor é elemento decisivo para o desenvolvimento e redução de riscos de qualquer instrumento de crédito. Nas palavras de Bruno Meyerhof Salama:

Há hoje boa evidência de que a melhoria de alguns mecanismos de execução de garantias tenha causado significativa redução nas taxas de juros de certas modalidades de financiamentos e que tenha permitido a expansão do crédito. Exemplos já clássicos incluem a criação do crédito consignado (em que pensões e outros pagamentos pelo Estado para os tomadores são automaticamente debitados em favor do banco financiador em caso de inadimplemento do tomador) e da alienação fiduciária de imóvel (que agilizou a retomada e venda de habitações financiadas).²⁰³

A despeito de essas evidências, à época, não serem tão difundidas na literatura econômica, o legislador, já na década de 1960, por meio do Decreto-Lei nº 70, de 1966, facultou ao credor a possibilidade de obter a satisfação do seu crédito por meio de processo de execução extrajudicial da garantia hipotecária, alternativamente à execução judicial, regida pelo Código de Processo Civil de 1936.

Conforme salienta Umberto Bara Bresolin:

[...] o Decreto Lei 70/66 disciplinou o mecanismo de execução extrajudicial hipotecária, na qual incumbe ao agente fiduciário, ente que não integra o Poder Judiciário, o desempenho dos atos do procedimento que culminará na alienação do imóvel objeto da hipoteca e subsequente pagamento ao credor.²⁰⁴

O agente fiduciário, a ser escolhido de comum acordo entre o credor e o devedor, é necessariamente uma instituição financeira credenciada a tanto pelo Banco Central do Brasil, nas condições disciplinadas pelo Conselho Monetário Nacional.²⁰⁵ Ademais, estipula a lei que

²⁰³ SALAMA, Bruno Meyerhof. Spread Bancário e *Enforcement* Contratual: hipótese de causalidade reversa e evidência empírica. *Revista Brasileira de Economia*, Rio de Janeiro, v. 71, n. 1, p. 111-133, jan. 2017. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-71402017000100111. Acesso em: 07 jun. 2020.

²⁰⁴ BRESOLIN, Umberto Bara. **Execução extrajudicial para satisfação de crédito pecuniário com garantia imobiliária**. 2012. 244 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses>. Acesso em: 07 jun. 2020.

²⁰⁵ Cf. art. 30, inciso II, do Decreto-Lei nº 70/66: “Art. 30. Para os efeitos de exercício da opção do artigo 29, será agente fiduciário, com as funções determinadas nos artigos 31 a 38: (...) II - nas demais, as instituições financeiras inclusive sociedades de crédito imobiliário, credenciadas a tanto pelo Banco Central da República do Brasil, nas condições que o Conselho Monetário Nacional, venha a autorizar.”

o agente fiduciário não pode ter ou manter vínculos societários com os credores ou devedores das hipotecas em que sejam envolvidos.²⁰⁶

Antes da análise das questões controversas do processo de execução extrajudicial – e dos consequentes litígios delas derivados, com implicações na maior morosidade e na ampliação do risco de não satisfação do crédito do mutuante –, convém um breve exame do próprio procedimento extrajudicial, o que se faz agora.

Assim, optando o credor pelo processo extrajudicial, este somente pode se iniciar após o atraso de três ou mais prestações pelo devedor, havendo de ser expedido, necessariamente, aviso de cobrança, pelo qual o credor formaliza a reclamação da dívida inadimplida.^{207 208}

Nesse caso, surge a primeira incongruência do processo à execução extrajudicial com a cobrança da hipoteca reversa. Não havendo pagamento parcelado da dívida, como haveria de ser interpretado o exposto comando legal que vincula o início da execução ao atraso de três ou mais parcelas?

É de se supor que esse dispositivo não incida sobre a hipoteca reversa, uma vez que a Lei nº 8.004, de 14 de março de 1990, dispõe sobre o SFH.²⁰⁹ Ademais, o próprio dispositivo fala em prestações do financiamento (mútuo vinculado) e não em prestações do empréstimo (mútuo não vinculado), o que também sugere que não seja aplicável a empréstimos com garantia hipotecária, tal qual a hipoteca reversa.

De toda forma, expedido o aviso de cobrança, exige-se que o mutuante formalize ao agente fiduciário a solicitação de execução da dívida, instruindo-a com o título da dívida devidamente registrado; a indicação discriminada do valor das prestações e encargos não pagos; o demonstrativo do saldo devedor discriminando as parcelas relativas a principal, juros, multa e outros encargos contratuais e legais; e, por fim, cópia do referido aviso.²¹⁰

²⁰⁶ Cf. art. 30, § 3º, do Decreto-Lei nº 70/66: “(...) § 3º Os agentes fiduciários não poderão ter ou manter vínculos societários com os credores ou devedores das hipotecas em que sejam envolvidos.”

²⁰⁷ Cf. art. 21 da Lei nº 8.004, de 14 de março de 1990: “Art. 21. Somente serão objeto de execução na conformidade dos procedimentos do Decreto-Lei nº 70, de 21 de novembro de 1966, ou da Lei nº 5.741, de 1º de dezembro de 1971, os financiamentos em que se verificar atraso de pagamento de três ou mais prestações.

²⁰⁸ Cf. art. 31, IV, do Decreto-Lei nº 70/66: “Art. 31 Vencida e não paga a dívida hipotecária, no todo ou em parte, o credor que houver preferido executá-la de acordo com este decreto-lei formalizará ao agente fiduciário a solicitação de execução da dívida, instruindo-a com os seguintes documentos: (...) IV - cópia dos avisos reclamando pagamento da dívida, expedidos segundo instruções regulamentares relativas ao SFH.”

²⁰⁹ BRASIL. Lei nº 8.004, de 14 de março de 1990. Dispõe sobre transferência de financiamento no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, e dá outras providências. Brasília, DF, mar. 1990.

²¹⁰ Cf. art. 31 do Decreto-Lei nº 70/66: “Art. 31. Vencida e não paga a dívida hipotecária, no todo ou em parte, o credor que houver preferido executá-la de acordo com este decreto-lei formalizará ao agente fiduciário a solicitação de execução da dívida, instruindo-a com os seguintes documentos: I - o título da dívida devidamente registrado; II - a indicação discriminada do valor das prestações e encargos não pagos; III - o demonstrativo do saldo devedor discriminando as parcelas relativas a principal, juros, multa e outros encargos contratuais e legais; e IV - cópia dos avisos reclamando pagamento da dívida, expedidos segundo instruções regulamentares relativas ao SFH. (...)”.

Recebida a solicitação da execução da dívida, o agente fiduciário, nos dez dias subsequentes²¹¹, deve promover a notificação do devedor, por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos, concedendo-lhe prazo de vinte dias para a purgação da mora.²¹²

Caso se encontre o devedor em lugar incerto ou não sabido, o oficial certificará o fato, cabendo, então, ao agente fiduciário promover a notificação por edital, publicado por três dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local, ou noutra de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária.²¹³

Convém destacar que a notificação deve ser instruída com o demonstrativo discriminado de débito, a fim de “atestar a liquidez da prestação cuja satisfação é pretendida”, assim como “viabilizar ao devedor o pleno conhecimento daquilo que lhe é cobrado e purgar a mora, se desejar – ou discutir a cobrança em juízo (...)”.^{214 215}

Não havendo a purgação do débito, o agente fiduciário estará de pleno direito autorizado a publicar editais e a efetuar, no decurso dos 15 dias imediatos, o primeiro público leilão do imóvel hipotecado.²¹⁶

Em tal leilão, o lance mínimo deve ser equivalente ao saldo devedor atualizado, acrescido das despesas com anúncio e contratação da praça, bem como das demais obrigações contratuais vencidas, especialmente em relação à fazenda pública, federal, estadual ou municipal, e a prêmios de seguro.²¹⁷

²¹¹ Cf. BRESOLIN, Umberto Bara. Op. cit., p. 114: “já se pacificou, em razão de julgamento de recurso especial repetitivo, o entendimento de que o prazo de 10 dias (...) é impróprio”. (STJ, Corte Especial, REsp 1160435/PE, Rel. Min. Benedito Gonçalves, dj. 06.04.2011).

²¹² Cf. § 1º do art. 31 do Decreto-Lei nº 70/66: “(...) § 1º Recebida a solicitação da execução da dívida, o agente fiduciário, nos dez dias subsequentes, promoverá a notificação do devedor, por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos, concedendo-lhe o prazo de vinte dias para a purgação da mora.”

²¹³ Cf. § 2º do art. 31 do Decreto-Lei nº 70/66: “(...) § 2º Quando o devedor se encontrar em lugar incerto ou não sabido, o oficial certificará o fato, cabendo, então, ao agente fiduciário promover a notificação por edital, publicado por três dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local, ou noutra de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária.”

²¹⁴ BRESOLIN, Umberto Bara. Op. cit., p. 115.

²¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 793033-SP. Relator: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. 02.02.2010, DJe. 11.02.2010: “(...) 3. O art. 31, § 1º, do Decreto-Lei n. 70/66 estabelece para o mutuário a possibilidade de purgação da mora antes de iniciar-se a execução extrajudicial. Para tanto, é necessário que a notificação esteja instruída com os demonstrativos do débito, os quais se apresentam como requisito essencial de procedibilidade da execução extrajudicial, porque integram o próprio título executivo, a exemplo do que ocorre na execução judicial - art. 614, II, do CPC.”

²¹⁶ Cf. art. 32 do Decreto-Lei nº 70/66: “Art. 32. Não acudindo o devedor à purgação do débito, o agente fiduciário estará de pleno direito autorizado a publicar editais e a efetuar no decurso dos 15 (quinze) dias imediatos, o primeiro público leilão do imóvel hipotecado.”

²¹⁷ Cf. § 1º do art. 32 do Decreto-Lei nº 70/66: “(...) § 1º Se, no primeiro público leilão, o maior lance obtido for inferior ao saldo devedor no momento, acrescido das despesas constantes do artigo 33, mais as do anúncio e contratação da praça, será realizado o segundo público leilão, nos 15 (quinze) dias seguintes, no qual será aceito o maior lance apurado, ainda que inferior à soma das aludidas quantias.”

Caso nenhum lance alcance referida soma, um segundo leilão deve ser realizado em 15 dias, no qual será aceito o maior lance apurado, ainda que inferior à soma das aludidas quantias. Sendo o lance inferior, primeiro hão de serem pagas as despesas, entregando-se eventual diferença ao credor, que poderá cobrar do devedor, por via executiva, o valor remanescente de seu crédito, sem nenhum direito de retenção ou indenização sobre o imóvel alienado. Por outro lado, se o lance for superior ao valor da dívida acrescido das despesas, a diferença deve ser devolvida ao devedor.²¹⁸

Ainda que ultrapassado o prazo de 15 dias para a purga da mora, esta ainda será útil, podendo ser realizada a qualquer tempo até a assinatura do auto de arrematação, naturalmente acrescida de encargos e despesas.²¹⁹

A quantia obtida, seja pela purgação da mora seja pela arrematação do imóvel em leilão, será recebida pelo agente fiduciário, que deverá entrega-la ao credor em até cinco dias, deduzidas da própria remuneração.²²⁰

Efetivada a alienação do imóvel, será emitida a respectiva carta de arrematação, assinada pelo leiloeiro, pelo credor, pelo agente fiduciário, e por cinco pessoas físicas idôneas, absolutamente capazes, como testemunhas. Esse documento servirá como título translativo de propriedade, a ser registrado no competente cartório de registro de imóveis.²²¹

O devedor, se estiver presente ao público leilão, deverá assinar a referida carta de arrematação. Do contrário, a carta conterà, necessariamente, a constatação de sua ausência ou de sua recusa em subscrevê-la.²²²

Após a transcrição no Registro Geral de Imóveis da carta de arrematação, caso o imóvel não seja desocupado pelo devedor ou por quem quer que detenha a sua posse, poderá o adquirente requerer ao Juízo competente a sua imissão na posse, que lhe será concedida

²¹⁸ Cf. § 2º do art. 32 do Decreto-Lei nº 70/66: “(...)§º Se o maior lance do segundo público leilão for inferior àquela soma, serão pagas inicialmente as despesas componentes da mesma soma, e a diferença entregue ao credor, que poderá cobrar do devedor, por via executiva, o valor remanescente de seu crédito, sem nenhum direito de retenção ou indenização sobre o imóvel alienado.”

²¹⁹ Cf. art. 34 do Decreto-Lei nº 70/66: “Art. 34 É lícito ao devedor, a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação, purgar o débito, totalizado de acordo com o artigo 33, e acrescido ainda dos seguintes encargos: (...)”

²²⁰ Cf. art. 35 do Decreto-Lei nº 70/66: “Art. 35. O agente fiduciário é autorizado, independentemente de mandato do credor ou do devedor, a receber as quantias que resultarem da purgação do débito ou do primeiro ou segundo públicos leilões, que deverá entregar ao credor ou ao devedor, conforme o caso, deduzidas de sua própria remuneração.”

²²¹ Cf. art. 37 do Decreto-Lei nº 70/66: “Art. 37. Uma vez efetivada a alienação do imóvel, de acordo com o artigo 32, será emitida a respectiva carta de arrematação, assinada pelo leiloeiro, pelo credor, pelo agente fiduciário, e por cinco pessoas físicas idôneas, absolutamente capazes, como testemunhas, documento que servirá como título para a transcrição no Registro Geral de Imóveis.

²²² Cf. § 1º do art. 37 do Decreto-Lei nº 70/66: “(...) § 1º O devedor, se estiver presente ao público leilão, deverá assinar a carta de arrematação que, em caso contrário, conterà necessariamente a constatação de sua ausência ou de sua recusa em subscrevê-la.”

liminarmente, após decorridas 48 horas da citação do devedor ou de quem estiver de posse do bem, sem prejuízo de se prosseguir no feito, em rito ordinário, para o debate das alegações que o devedor porventura aduzir em contestação.²²³

A concessão da liminar somente será negada se o devedor comprovar, dentro do mencionado prazo, que resgatou ou consignou judicialmente o valor de seu débito, antes da realização do primeiro ou do segundo público leilão.²²⁴

Finalmente, a fim de assegurar a efetividade do processo executivo extrajudicial, o legislador fez prever que, no período entre a transcrição da carta de arrematação no Registro Geral de Imóveis e a efetiva imissão do adquirente na posse do imóvel alienado em público leilão, o Judiciário arbitrará uma taxa mensal de ocupação compatível com o rendimento que deveria proporcionar o investimento realizado na aquisição, cobrável por ação executiva.²²⁵

Apresentados o rito e as características do processo de execução extrajudicial da hipoteca, destacam-se as controvérsias em torno do tema, iniciando-se pela sua própria constitucionalidade, que é objeto de exame pelo STF no julgamento de dois recursos extraordinários, tendo um deles (RE 627106) repercussão geral reconhecida.²²⁶

O primeiro aspecto pertinente sobre a constitucionalidade ou não do mencionado decreto diz respeito ao próprio contexto da sua edição, que ocorreu no regime militar e sem a apreciação pelo Congresso Nacional. Apoiou-se a norma no Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, e no Ato Complementar nº 23, de 20 de outubro de 1966, que havia decretado recesso do Parlamento.

²²³ Cf. § 2º do art. 37 do Decreto-Lei nº 70/66: “(...) § 2º Uma vez transcrita no Registro Geral de Imóveis a carta de arrematação, poderá o adquirente requerer ao Juízo competente imissão de posse no imóvel, que lhe será concedida liminarmente, após decorridas as 48 horas mencionadas no parágrafo terceiro deste artigo, sem prejuízo de se prosseguir no feito, em rito ordinário, para o debate das alegações que o devedor porventura aduzir em contestação.”

²²⁴ Cf. § 3º do art. 37 do Decreto-Lei nº 70/66: “(...) § 3º A concessão da medida liminar do parágrafo anterior só será negada se o devedor, citado, comprovar, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, que resgatou ou consignou judicialmente o valor de seu débito, antes da realização do primeiro ou do segundo público leilão.”

²²⁵ Cf. art. 38 do Decreto-Lei nº 70/66: “Art. 38 No período que medear entre a transcrição da carta de arrematação no Registro Geral de Imóveis e a efetiva imissão do adquirente na posse do imóvel alienado em público leilão, o Juiz arbitrará uma taxa mensal de ocupação compatível com o rendimento que deveria proporcionar o investimento realizado na aquisição, cobrável por ação executiva.”

²²⁶ São dois os Recursos Extraordinários em julgamento no STF em que se questiona a compatibilidade dos procedimentos estabelecidos pelo Decreto-Lei 70/66 com a Constituição Federal de 1988, o RE nº 556520 e o RE nº 627106.

Aduz-se, também, que o decreto em discussão afrontaria os três fundamentos do processo, quais sejam: o juiz natural, o contraditório e o devido processo legal, nos termos dos incisos XXXV, LIV e LV do art. 5º da Carta Magna.^{227 228}

Quanto à afronta ao princípio do juiz natural, como argumenta Manuel de Oliveira Erhardt, referem-se, aqueles que advogam pela inconstitucionalidade, ao fato de a execução extrajudicial ser conduzida por instituição financeira, na condição de agente fiduciário, “que evidentemente não é órgão do Poder Judiciário regular e legitimamente investido dos poderes de jurisdição” e, conseqüentemente, sem aptidão para garantir a imparcialidade, “uma vez que se encontra desprovido das necessárias garantias institucionais e pessoais previstas para o magistrado na Constituição.”²²⁹

No que se refere à ausência de contraditório e de ampla defesa, cuida-se de mera observação dos procedimentos elencados no referido Decreto-Lei, conforme anteriormente apresentados, que não oportunizam qualquer tipo de defesa por parte do mutuante, cabendo a ele tão somente a purgação da mora.

Segundo Arnaldo Rizzardo, na disciplina do Decreto-Lei nº 70/66, não se confere à parte oportunidade para se defender, tampouco apontar o valor da dívida, tolhendo do mutuário um dos princípios mais primários, que é o de defesa, derogando uma longa tradição do direito processual civil.²³⁰

Não só isso. O direito à ampla defesa e ao contraditório não diz respeito apenas ao direito à manifestação no processo, mas também ao de ver os argumentos aduzidos sendo ponderados por “jugador que tenha capacidade de apreensão e isenção de ânimo para considerar séria e detidamente as alegações apresentadas”.²³¹

Finalmente, o devido processo legal, necessário para privar alguém de seus bens, não seria observado por não garantir o procedimento de que se cuida todas as etapas previstas nos

²²⁷ ERHARDT, Manuel de Oliveira. A Execução Hipotecária por Agente Financeiro (Lei nº 5.741/71 e Decreto-Lei nº 70/66). In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (org.). *Direito Imobiliário Brasileiro: novas fronteiras na legalidade constitucional. Novas Fronteiras na Legalidade Constitucional*. São Paulo: Quartier, 2011. p. 1066.

²²⁸ Cf. art. 5º, incisos XXXV, LIV e LV, da CF/88: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;(...)”.

²²⁹ Ibid., loc. cit.

²³⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de Crédito Bancário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. Apud ERHARDT, Manuel de Oliveira. Op. cit., p. 1066-1067.

²³¹ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. Apud ERHARDT, Manuel de Oliveira. Op. cit., p. 1067.

processo executivos judiciais, em respeito a todos os princípios constitucionais do direito processual, de forma a assegurar tratamento isonômico aos agentes parciais em disputa.

Nesse sentido, o procedimento expropriatório conduzido por particular, na forma estabelecida pelo Decreto-Lei nº 70, estaria eivado de inconstitucionalidade, ao admitir a autotutela privada, que estaria proibida desde a implantação do Estado Democrático de Direito.²³²

De outra banda, a despeito do momento histórico em que se deu a edição do Decreto-Lei nº 70/66, não vislumbra Manuel de Oliveira Erhardt impedimentos para a sua recepção pela Constituição Federal de 1988, desde que com ela seja compatível. Eventuais incompatibilidades formais não obstarão a recepção de norma emanada sob ordenamento anterior, desde que haja compatibilidade material. Com efeito, realizar-se-ia uma adaptação da norma recepcionada ao tipo normativo exigido pela ordem constitucional vigente.²³³

Quanto aos demais aspectos, a 1ª Turma do STF decidiu, em 1998, de forma unânime, pela compatibilidade do Decreto-Lei nº 70/66 com Constituição Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 223.075-DF, *verbis*:

EMENTA: EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI Nº 70/66. CONSTITUCIONALIDADE. Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da República, posto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto a posteriori, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados. Recurso conhecido e provido.²³⁴

Ou seja, o procedimento extrajudicial em comento não feriria o princípio da inafastabilidade da jurisdição, pois além de se admitir a sustação cautelar do procedimento, em nada se cercearia o direito do mutuário de ingressar em juízo para ver assegurados os direitos que considera atacados pelo rito extrajudicial. Tal possibilidade, inclusive, é o que tem posto em xeque a efetividade e eficácia do procedimento extrajudicial, conforme será tratado adiante.

Da mesma forma observa José Maria Aragão, o qual afirma que “se o devedor tem elementos para, por exemplo, comprovar o pagamento da dívida, contestar o valor desta, demonstrar a inobservância das formalidades legais na constituição da garantia ou impugnar a

²³² Cf. ERHARDT, Manuel de Oliveira. Op. cit., p. 1067.

²³³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 106-107.

²³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Recurso Extraordinário nº 223075-DF. Relator: Min. ILMAR GALVÃO, j. 23.06.1998, DJ. 06.11.1998.

legitimidade do credor, não existem quaisquer restrições que o impeçam de acudir à prestação jurisdicional”.²³⁵

Nada obstante a jurisprudência do STF vir se consolidando no sentido da constitucionalidade do processo de execução extrajudicial da hipoteca, ao entender que os procedimentos a ele vinculados não afastam o efetivo controle judicial, somente o deslocando para o momento no qual o Judiciário é chamado a intervir, o julgamento do Recurso Extraordinário 627106 segue em aberto, estando atualmente suspenso em razão de um pedido de vistas efetuado pelo Ministro Gilmar Mendes, com votação parcial de quatro votos pela incompatibilidade e dois votos pela compatibilidade com a Constituição Federal de 1988.

Além da controvérsia em torno da sua própria constitucionalidade, outros elementos da execução extrajudicial são objeto de reiteradas contestações no Judiciário. O primeiro digno de destaque é a necessidade ou não de notificação pessoal do devedor nas diversas etapas em que a notificação é exigida.

Consoante o apresentado anteriormente, o art. 31, § 1º, do Decreto-Lei nº 70/66, estabelece que o agente fiduciário, nos dez dias subsequentes ao recebimento da solicitação de execução da dívida hipotecária, deve promover a notificação do devedor, por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos, concedendo-lhe o prazo de vinte dias para a purgação da mora.

A questão debatida no Judiciário é se essa notificação precisa ser pessoal ou basta a sua expedição para o endereço do imóvel adquirido. Também quanto à notificação, acumulam-se ações que buscam a anulação da execução extrajudicial, sob o argumento de não ser cabível a notificação por edital, conquanto essa possibilidade esteja expressamente prevista no § 2º do mesmo art. 31, caso o devedor se encontre em local incerto e não sabido.²³⁶

A última controvérsia relativa às notificações diz respeito à necessidade de notificação pessoal do devedor para a realização dos públicos leilões para a alienação do imóvel hipotecado, caso não haja a purgação da mora no prazo adequado, tendo em vista a omissão do Decreto-Lei nº 70/66 quanto a tal aspecto.²³⁷

²³⁵ ARAGÃO, José Maria. **Sistema Financeiro da Habitação: uma análise sociojurídica da gênese, desenvolvimento e crise do sistema**. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2008. Apud ERHARDT, Manuel de Oliveira. Op. cit., p. 1067.

²³⁶ BRESOLIN, Umberto Bara. Op. cit., p. 115-116.

²³⁷ Ibid., loc. cit.

As teses quanto à imprescindibilidade da notificação pessoal apoiam-se no argumento de que deve haver certeza da notificação do devedor, de forma a lhe oferecer meios de acesso à jurisdição, inclusive para propor a suspensão da execução extrajudicial.²³⁸

Outro aspecto controverso da execução extrajudicial diz respeito ao valor mínimo de arrematação do imóvel. Isso, porque o legislador associou o valor mínimo de arrematação não ao valor do imóvel, mas ao saldo devedor da dívida e das despesas de cobrança, suscitando discussões em relação à alienação por preço vil²³⁹, em manifesto prejuízo do devedor, principalmente quando a dívida representa pequena fração do valor do bem hipotecado.²⁴⁰

Também é objeto de disputa os procedimentos estabelecidos no § 2º do art. 32 do Decreto-Lei nº 70/66, o qual prevê que, na hipótese de o maior lance oferecido ser inferior ao valor da dívida e das despesas que a lei admite que lhe acresçam, pagam-se inicialmente as despesas e, entregando-se ao credor o que sobrar; cobrando ele do devedor o saldo remanescente pela via executiva.²⁴¹

Primeiro se questiona a necessidade de que se proceda a avaliação do imóvel, de forma a não se permitir o enriquecimento sem causa do credor, notadamente na hipótese de leilão vazio, em que o imóvel é adjudicado ao exequente. Segundo, debate-se a própria possibilidade de se perseguir o crédito remanescente pela via executiva, já que não haveria liquidez se o devedor não concordar com o valor de arrematação.²⁴²

Esse debate é intensificado principalmente em função das regras estabelecidas pela Lei nº 5.741, de 1º de dezembro de 1971, que dispõe sobre a proteção do financiamento de bens imóveis vinculados ao SFH.²⁴³ Tal lei disciplina a execução judicial dos bens hipotecados no âmbito do referido Sistema, fazendo prever, em seu art. 7º, que não havendo licitantes, o juiz adjudicará o imóvel ao credor, ficando o devedor exonerado do débito remanescente. Nesse sentido, o rito extrajudicial seria mais gravoso que o rito judicial.^{244 245}

²³⁸ ERHARDT, Manuel de Oliveira. Op. cit., p. 1067.

²³⁹ Cf. o art. 891, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015, considera-se vil o preço inferior ao mínimo estipulado pelo juiz e constante do edital, e, não tendo sido fixado preço mínimo, considera-se vil o preço inferior a cinquenta por cento do valor da avaliação.

²⁴⁰ BRESOLIN, Umberto Bara. Op. cit., p. 119-120.

²⁴¹ Ibid., loc. cit.

²⁴² Ibid., loc. cit.

²⁴³ BRASIL. Lei n. 5.741, de 1º de dezembro de 1971. Dispõe sobre a proteção do financiamento de bens imóveis vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação. Brasília, DF, dez. 1971.

²⁴⁴ BRESOLIN, Umberto Bara. Op. cit., p. 119-120.

²⁴⁵ Cf. art. 7º da Lei n. 5741/1971: “Art. 7º Não havendo licitante na praça pública, o Juiz adjudicará, dentro de quarenta e oito horas, ao exequente o imóvel hipotecado, ficando exonerado o executado da obrigação de pagar o restante da dívida.

Da mesma forma, contribui para reduzir a efetividade da garantia hipotecária as negativas do Judiciário em conceder a imissão na posse do arrematante no prazo de 48 horas após a citação do devedor para comprovar que resgatou o seu débito ou o consignou judicialmente. Nos termos do Decreto-Lei nº 70/66, outras defesas do credor não teriam condão de obstar a imissão na posse do arrematante. Todavia, algumas decisões judiciais têm afastado o rigor legal, negando a liminar, mesmo que ausente o pagamento, caso o mutuário deduza defesa fundada.²⁴⁶

Todas essas questões serão avaliadas na próxima seção, apresentando-se a jurisprudência hodierna e as dificuldades que imputam ao processo de execução extrajudicial.

Ainda que não digam respeito propriamente à execução extrajudicial, as decisões recentes que comprometem a preferência do credor hipotecário em relação ao produto obtido a partir da alienação do imóvel, na via judicial ou extrajudicial, também serão discutidas, com vistas a oferecer uma visão mais clara da efetividade e da eficiência da garantia hipotecária e de suas potenciais implicações sobre a oferta da hipoteca reversa.

c) direito real de moradia do cônjuge

Outro aspecto importante relacionado à garantia, cujo tratamento jurisprudencial será avaliado na próxima seção, diz respeito ao direito real de habitação do cônjuge sobrevivente. Trata-se de garantia legal reconhecida ao cônjuge (e ao companheiro) sobrevivente de permanecer residindo no imóvel residencial que durante a convivência servia de lar ao casal, após a morte da outra parte da sociedade afetiva.^{247 248}

De acordo com o art. 1.831 do Código Civil:

Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.²⁴⁹

Cuida-se, assim, de um direito real sobre a coisa alheia de caráter vitalício. Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: “um verdadeiro subtipo do

²⁴⁶ BRESOLIN, Umberto Bara. Op. cit., p.118-119.

²⁴⁷ TASSINARI, Simone Cardoso. Por uma adequação sistemática do direito real de habitação. Uma análise a partir do olhar dos direitos reais: da legislação à jurisprudência. [s.i.], p. 14-15. Disponível em: www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5b312a4c28761c46. Acesso em: 10 jun. 2020.

²⁴⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Sucessões**. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 356.

²⁴⁹ Cf. art. 1.831 do CC/2002

usufruto: um usufruto para fins de moradia, enquanto o cônjuge (ou o companheiro) viúvo estiver vivo”.²⁵⁰

Sendo um direito real sobre coisa alheia, restringe o direito real de habitação o exercício de poderes sobre a titularidade, de forma que confere ao habitador aptidão para defender sua posse ou domínio sobre o imóvel contra terceiros, inclusive contra o próprio proprietário, seja por meio de ação possessória seja por meio de ação publiciana. Também afasta o direito real de habitação a possibilidade de o proprietário utilizar o imóvel ou cobrar aluguel do habitador.²⁵¹

Conforme aduzem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, a finalidade do direito real de habitação em favor do cônjuge ou companheiro sobrevivente é dúplice: “garantir a qualidade de vida do viúvo (ou viúva), estabelecendo um mínimo de conforto para a sua moradia, e, ao mesmo tempo, impedir que o óbito de um dos conviventes sirva para afastar o outro da residência estabelecida pelo casal”.²⁵²

Conceituado o direito real de habitação, importa ao presente trabalho entender suas repercussões sobre o direito real de garantia nas operações de hipoteca reversa, notadamente quanto à capacidade de o mutuante dar curso ao processo de execução e satisfazer seu crédito.

Destarte, há que se avaliar, de início, as questões atinentes à própria constituição do direito real de garantia sobre bem imóvel integrante de patrimônio familiar. Quanto a isso, não sendo a sociedade conjugal firmada sob o regime de separação absoluta de bens, a constituição de hipoteca subordina-se à concessão da chamada outorga uxória, isto é, da autorização do cônjuge para a prática do negócio jurídico.

Nos termos estabelecidos pelo art. 1.647, inciso I, do Diploma Civil²⁵³, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis. Voltado a proteger o núcleo familiar, essa limitação da livre disposição patrimonial incide inclusive sobre bens imóveis que não integrem a comunhão, pertencendo exclusivamente a um dos cônjuges.^{254 255}

²⁵⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Sucessões**. Op. cit., loc. cit.

²⁵¹ Ibid., loc. cit.

²⁵² Ibid., p. 356-357.

²⁵³ Cf. art. 1.647, inciso I, do CC/2002: “Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; (...)”.

²⁵⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 348.

²⁵⁵ Não se discutirá a necessidade de outorga uxória no caso de uniões estáveis, na medida em que eventuais repercussões sobre o direito do credor seriam idênticas àquelas relacionadas ao casamento. Pode-se destacar, contudo, que a questão não está pacificada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, entendendo, aqueles que a julgam necessária, que tal subordinação está vinculada à publicidade que se conferiu à união estável,

A exigência legal, portanto, implica que a constituição da hipoteca sobre imóvel integrante do patrimônio de proponentes casados se subordina à outorga uxória. Tal concessão, contudo, não afasta o direito real de habitação do cônjuge outorgante. Conforme destaca Marco Aurélio Bezerra de Melo, tal direito somente pode ser renunciado após a sua efetivação, ou seja, após a morte do cônjuge, nos autos do inventário ou mediante escritura pública.^{256 257}

A forma de lidar com o direito real de habitação, sob a ótica do negócio obrigacional da hipoteca reversa, é trazer o cônjuge ou companheiro para o polo passivo da relação, como codevedor, de forma que o vencimento da obrigação se daria com a morte do último dos devedores. Nesse caso, os valores dos pagamentos seriam calculados de acordo com a probabilidade de morte de ambos os cônjuges, não havendo maiores implicações sobre a eficácia e eficiência do direito real de garantia constituído.

Concretamente, todas as informações necessárias à correta mensuração do risco estariam disponíveis ao credor, quais sejam, a existência de um cônjuge ou companheiro, sua respectiva idade e decisão quanto autorizar ou não a constituição do direito real de garantia sobre o bem imóvel de convívio familiar.

Nesse sentido, não aceitando o cônjuge a integrar a relação obrigacional como codevedor, não haveria a concessão do crédito. Igualmente, sendo o cônjuge muito novo, também se reservaria ao direito de não contratar a instituição mutuante, em observância à lógica própria do negócio e aos riscos a ele vinculados.

Problema surge, todavia, quando a sociedade conjugal se forma após a contratação da hipoteca reversa. *In casu*, o mutuário não era casado ou não vivia sob o regime de união estável quando hipotecou o bem imóvel de sua residência para fins da contratação da hipoteca reversa, mas contraiu matrimônio ou constituiu união estável posteriormente, passando a viver com seu cônjuge ou companheiro no imóvel hipotecado. Ou seja, o cônjuge não concedeu autorização para hipotecar o bem (afinal, sequer tinha relação com o devedor quando da contratação do crédito), tampouco é parte do contrato de mútuo.

Logo, há que se avaliar se o direito real de habitação do cônjuge na situação acima mencionada é oponível em face do credor hipotecário, ou mesmo do arrematante, considerando-

mediante a averbação do contrato de convivência ou da decisão declaratória da existência da união no competente Cartório de Registro de Imóveis. (STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp 1.424.275/MT, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 4.12.14, Dje. 16.12.14)

²⁵⁶ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Op. cit, p. 91.

²⁵⁷ BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Enunciado nº 271: “O cônjuge pode renunciar ao direito real de habitação nos autos do inventário ou por escritura pública, sem prejuízo de sua participação na herança”. III Jornada de Direito Civil.

se a precedência do registro da hipoteca em relação ao direito de habitação, que se efetiva com a morte do devedor.

Quanto a tal aspecto, não obstante Marco Aurélio Bezerra de Melo asseverar “a dificuldade que a hipoteca reversa terá para subsistir frente ao direito real de habitação que compete ao cônjuge ou companheiro sobrevivente”, parece claro que esse direito cinge-se a questões sucessórias, sendo oponível apenas aos descendentes e ascendentes que concorram com o viúvo ou a viúva na sucessão. É o que sugerem, embora sem muita firmeza, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Apesar de poder ser instituído *inter vivos* ou *causa mortis*, o modelo assume relevo no ordenamento jurídico quando do estudo do direito de sucessões, no tocante ao direito real de habitação do cônjuge sobrevivente sobre imóvel residencial da família, **ao concorrer na sucessão com descendentes e ascendentes**, fruto de norma de ordem pública e insuscetível de registro.²⁵⁸ (grifo meu)

Tal entendimento decorre da própria gênese do direito real de habitação, voltado a garantir a solidariedade familiar, de maneira que os filhos somente possam gozar da herança após garantido o direito à moradia de seus genitores.²⁵⁹ Com efeito, o direito real de habitação do cônjuge seria ônus a ser suportado pelos herdeiros do bem, e não por terceiros não integrantes do núcleo familiar.

De toda forma, avaliar-se-á, na próxima seção, como a jurisprudência trata essa controvérsia, investigando-se em que medida o direito real de habitação pode obstar o direito real de garantia do credor ou a própria imissão na posse de arrematante do imóvel hipotecado em processo de execução judicial ou extrajudicial.

d) bem de família

Pertinente ao entendimento do alcance do direito real de habitação do cônjuge é a compreensão das limitações que os bens de família impõem ao exercício do direito de crédito do credor com garantia hipotecária constituída sobre o imóvel familiar. Isso, pois não havendo tutela do direito à moradia dos devedores ainda vivos, pouco razoável seria a tese de que a lei confere tratamento especial a um deles em razão da morte do outro.

Estabelecido o objeto do exame, vale definir o que se tem como bem de família. Trata-se de bem, no patrimônio no núcleo familiar, que está resguardado da responsabilidade

²⁵⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Reais**. Op. cit., p. 979.

²⁵⁹ TASSINARI, Simone Cardoso. Op. cit., p. 2-4.

patrimonial dos proprietários, não respondendo (ou respondendo de forma diferenciada) pelas suas obrigações, “em respeito a valores mais elevados, contidos na cláusula geral de proteção da pessoa humana”.²⁶⁰

Nosso ordenamento prevê duas espécies de bem de família: o convencional, disciplinado pelo Código Civil em seus arts. 1.711 a 1.722; e o bem de família legal, de que trata a Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. Tem, assim, o bem de família natureza jurídica de “forma de afetação de bens a destino especial”, qual seja, “assegurar a dignidade humana dos componentes do núcleo familiar”.²⁶¹

O bem de família convencional depende de ato voluntário dos cônjuges ou da entidade familiar, sendo instituído por escritura pública, testamento ou doação, gerando inalienabilidade e impenhorabilidade, desde que o patrimônio afetado, que deve servir de residência à família, não ultrapasse um terço do patrimônio familiar líquido existente ao tempo da instituição.^{262 263}

Não convém, contudo, no contexto das hipotecas reversas, exame mais detido sobre esse modelo, em razão de, nos procedimentos prévios à contratação, isto é, na avaliação jurídica da própria garantia, restar afastada a possibilidade de utilização de imóvel registrado²⁶⁴ como bem de família para garantir a relação obrigacional que nos importa.

Portanto, passa-se à análise do bem de família legal, cuja impenhorabilidade independe de ato de vontade dos titulares. De acordo com o art. 1º da Lei nº 8.009/90:

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.

Essa impenhorabilidade incide inclusive quando o bem de família é o único bem apto a satisfazer o crédito dos credores dos proprietários, ainda que de alto valor. É o que vem interpretando o STJ, em uma compreensão restritiva e literal da lei de que se cuida.²⁶⁵

²⁶⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. Op. cit., p. 883.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 885.

²⁶² Cf. art. 1.711 do CC/2002: “Art. 1.711. Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial.”

²⁶³ Cf. art. 1.712 do CC/2002: “Art. 1.712. O bem de família consistirá em prédio residencial urbano ou rural, com suas pertencas e acessórios, destinando-se em ambos os casos a domicílio familiar, e poderá abranger valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família.”

²⁶⁴ Cf. art. 1.714 do CC/2002: “Art. 1.714. O bem de família, quer instituído pelos cônjuges ou por terceiro, constitui-se pelo registro de seu título no Registro de Imóveis.”

²⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1351571-SP. Relator: MINISTRO MARCO BUZZI, j. 27.00.2016, DJe. 11.11.2016: “(...) A lei não prevê qualquer restrição à garantia do imóvel como bem de família relativamente ao seu valor, tampouco estabelece regime jurídico distinto no que tange à

Tal atributo, contudo, não é absoluto, não prevalecendo, por exemplo, no caso de execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar, nos termos previstos no inciso V do art. 3º da mesma lei.²⁶⁶

Resta evidente, pois, que a lei confere suficiente resguardo ao direito do credor hipotecário, não permitindo que os devedores se escorem no direito à moradia para afastar a possibilidade de satisfação do crédito a partir da alienação do bem voluntariamente hipotecado. Não se trata de renúncia à impenhorabilidade, posto ser tal direito irrenunciável, mas de se salvaguardar interesses igualmente dignos de tutela por meio da técnica da proporcionalidade.

Diante da exceção legal, não representa o bem de família limitante à contratação das operações de hipoteca reversa, sugerindo-se, também, que o direito real de habitação não seria oponível em relação aos terceiros credores, pois se não há tal tutela para o núcleo familiar completo, igual razão não haveria para se proteger apenas o cônjuge sobrevivente.

De todo modo, na próxima seção se discutirá o tratamento conferido pela jurisprudência também aos bens de família, verificando-se em que medida poderiam impor riscos às partes da operação de que se cuida.

3.3.2 Implicações associadas ao negócio jurídico obrigacional

Quando se discutiu o risco de longevidade, isto é, o risco de o mutuário viver mais do que o estimado pelo mutuante, e suas implicações sobre o risco de descasamento, que representa a possibilidade de o valor da dívida superar o valor do imóvel dado em garantia, destacou-se que a forma mais eficiente de se lidar com o problema é a discriminação dos pretendentes ao crédito em função da idade. Por discriminação, tenha-se a aptidão da instituição mutuante de estabelecer condições diferenciadas para as operações de hipoteca reversa em função da idade do pretendente ao crédito.

Especificamente, observou-se que os contratos que preveem a concessão de renda vitalícia tendem, por suas características, a serem ofertados apenas para pessoas de maior idade, diante do maior risco de descasamento caso participem do negócio pretendentes mais novos.

Igualmente, discutiu-se que, diante das limitações da própria hipoteca, quais sejam, do prazo trintenário que enseja a sua perempção, e do prazo vintenário para renovação da

impenhorabilidade, ou seja, os imóveis residenciais de alto padrão ou de luxo não estão excluídos, em razão de seu valor econômico, da proteção conferida aos bens de família consoante os ditames da Lei 8009/90. "

²⁶⁶ Cf. art. 3º, inciso V da Lei nº 8.009/1990: "Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: (...) V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;"

especialização, o mercado tenderia a ofertar hipotecas reversas temporárias para idosos “mais jovens”, reservando a hipoteca reversa vitalícia apenas para aqueles com menor tempo de sobrevida.

Posto isto, o último risco à viabilidade jurídica das hipotecas reversas a ser analisado diz respeito à possibilidade de a prática discriminatória que se vislumbra vir a ser considerada ilícita ou abusiva.

Quanto à possível ilicitude, importa destacar que a Lei nº 10.741, de 2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso, tipifica como crime discriminar pessoa idosa, impedindo ou dificultando seu acesso a operações bancárias, aos meios de transporte, ao direito de contratar ou por qualquer outro meio ou instrumento necessário ao exercício da cidadania, por motivo de idade. A lei comina como pena para a conduta ilícita reclusão de seis meses a um ano e multa.²⁶⁷

Conquanto a discriminação de que ora se cuida seja às avessas, beneficiando idosos de maior idade em detrimento daqueles com idade mais próxima do marco inicial estabelecido pelo Estatuto do Idoso (60 anos)²⁶⁸, de fato o que se propõe é a possibilidade de as instituições financeiras estabelecerem em suas políticas de crédito critérios mais restritivos em função da idade do pleiteante. Sendo esse pleiteante idoso, é razoável supor que surjam questionamentos quanto à licitude da prática.

Outra questão relacionada à mesma conduta é a verificação se a recusa do crédito, ou seu oferecimento em condições mais restritivas, pode se qualificar como prática abusiva, nos termos referidos no art. 39, inciso III, do CDC, *verbis*:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

(...)

II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;²⁶⁹

Insta saber, na situação que se propõe, se a postura em comento se insere na liberdade de contratar (ou de não contratar) das instituições financeiras e de estabelecer os requisitos que julgarem necessários à maximização da probabilidade de satisfação do crédito, ou se poderia

²⁶⁷ Cf. art. 96 do Estatuto do Idoso: “Art. 96. Discriminar pessoa idosa, impedindo ou dificultando seu acesso a operações bancárias, aos meios de transporte, ao direito de contratar ou por qualquer outro meio ou instrumento necessário ao exercício da cidadania, por motivo de idade: Pena - reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa. (...)”

²⁶⁸ Cf. art. 1º do Estatuto do Idoso: “Art. 1º É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.”

²⁶⁹ Cf. art. 39, inciso III, do CDC.

ser qualificada como prática abusiva, punível administrativamente e capaz de gerar o dever de indenizar.

São esses os riscos à viabilidade jurídica que serão examinados sob a ótica jurisprudencial na seção subsequente. Por certo não esgotam todos os riscos aqui propostos e tampouco exaurem todos os litígios que podem surgir a partir desse tipo de negócio jurídico, mas são aqueles considerados como mais problemáticos, razão pela qual se prestam como referência.

4. JURISPRUDÊNCIA, REGULAÇÃO E VIABILIDADE JURÍDICA DA HIPOTECA REVERSA

Nesta seção se examina o tratamento que a jurisprudência confere a cinco questões capazes de comprometer a viabilidade jurídica das operações de hipoteca reversa, são elas: i) a contratação obrigatória de seguros; ii) a efetividade e a eficiência da hipoteca como garantia real; iii) a oponibilidade do direito real de habitação contra terceiros; iv) os efeitos do bem de família sobre a hipoteca; e v) a aptidão da instituição credora de discriminar proponentes com base na sua idade.

Além da avaliação jurisprudencial, analisa-se em que medida as características da hipoteca reversa são consonantes com a regulação financeira expedida pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil. Mais do que isso. Investigar-se-á se as normas infralegais que visam garantir a transparência dos produtos financeiros e a sua adequação às necessidades dos clientes são suficientes para oferecer a segurança que a hipoteca reversa requer.

Por fim, examina-se a necessidade e a conveniência de se editar normas legais e infralegais específicas para disciplinar a oferta deste produto financeiro, de maneira que o arcabouço legal e regulamentar ou viabilizem o mercado ou a ele se antecipem, servindo de catalizadores do surgimento de operação ainda inexistente.

4.1 Aspectos jurisprudenciais

Cuida-se, aqui, de se confrontar os elementos de sustentação da hipoteca reversa com a jurisprudência pátria, considerando-se a ausência de suporte jurisprudencial como condição suficiente a caracterizar a inviabilidade jurídica da hipoteca reversa.

Essa abordagem se baseia na analogia, de maneira que o que se verificará é como nossos tribunais vem entendendo situações similares àquelas que importam à hipoteca reversa, o que oferece uma pista de como seriam tratadas as questões controversas de tal produto caso sua oferta se inicie no Brasil sem uma estrutura legal ou regulamentar específica.

4.1.1 Seguro obrigatório

Por meio do seguro, as instituições credoras dos contratos de hipoteca reversa conseguem lidar, simultaneamente, com os riscos de descasamento, longevidade e de desvalorização do imóvel. São os seguros, assim, não só mitigadores de risco, mas alicerces das operações de hipoteca reversa, de forma que, reconhecendo-se a exigência da sua contratação como venda casada, comprometida estaria a viabilidade jurídica do modelo paradigma.

Como o objeto do presente trabalho é um produto financeiro que não é comercializado no Brasil, a investigação jurisprudencial tomará como base o tratamento que o Poder Judiciário vem conferindo a situações análogas, isto é, às situações fáticas nas quais instituições financeiras condicionam a concessão de crédito, de qualquer espécie, à contratação de apólices de seguros, de qualquer tipo.

A bem dizer, a prática de condicionar a oferta de crédito à contratação de seguros não é de observação tão clara e de subsunção tão evidente ao que dispõe o CDC. No mais das vezes, o que se verifica é a diferenciação de encargos financeiros entre mutuários que contratam ou não referido serviço. Ou seja, o consumidor, em tese, possuiria liberdade de escolha quanto à contratação ou não do seguro, mas, optando por não contratar, teria acesso apenas a condições menos vantajosas de crédito.

O que também ocorre com frequência é que as instituições financeiras condicionem a concessão do crédito mais vantajoso não só à adesão ao contrato de seguro, mas à contratação de apólice oferecida por seguradora integrante do seu próprio conglomerado econômico, cerceando-se a liberdade de escolha do mutuário quanto a qual apólice de seguro aderir.

Em relação ao primeiro aspecto, qual seja, o de vincular a concessão do crédito à contratação de seguro, são inúmeros os acórdãos e decisões monocráticas, inclusive do STJ, qualificando a prática como “venda casada”, encontrando-se bem consolidada a tese de que tal comportamento representa afronta ao que estabelece o CDC. Vale consignar que esse

entendimento não adentra na discussão acerca da legitimidade de se vincular a contratação do seguro para efeito de diferenciação das condições da operação de crédito.^{270 271 272 273}

Sobre o mesmo tema, e também sobre o segundo aspecto, qual seja, de se vincular que a contratação do seguro se dê em seguradora do mesmo grupo econômico do credor, a Segunda Seção do STJ, ao julgar sob o rito dos recursos repetitivos o REsp. 1.639.320 e o REsp. 1.639.259, ambos de relatoria do ministro Paulo de Tarso Sanseverino, firmou tese que consolida entendimento sobre a controvérsia.

In casu, a instituição credora, embora não vinculasse a concessão do crédito à aquisição de seguro (de proteção financeira²⁷⁴), fazia prever nos contratos de adesão – uma vez havendo decisão do mutuário pela proteção, com os benefícios dessa decisão decorrentes (taxas de juros mais vantajosas) – cláusula que estipulava, como fornecedora da apólice, entidade seguradora integrante do mesmo grupo econômico do credor, inexistindo ressalva quanto à possibilidade de contratação de outra seguradora, à escolha do consumidor.

No que concerne a essa obrigatoriedade de contratação com seguradora do mesmo grupo econômico, firmou-se a seguinte tese: “nos contratos bancários em geral, o consumidor não pode ser compelido a contratar seguro com a instituição financeira ou com seguradora por ela indicada.”²⁷⁵

²⁷⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 990.10.121372-9 Comarca de Jales 21ª Câmara de Direito Privado. Relator: ITAMAR GAINO, j. 28.07.2010: “Contrato bancário. Mútuo. Desconto em folha. Seguro de vida. Venda casada. Código de Defesa do Consumidor. É vedado à instituição financeira impor a aquisição de seguro como condição para concessão de empréstimo.”

²⁷¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação nº 990.10.121372-9 Comarca de Bagé 20ª Câmara Cível. Relator: DILSO DOMINGOS PEREIRA, j. 08.08.2018, DJe. 21.08.2018: “APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO DE COBRANÇA. VENDA CASADA. SEGURO PRESTAMISTA. PRÁTICA ABUSIVA. RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO. I. DA VENDA CASADA: Caso em que o Banco demandado não logrou demonstrar que a autora poderia ter optado por não pactuar os seguros prestamistas quando da celebração do contrato de mútuo. Venda casada que constitui prática abusiva, afrontando o contido no art. 39, I, do CDC, e ensejando a restituição dos valores cobrados.”

²⁷² MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação nº 1.0024.13.378134-4/002 Comarca de Belo Horizonte 10ª Câmara Cível. Relator: CABRAL DA SILVA, j. 26.08.2015, DJ. 02.09.2015: “(...) relativamente a celebração de seguro de proteção financeira, tal disposição não pode ser tolerada, já que consubstancia venda casada. Ressalto que o contrato de financiamento é de adesão e que o seguro consta como uma de suas disposições. Não se pode, de tal contexto, concluir que a parte autora de maneira livre e espontânea externou sua vontade, optando por celebrar, também, esta contratação, a qual, esclareço, trata-se de negócio jurídico inteiramente diferente do financiamento. Este procedimento imputa ao consumidor a contratação que não quer, mas acaba firmando por coação ou puro desconhecimento, tendo em vista a inobservância do princípio da transparência pelo agente financeiro. O procedimento implementado pela ré é vedado de maneira expressa pelo art. 39, I do CDC, sendo, portanto, nulo.”

²⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.853.157 - RO. Relator: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, j. 11.03.2020, DJe. 24.03.2020: “(...) 2. O contrato de seguro acessório ao contrato de financiamento, quando de adesão obrigatória, constitui-se em verdadeira venda casada, prática vedada em nosso sistema.”

²⁷⁴ Tal seguro oferece cobertura sobre a totalidade do valor devido, honrando a obrigação vinculada à operação de crédito na hipótese de morte, invalidez permanente ou de despedida involuntária do devedor.

²⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.639.259-SP. Relator: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO, j. 12.12.2018, DJe. 17.12.2018: “RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. TEMA

Essa tese deriva de jurisprudência também já consolidada no STJ acerca da obrigatoriedade da contratação de seguros de vida e invalidez permanente, bem como contra o risco de dano físico do imóvel, nas operações de financiamento habitacional contratadas no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), de que trata a Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964.²⁷⁶

No contexto do mercado imobiliário, a legislação sempre fez prever a contratação desses seguros como condição obrigatória para a concessão de financiamentos habitacionais.²⁷⁷ Todavia, os agentes financeiros vinculavam a concessão do financiamento à aquisição de apólice exclusivamente em seguradora integrante do mesmo conglomerado econômico a que pertenciam.

A justificativa do segmento financeiro era de que não havia disponibilidade do produto securitário em mercado nas condições que lhe conferissem a proteção que buscava a lei ao tornar obrigatória a cobertura. Isso, porque, quando do estabelecimento da exigência legal, foi instituída apólice específica a oferecer proteção a todos os agentes financeiros que operavam no Sistema – o seguro habitacional do SFH, cujo equilíbrio era assegurado pelo Fundo de Compensações de Variações Salariais.²⁷⁸

Dessa maneira, quando se desvinculou a contratação dos financiamentos da contratação de apólice específica do SFH, nos termos da Medida Provisória nº 2.197-43, de 21

972/STJ. Direito Bancário. Despesa de pré-gravame. Validade nos contratos celebrados até 25/02/2011. Seguro de proteção financeira. Venda casada. Restrição à escolha da seguradora. Analogia com o entendimento da súmula 473/stj. Descaracterização da mora. Não ocorrência. Encargos acessórios. (...) 2. Teses fixadas para os fins do art. 1.040 do CPC/2015: (...) 2.2 - **Nos contratos bancários em geral, o consumidor não pode ser compelido a contratar seguro com a instituição financeira ou com seguradora por ela indicada. (...)**” (GRIFOS MEUS)

²⁷⁶ BRASIL. Lei n. 4.380, de 21 de agosto de 1964. Institui a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, o sistema financeiro para aquisição da casa própria, cria o Banco Nacional da Habitação (BNH), e Sociedades de Crédito Imobiliário, as Letras Imobiliárias, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo e dá outras providências. Brasília, DF, ago. 1964.

²⁷⁷ Cf. arts. 14 da Lei nº 4.380/64; 20 do Decreto-Lei nº 73/66, 2º da Medida Provisória nº 2.197-43/2001; e 79 da Lei nº 11.977/2009.

²⁷⁸ O Fundo de Compensação de Variações Salariais foi um fundo criado pelo extinto Banco Nacional da Habitação (Resolução do Conselho de Administração nº 25/67) para fazer frente aos riscos associados à contratação de operações de financiamento imobiliário de longo prazo num contexto hiperinflacionário. A fim de evitar que as prestações dos mutuários sofressem, de forma imediata, toda incidência da flutuação inflacionária, diversas regras legais e infralegais foram criadas no sentido de vincular a variação das prestações a limites de comprometimento de renda ou a limites vinculados à própria variação salarial do mutuário. Eram os chamados Planos de Equivalência Salarial (Decreto-Lei nº 2.164/84) e de Comprometimento de Renda (Lei nº 8.692/93). Na lógica desses planos, havia um descasamento entre a periodicidade e o índice aplicável à atualização das prestações e aqueles aplicáveis à atualização do saldo devedor, de maneira que, no termo final dos contratos, havia saldo devedor residual que era suportado pelo FCVS.

de agosto de 2001²⁷⁹ ²⁸⁰, o mercado não dispunha de suficiente desenvolvimento para ofertar, de forma ampla, seguros que atendessem às necessidades dos agentes financeiros.

Por essa razão, diante da obrigatoriedade existente não só de vincular a contratação do financiamento à aquisição de apólice de seguro não disponível em mercado, mas de contratar percentual mínimo de operações de financiamento a partir do saldo de depósitos de poupança captados²⁸¹, os agentes financeiros se anteciparam ao mercado securitário, passando eles próprios a ofertar o seguro que lhes era obrigatório.

Feito esse preâmbulo, decidiu o STJ que, “a despeito da aquisição do seguro ser fator determinante para o financiamento habitacional, a lei não determina que a apólice deva ser necessariamente contratada frente ao próprio mutuante ou seguradora por ele indicada”. Ademais, entendeu que tal procedimento “caracteriza a denominada “venda casada”, expressamente vedada pelo art. 39, I, do CDC, que condena qualquer tentativa do fornecedor de se beneficiar de sua superioridade econômica ou técnica para estipular condições negociais desfavoráveis ao consumidor, cerceando-lhe a liberdade de escolha.”²⁸²

Outro caso interessante, julgado pelo STJ, diz respeito à possibilidade de uma administradora de cartões de crédito exonerar-se de risco próprio ao negócio, qual seja, a

²⁷⁹ BRASIL. Medida Provisória n. 2.197-43, de 21 de agosto de 2001. Dispõe sobre a adoção de medidas relacionadas com o Sistema Financeiro da Habitação - SFH, altera as Leis nos 4.380, de 21 de agosto de 1964, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.692, de 28 de julho de 1993, e dá outras providências. Brasília, DF, ago. 2001.

²⁸⁰ Cf. art. 2º da MP nº 2.197-43/2001: “Art. 2º Os agentes financeiros do SFH poderão contratar financiamentos onde a cobertura securitária dar-se-á em apólice diferente do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação, desde que a operação preveja, obrigatoriamente, no mínimo, a cobertura relativa aos riscos de morte e invalidez permanente.”

²⁸¹ Cf. art. 15 da Resolução nº 4.676, de 31 de julho de 2018: “Art. 15. Os recursos captados em depósitos de poupança pelas entidades integrantes do SBPE [Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo] devem ser aplicados de acordo com os seguintes percentuais: I - 65% (sessenta e cinco por cento), no mínimo, em operações de financiamento imobiliário (...)”. Convém destacar que essa é a regulamentação em vigor, todavia, desde a instituição do SFH, pela Lei nº 4.380/64, exige-se a contratação de percentual mínimo de operações imobiliárias considerados os saldos captados de depósitos de poupança.

²⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 804202-MG. Relatora: MINISTRA NANCY ANDRIGHI, j. 19.08.2008, DJe. 03.09.2008: SFH. SEGURO HABITACIONAL. CONTRATAÇÃO FRENTE AO PRÓPRIO MUTUANTE OU SEGURADORA POR ELE INDICADA. DESNECESSIDADE. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. VENDA CASADA. - Discute-se neste processo se, na celebração de contrato de mútuo para aquisição de moradia, o mutuário está obrigado a contratar o seguro habitacional diretamente com o agente financeiro ou com seguradora por este indicada, ou se lhe é facultado buscar no mercado a cobertura que melhor lhe aprouver. - O seguro habitacional foi um dos meios encontrados pelo legislador para garantir as operações originárias do SFH, visando a atender a política habitacional e a incentivar a aquisição da casa própria. A apólice colabora para com a viabilização dos empréstimos, reduzindo os riscos inerentes ao repasse de recursos aos mutuários. - Diante dessa exigência da lei, tornou-se habitual que, na celebração do contrato de financiamento habitacional, as instituições financeiras imponham ao mutuário um seguro administrado por elas próprias ou por empresa pertencente ao seu grupo econômico. - A despeito da aquisição do seguro ser fator determinante para o financiamento habitacional, a lei não determina que a apólice deva ser necessariamente contratada frente ao próprio mutuante ou seguradora por ele indicada. - Ademais, tal procedimento caracteriza a denominada “venda casada”, expressamente vedada pelo art. 39, I, do CDC, que condena qualquer tentativa do fornecedor de se beneficiar de sua superioridade econômica ou técnica para estipular condições negociais desfavoráveis ao consumidor, cerceando-lhe a liberdade de escolha.

ocorrência de fraudes que permitam a terceiros efetuar compras com os cartões dos clientes da administradora, imputando exclusivamente a esses o custo de apólice de seguro que ofereça cobertura contra tal sinistro.

Entendeu a relatora, Ministra Nancy Andrichi, que mesmo que a contratação do seguro tenha sido realizada por opção livre e consciente do consumidor, e ainda que o valor do prêmio pago fosse de pequena monta, o fornecedor do serviço estaria repassando ao consumidor risco que é de sua responsabilidade, diluindo o ônus do pagamento do prêmio entre todos os consumidores de seus serviços.

Por conseguinte, julgou a cláusula existente no contrato firmado entre as partes, que transferia a responsabilidade pelo pagamento dos prêmios ao consumidor, como claramente abusiva, pois impunha exclusivamente ao cliente risco inerente ao serviço financeiro.

Nada obstante, abriu-se divergência, que foi seguida pela maioria, no sentido de que, além de o seguro não ser obrigatório, o consumidor é livre para acautelar-se de todo e qualquer risco, ainda que a responsabilidade por eventuais prejuízos não possa a ele ser imputada, até mesmo como forma de evitar discussões no âmbito judicial.²⁸³

O julgado é pertinente porquanto o que buscaria uma instituição credora ao estipular a obrigatoriedade da contratação de seguro, no contexto das hipotecas reversas, seria se exonerar, ao menos em parte, dos riscos próprios ao seu negócio de intermediação financeira.

Embora a decisão do STJ, no caso específico, tenha sido pela não abusividade da cláusula contratual que imputava ao cliente todo o custo pela contratação da apólice, deixou-se margem para eventual revisão, sob o possível argumento de o seguro não atender a nenhum interesse do cliente (o que não foi avaliado por depender de exame probatório).

Vale registrar, por oportuno, que o acórdão destacou caber ao consumidor avaliar, de modo livre e consciente, a conveniência de sua adesão ao respectivo contrato de seguro, sob pena de se configurar “venda casada”, com afronta ao CDC.

Ante todo o exposto, parece razoavelmente claro que as instituições credoras em operações de hipoteca reversa não conseguiriam impor aos clientes, por mais meritória que seja a imputação, a obrigatoriedade de contratação dos seguros que lhes são típicos, sob pena de prática de conduta abusiva e de infração à ordem econômica.

²⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.737.411 - SP. Relatora: MINISTRA NANCY ANDRIGHI, j. 26.03.2019, DJe. 12.04.2019: “(...)4. O só fato de não estar a responsabilidade das instituições bancárias fundada no risco integral basta para justificar a contratação de seguros, cabendo ao consumidor avaliar de modo livre e consciente a conveniência de sua adesão ao respectivo contrato, desde que não configuradas as hipóteses de venda casada, inclusão de serviço não solicitado ou com informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.”

Nesse sentido, seria necessário comando legal ou tornando obrigatória a contratação do seguro ou permitindo expressamente às instituições financeiras vincularem a concessão dessa espécie de mútuo à aquisição das apólices que lhes são pertinentes.

Uma possibilidade seria tomar como inspiração o art. 79 da Lei nº 11.977, de 2009, que trata da obrigatoriedade da contratação de seguro para a concessão de financiamentos imobiliários pelas instituições integrantes do SFH, adaptando-lhe para o caso de que se cuida, da seguinte forma:

Art. X. O credor poderá condicionar a concessão da hipoteca reversa à contratação de seguros com cobertura contra os riscos de dano físico do imóvel hipotecado e de longevidade do devedor.

§ 1º Para efeito do disposto no **caput**, o credor, respeitada a livre escolha do pretendente à hipoteca reversa, deverá:

I - disponibilizar, na qualidade de estipulante e beneficiário, quantidade mínima de apólices emitidas por entes seguradores diversos;

II - aceitar apólices individuais apresentadas pelos pretendentes à hipoteca reversa, desde que o ente segurador cumpra as condições estabelecidas pelo Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP, para apólices direcionadas a operações da espécie.

Convém ressaltar mais uma vez que não existe regulamentação no Brasil dispendo sobre apólice de seguro contra o risco de longevidade, o que torna necessário, além da disciplina legal acerca da possibilidade de vinculação da concessão do crédito à aquisição do seguro, disciplina infralegal do próprio seguro, que surgiria na esteira do desenvolvimento das operações hipotecárias reversas.

4.1.2 Garantia hipotecária

De acordo com o que já se destacou, até com certa recorrência, o sucesso da hipoteca reversa está diretamente ligado não apenas à solidez da garantia, mas à eficiência do processo de execução, que deve ser célere e efetivo, no sentido de viabilizar a satisfação do crédito tanto pela via executiva como pelo aumento da propensão a pagar dos devedores, diante da certeza de a alternativa ao pagamento ser perda do bem hipotecado.

Sobre esse último aspecto, do aumento da propensão a pagar, convém um breve interlúdio sobre o processo de execução extrajudicial da alienação fiduciária de coisa imóvel, instituído junto com o próprio instrumento de garantia pela Lei nº 9.514, de 20 de novembro de

1997.²⁸⁴ Isso, pois muitos dos problemas de que padece o processo de execução, e que serão abordados a seguir, foram corrigidos no procedimento extrajudicial relativo à alienação, conferindo eficácia e eficiência à modalidade de garantia real, o que a tornou quase hegemônica no mercado imobiliário.²⁸⁵

Quanto a esse aspecto, vale o registro de uma estatística que reforça a importância das garantias para as operações de crédito, qual seja, a do percentual de execuções extrajudiciais iniciadas que culminam na consolidação da propriedade em nome do credor, ou seja, aquelas em que não ocorre a purgação da mora pelo devedor.

A partir de dados disponibilizados pelo Registro de Imóveis do Brasil, a Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas elaborou indicador, para os estados de São Paulo e do Rio de Janeiro, demonstrando que do total de execuções extrajudiciais iniciadas, apenas 7%, em média, chegam ao ponto da consolidação da propriedade. Em outras palavras, 93% das execuções extrajudiciais de alienações fiduciárias não chegam a termo simplesmente porque o devedor se antecipa e purga a mora antes da consolidação da propriedade, isto é, antes mesmo de ser intimado para a realização do leilão.

Essa estatística é altamente intuitiva como indicador da efetividade de uma garantia, na medida em que pode se relacionar com o efeito persuasivo da alienação fiduciária, que leva a um aumento da propensão de adimplemento do crédito pelo devedor.

Por certo, trata-se apenas de uma hipótese, que precisa ser mais bem investigada, com a introdução de variáveis de controle que possam isolar efeitos de outros elementos, num exercício econométrico específico que foge ao escopo deste trabalho. Todavia, são bem documentados os efeitos positivos das garantias sobre a oferta de crédito, assim como sobre a redução da inadimplência e das taxas de juros, não havendo inovação ao se correlacionar a celeridade do processo de execução extrajudicial com a própria redução do inadimplemento.²⁸⁶

287 288

Concluído o interlúdio, passa-se à avaliação da jurisprudência relacionadas à execução extrajudicial da hipoteca.

²⁸⁴ BRASIL. Lei n. 9.514, de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Brasília, DF, nov. 1997.

²⁸⁵ FUNDAÇÃO INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS. Indicadores do Registro Imobiliário: Informe Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.registrodeimoveis.org.br/portal-estatistico-registral>. Acesso em: 12 jun. 2020.

²⁸⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof. Op. cit.

²⁸⁷ RODRIGUES, Eduardo; TAKEDA, Tony; ARAÚJO, Aloísio. Qual o Impacto das Garantias Reais nas Taxas de Juros de Empréstimos Bancários no Brasil? Uma breve avaliação com base nos dados do SCR. **Economia Bancária e Crédito**, Brasília, v. 5, 2004.

²⁸⁸ THAKOR, Anjan V.; UDELL, Gregory F. Secured lending and default risk: equilibrium analysis, policy implications and empirical results. **The Economic Journal**, [s.i.], v. 101, n. 406, p. 458-472, 1991.

a) notificação pessoal do devedor

São dois os momentos no processo de execução extrajudicial nos quais deve haver a notificação ou a intimação do devedor, conforme disciplina do Decreto-Lei nº 70/66: i) notificação para purgar a mora, nos termos do art. 31, §1º; e ii) intimações quanto à realização dos leilões, conforme art. 32, §§ 1º e 2º.

Conforme já tratado, a controvérsia que se impõe diz respeito à necessidade de a notificação e as intimações serem pessoais, sob pena de se tornar nulo o procedimento expropriatório extrajudicial.

Quanto à notificação para a purgação da mora, esta é promovida pelo agente fiduciário por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos. O primeiro ponto a ser enfrentado é se essa notificação deve ser pessoal ou basta a expedição de notificação para o endereço do imóvel adquirido.²⁸⁹ A segunda questão é a admissibilidade da notificação editalícia, se frustrada a notificação pessoal, conforme expressamente prevista no Decreto-Lei nº 70/66, em seu art. 31, § 2º.²⁹⁰

Em relação aos dois aspectos, a jurisprudência parece assentada no sentido de que o devedor deve ser pessoalmente notificado, sendo necessária a sua assinatura a fim de que reste claro que foi cientificado para purgar a mora ou adotar, tempestivamente, as medidas judiciais cabíveis para sustar o processo de execução extrajudicial. Ademais, não se impõe óbices à notificação por edital, muito embora se admita a sua utilização apenas “quando realizadas várias tentativas de notificação pessoal”.^{291 292}

²⁸⁹ Cf. § 1º do art. 31 do Decreto-Lei nº 70/66: “(...) § 1º Recebida a solicitação da execução da dívida, o agente fiduciário, nos dez dias subsequentes, promoverá a notificação do devedor, por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos, concedendo-lhe o prazo de vinte dias para a purgação da mora.”

²⁹⁰ Cf. § 2º do art. 31 do Decreto-Lei nº 70/66: “(...) § 2º Quando o devedor se encontrar em lugar incerto ou não sabido, o oficial certificará o fato, cabendo, então, ao agente fiduciário promover a notificação por edital, publicado por três dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local, ou noutro de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária.”

²⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Agravo nº 1140124-SP. Relator: MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI, j. 02.06.2010, DJe. 21.06.2010: “(...) 1. Nos termos estabelecidos pelo parágrafo primeiro do art. 31 do DL 70/66, a notificação pessoal do devedor, por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos, é a forma normal de cientificação do devedor na execução extrajudicial do imóvel hipotecado. Todavia, frustrada essa forma de notificação, é cabível a notificação por edital, nos termos parágrafo segundo do mesmo artigo, inclusive para a realização do leilão. (...)”.

²⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1388674-PE. Relator: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 03.04.2014, DJe. 11.04.2014: “(...)1. A execução extrajudicial, apesar de possuir regras próprias, reconhecidamente recepcionadas pela Constituição (cf. RE 223075, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, DJ 06-11-1998) não há de ser realizada ao arpejo do devido processo legal. Conforme previsto no art. 31 do Decreto-lei nº 70/66, a notificação pessoal, por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos, é o meio legítimo de cientificação do devedor na execução extrajudicial do imóvel hipotecado. 2. Apenas nos casos em que realizadas várias tentativas de intimação, por meio de expedição de avisos de cobrança e carta de notificação por oficial de cartório - e consequente lavratura de

De se destacar decisão recente do STJ, em sede de Recurso Especial, no sentido de que não descaracteriza a necessária notificação pessoal, para efeito de purgação de mora, o fato de o Aviso de Recebimento ter sido assinado por terceiro que não o devedor.²⁹³

Esclarecido posicionamento jurisprudencial hodierno em relação à notificação para a purgação da mora, insta saber se esse procedimento também há de ser verificado quanto às datas de realização dos públicos leilões, que marcam a última oportunidade para purgação da mora antes da expropriação do imóvel hipotecado.^{294 295}

Com relação a esse último aspecto, também converge a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, “tratando-se de execução extrajudicial sob o regime do Decreto-Lei n. 70/66, o devedor deve ser intimado pessoalmente do dia, hora e local da realização do leilão do imóvel objeto do contrato”.²⁹⁶ Importa destacar que a necessidade de notificação pessoal sempre foi o entendimento do STJ, que evoluiu apenas no sentido de admitir a notificação editalícia quando esgotados os meios de promoção da notificação pessoal.²⁹⁷

certidão com a constatação de que o devedor encontra-se em lugar incerto e não sabido-, será válida a notificação por edital, nos termos do § 2º do art. 31 daquele Decreto-lei.”

²⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1195871-RJ. Relator: MINISTRO RAUL ARAÚJO, j. 14.02.2017, DJe. 08.03.2017: “(...) O fato de o AR ter sido assinado por terceiros, a meu ver, não descaracteriza a notificação pessoal, uma vez que as referidas notificações foram entregues no mesmo endereço constante do contrato e relativo ao imóvel cuja execução ora se discute e também declarado na inicial como domicílio do autor (Rua Sérgio Cunha, 71, bl. 14, ap 312, Cosmorama, Nova Iguaçu/RJ). Aliás, cabe observar que é muito raro, atualmente, as correspondências serem recebidas pelo próprio morador, sendo mais comum o recebimento pelo porteiro. Tendo em vista esta circunstância, o próprio CPC, em seu art. 238, parágrafo único, passou a prever, a partir da modificação introduzida pela Lei 11.382, de 06/12/2006, que se presume válida a intimação recebida no endereço declinado pelas partes. Além disso, o AR da notificação para purgação da mora foi recebido pela mesma pessoa que havia assinado diversos dos AR's anteriores dirigidos ao mutuário, sendo que nas ocasiões anteriores o mutuário se dirigiu à CEF para renegociar o contrato. (...)”

²⁹⁴ Cf. art. 32 do Decreto-Lei 70/66: “Art. 32. Não acudindo o devedor à purgação do débito, o agente fiduciário estará de pleno direito autorizado a publicar editais e a efetuar no decurso dos 15 (quinze) dias imediatos, o primeiro público leilão do imóvel hipotecado.”

²⁹⁵ Cf. art. 34 do Decreto-Lei 70/66: “Art. 34. É lícito ao devedor, a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação, purgar o débito, totalizado de acordo com o artigo 33, e acrescido ainda dos seguintes encargos: (...)”

²⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 151103-PA. Relator: MINISTRO JOSÉ DELGADO, j. 03.02.1998, DJ. 27.04.1998: “(...) 2 - para a realização de leilão extrajudicial decorrente de não cumprimento do contrato de hipoteca e indispensável a previa notificação do devedor hipotecário, na forma do art. 31 e parágrafos do DL n. 70/66. (...)”

²⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Agravo Interno no Recurso Especial nº 151103-PA. Relator: MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI, j. 06.02.2020, DJ. 13.02.2020: “(...)1. É pacífica a jurisprudência do STJ segundo a qual, no regime de execução extrajudicial do Decreto-Lei nº 70/1966, somente é legítima a publicação de edital, inclusive da realização do leilão, quando frustrada a tentativa de notificação pessoal do devedor por meio do Cartório de Título e Documentos. Precedentes.”

b) valor mínimo de alienação do imóvel hipotecado

Consoante ao já discutido, o valor mínimo para expropriação do bem no contexto da execução extrajudicial da hipoteca não se relaciona com o valor de mercado do imóvel, e sim com o valor da dívida e dos acréscimos que o Decreto-Lei nº 70/66 prevê expressamente. Mais do que isso. Se não se atingir esse valor no primeiro leilão, admite-se a venda do imóvel, no segundo leilão, pelo maior lance efetuado, ainda que inferior ao valor da dívida, facultando-se ao credor cobrar eventual diferença pela via executiva.

Trata-se de um tema tormentoso, que vem provocando constantes mudanças de posicionamento do STJ, conforme demonstra, em sua tese de doutoramento, Humberto Bara Bresolin.²⁹⁸ A razão, conforme já se mencionou, é o fato de a alienação ou a adjudicação considerando o valor da dívida, possibilitar o enriquecimento sem causa do credor às custas do devedor, notadamente em virtude de o montante remanescente da dívida ainda poder ser cobrado.

Sobre tal controvérsia, em 2005, a jurisprudência do STJ²⁹⁹ era no sentido de que a avaliação prévia do imóvel era “ato imprescindível ao processo de execução extrajudicial de hipoteca vinculada ao SFH”, disciplinado pelo Decreto-Lei nº 70/66. Consignou o Tribunal, que a “avaliação, apesar de não prevista naquele DL, tem sua importância revelada pela necessidade de garantia da regular alienação do bem hipotecado para afastar eventual preço irrisório ou vil.”³⁰⁰

Ao final de 2010, contudo, o STJ reviu o entendimento, passando a considerar a avaliação descabida e incompatível com os procedimentos estabelecidos pelo Decreto-Lei nº 70/66, principalmente pelo fato de que o valor de referência, para efeito de alienação do imóvel, ser o valor da dívida e não o valor do imóvel, sendo:

[...] possível o controle de legalidade do procedimento, durante o seu próprio curso, pelos meios processuais adequados, ou, após o seu desfecho, mediante a propositura de ação de anulação da execução extrajudicial, no âmbito da qual pode ser requerida antecipação de tutela ou ajuizada medida cautelar incidental.³⁰¹

²⁹⁸ BRESOLIN, Humberto Bara. Op. cit, p. 120.

²⁹⁹ Cf. Informativo de Jurisprudência nº 0245.

³⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial nº 480475-RS. Relator: MINISTRO BARROS MONTEIRO, j. 03.05.2005, DJ. 05.06.2006: “(...)tanto quanto na execução judicial prevista na Lei n. 5.741, de 1º.12.71, na execução hipotecária extrajudicial instituída pelo Decreto-Lei n. 70, de 21.11.66, a prévia avaliação do imóvel a ser alienado constitui uma exigência para garantia do mutuário e de terceiros eventualmente interessados.”

³⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial nº 1147713-PB. Relator: MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI, j. 23.11.2010, DJe. 15.12.2010: “(...)2. O rito da execução extrajudicial disciplinada pelo Decreto-lei 70/66, reiteradamente proclamado compatível com a Constituição de 1988 pelo STF,

Nada obstante, em 2012, houve novo recuo do Tribunal Superior, que voltou a entender necessária a avaliação do imóvel previamente ao leilão, com vistas a garantir que ele pudesse ser ofertado com base em seu valor real, sendo assim arrematado ou pelo credor adjudicado.³⁰²

Esse entendimento é o que prevalece hodiernamente, sendo a avaliação elemento a subsidiar demandas judiciais dos devedores questionando o valor da arrematação e sua eventual vileza, notadamente quando a arrematação, embora satisfaça o valor da dívida, seja inferior a 50% do valor de avaliação do bem, o que caracterizaria o preço vil, nos termos do art. 891, parágrafo único, do CPC/2015.³⁰³

c) cobrança do saldo remanescente da dívida pela via executiva

Embora o Decreto-Lei nº 70/66 preveja expressamente a possibilidade de o credor cobrar o devedor, pela via executiva, caso o valor de arrematação do imóvel hipotecado não seja suficiente para a satisfação integral do crédito, aponta Humberto Bara Bresolin que prevalece no STJ a posição de que, na execução extrajudicial hipotecária, não concordando o

não prevê etapa formal de avaliação do imóvel, ao contrário do que sucede em execuções promovidas em juízo. Embora o procedimento seja mais abreviado do que o das execuções judiciais, a posse do imóvel somente será transferida para o adquirente mediante ação de imissão de posse perante o Poder Judiciário, a qual, após a contestação, assumirá o rito ordinário, ensejando o mais pleno contraditório, inclusive acerca da publicidade dada à execução e do valor da alienação (Decreto-lei 70/66, art. 37, §2º). Igualmente é possível o controle de legalidade do procedimento, durante o seu próprio curso, pelos meios processuais adequados, ou, após o seu desfecho, mediante a propositura de ação de anulação da execução extrajudicial, no âmbito da qual pode ser requerida antecipação de tutela ou ajuizada medida cautelar incidental.”

³⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 1119859-PB. Relator: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO, j. 28.08.2012, DJe. 31.08.2012: “(...) 5. Necessária a avaliação do bem no seio da execução, seja no CPC, seja na Lei 5.741, ou mesmo no DL 70/66, para que, quando da venda judicial ou extrajudicial, possa ele ser ofertado com base em seu valor real, e, assim, por terceiro arrematado ou pelo credor adjudicado. 6. Importante a também a correta liquidação do saldo devedor, cotejando-o ao valor da avaliação e, daí, concluir-se pela existência ou não de saldo positivo em favor do executado. (...)”

³⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1553816-CE. Relator: MINISTRO LÁZARO GUIMARÃES, j. 07.06.2018, DJe. 15.06.2018: “(...) 1. Em que pese a regularidade do procedimento de execução extrajudicial sob o rito do Decreto-Lei 70/66, o qual não exige a avaliação prévia do bem, é possível discutir a nulidade do procedimento na via judicial, mediante a demonstração de prejuízo e caracterização de vileza na arrematação. 2. O simples fato de o preço obtido com a arrematação ter sido capaz de saldar o débito dos autores, sob a justificativa de que o procedimento executório não exige prévia avaliação do bem, não é argumento idôneo para afastar a alienação por preço vil devidamente caracterizada no caso concreto. (...) a despeito de o art. 31 do Decreto-Lei nº 70/66 não elencar entre os seus requisitos a avaliação prévia do imóvel a ser leiloado, é necessária a avaliação do bem a ser alienado em qualquer execução, seja ela judicial, com base no CPC ou na Lei nº 5.741/71, seja extrajudicial, com base no Decreto-Lei nº 70/66, para que ele possa ser ofertado com base em seu valor real, como garantia do mutuário e de terceiros eventualmente interessados.”

devedor previamente com o valor de arrematação, inexistirá liquidez do saldo remanescente, de maneira que esse não poderá ser cobrado por meio de processo executivo.^{304 305 306}

Em que pese todos os acórdãos colacionados no referido trabalho não se referirem especificamente à hipoteca, mas à execução extrajudicial de alienação fiduciária sobre coisa móvel, compartilha-se da posição do referido autor, entendendo que, em tese, teriam plena aplicabilidade ao processo de execução extrajudicial da hipoteca.

No caso, sendo o imóvel arrematado por qualquer valor, potencialmente caracterizando preço vil, não haveria liquidez ou certeza quanto ao saldo remanescente a justificar a cobrança pela via executiva, havendo de ser interpretado o dispositivo do Decreto-Lei nº 70/66 de forma sistêmica com o ordenamento processual civil.

Nada obstante, encontram-se sobrestados, desde 2015, todos os feitos que dizem respeito à satisfação do saldo remanescente da dívida hipotecária após a arrematação ou a adjudicação pelo credor do imóvel hipotecado, em razão de o STF ter concluído pela existência da repercussão geral da matéria constitucional versada nos Recursos Extraordinários 627.106/PR e 556.520/SP. Como já mencionado, esses recursos dizem respeito à compatibilidade ou não dos dispositivos legais que autorizam a execução extrajudicial de dívidas hipotecárias, constantes do Decreto-lei n.º 70/66, em relação à Constituição Federal.³⁰⁷

³⁰⁴ BRESOLIN, Humberto Bara. Op. cit, p. 123.

³⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial nº 265256-SP. Relator: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 05.02.2009, DJe. 26.02.2009: “(...) 5. Por tais fundamentos, não se há reconhecer certeza e liquidez ao saldo remanescente apurado com a venda extrajudicial do bem, porquanto realizada ao sabor e conveniência exclusiva do credor, ao largo do crivo do Poder Judiciário e sem o consentimento do consumidor, que é, sem dúvida, a parte mais frágil da relação jurídica em exame.”

³⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 265256-SC. Relator: MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR, j. 16.06.2010, DJe. 05.08.2010: “(...) I. A venda extrajudicial do bem apreendido pelo credor diretamente a terceiro, sem a intervenção do devedor e prévia avaliação, retira a liquidez e certeza da cobrança do saldo remanescente, desautorizando o uso da via executiva.”

³⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1110541-PB. Relator: MINISTRO MARCO BUZZI, j. 03.11.2015, DJe. 12.11.2015: “(...) Depreende-se da leitura da sentença de improcedência que “no caso dos autos, tendo a Caixa Econômica Federal procedido à execução extrajudicial do Decreto-Lei n. 70/66 e, ao final, adjudicado o imóvel em seu favor, não mais poderá acionar o mutuário na cobrança do saldo residual decorrente da diferença entre o valor atualizado do saldo devedor e o da avaliação do bem” (fl. 110, e-STJ). Ora, como é sabido, o Supremo Tribunal Federal concluiu pela existência da repercussão geral da matéria constitucional versada nos Recursos Extraordinários 627.106/PR e 556.520/SP no que diz respeito à compatibilidade ou não dos dispositivos legais que autorizam a execução extrajudicial de dívidas hipotecárias, constantes do Decreto-lei n.º 70/66, em relação à Constituição Federal. O reconhecimento de repercussão geral às teses apresentadas nos mencionados recursos orienta o sobrestamento dos feitos que tratam das disposições contidas no Decreto-lei n.º 70/66, bem como reclama a incidência do preceituado no art. 543-B, § 3º, do CPC, face ao possível juízo de retratação. (...)”

d) preferência da garantia hipotecária

Como se viu nas seções anteriores, o atributo da preferência, ínsito aos direitos reais de garantia, não é absoluto, tendo perdido parte do seu rigor frente aos chamados privilégios legais. Ocorre que não são apenas os privilégios legais que enfraquecem a eficácia das garantias reais. Diversas decisões judiciais têm reduzido a força da hipoteca, relegando o privilégio dos credores hipotecários em relação ao produto obtido a partir da alienação do bem a patamares ainda mais baixos.

É o caso, por exemplo, das quotas de condomínio, que passaram a possuir preferência sobre os créditos hipotecários, sob a justificativa de se prestarem à conservação do imóvel, sendo, portanto, indispensáveis à preservação da própria garantia que assegura o direito dos credores.³⁰⁸ Esse entendimento acabou materializando a Súmula 478, que assim enuncia: “na execução de crédito relativo a cotas condominiais, este tem preferência sobre o hipotecário”.³⁰⁹

e) eficiência da hipoteca

Observa-se, por tudo o que se expôs em relação ao processo de execução extrajudicial da hipoteca, notadamente o próprio julgamento da constitucionalidade dos procedimentos que lhe formam, que existem inúmeros riscos a serem superados até que esse direito real de garantia volte a desfrutar do prestígio que lhe é reputado em outros países.

São diversas as possibilidades de judicialização e de interrupção do processo de execução extrajudicial em virtude de dispositivos pouco claros ou incoerentes com o restante do ordenamento que precisam ser corrigidos, de maneira a garantir que a hipoteca tenha a eficiência necessária para conferir viabilidade às operações de hipoteca reversa.

Entre os pontos que poderiam ser aprimorados no processo de execução extrajudicial, pode-se destacar:

i) a (des)necessidade de o agente fiduciário ser instituição financeira, haja vista que essa atividade é estranha à atuação do segmento financeiro, principalmente pelo fato de que esses entes, pelas restrições da própria lei, têm de atuar na execução das garantias de seus

³⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 208896-RS. Relator: MINISTRO ARI PARGENDLER, j. 07.11.2002, DJ. 19.12.2002: “As quotas de condomínio dizem respeito à conservação do imóvel, sendo indispensáveis à integridade do próprio crédito hipotecário, inevitavelmente depreciado se a garantia perder parte do seu valor; pagamento preferencial, nesse contexto, das quotas de condomínio.”

³⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção. Súmula 478, j. 13.06.2012, DJe. 19.06.2012: “Na execução de crédito relativo a cotas condominiais, este tem preferência sobre o hipotecário.”

concorrentes. Como referência, poder-se-ia admitir que os oficiais dos Registros de Imóveis pudessem desempenhar essa atividade, a exemplo do que já fazem na alienação fiduciária;

ii) as regras de notificação, aprimorando-se as regras pouco claras que vigoram atualmente, tomando-se como inspiração aquelas estabelecidas para o processo de execução extrajudicial da alienação fiduciária de coisa imóvel ou as regras do próprio Código de Processo Civil. Por exemplo, a Lei nº 9.514, de 1997, estabelece que a intimação do devedor, nos condomínios edifícios ou outras espécies de conjuntos imobiliários com controle de acesso, pode ser feita ao funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência. Similarmente, prevê a aplicação subsidiária dos arts. 252, 253 e 254 do Código de Processo Civil de 2015;^{310 311 312 313}

iii) a ampliação das obrigações do devedor, que deve ser responsabilizado e sofrer as consequências de não manter atualizado seu endereço para notificação junto ao credor, permitindo-se que se considere intimado no caso das notificações dirigidas ao seu endereço registrado;

iv) a definição do valor mínimo de arrematação como o maior entre os seguintes valores: 50% do valor de avaliação do imóvel e o valor do saldo devedor da dívida e seus acréscimos, de forma afastar discussões acerca da arrematação do imóvel por preço vil;

v) a extinção da dívida no caso de adjudicação do imóvel pelo credor, na hipótese de leilão vazio, como ocorre no processo judicial.

O ideal seria a própria revogação do Decreto-Lei nº 70/66, com a edição de legislação mais moderna e alinhada com o novo Código de Processo Civil, de maneira que os próprios Recursos Extraordinários que discutem a sua constitucionalidade percam objeto.

³¹⁰ Cf. art. 26, § 3-B, da Lei nº 9.514, de 1997: “(...) §3-B Nos condomínios edifícios ou outras espécies de conjuntos imobiliários com controle de acesso, a intimação de que trata o § 3o-A poderá ser feita ao funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência.”

³¹¹ Art. 252. Quando, por 2 (duas) vezes, o oficial de justiça houver procurado o citando em seu domicílio ou residência sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho de que, no dia útil imediato, voltará a fim de efetuar a citação, na hora que designar.(...)”

³¹² Art. 253. No dia e na hora designados, o oficial de justiça, independentemente de novo despacho, comparecerá ao domicílio ou à residência do citando a fim de realizar a diligência (...).”

³¹³ Art. 254. Feita a citação com hora certa, o escrivão ou chefe de secretaria enviará ao réu, executado ou interessado, no prazo de 10 (dez) dias, contado da data da juntada do mandado aos autos, carta, telegrama ou correspondência eletrônica, dando-lhe de tudo ciência (...).”

4.1.3 Direito real de habitação

Quanto ao direito real de habitação do cônjuge sobrevivente, interessa saber a extensão dos seus efeitos, ou seja, se é oponível apenas em relação aos herdeiros, como forma de preservação do núcleo familiar, ou se é oponível também contra terceiros que detenham direitos sobre o imóvel, especificamente o credor hipotecário e o eventual arrematante.

No que se refere a esse ponto, a jurisprudência formada no STJ, ainda que relacionada à situação fática da oponibilidade ou não do direito em relação aos irmãos do cônjuge falecido, coproprietários do imóvel, sugere não incidir sobre terceiros os privilégios do cônjuge sobrevivente.^{314 315}

Sobre tal questão, a terceira turma do STJ publicou, em setembro de 2019, informativo nº 541, com o seguinte teor:

A viúva não pode opor o direito real de habitação aos irmãos de seu falecido cônjuge na hipótese em que eles forem, desde antes da abertura da sucessão, coproprietários do imóvel em que ela residia com o marido. De fato, o direito real de habitação (arts. 1.611, § 2º, do CC/1916 e 1.831 do CC/2002) tem como essência a proteção do direito de moradia do cônjuge supérstite, dando aplicação ao princípio da solidariedade familiar. Nesse contexto, de um lado, vislumbrou-se que os filhos devem, em nome da solidariedade familiar, garantir ao seu ascendente a manutenção do lar; de outro lado, extraiu-se da ordem natural da vida que os filhos provavelmente sobreviverão ao habitador, momento em que poderão exercer, na sua plenitude, os poderes inerentes à propriedade que detêm. Ocorre que, no caso em que o cônjuge sobrevivente residia em imóvel de copropriedade do cônjuge falecido com os irmãos, adquirida muito antes do óbito, deixa de ter razoabilidade toda a matriz sociológica e constitucional que justifica a concessão do direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente, pois não há elos de solidariedade entre um cônjuge e os parentes do outro, com quem tem apenas vínculo de afinidade, que se extingue, à exceção da linha reta, quando da dissolução do casamento. Além do mais, do contrário, **estar-se-ia admitindo o direito real de habitação sobre imóvel de terceiros**, em especial porque o condomínio

³¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial nº 1212121-RJ. Relator: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 03.12.2013, DJe. 18.12.2013: “(...)2. Não há direito real de habitação se o imóvel no qual os companheiros residiam era propriedade conjunta do falecido e de mais doze irmãos. 3. O direito real à habitação limita os direitos de propriedade, porém, quem deve suportar tal limitação são os herdeiros do de cujus, e não quem já era proprietário do imóvel antes do óbito e havia permitido sua utilização a título de comodato. (...)”

³¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 1184492-SE. Relator: MINISTRA NANCY ANDRIGHI, j. 01.04.2014, DJe. 07.04.2014: “(...) 2. Discute-se a oponibilidade do direito real de habitação da viúva aos coproprietários do imóvel em que ela residia com o falecido. 3. A intromissão do Estado-legislador na liberdade das pessoas disporem dos respectivos bens só se justifica pela igualmente relevante proteção constitucional outorgada à família (art. 203, I, da CF/88), que permite, em exercício de ponderação de valores, a mitigação dos poderes inerentes à propriedade do patrimônio herdado, para assegurar a máxima efetividade do interesse prevalente, a saber, o direito à moradia do cônjuge supérstite. 4. No particular, toda a matriz sociológica e constitucional que justifica a concessão do direito real de habitação ao cônjuge supérstite deixa de ter razoabilidade, em especial porque o condomínio formado pelos irmãos do falecido preexiste à abertura da sucessão, pois a copropriedade foi adquirida muito antes do óbito do marido da recorrida, e não em decorrência deste evento. (...)”

formado pelos familiares do falecido preexiste à abertura da sucessão.³¹⁶
(Grifo meu)

Mesmo que se refira à situação distinta do que importa à hipoteca reversa, nos termos tratados na seção anterior, os argumentos aduzidos em ambos os acórdãos que referenciam o informativo jurisprudencial deixam evidente que o objetivo do direito real de habitação é dar aplicação ao princípio da solidariedade familiar, não cabendo sua oponibilidade sobre terceiros estranhos a essa relação.

Assim, parece tal direito não obstar a execução de garantia constituída sobre o imóvel, tampouco a imissão na posse do arrematante, que adquire a propriedade do bem a partir do registro da carta de arrematação no Registro de Imóveis competente, por ser ele próprio um terceiro sem qualquer vinculação com o cônjuge sobrevivente.

Não mereceria amparo do referido direito, portanto, a situação na qual há a expropriação do imóvel pela execução de garantia associada à obrigação assumida pelo cônjuge falecido ou pela própria família, havendo ou não o laço matrimonial quando da constituição da hipoteca.

4.1.4 Bem de família

Em que pese a Lei nº 8.009, de 1990, ser bastante clara quanto às exceções à impenhorabilidade dos bens de família, estabelecendo não ser ela oponível ao credor para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar, convém examinar a extensa jurisprudência formada no STJ sobre o tema, o que indica o grau de judicialização da matéria.

São nove os informes jurisprudenciais sobre a questão, destacando as teses jurisprudenciais firmadas pelos órgãos julgadores do Tribunal nos julgados incluídos na sua Base de Jurisprudência, relativos a mais de uma centena de acórdãos, reafirmando ser o imóvel hipotecado penhorável quando dado em garantia à dívida que beneficia a entidade familiar, e discriminando as exceções pertinentes.

³¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Informativo de Jurisprudência nº 0541, de 11 de junho de 2014.

Em 2000, foi publicado o informativo nº 65, reunindo a extensa jurisprudência que consignava ser penhorável o imóvel dado em garantia de dívida hipotecária, por se incluir na ressalva contida no art. 3º, V, da Lei n.º 8.009/90.^{317 318}

Quanto às exceções, essas se aplicam a aspectos específicos relacionados à interpretação do texto legal. A primeira delas esclarece que o simples fato de o imóvel estar hipotecado em garantia não lhe retira o atributo da impenhorabilidade em relação ao credor hipotecário, no que se refere a outras obrigações dos devedores proprietários não amparadas pela garantia real.

In casu, buscaram os credores hipotecários a penhora do imóvel, a eles hipotecados como garantia de obrigação específica, em função do inadimplemento de dívida não assegurada pelo imóvel. Entende o STJ, que a exceção à impenhorabilidade se cinge à dívida garantida e não a qualquer dívida junto ao credor hipotecário.^{319 320}

Outra controvérsia quanto ao afastamento da impenhorabilidade diz respeito à hipoteca constituída em garantia de dívida dos filhos dos proprietários, que assumiram também a condição de fiadores da obrigação de terceiros. A Turma entendeu ser incontroverso, no caso, que o oferecimento do imóvel em garantia de dívida assumida em benefício da entidade familiar deu-se de forma voluntária, com ciência dos riscos do negócio.

Ademais, o fato de o imóvel ser o único bem da família, circunstância que os próprios devedores fizeram questão de ressaltar, foi certamente sopesado ao oferecê-lo em hipoteca, sabedores de que o ato implicaria renúncia à impenhorabilidade.

Dessa forma, entendeu o STJ não ser razoável que, ante a inadimplência, usassem os devedores da impenhorabilidade dos bens de família como subterfúgio para livrar o imóvel da penhora. Tal atitude, aduz o acórdão, contrariaria a boa-fé ínsita às relações negociais, pois equivaleria à entrega de uma garantia que o devedor, desde o início, sabia ser inexequível,

³¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Informativo de Jurisprudência nº 0065, de 27 de setembro de 2000.

³¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 142761-RJ. Relator: MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, j. 08.08.2000, DJ. 04.09.2000: “(...)I - Imóvel dado em garantia de dívida hipotecária é penhorável por se incluir na ressalva contida no art. 3º, V, da Lei nº 8.009/90. (...)”

³¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Informativo de Jurisprudência nº 0145, de 02 de setembro de 2002.

³²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial nº 412834-RS. Relator: MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR, j. 03.09.2002, DJ. 07.10.2002: “BEM DE FAMÍLIA. Impenhorabilidade. Execução de título comercial. Arrematação pela CEF, credora hipotecária. É impenhorável, na execução de nota de crédito comercial, o imóvel que serve de residência à família dos executados, sendo nula a penhora e a posterior arrematação efetuada pela credora hipotecária, que havia financiado a aquisição do imóvel. Não aplicação do disposto no art. 3º, II e V, da Lei 8009/90. (...)”

esvaziando-a por completo. Especificamente, considerou-se que os filhos devedores integravam a entidade familiar, o que afastava a impenhorabilidade.^{321 322 323}

A questão da renúncia à impenhorabilidade decorrente do oferecimento de imóvel em garantia à dívida de terceiro voltou a ser enfrentada, dessa vez quando a hipoteca foi contratada para garantir dívida de sociedade empresária.

Nesse caso, a jurisprudência do STJ assenta-se no sentido de que a penhora do bem de família hipotecado somente pode ser efetivada quando a garantia tiver sido prestada em proveito da própria entidade familiar e não para assegurar dívida de terceiro:

A exceção prevista no art. 3º, V, da Lei n. 8.009/1991, que deve ser interpretada restritivamente, somente atinge os bens que foram dados em garantia de dívidas contraídas em benefício da própria família. No caso, a hipoteca foi constituída em garantia de dívida de terceiro, o que não afasta a proteção dada ao imóvel pela lei que rege os bens de família.^{324 325}

Questão interessante relacionada à exceção à impenhorabilidade diz respeito a sua eficácia quando não há a constituição do direito real de garantia, prevalecendo a hipoteca apenas como um direito pessoal, *inter partes*. Nesse caso, está firmada jurisprudência no sentido de que a ausência do registro do título constitutivo da hipoteca em cartório de registro de imóveis, que lhe confere eficácia *erga omnes*, não afasta a exceção à impenhorabilidade, sendo, portanto, o imóvel penhorável para a satisfação da relação obrigacional protegida pela hipoteca, *verbis*:

A ausência de registro da hipoteca em cartório de registro de imóveis não afasta a exceção à regra de impenhorabilidade prevista no art. 3º, V, da Lei n. 8.009/1990, a qual autoriza a penhora de bem de família dado em garantia hipotecária na hipótese de dívida constituída em favor de entidade familiar. A hipoteca é um direito real de garantia (art. 1.225, IX, do CC) incidente, em regra, sobre bens imóveis e que dá ao credor o poder de excutir o bem,

³²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção. Informativo de Jurisprudência nº 0348, de 10 de março de 2008.

³²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Informativo de Jurisprudência nº 0455, de 08 de novembro de 2010.

³²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 1141732-SP. Relator: MINISTRA NANCY ANDRIGHI, j. 09.11.2010, DJ. 22.11.2010: “(...)1. A exceção do art. 3º, inciso V, da Lei nº 8.009/90, que permite a penhora de bem dado em hipoteca, limita-se à hipótese de dívida constituída em favor da entidade familiar. Precedentes. 2. A comunidade formada pelos pais e seus descendentes se enquadra no conceito legal de entidade familiar, inclusive para os fins da Lei nº 8.009/90. 3. A boa-fé do devedor é determinante para que possa se socorrer do favor legal, reprimindo-se quaisquer atos praticados no intuito de fraudar credores ou retardar o trâmite dos processos de cobrança. O fato de o imóvel dado em garantia ser o único bem da família certamente é sopesado ao oferecê-lo em hipoteca, ciente de que o ato implica renúncia à impenhorabilidade. Assim, não se mostra razoável que depois, ante à sua inadimplência, o devedor use esse fato como subterfúgio para livrar o imóvel da penhora. A atitude contrária a boa-fé insita às relações negociais, pois equivaleria à entrega de uma garantia que o devedor, desde o início, sabia ser inexecutível, esvaziando-a por completo. (...)”

³²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Informativo de Jurisprudência nº 0493, de 12 de março de 2012.

³²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial nº 997261-SC. Relator: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 15.03.2012, DJ. 26.04.2012.

alienando-o judicialmente e dando-lhe primazia sobre o produto da arrematação para satisfazer sua dívida. Por um lado, a constituição da hipoteca pode dar-se por meio de contrato (convencional), pela lei (legal) ou por sentença (judicial) e, desde então, já tem validade *inter partes* como um direito pessoal. Por outro lado, nos termos do art. 1.227 do CC, só se dá a constituição de um direito real após a sua inscrição no cartório de registro de imóveis da circunscrição imobiliária competente. Assim é que essa inscrição confere à hipoteca a eficácia de direito real oponível erga omnes. Nesse sentido, há entendimento doutrinário de acordo com o qual "Somente com o registro da hipoteca nasce o direito real. Antes dessa providência o aludido gravame não passará de um crédito pessoal, por subsistente apenas *inter partes*; depois do registro, vale *erga omnes*". Se a ausência de registro da hipoteca não a torna inexistente, mas apenas válida *inter partes* como crédito pessoal, a ausência de registro da hipoteca não afasta a exceção à regra de impenhorabilidade prevista no art. 3º, V, da Lei n. 8.009/1990.³²⁶

Por fim, enfrentou-se novamente a controvérsia da impenhorabilidade ou não do imóvel quando a garantia é constituída para assegurar dívida de sociedade empresária que tenha como únicos sócios os proprietários do bem. Sobre o tema, prevalece no STJ o entendimento de que:

[...] o proveito à família é presumido quando, em razão da atividade exercida por empresa familiar, o imóvel onde reside o casal (únicos sócios daquela) é onerado com garantia real hipotecária para o bem do negócio empresarial. Nesse sentido, constitui-se ônus dos prestadores da garantia real hipotecária, portanto, comprovar a não ocorrência do benefício direto à família, mormente tendo em vista que a imposição de tal encargo ao credor contrariaria a própria organicidade hermenêutica, inferindo-se flagrante também a excessiva dificuldade de produção probatória.³²⁷

Diante desse entendimento, a jurisprudência nesse aspecto pode ser sintetizada da seguinte forma, o bem de família é: i) “impenhorável quando for dado em garantia real de dívida por um dos sócios da pessoa jurídica, cabendo ao credor o ônus da prova de que o proveito se reverteu à entidade familiar”; e ii) “penhorável quando os únicos sócios da empresa devedora são os titulares do imóvel hipotecado, sendo ônus dos proprietários a demonstração de que não se beneficiaram dos valores auferidos”.

Pode-se concluir, ante a jurisprudência apresentada, que a impenhorabilidade dos bens de família não representaria limitante à constituição da hipoteca reversa. A uma, por não restar dúvidas, por tudo o que já se expôs, que crédito nesse sentido aproveita à entidade familiar,

³²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Informativo de Jurisprudência nº 0585, de 05 de junho de 2016.

³²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção. Informativo de Jurisprudência nº 0627, de 29 de junho de 2018.

servindo a sua própria subsistência. A duas, pela própria subsunção do fato jurídico que nos importa à expressa previsão de exceção à impenhorabilidade.

4.1.5 Discriminação dos clientes na oferta de crédito

Para a conclusão da análise jurisprudencial, resta investigar se as instituições financeiras teriam a aptidão para distinguir seus clientes a partir de critérios etários, afastando do acesso aos contratos de renda vitalícia aqueles que não atinjam certa idade mínima – permitindo-lhes participar, tão somente, de hipotecas reversas temporárias –, ou, simplesmente, negando o crédito da natureza de que se cuida a clientes que não se qualifiquem como idosos ou não atendam aos parâmetros estabelecidos na sua política de crédito.

Consoante o apresentado na seção anterior, cuida-se de examinar se a jurisprudência consideraria tal comportamento como uma afronta ao que prevê o art. 96 do Estatuto do Idoso³²⁸, ou mesmo ao art. 39, inciso II, do CDC³²⁹.

Com relação ao possível ilícito penal, convém colacionar aresto do Superior Tribunal de Justiça sobre a existência ou não de discriminação abusiva de idosos na restrição ao empréstimo consignado em instituição financeira, quando a soma da idade do cliente com o prazo do contrato for maior que 80 anos.³³⁰

Tal qual no caso dos seguros, o exame jurisprudencial pauta-se na investigação de situações fáticas similares, notadamente aquelas em que se utiliza o critério idade como elemento central para determinar a negativa de crédito pelo agente financeiro.

³²⁸ Art. 96. Discriminar pessoa idosa, impedindo ou dificultando seu acesso a operações bancárias, aos meios de transporte, ao direito de contratar ou por qualquer outro meio ou instrumento necessário ao exercício da cidadania, por motivo de idade: Pena – reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.

³²⁹ Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...) II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes; (...)"

³³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 1141732-SP. Relator: MINISTRA NANCY ANDRIGHI, j. 23.04.2019, DJe. 26.04.2019: "(...) 2. O propósito recursal consiste em dizer da negativa de prestação jurisdicional pelo Tribunal de origem e se existe discriminação abusiva de idosos na restrição ao empréstimo consignado em instituição financeira quando a soma da idade do cliente com o prazo do contrato for maior que 80 anos. (...) 6. A adoção de critério etário para distinguir o tratamento da população em geral é válida quando adequadamente justificada e fundamentada no Ordenamento Jurídico, sempre atentando-se para a sua razoabilidade diante dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. 8. A instituição financeira declinou as razões acerca da realidade de superendividamento da população idosa, da facilidade de acesso ao empréstimo consignado e o caráter irrevogável da operação, ao mesmo tempo em que registrou disponibilizar outras opções de acesso ao crédito em conformidade aos riscos assumidos na sua atividade no mercado financeiro. 9. O critério de vedação ao crédito consignado – a soma da idade do cliente com o prazo do contrato não pode ser maior que 80 anos – não representa discriminação negativa que coloque em desvantagem exagerada a população idosa que pode se socorrer de outras modalidades de acesso ao crédito bancário. (...)"

O exemplo que se utiliza é intuitivo, uma vez que sendo válida perante a jurisprudência a discriminação de clientes de maior idade, igual razão haveria para se considerar que inexistente discriminação alcançável pelo Estatuto do Idoso quando se prestigia os clientes mais velhos frente àqueles próximos do limite de 60 anos, marco inicial da tutela conferida pela mencionada Lei.

No que toca ao acórdão de referência, o voto da relatora, Ministra Nancy Andriahi, após uma breve digressão sobre o valor humano no tratamento jurídico dos conflitos surgidos na sociedade diante do natural e permanente envelhecimento da população, passou a examinar a racionalidade econômica e “suas intencionalidades de eficiência pragmática na organização da comunidade, por vezes, (con)fundida com a ética utilitarista de garantir a cada um o máximo possível.”

Consignou a relatora, remetendo à “perigosa redução do direito ao econômico, em que os interesses são avaliados (valorados) em termos de pragmática de eficiência”, que há de se impor limites a tal lógica, destacando, em citação à Fernando José Bronze, que “a estrita racionalidade instrumental é deficitária perante a autêntica razoabilidade eticamente densificada”.

Nada obstante, a partir de interpretação sistemática da legislação de proteção aos idosos, destacou o voto condutor que o:

[...] bem jurídico tutelado [pelo Estatuto] é a dignidade da pessoa idosa, de modo a repudiar as condutas embaraçosas que se utilizam de mecanismos de constrangimento exclusivamente calcadas na idade avançada do interlocutor. Somente o comportamento que se reveste desta intencionalidade ilícita será objeto do grave controle normativo criminal.

Estabelecida as bases do que seria a conduta repudiada pelo Estatuto de que se cuida, aduz a relatora que a negativa de uma modalidade específica de crédito (consignado) não caracteriza “discriminação negativa que coloque em desvantagem exagerada a população idosa que pode se socorrer de outras modalidades de acesso ao crédito bancário”.

Isso, porque os elementos admitidos como fatores de discriminação – idade do contratante e prazo do contrato –, guardam correspondência lógica abstrata:

[...] entre o fator colocado na apreciação da questão (discrímén) e a desigualdade estabelecida nos diversos tratamentos jurídicos, bem como há harmonia nesta correspondência lógica com os interesses constantes do sistema constitucional e assim positivados (segurança e higidez do sistema financeiro e de suas instituições individualmente consideradas).

Nos termos consignados, considerou-se, no voto de relatoria do aresto, que “a adoção de critério etário para distinguir o tratamento da população em geral é válida quando

adequadamente justificada e fundamentada no Ordenamento Jurídico”, havendo sempre de se atentar para a razoabilidade deste critério “diante dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana”. Ressaltou-se ainda que o próprio Código Civil adota “critério positivo de discriminação” ao estabelecer, por exemplo, que é obrigatório o regime da separação de bens no casamento da pessoa maior de 70 anos.³³¹

Conclui a Relatora no sentido de que não constitui causa da discriminação etária “o fator negativo (abusivo) de desrespeito à pessoa por sua simples condição de idosa”, mas o reconhecimento “de outros fatores justificáveis e razoáveis da limitação ao crédito perante o mercado em geral”.

Ante tudo o que se discutiu sobre as características e riscos associados à hipoteca reversa de caráter vitalício, parece claro que a negativa de crédito com base em critérios etários, longe de refletir qualquer sorte de discriminação repudiada pelo ordenamento jurídico, é um imperativo atuarial, sem o qual não haveria sustentabilidade da estrutura econômico-financeira que justifica a sua oferta.

Ou seja, haveria razoabilidade no estabelecimento do critério, que, em verdade, privilegiaria os idosos com idade mais avançada frente aos idosos com idade mais próxima do marco inicial do Estatuto. Do contrário, impossibilitada a discriminação, o resultado seria a não oferta de produtos com caráter vitalício, penalizando-se justamente os próprios idosos, que estariam privados de solução financeira apta a lhes conferir maior dignidade para enfrentar as intempéries da velhice.

Haveria, assim, não só os “outros fatores justificáveis e razoáveis de limitação do crédito perante o mercado em geral”, mas o acesso a outras soluções financeiras mais adequadas às características dos idosos “mais jovens”, subsumindo-se a controvérsia com perfeição aos argumentos propostos na jurisprudência em tela.

Superados os aspectos concernentes ao Estatuto do Idoso, verifica-se que a jurisprudência atual também é firme em assentir que a negativa de crédito por parte de instituição financeira, com base nos critérios estabelecidos em sua política de crédito, está inserida no âmbito do exercício regular de direito por parte de fornecedora de bens e/ou serviços, não dando, *per si*, “azo à obrigação de fazer e, tampouco, ao dever de compensar”.³³²

³³¹ Cf. art. 1.641, inciso II, do CC/2002: “Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: (...) II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (...)”

³³² DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal. Apelação nº 2014.07.1.010144-3 Relatora: MARÍLIA DE ÁVILA E SILVA SAMPAIO, j. 07.10.2014, DJe. 04.11.2014: “1. A concessão de empréstimo não é condição de atendimento pleno dos serviços bancários, sendo de liberdade da instituição financeira, atrelada a requisitos eleitos como condicionantes, a concessão de empréstimo ao correntista. 2. Não se nega o incômodo e o transtorno diante da não

Nesse sentido, tem-se que a concessão de crédito não configura direito líquido e certo do consumidor, mas mera expectativa de direito, inserindo-se a negativa na liberdade de contratar (ou não contratar) do agente financeiro.³³³

Considera-se, dessa forma, haver amparo jurisprudencial para a mitigação do risco de longevidade a partir da adoção de práticas distintivas entre os clientes de acordo com a idade, não representando essa política ilícito no âmbito do Estatuto do Idoso ou prática abusiva inserida no CDC.

4.2 Aspectos regulatórios

Até aqui, o presente trabalho confrontou o modelo paradigma com a legislação e com a jurisprudência, verificando em que medida haveria suporte legal e jurisprudencial para a sua contratação no Brasil.

Importa avaliar agora o grau de adequação do modelo paradigma com a regulação financeira, especialmente no que diz respeito ao rol de instituições aptas a atuar no mercado, às regras prudenciais a serem por elas observadas e aos requisitos de adequação e transparência que devem ser respeitados.

4.2.1 Instituições autorizadas

Sendo a hipoteca reversa uma operação de mútuo, o rol de instituições que já estariam autorizadas a operar nesse mercado envolve praticamente toda a indústria financeira. Isto é, qualquer instituição financeira autorizada a operar no mercado de crédito junto a pessoas naturais teria aptidão para contratar hipotecas reversas.

Enquadram-se nessa condição os bancos comerciais; as sociedades de crédito, financiamento e investimento; a Caixa Econômica Federal, os bancos cooperativos, as companhias hipotecárias, as sociedades de crédito direto, as cooperativas de crédito, as

obtenção do empréstimo, mas sempre há opção em buscar o mútuo junto a outras instituições financeiras. Embora se reconheça, o desconforto suportado pelo autor em razão negativa de crédito, tal circunstância não passou de mero dissabor e aborrecimento, ausente conduta desidiosa do banco que pudesse justificar o dano pleiteado. 3. No caso concreto, inexistente dano moral decorrente da negativa de crédito ao correntista. As instituições financeiras podem selecionar os critérios segundo os quais concederão crédito aos consumidores, que têm expectativa à obtenção do crédito. Muitas vezes, o critério dos bancos leva em conta o histórico das operações bancárias anteriores firmadas, o que não é ilegal e do que não resulta dano moral.”

³³³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 2017.0000670228 Comarca de Itatinga 24ª Câmara de Direito Privado. Relator: WALTER BARONE, j. 31.08.2017, DJe. 04.09.2017: “(...) Instituição financeira que não está obrigada a conceder crédito indiscriminadamente. Concessão ou negativa de crédito que se inserem na liberdade de contratar da instituição financeira. (...)”

associações de poupança e empréstimo e os bancos múltiplos com carteira comercial ou com carteira de crédito financiamento e investimento.

Os bancos comerciais são instituições financeiras privadas ou públicas que têm como objetivo principal proporcionar suprimento de recursos necessários para financiar, a curto e a médio prazos, o comércio, a indústria, as empresas prestadoras de serviços e as pessoas naturais e jurídicas em geral.³³⁴

Não há norma consolidada dispendo sobre o elenco de operações autorizadas a essa espécie de instituição, havendo de se compulsar toda a legislação e regulamentação que dispõe sobre o sistema financeiro e sobre seus produtos e serviços, que fazem referência aos bancos comerciais. A sua característica mais distintiva é a aptidão para captar depósitos à vista, ou seja, depósitos que podem ser sacados e movimentados a qualquer tempo pelos depositantes.³³⁵

As sociedades de crédito, financiamento e investimento, vulgarmente conhecidas como financeiras, são instituições financeiras privadas voltadas ao fornecimento de crédito para aquisição de bens e serviços e para capital de giro.³³⁶

A Caixa Econômica Federal - CEF é uma instituição financeira sob a forma de empresa pública, de natureza jurídica de direito privado, patrimônio próprio e autonomia administrativa, vinculada ao Ministério da Economia, que tem como objeto, entre outras operações, prestar serviços bancários de qualquer natureza, por meio de operações ativas, passivas e acessórias, inclusive de intermediação e suprimento financeiro, sob suas múltiplas formas, e o exercício de quaisquer atividades facultadas às instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional.³³⁷

Os bancos cooperativos são bancos comerciais ou bancos múltiplos sob controle acionário de cooperativas centrais de crédito. A sua constituição e seu funcionamento subordinam-se à legislação e à regulamentação aplicáveis aos bancos comerciais e aos bancos múltiplos em geral, de maneira que tudo que é facultado aos bancos comerciais e aos bancos múltiplos também é aplicável a essa instituição. Isso posto, estando os bancos comerciais habilitados a contratar operações de crédito em todas as suas formas, o mesmo se aplica aos bancos cooperativos.³³⁸

³³⁴ ASSAF NETO, Alexandre. **Mercado Financeiro**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 48.

³³⁵ MIRAGEM, Bruno. **Direito Bancário**. Op. cit., p. 336.

³³⁶ BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria n. 39, de 30 de novembro de 1959. Regula a constituição, o funcionamento e as atribuições das sociedades de crédito, financiamento e das de investimento e institui regime de fiscalização. Brasília, DF, nov. 1959.

³³⁷ BRASIL. Decreto-Lei n. 759, de 12 de agosto de 1969. Autoriza o Poder Executivo a constituir a empresa pública Caixa Econômica Federal e dá outras providências. Brasília, DF, ago. 1969.

³³⁸ BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução n. 2.788, de 30 de novembro de 2000. Dispõe sobre a constituição e o funcionamento de bancos comerciais e bancos múltiplos sob controle acionário de cooperativas centrais de crédito. Brasília, DF, nov. 2000.

As companhias hipotecárias têm como objeto social, entre outras operações, a concessão de empréstimos e financiamentos, garantidos por hipoteca ou pela alienação fiduciária de bens imóveis. Dessa forma, estão naturalmente vocacionadas a disponibilizar as hipotecas reversas em mercado.³³⁹

Já as sociedades de crédito direto são instituições financeiras que têm por objeto a realização de operações de empréstimo, de financiamento e de aquisição de direitos creditórios exclusivamente por meio de plataforma eletrônica, com utilização de recursos financeiros que tenham como única origem o capital próprio. Em vista disso, a única restrição de atuação dessa espécie de instituição no mercado de crédito diz respeito à origem dos recursos utilizados, que devem ser próprios. Ou seja, não atuam essas sociedades na intermediação financeira, mas na concessão de crédito a partir dos recursos integralizados pelos próprios sócios.³⁴⁰

No que importa às cooperativas de crédito, cuida-se de instituições que se destinam, precipuamente, a prover, por meio da mutualidade, a prestação de serviços financeiros a seus associados, sendo-lhes assegurado o acesso aos instrumentos do mercado financeiro, inclusive a concessão de crédito. Assim como para qualquer operação de crédito contratada junto a cooperativas, também as hipotecas reversas das cooperativas de crédito somente poderiam ser contratadas junto aos respectivos associados.³⁴¹

Por fim, os bancos múltiplos encontram fundamento para a concessão de hipoteca reversa nas regras que incidem sobre as carteiras que lhes compõem. No caso, um banco múltiplo com carteira comercial está autorizado a realizar todas as operações cabíveis aos bancos comerciais, assim como um banco múltiplo com carteira de crédito, financiamento e investimento pode atuar como se financeira fosse. Têm essas instituições, portanto, também aptidão para ofertar operações de hipoteca reversa.³⁴²

³³⁹ BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução n. 2.122, de 30 de novembro de 1994. Aprova a constituição, a organização e o funcionamento de companhias hipotecárias. Brasília, DF, nov. 1994.

³⁴⁰ BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução n. 4.656, de 26 de abril de 2018. Dispõe sobre a sociedade de crédito direto e a sociedade de empréstimo entre pessoas, disciplina a realização de operações de empréstimo e de financiamento entre pessoas por meio de plataforma eletrônica e estabelece os requisitos e os procedimentos para autorização para funcionamento, transferência de controle societário, reorganização societária e cancelamento da autorização dessas instituições. Brasília, DF, abr. 2018.

³⁴¹ BRASIL. Lei Complementar n. 130, de 17 de abril de 2009. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Crédito Cooperativo e revoga dispositivos das Leis nos 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e 5.764, de 16 de dezembro de 1971. Brasília, DF, ago. 1969.

³⁴² BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução n. 2.099, de 17 de agosto de 1994. Aprova regulamentos que dispõem sobre as condições relativamente ao acesso ao Sistema Financeiro Nacional, aos valores mínimos de capital e patrimônio líquido ajustado, à instalação de dependências e à obrigatoriedade da manutenção de patrimônio líquido ajustado em valor compatível com o grau de risco das operações ativas das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central. Brasília, DF, ago. 1994.

Sem a edição de regramento específico dispendo sobre o produto financeiro e sobre o rol de instituições que estariam autorizadas a com ele operar, incidiria sobre a hipoteca reversa a regulamentação geral de qualquer operação de crédito, sendo as instituições acima elencadas aquelas cuja a disciplina infralegal permite a concessão de crédito a pessoas naturais sem qualquer condicionante específico além da necessidade de associação – no caso das cooperativas – e da limitação quanto à origem de recursos – no caso das sociedades de crédito direto.

4.2.2 Regras prudenciais

No que se refere aos aspectos prudenciais a que se sujeitam as instituições financeiras, examinar-se-á apenas aqueles relacionados aos critérios de concessão do crédito, e não a extensa disciplina normativa que busca salvaguardar a estabilidade do sistema financeiro por meio de requerimentos de capital para fazer frente aos riscos de crédito, de mercado, operacional e de liquidez.

A regra mais geral aplicável ao segmento financeiro estabelece que é vedado às instituições financeiras realizar operações que não atendam aos princípios de seletividade, garantia, liquidez e diversificação de riscos.³⁴³

No contexto das operações de crédito, por seletividade tenha-se a avaliação das exposições quanto aos riscos inerentes ao tomador, verificando-se três dos chamados C's do crédito, isto é, a capacidade de o cliente honrar a obrigação assumida; o caráter do cliente, examinando-se o quão propenso ele é, a partir do seu histórico, de devolver os valores emprestados; e, finalmente, as condições do tomador, considerando-se o contexto no qual ele está inserido.³⁴⁴

A garantia também é um dos C's do crédito, o colateral, isto é, o elemento a reforçar a probabilidade de satisfação do direito do credor, tendo papel acessório em relação aos demais, visto que o objetivo precípua de uma boa concessão de crédito é que não se chegue a inadimplência e à necessidade de execução das garantias. De toda forma, as garantias, ao minimizarem as perdas do credor em caso de inadimplemento, são incentivadas, quando não exigidas, pela regulação prudencial.

³⁴³ BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução n. 1.559, de 22 de dezembro de 1988. Brasília, DF, dez. 1988.

³⁴⁴ SECURATO, José Roberto. **Crédito: análise e avaliação de risco**. 2ª ed., São Paulo: Saint Paul, 2013.

O risco de liquidez, como visto no contexto das próprias hipotecas reversas, não diz exatamente respeito a boas práticas de originação de crédito, mas ao gerenciamento de ativos e passivos, relacionando-se com a compatibilidade entre a operação ativa e a operação passiva que lhe lastreia, tanto em termos de prazos como no que se refere a custos.

Finalmente, a diversificação é elemento primordial da regulação financeira, visando afastar a possibilidade de os regulados ficarem expostos ao mesmo tipo de risco, seja do tipo de cliente, do tipo de operação, ou de riscos de outras naturezas. Isto é, busca-se uma correlação negativa entre os riscos, de maneira que o mesmo evento afete a instituição de forma diferenciada entre as suas diferentes exposições. Uma regra voltada a mitigar a falta de diversificação é aquela que impõe limites às exposições de crédito a um mesmo cliente.³⁴⁵

Para qualquer operação de crédito, as instituições financeiras são obrigadas a atribuir uma classificação de risco à exposição que assumem, considerando aspectos relacionados ao tomador e à própria operação. Quanto pior a classificação, maiores são as exigências de provisões, que representam uma reserva de capital para fazer frente às perdas esperadas da instituição, considerando o histórico de perdas de operações com igual nível de risco.³⁴⁶

As instituições também são obrigadas a manter uma estrutura de gerenciamento de risco de crédito, voltada a identificar, mensurar, avaliar, monitorar, reportar, controlar e mitigar esses riscos. Devem manter ainda políticas e estratégias para o gerenciamento de riscos, claramente documentadas, que estabeleçam limites e procedimentos destinados a manter a exposição aos riscos em conformidade com os níveis fixados na sua declaração de apetite por risco, que referencia os requisitos prudenciais a serem exigidos do credor segundo a lógica de proporcionalidade. Por consequência, instituições que declarem intenção de assumir maiores riscos sujeitam-se a exigências prudenciais mais rigorosas.³⁴⁷

As regras supramencionadas têm aplicabilidade geral sobre qualquer operação de crédito. Importa, contudo, avaliar aquelas cuja construção é voltada a lidar com os riscos mais específicos das operações de hipoteca reversa. Em que pese a inexistência desse tipo de operação no SFN, enquanto empréstimos garantidos por imóveis, aplicar-se-iam às hipotecas reversas as regras atinentes às chamadas operações de *home equity*, que se sujeitam a requerimentos bem restritivos.

³⁴⁵ BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução n. 4.677, de 31 de julho de 2018. Estabelece limites máximos de exposição por cliente e limite máximo de exposições concentradas. Brasília, DF, jul. 2018.

³⁴⁶ BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução n. 2.682, de 21 de dezembro de 1999. Dispõe sobre critérios de classificação das operações de crédito e regras para constituição de provisão para créditos de liquidação duvidosa. Brasília, DF, dez. 1999.

³⁴⁷ BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução n. 4.557, de 23 de fevereiro de 2017. Dispõe sobre a estrutura de gerenciamento de riscos e a estrutura de gerenciamento de capital. Brasília, DF, fev. 2017.

Sendo as hipotecas reversas, a bem dizer, também empréstimos dessa natureza, ainda que sujeitos a critérios diferenciados de entrega dos recursos ao tomador e de devolução dos recursos pelo tomador, a incidência da regulamentação específica desses empréstimos sobre qualquer operação tida como hipoteca reversa, nos termos tratados neste trabalho, seria automática.

Diante disso, não se estabelecendo regulamentação própria, disciplinaria as hipotecas reversas a Resolução nº 4.676, de 31 de julho de 2018³⁴⁸, que entre outros aspectos, dispõe sobre as condições gerais e os critérios para contratação de financiamento imobiliário pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

A primeira restrição pertinente à hipoteca reversa é aquela que estabelece que nas operações de empréstimo a pessoa natural garantidas por imóveis residenciais a razão, em termos percentuais, entre o valor do empréstimo e o valor de avaliação da garantia na data da contratação não pode ser superior a 60%.³⁴⁹

Trata-se de regra implementada no contexto da crise hipotecária norte-americana, que deflagrou uma crise financeira com efeitos catastróficos sobre a economia real em todo mundo. No diagnóstico da crise, observou-se que em uma conjuntura de forte valorização do mercado imobiliário, as instituições credoras passaram a atribuir baixa importância à capacidade de pagamento dos mutuários, pautando sua decisão de crédito na expectativa de valorização crescente e ininterrupta dos preços dos imóveis.

No auge da euforia do mercado imobiliário norte americano, e, por que não dizer, da irresponsabilidade creditícia, imóveis eram financiados para pessoas sem renda, sem ativos e até sem empregos, na expectativa de que a valorização das garantias fosse suficiente para a liquidação futura do crédito a partir da venda pelo devedor do bem financiado. Eram os chamados empréstimos ninja (em trocadilho do inglês, *no income, no assets, no job*).³⁵⁰

Nesse cenário, a fim de garantir algum grau de comprometimento do devedor com a operação, o *Financial Stability Board* editou um conjunto de recomendações aos reguladores

³⁴⁸ BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução nº 4.676, de 31 de julho de 2018. Dispõe sobre os integrantes do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE), do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) e do Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI), as condições gerais e os critérios para contratação de financiamento imobiliário pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil e disciplina o direcionamento dos recursos captados em depósitos de poupança. Brasília, DF, jul. 2018.

³⁴⁹ Cf. art. 6º, inciso II, da Resolução nº 4.676/2018: “A razão entre o valor nominal da operação de financiamento imobiliário, compreendendo principal e despesas acessórias, e o valor de avaliação do imóvel dado em garantia, na data da contratação, não pode ser superior a: (...) II - 60% (sessenta por cento), nas operações de empréstimo a pessoa natural garantidas por imóveis residenciais (*home equity*).”

³⁵⁰ FINANCIAL STABILITY BOARD. Op. cit.

financeiros voltadas a garantir boas práticas de concessão de crédito, entre elas aquela que propunha um limite para a razão entre o valor do crédito e o valor da garantia, isto é, para o chamado *loan-to-value* (LTV).

No contexto de financiamentos para a aquisição de imóveis, isso implica em dizer que as instituições não deveriam poder financiar 100%, as vezes 110% ou 120% do valor do bem adquirido, mas exigir uma coparticipação maior do devedor, materializada no pagamento de uma entrada.

Por outro lado, no caso dos empréstimos garantidos, significava limitar o valor que os proprietários conseguiriam obter a partir de múltiplas hipotecas sobre o mesmo imóvel, ou do percentual de crédito que conseguiriam oferecendo o mesmo bem em garantia, assegurando alguma margem de proteção para as instituições reguladas em caso de inadimplemento.

A questão que se impõe é como aplicar um percentual que pressupõe que o valor do crédito liberado é plenamente conhecido na data da contratação às operações de hipoteca reversa, cujo valor da dívida somente será conhecido no vencimento, podendo antes ser apenas estimado.

Pior, ao se considerar que o saldo devedor é crescente e o valor dos pagamentos é apurado tomando por base o valor futuro do imóvel, como incidiria uma regra que prevê como referência, para efeito de cálculo do LTV, o valor de avaliação do imóvel na data da contratação?

A resposta é objetiva: não é possível conciliar. Implicando a regra geral (dos empréstimos garantidos por imóveis) dificuldades incontornáveis à concessão de uma hipoteca reversa, faz-se necessário, ao menos nesse aspecto, algum grau de disciplina específica.

Mas não apenas por isso. A natureza dos riscos envolvidos em operações de hipoteca reversa não é a mesma das operações de crédito convencional. A própria lógica prudencial, que confere às garantias caráter acessório em relação à capacidade de pagamento do credor, no caso dos empréstimos hipotecários, não é plenamente adequada às hipotecas reversas, que têm na garantia elemento central e determinante inclusive para a apuração do valor dos pagamentos a serem efetuados pelo credor.

A razão máxima entre o valor da dívida e o valor da garantia não é a única regra de aplicabilidade duvidosa sobre as hipotecas reversas. A mesma regulamentação estabelece, como critério inafastável de concessão de crédito, que a avaliação quanto à capacidade de

pagamento do devedor deve ser efetuada com base no maior encargo mensal admitido contratualmente.³⁵¹

Cuida-se de determinar que as instituições estabeleçam um comprometimento de renda mensal máximo para os devedores em relação aos encargos mensais do crédito. Como se vê, essa exigência somente faz sentido em operações de crédito convencionais, nos quais a dívida é amortizada mensalmente, mas não à hipoteca reversa, na qual todo saldo devedor acumulado deverá ser pago em uma única parcela na data de vencimento.

A exemplo de toda a discussão que se propôs neste trabalho, também a abordagem sobre as regras prudenciais não se intenciona exaustiva, tendo por objetivo, tão somente, lançar alguma luz sobre como seria a recepção de uma hipoteca reversa ao arcabouço regulamentar caso não se estabeleça nenhum tratamento específico ao produto.

Notadamente, presta-se a avaliação a responder o mesmo o que se examinou em relação à legislação, isto é, se a regulamentação impõe óbices à oferta do produto paradigma, ou mesmo se os riscos envolvidos demandam uma regulamentação específica.

4.2.3 Regras de transparência e adequação

Conforme já visto na seção que discutiu o risco de complexidade, as operações de hipoteca reversa são contratos de difícil compreensão quantos aos riscos que embutem. Ao tempo que são extremamente complexos, dirigem-se a público etário objeto de tutela especial pelo Estado por meio de Estatuto próprio.

Em todas as jurisdições estudadas há grande preocupação quanto à orientação dos devedores idosos em relação aos riscos e benefícios das operações de hipoteca reversa, de forma que haja uma completa compreensão acerca de todos os direitos e obrigações atinentes ao tipo de operação.

O idoso deve compreender inequivocamente que a não observância das condições contratuais podem levar ao vencimento antecipado da dívida e culminar na perda do imóvel em que reside.

³⁵¹ Cf. art. 11., inciso II, alínea “b”, da Resolução nº 4.676/2018: “Art. 11. As instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, na contratação de financiamentos imobiliários ou de empréstimos, garantidos por imóveis residenciais, com pessoas naturais, devem observar, no mínimo, os seguintes critérios: (...) II - em relação à análise da capacidade de pagamento do pretendente ao crédito: (...) b) a apuração do comprometimento da renda deve ser efetuada com base no maior encargo mensal admitido contratualmente.”

Ao idoso devem ser oferecidas informações claras que lhe permitam comparar a hipoteca reversa com alternativas, como a venda do bem ou mesmo a contratação de outros empréstimos, de maneira que consiga verificar se a operação é de fato a mais adequada às suas necessidades e pretensões.

Nos três países verificados, e que serviram de inspiração à definição do modelo paradigma de hipoteca reversa, exige-se que, previamente à contratação, o idoso se submeta a aconselhamento especializado.

Nos Estados Unidos, o idoso que pleiteia o HECM deve buscar aconselhamento em conselheiros conveniados junto ao Departamento de Habitação e Desenvolvimento Urbano (HUD), agência pública federal.

Na Espanha, obriga-se os credores a disponibilizarem aos pretendentes ao crédito um serviço de assessoramento independente. Ademais, antes da constituição da hipoteca sobre o imóvel, o oficial de registro deve se certificar de que o assessoramento efetivamente ocorreu.

No Reino Unido, igualmente, o assessoramento legal independente é uma exigência da FSA como requisito obrigatório prévio para a contratação da *lifetime mortgage*.

Além da preocupação com as informações a que devem ter acesso os idosos previamente à contratação, em todos os países investigados se discute a publicidade desses produtos, que, em alguns casos, tendem a ser enganosas, principalmente quanto aos custos e às repercussões, minimizando a probabilidade de o idoso vir a perder sua residência ou ficar superendividado ainda em vida.

No Reino Unido, a *Financial Conduct Authority* (FCA) regula toda a publicidade voltada à oferta e promoção de produtos financeiros, tendo o poder, inclusive, de banir peças publicitárias em qualquer veículo, mesmo redes sociais, que não sejam claras, ou sejam injustas e enganosas.³⁵²

Diante desse padrão internacional, julgou-se, na construção do modelo paradigma, que a oferta da hipoteca reversa no Brasil deveria vir acompanhada de regras rigorosas que assegurem ao consumidor bancário o acesso às informações necessárias à sua melhor tomada de decisão.

O que se propõe nesta parte do trabalho é um exame da regulação financeira que trata das regras de conduta e dos requisitos de transparência e adequação na oferta de produtos financeiros, verificando-se em que extensão estariam alinhadas às melhores práticas internacionais no que se refere à oferta de hipotecas reversas.

³⁵² FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY. Chapter 8: Financial promotion and related activities. 2020. Disponível em: <https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/PERG/8.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2020.

Antes de se adentrar na regulamentação, contudo, convém discutir brevemente a incidência do CDC sobre as instituições financeiras, ainda que esse assunto tenha sido de alguma forma explorado na seção 2.

Quanto a esse aspecto, conquanto o art. 3º, § 2º, do diploma consumerista defina como serviço qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, a incidência desse código sobre as operações das instituições financeiras foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta pela Confederação Nacional das Instituições Financeiras – CONSIF.

Conforme aponta Bruno Miragem, a petição da Confederação alegava basicamente que:

1) que o artigo 192 da Constituição da República determina que o Sistema Financeiro Nacional deveria ser regulamentado por intermédio de lei complementar, o que não era o caso do CDC, aprovado como lei ordinária; 2) que em matéria de juros dos contratos bancários, o próprio STF já havia considerado o limite constitucional de 12% (doze por cento) de juros reais anuais estabelecidos no artigo 192, § 3º da Constituição como norma não autoaplicável (dependente de regulamentação infraconstitucional), razão pela qual o regime das cláusulas abusivas previsto no CDC não pode servir para controle do limite de juros nos contratos bancários; 3) a existência, no âmbito de competência regulamentar do Banco Central, de normas de defesa do “consumidor bancário”. No caso, as Resoluções 2.878/2001 e 2.892/2001, que criaram o “Manual do cliente e usuário de serviços financeiros e de consórcio”, conhecido como “Código de Defesa do Consumidor bancário”.³⁵³

Nada obstante, não lograram prosperar esses argumentos, declarando o STF a constitucionalidade do dispositivo que imputava aos serviços de natureza bancária, financeira e de crédito a incidência das normas insertas no CDC.³⁵⁴

Essa breve discussão sobre a incidência do Código de Defesa do Consumidor sobre as operações financeiras foi levada adiante apenas para ressaltar que a regulamentação infralegal que hoje trata das regras de conduta e dos procedimentos de adequação e transparência do sistema financeiro, ainda que atualizadas, são o que, à época da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade, aclamava-se ser o “Código de Defesa do Consumidor Bancário”.

Vejamos então qual é o tratamento que conferiria o dito Código de Defesa do Consumidor Bancário às operações de hipoteca reversa.

³⁵³ MIRAGEM, Bruno. **Direito do consumidor (e-book)**. Op. cit., p. 1.61.

³⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2591/DF Distrito Federal, DJ 29.09.2006, Rel. Min. Carlos Veloso. Rel. p/ Acórdão Min. Eros Grau: “(...) 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. “Consumidor”, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. (...)”

a) regulação de conduta das instituições financeira

A Resolução nº 4.539, de 24 de novembro de 2016³⁵⁵, dispõe sobre princípios e política institucional de relacionamento com clientes e usuários de produtos e de serviços financeiros. Na seção dedicada aos princípios que devem ser observados pelas instituições financeiras, referido ato normativo estabelece que:

[as instituições financeiras] no relacionamento com clientes e usuários de produtos e de serviços, devem conduzir suas atividades com observância de princípios de ética, responsabilidade, transparência e diligência, propiciando a convergência de interesses e a consolidação de imagem institucional de credibilidade, segurança e competência.³⁵⁶

Para efeito da observância desses princípios, a resolução estabelece que as instituições financeiras devem dispensar “tratamento justo e equitativo a clientes e usuários”, assim como “assegurar a conformidade e a legitimidade de produtos e de serviços”.³⁵⁷ Quanto ao tratamento justo e equitativo, este deve abranger, entre outros aspectos: “a prestação de informações a clientes e usuários de forma clara e precisa, a respeito de produtos e serviços”.

Feitas essas recomendações baseadas em princípios, o mesmo regulamento infralegal estabelece a obrigatoriedade de que as instituições financeiras elaborem e implementem:

[...] política institucional de relacionamento com clientes e usuários que consolide diretrizes, objetivos estratégicos e valores organizacionais, de forma a nortear a condução de suas atividades em conformidade com o disposto no art. 2º [os princípios de ética, responsabilidade, transparência e diligência].³⁵⁸

Essa política, também de acordo com as disposições da regulamentação infralegal de que se cuida, deve ser: i) aprovada pelo conselho de administração da instituição; ii) ser objeto de reavaliações periódicas; iii) definir papéis e responsabilidades no âmbito da instituição; iv) buscar a compatibilidade com a natureza da instituição e com o perfil de clientes e usuários, bem como com as demais políticas estabelecidas; v) prever programa de treinamento de empregados e prestadores de serviços que desempenhem atividades afetas ao relacionamento com clientes e usuários, assim como a disseminação interna de suas disposições; e vi) ser formalizada em documento específico.³⁵⁹

³⁵⁵ BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução n. 4.539, de 24 de novembro de 2016. Dispõe sobre princípios e política institucional de relacionamento com clientes e usuários de produtos e de serviços financeiros. Brasília, DF, nov. 2016.

³⁵⁶ Cf. art. 2º da Resolução nº 4.539/2016.

³⁵⁷ Cf. incisos II e III do art. 3º da Resolução nº 4.539/2016.

³⁵⁸ Cf. art. 4º da Resolução nº 4.539/2016.

³⁵⁹ Cf. art. 4º da Resolução nº 4.539/2016.

Por sua vez, a Resolução nº 3.694, de 26 de março de 2009³⁶⁰, dispõe sobre a prevenção de riscos na contratação de operações e na prestação de serviços por parte das instituições financeiras.

De acordo com a referida regulamentação, as instituições financeiras, na contratação de operações e na prestação de serviços, devem assegurar, entre outros aspectos: i) a adequação dos produtos e serviços ofertados ou recomendados às necessidades, interesses e objetivos dos clientes e usuários; ii) a prestação das informações necessárias à livre escolha e à tomada de decisões por parte de clientes e usuários, explicitando, inclusive, direitos e deveres, responsabilidades, custos ou ônus, penalidades e eventuais riscos existentes na execução de operações e na prestação de serviços; e iii) a utilização de redação clara, objetiva e adequada à natureza e à complexidade da operação ou do serviço, em contratos, recibos, extratos, comprovantes e documentos destinados ao público, de forma a permitir o entendimento do conteúdo e a identificação de prazos, valores, encargos, multas, datas, locais e demais condições.³⁶¹

Observa-se que as normas infralegais propõem um conjunto de princípios e normas abertas a serem instrumentalizadas de acordo com a política de crédito de cada instituição. Aplicam-se esses princípios e normas a todas as operações contratadas pelos agentes financeiros, independentemente da especificidade de cada uma.

Assim, eventual tratamento particular, a ser dedicado a operações mais sensíveis, de maior monta ou de maior complexidade, deve ser estabelecido pela própria instituição credora, em observância aos princípios e normas da regulação infralegal e da legislação consumerista.

Poderia, dessa forma, uma instituição estabelecer, em sua política interna, que a contratação de uma hipoteca reversa estaria condicionada ao aconselhamento prévio do cliente a profissional especializado, da própria instituição (desde que não relacionado à área de crédito ou qualquer outra área que pudesse implicar conflito de interesse ou falha na segregação de funções) ou independente, com escolha a critério do próprio cliente.

O que se tem que ter em mente é que essa exigência é mera possibilidade, a partir de uma postura mais cuidadosa do credor, não decorrendo diretamente de nenhum comando legal ou normativo.

³⁶⁰ BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução n. 3.694, de 26 de março de 2009. Dispõe sobre a prevenção de riscos na contratação de operações e na prestação de serviços por parte das instituições financeiras. Brasília, DF, mar. 2009.

³⁶¹ Cf. art. 1º, incisos I, III e V, da Resolução nº 3.694/2009.

As regras de conduta que incidem sobre as instituições financeiras no âmbito infralegal não são prescritivas, não preveem, salvo para aspectos muito particulares, procedimentos fechados as serem obrigatoriamente seguidos. E a razão para isso é evidente. Sendo uma norma que se aplica a qualquer operação, tentativas de buscar padronização tenderiam a ser ineficientes ou mesmo danosas, por desconsiderarem os aspectos particulares de cada produto, que possuem características próprias e riscos distintos.

Por essa razão, a regulamentação infralegal oferece, além do tratamento geral, tratamento específico para algumas operações mais complexas e que expõem o consumidor financeiro a maior risco. Podemos tomar como exemplo a disciplina dos certificados de operações estruturadas, um instrumento de captação que embute um derivativo junto a uma operação de renda fixa.

Trata-se de um título de complexa precificação e que expõe o investidor à possibilidade perda do capital investido. Nesse sentido, além de incidir sobre esse instrumento a disciplina geral de qualquer produto financeiro, sua regulamentação própria impõe uma série de obrigações de adequação e transparência específicas.³⁶²

Parece evidente que a regulamentação geral não é capaz de assegurar procedimentos uniformes entre os agentes financeiros para a oferta de hipotecas reversas. Cada um deles construiria a sua política dentro do próprio entendimento do que representa ou não o atendimento dos princípios abertos propostos pela regulamentação do crédito geral ou mesmo pelo CDC.

Condutas mais ou menos agressivas na colocação da operação em mercado tenderiam sempre a se inserir no limite do que as áreas de *compliance* dos agentes financeiros considerarem como atendendo aos requisitos mínimos da legislação e da regulamentação. Afinal, quais seriam as informações necessárias à livre escolha de um consumidor a quem é ofertada uma hipoteca reversa?

Tomemos apenas as informações que se prestariam ao consumidor comparar a hipoteca reversa com alternativas voltadas ao mesmo fim, qual seja, o de extração de renda de um ativo imobilizado. Bastaria apresentar o custo efetivo total da operação? Bastaria apresentar uma planilha com o fluxo de pagamentos a ser feitos pelo credor? Esses procedimentos respeitam ou não respeitam a regulamentação?

³⁶² BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução nº 4.263, de 5 de setembro de 2013. Dispõe sobre as condições de emissão de Certificado de Operações Estruturadas (COE) pelas instituições financeiras que especifica. Brasília, DF, set. 2013.

É absolutamente improvável, na dinâmica de uma agência bancária, que um gerente, ou mesmo um assistente de gerente, dedique tempo para explicar pormenorizadamente aos contratantes de uma hipoteca reversa os elementos que devem ser levados em consideração na contratação. Seria ingênuo imaginar que aquele que é remunerado a partir do volume de crédito que contrata despenderia tempo para demonstrar que uma operação pode não ser vantajosa frente a alternativa não creditícia, por exemplo, a da venda do imóvel.

Mesmo que as políticas internas dos bancos estabelecessem diretrizes com tal propósito, o natural, diante da dificuldade de se negociar uma hipoteca reversa, seria que os próprios funcionários optassem por ofertar produtos mais simples, garantindo seu comissionamento e a sua economia de tempo, a despeito, inclusive, da possibilidade de a hipoteca reversa ser, para algum cliente em particular, a opção mais vantajosa.

Se mesmo nos países de viés mais liberal, como os Estados Unidos e o Reino Unido, as hipotecas reversas se sujeitam a um conjunto de procedimentos mais rigorosos para a contratação, parece natural que no Brasil, com sua cultura mais interventiva nas relações privadas e um Poder Judiciário tendente a proteger os consumidores hipossuficientes em interpretações mais elásticas do diploma consumerista, adote-se a mesma cautela em relação a esse tipo de operação.

b) autorregulação bancária

Importa destacar, por oportuno, que a despeito de a regulamentação infralegal não propor procedimentos rígidos a serem seguidos pelos agentes financeiros, mas tão somente princípios, que conferem aos administrados algum grau de discricionariedade, a prática hodierna no sistema financeiro converge para a autorregulação de diversos aspectos em relação aos quais o arcabouço regulatório não oferece prescrição objetiva.

Por óbvio, a adesão à autorregulação não é vinculante, mas cuidando-se de um mercado sobre o qual a percepção quanto à ética por parte dos consumidores não é das mais elevadas, o componente de posicionamento da marca, tão importante atualmente, acaba servindo de indutor à adesão voluntária por parte das instituições financeiras.

Sobre essa questão, a Federação Brasileira de Bancos, que é a principal associação de classe representativa do setor bancário no Brasil, instituiu, em 2019, um Código de Conduta Ética e Autorregulação, de observância obrigatória para todas as instituições a ela associadas.³⁶³

³⁶³ FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS. Código de Conduta Ética e Autorregulação Bancária. 2019. Disponível em: <https://www.http://www.autorregulacaobancaria.com.br/pagina/17/16/pt-br/normativos>. Acesso

No contexto da autorregulação dessa associação, além das normas de caráter principiológico do referido Código, as instituições associadas podem aderir, de forma voluntária, a um ou mais eixos normativos da autorregulação, são eles: i) relacionamento com o consumidor; ii) prevenção a ilícitos; e iii) responsabilidade socioambiental.

Especificamente quanto ao normativo de autorregulação atinente ao relacionamento com o consumidor, vale destacar alguns pontos pertinentes à presente discussão.

De acordo com o normativo SARB 001/2008, de 20 de janeiro de 2016³⁶⁴, são princípios que devem nortear o relacionamento com o consumidor:

[...] **Ética e Legalidade**, que compreende agir de modo ético, razoável e justo em relação ao funcionamento do mercado, à sociedade e ao meio-ambiente; respeitar a livre concorrência e a liberdade de iniciativa; atuar em conformidade com a legislação e regulamentação vigentes e com as normas da Autorregulação; [...] **Respeito ao Consumidor**, que implica em tratar o consumidor de forma justa e transparente, com atendimento eficiente, cortês e digno; assistir o consumidor na avaliação dos produtos e serviços adequados às suas necessidades e garantir a segurança e a confidencialidade de seus dados pessoais; conceder crédito de forma responsável e incentivar o uso consciente de crédito; e [...] **Comunicação Eficiente**, que significa fornecer informações de forma responsável e que sejam úteis, em linguagem simples, acessível e no tempo oportuno para permitir ao consumidor tomar decisões melhores, informadas, conscientes e embasadas;³⁶⁵ (grifos meus)

Especificamente quanto ao atendimento aos clientes, devem ser observadas, entre outras, as seguintes regras pelas instituições signatárias: i) receptividade a quaisquer reclamações, considerando-as para a melhoria contínua dos seus serviços e provendo resposta às demandas que o exigirem; ii) aptidão dos colaboradores para receber e encaminhar as suas demandas, ou, conforme o caso, a orientar o consumidor quanto aos canais de atendimento adequados; iii) adoção de meios eficientes de comunicação e relacionamento, inclusive o eletrônico, com os consumidores, na medida da disponibilidade e possibilidade de cada Instituição Financeira Signatária; e iv) assegurar a prestação de informações úteis e de simplificação, quanto à segurança e eficiência dos procedimentos para portabilidade previstos nas normas em vigor, assim como a oferta de operações eficientes e simples, observadas a regulação vigente e as normas de proteção ao consumidor.

em: 18 jun. 2020.

³⁶⁴ FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS. SARB 001/2008, de 20 de janeiro de 2016. O Sistema de Autorregulação Bancária da Federação Brasileira de Bancos - FEBRABAN institui o **NORMATIVO DE REGRAS PARA O RELACIONAMENTO COM O CONSUMIDOR PESSOA FÍSICA** e estabelece diretrizes e procedimentos a serem adotados pelas Instituições Financeiras Signatárias, nos relacionamentos com os consumidores. Disponível em: <http://www.autorregulacaobancaria.com.br/>. Acesso em: 18 jun. 2020.

³⁶⁵ Cf. art. 3º do Normativo SARB 001/2008.

Além desse normativo de caráter mais geral, existem outros, de caráter mais específico, relativos a alguns produtos e serviços, como financiamento de veículo, abertura de conta etc. Interessa ao presente trabalho, contudo, o Normativo SARB 010/2013³⁶⁶, de 27 de junho de 2013, que institui o programa de autorregulação de crédito responsável às pessoas físicas, voltado a contribuir para a melhoria da qualidade, segurança, sustentabilidade e harmonia nas relações de consumo das operações financeiras.

Qualifica o normativo como contratação de crédito responsável:

aquela que possibilite verificar a adequação da oferta de crédito realizada ao perfil econômico e à capacidade de pagamento do consumidor contratante, sob avaliação da instituição financeira, com base nas informações declaradas e disponíveis nos bancos de dados públicos e privados de crédito.³⁶⁷

Também trata especificamente a norma de autorregulação da orientação prévia de comparabilidade entre alternativas de crédito. Destaca o documento que as informações sobre produtos alternativos devem estar disponíveis preferencialmente por meio virtual, disponibilizando-se ao consumidor os canais de acesso para a solução de dúvidas e obtenção de esclarecimentos.³⁶⁸

Das diversas orientações de caráter geral – em relação às quais a não observância implica em sanções que podem culminar com a exclusão da instituição infratora do sistema de autorregulação³⁶⁹, com todos os custos reputacionais de tal circunstância decorrentes –, importa-nos, sobretudo, aquelas atinentes à publicidade.

Nos termos estabelecidos pelo mesmo normativo de crédito responsável, a publicidade de produtos de crédito deve indicar, de forma clara e objetiva, os meios colocados à disposição do consumidor para obtenção de esclarecimentos e orientações.³⁷⁰

Também prevê a autorregulação que a publicidade de produtos de crédito deve conter mensagem que oriente o consumidor ao uso responsável do crédito, garantindo-se que as informações prestadas nas ofertas, ações e materiais publicitários serão leais, corretas, claras e precisas, sobre todos os aspectos essenciais ao produto ou serviço ofertado.³⁷¹

³⁶⁶ FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS. SARB 010/2013, de 27 de junho de 2013. O Sistema de Autorregulação Bancária da Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN institui o **NORMATIVO DE CRÉDITO RESPONSÁVEL** e estabelece um programa com diretrizes e orientações que nortearão os procedimentos a serem adotados por suas Signatárias nos relacionamentos com seus consumidores, pessoa física, em operações de crédito. Disponível em: <http://www.autorregulacaobancaria.com.br/>. Acesso em: 18 jun. 2020.

³⁶⁷ Cf. art. 6º do Normativo SARB 010/2013.

³⁶⁸ Cf. art. 13. do Normativo SARB 010/2013.

³⁶⁹ Cf. art. 73 do Código de Conduta Ética e Autorregulação Bancária, op. cit.

³⁷⁰ Cf. art. 3º do Normativo SARB 010/2013.

³⁷¹ Cf. art. 13. do Normativo SARB 001/2008, op. cit.

Lida a autorregulação também com a possibilidade de as peças publicitárias levarem a um entendimento equivocado do consumidor quanto as vantagens e desvantagens do produto. Nesse sentido, estabelece-se que:

Art. 14. Os anúncios não conterão informação de qualquer natureza que, direta ou indiretamente, por implicação, omissão, exagero ou ambiguidade, leve o consumidor a erro.

§1º Para fins deste normativo, considera-se indução em erro:

I - a utilização de chamadas publicitárias que sejam desproporcionais entre o que é anunciado e o que efetivamente é o produto ou o serviço ofertado;

II - não disponibilizar, de forma adequada e respeitada as características de cada canal de comunicação, informações essenciais do serviço ou do produto; e

III - não prestar informações relevantes sobre os riscos do produto ou serviço de forma adequada aos consumidores.

§2º São informações essenciais aquelas relativas às características do serviço ou produto contratado, os prazos, valores, tarifas e consequências do seu inadimplemento.

Insta ressaltar que disposições infralegais, e mesmo as autorregulatórias, inserem-se como direitos básicos do consumidor previstos no Diploma Consumerista, ainda que sob a ótica das relações de consumo bancário.³⁷² Especialmente quanto à publicidade dispõe o Código, em seu art. 37, que:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Ou seja, as normas infralegais dão um passo além na disciplina das relações entre instituições financeiras e seus consumidores, mas seu caráter geral, no caso da disciplina estabelecida pelos órgãos de regulação, e sua voluntariedade, no caso das regras de autorregulação, aparentemente impõem limitações ao enfrentamento dos riscos específicos das operações de hipoteca reversa.

³⁷² Cf. art. 6º do Código de Defesa do Consumidor.

4.2.4 Regulamentação específica

Sendo direitos básicos do consumidor ou não, a questão que se impõe é se as operações de hipoteca reversa mereceriam alguma sorte de tratamento específico, ao menos no âmbito infralegal, de forma a garantir que a sua oferta no Brasil respeite as melhores práticas internacionais.

Entende-se neste trabalho, diante de tudo o que se expôs, que sim. Os riscos inerentes às operações de hipoteca reversa mereceriam tratamento particularizado, tanto sob a ótica prudencial, no que importa às exposições das instituições financeiras e aos critérios que devem observar na contratação, na medida em que as regras atuais não parecem se adequar com precisão às características do contrato, como no que diz respeito aos procedimentos que buscam garantir a melhor adequação do produto às necessidades do consumidor e o acesso desse às informações e orientações para tomada consciente de decisão.

Nesse sentido, seria oportuno e conveniente a edição de regras próprias a regular, no âmbito infralegal, as operações de hipoteca reversa, dispondo, entre outros aspectos, sobre:

i) os limites de LTV aplicáveis às operações de hipoteca reversa, de forma refletir a lógica própria deste tipo de operação de crédito;

ii) as condições de apuração do comprometimento de renda, de maneira que se reconheça a estrutura de amortização diferenciada inerente ao contrato;

iii) o elenco objetivo de informações que devem obrigatoriamente ser prestadas ao cliente e os procedimentos que devem ser adotados previamente à contratação;

iv) a estrutura contratual, tornando obrigatório sumário executivo que inclua, de forma destacada, todas as condições que podem levar ao vencimento antecipado da obrigação e à perda do imóvel;

v) a obrigatoriedade de que o cliente, previamente à contratação, demonstre inequivocamente que buscou orientação especializada independente, tornando necessário que a instituição financeira archive, no dossiê físico ou eletrônico da operação, declaração do profissional independente contratado de que o cliente foi orientado quanto aos riscos e benefícios da hipoteca reversa;

vi) a incorporação, nas normas infralegais, dos requisitos autorregulatórios relacionados à publicidade da hipoteca reversa, adaptando-lhes, tanto quanto necessário, para fazer face às características da operação.

4.3 Viabilidade jurídica da hipoteca reversa

Nesse ponto, convém lembrar a hipótese que norteou o desenvolvimento do presente trabalho. Propôs-se que, a despeito de não haver limitante de ordem legal ou regulamentar ao oferecimento de produto da espécie no Brasil, nosso ordenamento jurídico e nossa jurisprudência impõem riscos de tal ordem às partes do possível contrato, que a viabilidade jurídica dessas operações somente seria possível sob uma rígida disciplina legal.

O primeiro ponto, que diz respeito à ausência de limitante de ordem legal ao oferecimento de hipotecas reversas no Brasil foi tratada na seção 2, na qual se avaliou se a legislação em vigor oferecia as bases necessárias para a formalização de uma hipoteca reversa, conforme proposta no modelo paradigma desenvolvido na seção 1.

A conclusão foi no sentido de que, juridicamente, o modelo paradigma se qualifica como uma operação de mútuo feneratício não vinculado associado a uma hipoteca convencional que lhe serve como direito real de garantia.

Sob a perspectiva obrigacional, verificou-se que os contratos de mútuos suportariam as características do modelo paradigma, sob o amparo do princípio da liberdade contratual. No que se refere ao vínculo real do modelo paradigma, concluiu-se pela inexistência de limitantes legais à plena conformação das relações obrigacionais à garantia representada por uma hipoteca convencional, sendo possível a observância de todos os seus requisitos formais.

Ou seja, confirmou-se a tese proposta, no sentido de que, sob a perspectiva legal, seria possível a formalização de uma operação de hipoteca reversa no Brasil com o arcabouço legal atualmente em vigor.

Na seção 3, de outra banda, explorou-se todos os riscos associados às operações de hipoteca reversa, bem como as características e elementos que lhes serviriam de instrumentos de mitigação, de forma a preservar sua sustentabilidade econômico-financeira e o próprio interesse dos clientes pela sua contratação.

Algumas das questões levantadas na seção, como o risco tributário e o risco de falência do devedor, foram apenas brevemente comentadas. Contudo, entende-se que são questões capazes de comprometer a viabilidade jurídica das operações de hipoteca reversa caso não se ofereça um tratamento legal que esclareça as questões que lhes são atinentes, de que são exemplo a forma de tributação da operação e os direitos do devedor na hipótese de falência do credor.

Um conjunto maior de aspectos, todavia, foi melhor explorado, tanto no sentido de como poderiam comprometer o frágil equilíbrio financeiro sobre a qual se apoia a estruturação

de uma hipoteca reversa, como sob a ótica jurisprudencial, ou seja, de como o Poder Judiciário trata situações similares àquelas que seriam necessárias à viabilidade do negócio.

Inicialmente, examinou-se o tratamento que o Judiciário confere à vinculação da concessão de crédito à aquisição de uma apólice de seguro, ou seja, se a jurisprudência reconhece esse condicionamento como uma “venda casada”.

Como se discutiu, sendo os seguros elementos essenciais à melhor distribuição dos riscos de descasamento, longevidade e de desvalorização do imóvel hipotecado, tendências jurisprudenciais no sentido de impedir a sua exigibilidade como requisito para a concessão da hipoteca reversa poderiam inviabilizar juridicamente o produto.

A conclusão foi no sentido de que a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que exigir do proponente ao crédito a aquisição de seguros como condição para a concessão representa “venda casada”, que se caracteriza tanto como prática abusiva repudiada pelo CDC, como uma infração à ordem econômica, por força do art. 36, § 3º, inciso XVIII, da Lei nº 12.529, de 2011.

Discutiu-se ainda o grau de segurança conferido pela hipoteca e a aptidão do seu processo de execução extrajudicial para oferecer resposta coercitiva célere com vistas à satisfação do crédito do credor, visto que a garantia é elemento central à sustentabilidade do equilíbrio financeiro das operações de hipoteca reversa.

Verificou-se, de início, que o próprio processo de execução extrajudicial da hipoteca é objeto de questionamento quanto à sua constitucionalidade. Embora a jurisprudência tenha reafirmado ao longo do tempo a constitucionalidade do procedimento, segue pendente de julgamento o RE 627106, com repercussão geral reconhecida, que está atualmente suspenso em razão de um pedido de vistas efetuado pelo Ministro Gilmar Mendes, com votação parcial de quatro votos pela incompatibilidade e dois votos pela compatibilidade com a Constituição Federal de 1988.

Além dessa questão, examinou-se diversas controvérsias em torno do processo de execução extrajudicial que chegaram aos tribunais superiores, relacionadas à forma de notificação, ao valor de alienação do imóvel, e à possibilidade de cobrança da dívida pela via executiva.

Não obstante a jurisprudência do STJ tenha se mostrado firme quanto à necessidade de notificação pessoal, demonstrou-se que esse procedimento poderia ser melhor tratado sob a disciplina de notificação e intimação estabelecida pelo Código de Processo Civil de 2015, ou mesmo segundo as regras que regem a execução extrajudicial da alienação fiduciária, o que

reduziria a litigiosidade e as dificuldades que a jurisprudência impõe, por exemplo, à notificação por edital.

Quanto aos outros aspectos, a jurisprudência se mostrou mais vacilante, com decisões ora voltadas à necessidade de se proceder a avaliação do imóvel previamente aos públicos leilões, a despeito de a legislação não estabelecer tais procedimentos, ora na direção que esse procedimento poderia ser dispensável, sendo eventual vileza do valor de alienação examinada em demanda judicial específica.

Também não se mostrou firme a jurisprudência que pugna pela liquidez e certeza do saldo não satisfeito da dívida a partir dos valores obtidos com a execução da garantia real, prevalecendo atualmente entendimento de que não é possível a cobrança desses valores pela via executiva.

Todos esses pontos demonstraram que a execução extrajudicial da hipoteca não confere a segurança jurídica necessária a conferir viabilidade para a construção de contratos com pagamento de renda vitalícia.

Sobre esse aspecto, propôs-se, inclusive, aprimoramentos, com a edição de nova disciplina relativa ao processo de execução extrajudicial da hipoteca, tratando da notificação, do valor mínimo e de todas controvérsias que, ao chegarem ao judiciário, privam o instituto da eficiência necessária a servir de esteio às operações de renda vitalícia.

Também se examinou, sob a ótica jurisprudencial, a oponibilidade a terceiros do direito real de habitação do cônjuge sobrevivente, bem como as limitações que a impenhorabilidade dos bens de família poderia impor à hipoteca reversa. De acordo com o exposto nesta seção, a jurisprudência hoje não considera o direito real de habitação oponível a terceiros que não integrem o núcleo familiar, tratando-se de uma questão sucessória incapaz, salvo melhor juízo, de prejudicar o direito real de garantia do credor ou o direito de propriedade do arrematante do imóvel em leilão.

Do mesmo modo, a jurisprudência do STJ é segura no sentido de afastar a impenhorabilidade dos bens de família quando o imóvel é oferecido como garantia hipotecária à obrigação que favoreça a entidade familiar, do que a hipoteca reversa seria exemplo.

Por fim, analisou-se se a jurisprudência imporia alguma limitação às práticas voltadas a afastar do acesso à hipoteca reversa indivíduos com risco demasiado de longevidade. Em outras palavras, foi examinado se seria possível às instituições financeiras efetuarem a distinção entre seus clientes, negando o acesso aos produtos de renda vitalícia aos idosos com idade mais próxima do marco inicial que determina a incidência do Estatuto do Idoso.

Concluiu-se que a jurisprudência hodierna entende que a concessão de crédito não configura direito líquido e certo do consumidor, mas mera expectativa de direito, inserindo-se a negativa de crédito na liberdade de contratar (ou não contratar) do agente financeiro. Ademais, a utilização de critérios etários como parte da política de crédito não caracteriza discriminação negativa que coloque em desvantagem exagerada a população idosa, que pode se socorrer de outras modalidades de acesso ao crédito bancário.

Nesse ponto, volta-se à segunda parte da hipótese proposta, a de que nosso ordenamento jurídico e nossa jurisprudência impõem riscos de tal ordem às partes do possível contrato, que a viabilidade jurídica da hipoteca reversa somente seria possível sob uma rígida disciplina legal.

Diante de tudo o que se apresentou, considera-se confirmada a hipótese aventada. Os mitigadores de vários dos riscos associados às operações de hipoteca reversa dependem de respaldo legal seja para viabilizar sua estruturação, como no caso dos seguros, seja para favorecer sua eficiência, como no caso da própria hipoteca convencional e de seu processo de execução extrajudicial.

Nesse sentido, a viabilidade das operações de hipoteca reversa passa, necessariamente, por uma disciplina legal que confira segurança jurídica ao negócio, como em regra se observa internacionalmente. Não se trata de criar espécie nova de direito real sobre coisa alheia, mas de se regular os aspectos obrigacionais da operação e se oferecer tratamento para os riscos a ele inerentes.

E ainda que se considere que não há qualquer limitante de ordem legal à constituição de hipoteca convencional como garantia de relações obrigacionais na forma como propostas pelo modelo paradigma, é evidente, inclusive pelos posicionamentos aqui apresentados, de outros trabalhos que sobre o tema se debruçaram, que é possível e até legítimo posicionamento diverso.

Não é improvável que os oficiais dos Cartórios de Registro de Imóveis, que se vinculam ao princípio da legalidade no exercício de sua relevante função pública, oponham-se a proceder o registro constitutivo do direito real de garantia diante do caráter potencialmente atípico das condições insertas no título causal levado a registro, de que são exemplo a data de vencimento da obrigação e o próprio valor da dívida, conquanto se ratifique o entendimento anteriormente expresso neste trabalho de que não há qualquer violação ao princípio da especialidade em configuração da espécie.

Sobre esse tema, compartilha-se da posição defendida por Milena Donato Oliva e Pablo Rentería, de que o:

[...] princípio da legalidade, ao qual se cinge o oficial do registro, não se confunde com suposto princípio da tipicidade das causas aptas a serem registradas ou com a alegada exaustividade do elenco do art. 167 da Lei no. 6.015/1973. O oficial do registro está adstrito à observância da legislação como um todo, em que desponta o princípio da liberdade contratual (arts. 421 e 425 do Código Civil).³⁷³

Nada obstante, ao se recomendar a edição de legislação específica a conferir viabilidade jurídica aos mitigadores de risco da hipoteca reversa, razoável seria sepultar qualquer dúvida quanto à coerência do negócio jurídico obrigacional com o princípio da especialidade, inerente aos direitos reais de garantia.

5. ESTRUTURAS JURÍDICAS ALTERNATIVAS

5.1 Considerações iniciais

Encerrada a discussão acerca da subsunção legal e da viabilidade jurídica do modelo paradigma da hipoteca reversa, pugnando-se pela sua plena subsunção e pela necessidade de ajustes legislativos com vistas a viabilizar juridicamente algumas de suas características essenciais, convém explorar arranjos alternativos, os quais, embora não se qualifiquem como hipoteca reversa, na concepção tautológica da expressão, produziriam o mesmo resultado econômico, qual seja, o de permitir a extração de renda mensal vitalícia de imóvel com a preservação pelo proprietário do direito de nele residir.

Não se utilizando mais a hipoteca, denomina-se o que se tinha por hipoteca reversa, doravante, como contratos de renda vitalícia. Propõe-se, então, duas estruturas alternativas, a serem exploradas nesta seção, com vistas a viabilização deste tipo de operação.

Na primeira, mantém-se a essência do modelo paradigma de hipoteca reversa, no que diz respeito à relação obrigacional, mas se utiliza outra espécie de direito real de garantia, a propriedade fiduciária, especificamente a alienação fiduciária de coisa imóvel, para assegurar a satisfação do crédito.

O segundo modelo é mais complexo, pois envolve, primeiro, uma proposta de mudança legislativa nos institutos da retrovenda e da preempção. Depois, uma operação de

³⁷³ OLIVA, Milena Donato; RENTERÍA, Pablo. Op.cit., p. 13.

compra e venda com pactos adjetos de retrovenda, de alienação fiduciária em garantia e de preempção, de forma a emular as características de um empréstimo. Por fim, seria constituído direito real de habitação em favor do vendedor do imóvel, ou seja, o idoso a quem se quer assegurar não só renda vitalícia, mas a preservação da moradia.

5.2 Alienação fiduciária de coisa imóvel

Como já discutido, a hipoteca, nas operações de hipoteca reversa, é nada mais do que o direito real de garantia acessório à relação obrigacional. Nada tem ele de excepcional ou exótico. O que há de inovador, no contexto das hipotecas reversas, são as características da relação obrigacional, não da garantia real.

Nesse sentido, poderia se alcançar o mesmo resultado econômico produzido pelas operações de hipoteca reversa utilizando-se, como a garantia a respaldar a relação obrigacional, por exemplo, a propriedade fiduciária.

Explora-se aqui a possibilidade de utilização da alienação fiduciária de coisa imóvel, instituída pela Lei nº 9.514, de 1997. De acordo com a referida lei, a alienação fiduciária de coisa imóvel é o “negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel”.³⁷⁴

Embora, quando da sua instituição, a alienação fiduciária de coisa imóvel tivesse sua utilização restrita a operações de financiamento imobiliário, a Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004³⁷⁵, fez prever, em seu art. 51, que as obrigações em geral também podem ser garantidas por esse instituto.³⁷⁶

A diferença fundamental entre a hipoteca e a alienação fiduciária é que na primeira se constitui um ônus real sobre coisa alheia, ao passo que na última se opera a transmissão da propriedade do bem ao credor até que haja a satisfação integral da obrigação. Portanto, adquire

³⁷⁴ Cf. art. 22 da Lei nº 9.514/1997: “Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel”.

³⁷⁵ BRASIL. Lei n. 10.931, de 2 de agosto de 2004. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Brasília, DF, ago. 2004

³⁷⁶ Cf. art. 51 da Lei nº 10.931/2004: “Art. 51. Sem prejuízo das disposições do Código Civil, as obrigações em geral também poderão ser garantidas, inclusive por terceiros, por cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis, por caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis e por alienação fiduciária de coisa imóvel.

o credor a propriedade resolúvel do imóvel, constituindo-se um direito real sobre coisa própria.³⁷⁷

Como apontam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, a propriedade resolúvel é aquela que “já nasce com data para morrer”, pois é da sua essência “a extinção da titularidade do credor fiduciário ao término do pagamento das prestações avençadas”. Nesse caso:

[...] o devedor fiduciante consolidará o domínio do bem, ficando o credor fiduciário obrigado a lhe retransmitir o direito de propriedade. O resgate da propriedade pelo devedor fiduciante somente se opera com a quitação integral da dívida, com a averbação do cancelamento do título em cartório, pois a amortização parcial não importa em correspondente exoneração da garantia.³⁷⁸

A despeito de operar a transferência de propriedade, não deseja o credor fiduciário a coisa, mas tão somente se investe “na condição de seu titular temporário, como forma de pressionar o devedor e possuidor direto a pagar o financiamento do débito”.³⁷⁹

Sendo retirado o bem da esfera patrimonial do fiduciante, tem-se a primeira vantagem da alienação fiduciária em relação à hipoteca, qual seja, o bem alienado não pode mais ser objeto de constrição em razão das dívidas do devedor. Como bem aponta Melhim Namem Chalhub, “está consolidada a jurisprudência no sentido de que não há que se cogitar de preferência de crédito tributário em relação à débito de responsabilidade do devedor fiduciante”.³⁸⁰

Aponta ainda o mesmo autor que “o mais relevante efeito da segregação patrimonial do bem objeto da propriedade fiduciária é a sua exclusão dos efeitos de eventual insolvência do devedor fiduciante.”³⁸¹

Outra característica distintiva da alienação fiduciária em relação à hipoteca é a impossibilidade constituição de alienações fiduciárias sucessivas, como o diploma civil admite para a última. Isso, porque saindo o bem da esfera patrimonial do devedor fiduciante, esse não possui mais aptidão para dispor do bem (desvantagem sob a ótica do devedor), “não podendo vendê-lo, ainda que em caráter fiduciário, mais de uma vez ao mesmo adquirente ou a diferentes adquirentes”.³⁸²

³⁷⁷ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Reais**. Op. cit., p. 603.

³⁷⁸ Ibid., p. 599.

³⁷⁹ Ibid., p. 626.

³⁸⁰ CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário: Alienação Fiduciária**. 4ª ed. São Paulo: Renovar, 2009, p. 223.

³⁸¹ Ibid., loc. cit.

³⁸² Ibid., p. 224.

Essa impossibilidade, por óbvio, não se confunde com a aptidão de se alienar fiduciariamente o direito real de aquisição, de que dispõe o devedor fiduciante por força do que estabelece o art. 1.368-B do Código Civil.³⁸³ Ou seja, seria possível constituir uma segunda alienação fiduciária, ou sucessivas alienações fiduciárias, com base no direito de propriedade superveniente, de forma que ficariam as alienações posteriores sem eficácia até que se interrompesse a condição suspensiva, ou seja, até que liquidado o débito relativo às alienações anteriores e se reconstituísse plenamente o direito de propriedade do devedor fiduciante.³⁸⁴

A propriedade fiduciária é constituída, nos termos do art. 23 da referida Lei nº 9.514, de 1997, “mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título”. Constituída a propriedade resolúvel, opera-se, nos termos do mesmo dispositivo, o desdobramento da posse do bem, “tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel.”³⁸⁵

Assume assim o devedor fiduciante, enquanto possuidor direto, a responsabilidade por todos os impostos, taxas e contribuições que incidam sobre o imóvel, perdurando essa responsabilidade até a data que o fiduciário vier a ser imitado na posse.³⁸⁶

A responsabilidade do fiduciante em nada muda o caráter *propter rem* dessas obrigações, que, eventualmente pagas pelo fiduciário, fazem surgir tão somente o seu direito de reembolso junto ao devedor, mediante ação própria.

O pagamento da dívida, conforme mencionado, é a condição para que a propriedade retorne para o devedor fiduciante. Todavia, vencida e não paga a dívida, no todo ou em parte, e constituído em mora o fiduciante, consolida-se a propriedade do imóvel em nome do fiduciário, nos seguintes termos³⁸⁷:

i) o fiduciante será intimado, a requerimento do fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de 15 dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos

³⁸³ Cf. art. 1.368-B do CC/2002: “Art. 1.368-B. A alienação fiduciária em garantia de bem móvel ou imóvel confere direito real de aquisição ao fiduciante, seu cessionário ou sucessor.

³⁸⁴ CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário: Alienação Fiduciária**. Op. cit., p. 225.

³⁸⁵ Cf. art. 23 da Lei nº 9.514/1997: “Art. 23. Constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título. Parágrafo único. Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel.

³⁸⁶ Cf. art. 27, § 8º, da Lei nº 9.514/1997: “Art. 27. (...) § 8º Responde o fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário, nos termos deste artigo, até a data em que o fiduciário vier a ser imitado na posse.

³⁸⁷ Cf. art. 26 da Lei nº 9.514/1997: “Art. 26. Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.”

contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação;³⁸⁸

ii) purgada a mora no Registro de Imóveis, convalidará o contrato de alienação fiduciária;³⁸⁹

iii) não havendo a purgação da mora, no referido prazo de 15 dias, o oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, à vista da prova de pagamento do imposto de transmissão *inter vivos* e, se for o caso, do laudêmio.³⁹⁰

Conforme apontam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, a grande vantagem desse direito real sobre coisa própria em relação à hipoteca “é a agilidade na execução do bem, pois todo procedimento se desenrola perante o Cartório Imobiliário (Registro de Imóveis), sendo desnecessária a ida ao Judiciário”.³⁹¹

Não sofre a execução extrajudicial da alienação fiduciária dos mesmos questionamentos que incidem sobre o Decreto-Lei nº 70/66, porquanto não se trata de um procedimento expropriatório, a demandar o devido processo legal e o monopólio estatal de jurisdição, conforme estipula a Carta Maior. Como se viu, a propriedade já foi transferida em caráter resolúvel, não havendo o que se falar de perda de propriedade pela via extrajudicial.

Os procedimentos de leilão, promovidos pelo fiduciário após a consolidação da propriedade, marcam outra distinção importante da alienação fiduciária em relação à hipoteca. Enquanto, nos termos do Decreto-Lei nº 70/66, o primeiro leilão tem como valor mínimo o saldo devedor da dívida e os acréscimos legalmente previstos, suscitando discussões sobre a necessidade de avaliação, arrematação por preço vil etc., no primeiro leilão da alienação

³⁸⁸ Cf. art. 26, § 1º, da Lei nº 9.514/1997: Art. 26. (...) § 1º Para os fins do disposto neste artigo, o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, será intimado, a requerimento do fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de quinze dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação (...).”

³⁸⁹ Cf. art. 26, § 5º, da Lei nº 9.514/1997: Art. 26. (...) § 5º Para os fins do disposto neste artigo, o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, será intimado, a requerimento do fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de quinze dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação (...).”

³⁹⁰ Cf. art. 26, § 7º, da Lei nº 9.514/1997: Art. 26. (...) § 7º Decorrido o prazo de que trata o § 1º sem a purgação da mora, o oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, à vista da prova do pagamento por este, do imposto de transmissão *inter vivos* e, se for o caso, do laudêmio. (...).”

³⁹¹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Reais**. Op. cit., p. 626.

fiduciária, o valor mínimo é o valor do imóvel estipulado no título constitutivo do direito, com as atualizações entabuladas pelas partes.³⁹²

Também o resultado do segundo leilão mitiga grande parte das controvérsias que incidem sobre a execução extrajudicial da hipoteca. Não há, no procedimento extrajudicial da hipoteca, lance mínimo, podendo então o imóvel ser alienado por qualquer valor, assistindo ao credor o direito cobrar, pela via executiva, eventual saldo remanescente não satisfeito a partir do produto obtido pelo leilão.

Na alienação, por outro lado, aceita-se, no segundo leilão, o maior lance, desde que maior ou igual ao valor da dívida e dos acréscimos que a lei admite. Todavia, se o maior lance oferecido não atingir esse valor, considera-se extinta a dívida, nada mais sendo exigível devedor fiduciante.³⁹³

Além de as formas previstas de notificação e intimação do devedor fiduciante já incorporarem os procedimentos mais modernos previstos no Código de Processo Civil de 2015, observa-se que a execução extrajudicial da alienação fiduciária lida com as principais controvérsias que geram disputas e judicializações nos procedimentos afetos à hipoteca. Por essa razão, tem-se um procedimento mais célere e uma garantia mais eficiente do que aquela consubstanciada na hipoteca convencional.

Nesse sentido, considera-se que a alienação seria uma garantia apta a oferecer mais segurança aos contratos de renda vitalícia (hipoteca reversa), pelas razões já discutidas anteriormente.

Contudo, caso se opte por essa espécie de direito real de garantia para assegurar a satisfação do crédito decorrente do que ora se denomina como contrato de renda vitalícia, talvez seja necessária a promoção de ajustes na própria legislação que a disciplina. Isso, pois o contrato que serve de título ao negócio fiduciário deve conter, na forma que estipula o art. 24 da Lei nº 9.514, de 1997, entre outros elementos: o valor do principal da dívida e o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário.³⁹⁴

³⁹² Cf. art. 27, § 1º, da Lei nº 9.514/1997: “Art. 27. (...) § 1º Se no primeiro leilão público o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel, estipulado na forma do inciso VI e do parágrafo único do art. 24 desta Lei, será realizado o segundo leilão nos quinze dias seguintes (...)”.

³⁹³ Cf. art. 27, §§ 2º e 5º, da Lei nº 9.514/1997: “Art. 27. (...) § 2º No segundo leilão, será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais. (...) § 5º Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º (...)”

³⁹⁴ Cf. art. 24, incisos I e II, da Lei nº 9.514/1997: “Art. 24. O contrato que serve de título ao negócio fiduciário conterá: I - o valor do principal da dívida; II - o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário; (...)”

Quanto ao prazo, entende-se aplicáveis as mesmas considerações já aduzidas em relação ao princípio da especialização, sob a perspectiva das hipotecas convencionais. Dessa maneira, inexistindo inviabilidade lá, igual razão há para que inexista óbice à constituição do direito aqui, a se julgar que ambas teriam como vencimento a morte do devedor.

O mesmo não se observa, entretanto, em relação à especificação do valor, que, nas operações de renda vitalícia, como já se discutiu, não se pode definir, apenas estimar. Há que se lembrar que o art. 1.424 do Código Civil estipula que os contratos de hipoteca, para terem eficácia, precisam estipular o valor do crédito, sua estimativa, ou valor máximo. Já o título constitutivo da alienação não faz menção à estimativa ou valor máximo da dívida, estabelecendo que o título deve prever o valor da dívida.

Tal exigência é diferente daquela que se aplica à propriedade fiduciária geral, disciplinada pelo Código Civil, o qual prevê que o contrato que serve de título à propriedade fiduciária conterà o total da dívida ou sua estimativa, o que conferiria o respaldo necessário à utilização propriedade fiduciária geral como garantia dos contratos de renda vitalícia.³⁹⁵ Mas não é isso o que a lei específica da alienação fiduciária de coisa imóvel expressamente prevê.

Com efeito, há que se investigar se tal divergência representaria limitante capaz de afastar a utilização dessa espécie de propriedade fiduciária especial como garantia da relação obrigacional que nos importa – demandando ajuste legal –, ou se é admitida a mera estimativa, por força das regras gerais atinentes à propriedade fiduciária.

No que importa ao estudo que ora se empreende, a despeito da necessidade de aprimoramentos legislativos, de que também carece a hipoteca, a alienação fiduciária surge como alternativa apta a superar várias das fragilidades da garantia hipotecária, sendo talvez a mais conveniente para o contexto brasileiro, como também o é para as operações de empréstimo e financiamento em geral, para os quais assume, hoje, condição amplamente hegemônica.³⁹⁶

³⁹⁵ Cf. art. 1.362, inciso I, do CC/2002: “Art. 1.362. O contrato, que serve de título à propriedade fiduciária, conterà: I - o total da dívida, ou sua estimativa; (...)”

³⁹⁶ PINTO E SILVA, Fábio Rocha. Op.cit., p. 6.

5.3 Compra e venda com pactos adjetos

A segunda estrutura que se propõe examinar envolve a compra do imóvel, a prazo, pela instituição financeira, sendo garantida a operação pela alienação fiduciária do bem. A essa compra e venda, incidiriam pactos adjetos de retrovenda e de preempção em favor do alienante, em nome de quem também se constituiria direito real de habitação sobre o imóvel alienado.

Especificamente, nesse modelo, a instituição financeira compraria o imóvel, contratando como prestação o pagamento mensal vitalício de quantia apurada na forma como convencionalmente se apura as prestações de uma hipoteca reversa.

Diante da hipótese de que o vendedor possa vir a morrer antes que os pagamentos mensais atinjam o valor do mercado do bem, o que poderia caracterizar a aquisição por preço vil, estipular-se-ia, como parcela final, a diferença entre o valor de avaliação do imóvel na data da contratação e o valor correspondente à soma dos pagamentos mensais feitos até a data da morte do devedor. No caso dessa diferença ser positiva, a compra seria concretizada com o pagamento do respectivo montante ao espólio. Por outro lado, sendo a diferença nula ou negativa, a venda estaria concretizada.

Tratando-se de uma operação de compra e venda a prazo, a fim de assegurar a satisfação do crédito do vendedor, constituir-se-ia a alienação fiduciária do bem a seu favor, passando a deter o vendedor a propriedade resolúvel do imóvel, nos termos anteriormente discutidos

Ademais, a fim de que a compra e venda se revista de todas as características da relação obrigacional das operações de hipoteca reversa, pactos acessórios à compra e venda haveriam de ser convencionados entre as partes.

O primeiro deles seria uma condição resolutiva potestativa de retrovenda, pela qual o vendedor assumiria o direito potestativo de comprar de volta o imóvel vendido, depositando para isso o montante que lhe tiver sido entregue até a data de exercício do direito. Essa cláusula de retrovenda teria como prazo decadencial data definida a partir da morte do vendedor, sendo, portanto, um direito a ser exercido pelo vendedor ou por seus herdeiros.

O objetivo da estipulação da cláusula de retrovenda é substituir o que numa operação de hipoteca reversa seria o direito do devedor de liquidar antecipadamente a obrigação, ou mesmo liquidar a obrigação na data de seu vencimento.

Surge então a primeira dificuldade associada a esse arranjo. A retrovenda, conforme estabelecido no Código Civil, possui prazo máximo decadencial de três anos.³⁹⁷ Conforme apontam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, a razão para essa limitação é que “seria ofensivo ao direito de propriedade permitir a convenção de prazo maior”, haja vista a insegurança que tal cláusula provocaria “nas relações patrimoniais do proprietário e de terceiros que com ele eventualmente negociassem”.³⁹⁸

Defendem os mesmos autores que:

[...] a retrovenda é, sem dúvida, uma manifestação da autonomia privada, pois só nos negócios jurídicos as partes podem inserir elementos acidentais (termo, condição e encargo) a ponto de inovar dentro dos limites impostos pelo sistema. Todavia, atualmente a autonomia privada tem de ser ponderada com outros valores do sistema jurídico, como a função social do contrato e a boa fé objetiva (CC, arts. 421 e 422). Na espécie, isto implica a impossibilidade de o ordenamento ser complacente com a cláusula de retrovenda que venha a ser utilizada como modo de garantia de um mutuante contra o mutuário, diante de eventual inadimplemento da obrigação.³⁹⁹

Com a devida vênia aos renomados civilistas, é exatamente isso o que se propõe. Todavia, não se trata da ampliação do escopo da retrovenda para qualquer fim, o que decerto fragiliza o direito de propriedade e deve ser coibido. Mas única e tão somente a ampliação do seu alcance para os fins de uma disciplina legal específica, voltada a viabilizar contratos de renda vitalícia na forma como ora se discute.

Nesse contexto, e apenas nele, admitir-se-ia a introdução de uma cláusula resolutiva potestativa cujo prazo decadencial se prolongaria até data específica a partir da morte do vendedor.

Nesse exercício de livre pensar, não seria o prazo decadencial máximo estabelecido pelo diploma civilista empecilho ao arranjo que se discute, já que toda a construção teórica que se empreende pressupõe mudança legislativa hábil em viabilizá-lo.

Superada a questão do prazo máximo de retrovenda, há de se resguardar o vendedor do risco de que o comprador aliene o bem a terceiros, mesmo que isso faça pouco sentido diante do contexto na qual a operação se insere, qual seja, o de emular uma hipoteca reversa vitalícia.

Assim sendo, o contrato de compra e venda haveria de embutir, também, pacto adjecto de preempção (ou preferência), pelo qual se impõe ao comprador a obrigação de oferecer ao

³⁹⁷ Cf. art. 505 do CC/2002: “Art. 505. O vendedor de coisa imóvel pode reservar-se o direito de recobrá-la no prazo máximo de decadência de três anos, restituindo o preço recebido e reembolsando as despesas do comprador, inclusive as que, durante o período de resgate, se efetuaram com a sua autorização escrita, ou para a realização de benfeitorias necessárias.”

³⁹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Reais**. Op. cit., p. 697.

³⁹⁹ Ibid., p. 698.

vendedor a coisa por ocasião da sua venda ou dação em pagamento a terceiro, para que aquele use de seu direito de prelação na compra, tanto por tanto.⁴⁰⁰

Representaria esta a última oportunidade de o vendedor, ou seus herdeiros, readquirirem o imóvel alienado. No entanto, assim como no caso da retrovenda, também a preempção possui prazo máximo incompatível com os fins pretendidos no presente exercício teórico.

Nos termos do art. 513, parágrafo único, do Código Civil, o prazo para exercício do direito de preferência não pode exceder a dois anos, no caso de bens imóveis.⁴⁰¹ Posto isto, para a construção desta cláusula, igualmente seria imprescindível ajuste legal que estendesse o direito de preferência até o prazo definido a partir da morte do vendedor; o mesmo previsto para a retrovenda.

Finalmente, haveria de ser preservado o direito de o vendedor habitar o imóvel. Para esse fim, haveria de ser constituído direito real de habitação em favor do vendedor do bem, o qual, nos termos do art. 1.414 do Código Civil, consiste no direito de habitar gratuitamente casa alheia, sendo defeso ao titular deste direito alugar ou emprestar o imóvel, assistindo-lhe somente o direito de ocupa-lo com sua família.⁴⁰²

Aplicam-se a esse direito, no que não contrariar a sua natureza, as disposições atinentes ao usufruto.⁴⁰³ Dessa maneira, sua constituição se opera mediante registro no Cartório de Registro de Imóveis.⁴⁰⁴

Conforme estipula o Código Civil, o usufrutuário (habitador), antes de assumir o usufruto (habitação), deve inventariar, a sua custa, o imóvel, determinando o estado em que se acha. Ademais, deve o usufrutuário (habitador) dar caução, fidejussória ou real, se assim lhe exigir o dono, bem como velar pela conservação do bem, entregando-lhe ao proprietário quando findo o usufruto (direito de habitação).⁴⁰⁵

⁴⁰⁰ Cf. art. 513 do CC/2002: “Art. 513. A preempção, ou preferência, impõe ao comprador a obrigação de oferecer ao vendedor a coisa que aquele vai vender, ou dar em pagamento, para que este use de seu direito de prelação na compra, tanto por tanto (...)”.

⁴⁰¹ Cf. art. 513, parágrafo único, do CC/2002: “Art. 513. (...) Parágrafo único. O prazo para exercer o direito de preferência não poderá exceder a cento e oitenta dias, se a coisa for móvel, ou a dois anos, se imóvel”.

⁴⁰² Cf. art. 1.414 do CC/2002: “Art. 1.414. Quando o uso consistir no direito de habitar gratuitamente casa alheia, o titular deste direito não a pode alugar, nem emprestar, mas simplesmente ocupá-la com sua família.”

⁴⁰³ Cf. art. 1.416 do CC/2002: “Art. 1.416. São aplicáveis à habitação, no que não for contrário à sua natureza, as disposições relativas ao usufruto.”

⁴⁰⁴ Cf. art. 1.391 do CC/2002: “Art. 1.391. O usufruto de imóveis, quando não resulte de usucapião, constituir-se-á mediante registro no Cartório de Registro de Imóveis”.

⁴⁰⁵ Cf. art. 1.400 do CC/2002: “Art. 1.400. O usufrutuário, antes de assumir o usufruto, inventariará, à sua custa, os bens que receber, determinando o estado em que se acham, e dará caução, fidejussória ou real, se lhe exigir o dono, de velar-lhes pela conservação, e entregá-los findo o usufruto”.

O termo do usufruto (direito de habitação), para o presente caso, seria a morte do usufrutuário (habitador), incumbindo a este, nos termos da lei, as despesas ordinárias de conservação do imóvel no estado em que o recebeu, assim como as prestações e os tributos devidos pela posse.⁴⁰⁶

Não se vislumbra razão que impeça a pactuação de cláusula, no contrato de compra e venda, que permita ao vendedor deduzir, dos valores a serem pagos pela aquisição do imóvel, eventuais despesas de reparação extraordinária que a lei lhe atribui⁴⁰⁷, de forma compatibilizar o arranjo com as características da hipoteca reversa, na qual tais despesas recaem sobre o devedor (vendedor ou habitador, no presente exercício).

Estipula a lei que o usufruto (direito real de habitação) se extingue, entre outros motivos, pela renúncia ou morte do usufrutuário (habitador); pelo termo de sua duração, pela cessação do motivo de que se origina; por culpa do usufrutuário (habitador), quando aliena, deteriora, ou deixa arruinar o imóvel, não lhe acudindo com os reparos de conservação; e pelo não uso.⁴⁰⁸

Essas hipóteses parecem encerrar todas as circunstâncias que determinariam o vencimento antecipado de uma dívida associada a uma hipoteca reversa, de maneira que parece possível a simulação de um empréstimo hipotecário reverso a partir da compra e venda na forma proposta.

Mesmo o seguro contra o dano físico do imóvel encontraria respaldo no âmbito do direito real de habitação, visto que o diploma civil estabelece que estando o imóvel segurado, incumbe ao usufrutuário (habitador) pagar, durante o usufruto (habitação), as contribuições do seguro.⁴⁰⁹

⁴⁰⁶ Cf. arts. 1.410, inciso II, e 1.403 do CC/2002: “Art. 1.403. Art. 1.403 Incumbem ao usufrutuário: I - as despesas ordinárias de conservação dos bens no estado em que os recebeu; II - as prestações e os tributos devidos pela posse ou rendimento da coisa usufruída (...) Art. 1.410. O usufruto extingue-se, cancelando-se o registro no Cartório de Registro de Imóveis: (...) II - pelo termo de sua duração; (...)”

⁴⁰⁷ Cf. art. 1.404 do CC/2002: “Art. 1.404. Incumbem ao dono as reparações extraordinárias e as que não forem de custo módico; mas o usufrutuário lhe pagará os juros do capital despendido com as que forem necessárias à conservação, ou aumentarem o rendimento da coisa usufruída.

⁴⁰⁸ Cf. art. 1.410 do CC/2002: “Art. 1.410. Art. 1.410. O usufruto extingue-se, cancelando-se o registro no Cartório de Registro de Imóveis: I - pela renúncia ou morte do usufrutuário; II - pelo termo de sua duração; III - pela extinção da pessoa jurídica, em favor de quem o usufruto foi constituído, ou, se ela perdurar, pelo decurso de trinta anos da data em que se começou a exercer; IV - pela cessação do motivo de que se origina; V - pela destruição da coisa, guardadas as disposições dos arts. 1.407, 1.408, 2ª parte, e 1.409; VI - pela consolidação; VII - por culpa do usufrutuário, quando aliena, deteriora, ou deixa arruinar os bens, não lhes acudindo com os reparos de conservação, ou quando, no usufruto de títulos de crédito, não dá às importâncias recebidas a aplicação prevista no parágrafo único do art. 1.395; VIII - Pelo não uso, ou não fruição, da coisa em que o usufruto recai (arts. 1.390 e 1.399).

⁴⁰⁹ Cf. art. 1.407 do CC/2002: “Art. 1.407. Se a coisa estiver segurada, incumbe ao usufrutuário pagar, durante o usufruto, as contribuições do seguro.”

Desrespeitadas as obrigações pelo habitador (vendedor), extinguir-se-ia o direito de habitação, podendo o comprador (instituição financeira) buscar a restituição da sua posse direta – lembrando-se que, no exercício proposto, o bem foi alienado fiduciariamente em garantia da satisfação da venda a prazo.

Nesse caso, poderia a comprador liquidar antecipadamente a operação de compra e venda, adquirindo o imóvel de forma definitiva pelo pagamento da diferença entre o valor de avaliação do bem na data da contratação e os valores já pagos, encerrando o arranjo que simula um contrato de renda vitalícia.

Assistiria ao vendedor, nesse caso, exercer seu direito potestativo de compra, por força do pacto adjeto de retrovenda, pagando pelo imóvel o valor recebido pela alienação original do bem. Ademais, caso o comprador deseje alienar o imóvel a terceiros, ainda seria possível o exercício do seu direito de preferência.

É evidente que o arranjo em tela não se subsume aos institutos da retrovenda e da preempção, de maneira que a construção de estrutura da espécie demandaria alterações legais. Por outro lado, esforço legislativo nesse sentido justificaria, por si só, alterações mais amplas, tipificando o contrato de renda vitalícia, de maneira a lhe incorporar e adaptar as características pertinentes dos institutos propostos.

Essa parece ser uma solução mais adequada do que o mero ajuste da retrovenda e da preempção com vistas a viabilizar arranjos baseados na autonomia privada, principalmente à luz do já se discutiu acerca da necessidade de se oferecer moldura legislativa apta a mitigar os riscos de negócios da espécie.

Há que se ressaltar que, nos termos do art. 3º da Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017⁴¹⁰, constitui infração, punível administrativamente, as instituições financeiras adquirirem bens imóveis não destinados ao próprio uso, exceto os recebidos em liquidação de empréstimos de difícil ou duvidosa solução ou quando expressamente autorizadas pelo Banco Central do Brasil, observada a norma editada pelo Conselho Monetário Nacional. Nesse sentido, além dos

⁴¹⁰ BRASIL. Lei n. 13.506, de 13 de novembro de 2017. Dispõe sobre o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários; altera a Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, a Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, a Lei nº 4.829, de 5 de novembro de 1965, a Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, a Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, a Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.214, de 27 de março de 2001, a Lei nº 11.371, de 28 de novembro de 2006, a Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008, a Lei nº 12.810, de 15 de maio de 2013, a Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, o Decreto nº 23.258, de 19 de outubro de 1933, o Decreto-Lei nº 9.025, de 27 de fevereiro de 1946, e a Medida Provisória nº 2.224, de 4 de setembro de 2001; revoga o Decreto-Lei nº 448, de 3 de fevereiro de 1969, e dispositivos da Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997, da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e da Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF, nov. 2017.

ajustes legais, imponderia a edição de regulamento infralegal autorizando a aquisição de imóveis no contexto da contratação de operações de renda vitalícia.

Além disso, qualquer solução baseada na transferência de propriedade implica na incidência de imposto sobre a transmissão de bens *inter vivos* e mesmo de imposto de renda sobre eventuais ganhos de capital. Desse modo, também essa questão haveria de ser endereçada pela legislação específica, sob o risco de se retirar qualquer atratividade dos contratos de renda vitalícia estruturados como uma compra e venda.

Surge então o arranjo baseado na lógica da compra e venda como uma opção apta a lidar com as dificuldades inerentes ao processo de execução extrajudicial de garantias reais, e, portanto, a permitir a assunção pelo credor (comprador) de maior risco, consistente no pagamento de prestações mensais de maior monta, na medida em que se mitigam os riscos de descasamento e de longevidade.

6. CONCLUSÃO

A hipoteca reversa é um produto financeiro voltado a complementação de renda de pessoas idosas bastante popular em diversos países, mormente em períodos posteriores a reformas nos sistemas de previdência pública.

No contexto da reforma do sistema previdenciário brasileiro, iniciou-se o debate público em torno da viabilização da sua oferta no Brasil, inclusive com a apresentação de projetos de lei no Congresso Nacional voltados à disciplina dos seus aspectos mais complexos.

Neste trabalho, diante da importância que tende a ganhar esse debate nos próximos anos, propôs-se um exame mais detalhado do produto, haja vista ainda ser incipiente a pesquisa acadêmica sobre o tema no Brasil, seja do ponto de vista econômico-financeiro seja sob a perspectiva jurídica.

Buscou-se responder, na investigação proposta, duas questões: primeiro, se o que se tem como hipoteca reversa se subsume, quanto a seus aspectos mais básicos, à legislação e regulamentação em vigor; segundo, se há viabilidade jurídica para a oferta de produto da espécie no Brasil.

No que se refere ao segundo ponto, tomou-se como viabilidade jurídica não só a conformação do produto e dos mitigadores dos riscos que lhe são próprios – fossem estruturais ou acessórios – à legislação e à regulamentação financeira em vigor, mas o reconhecimento da jurisprudência quanto essa conformação.

Ou seja, tomou-se como inviável juridicamente a característica ou o mitigador não consonante com as normas legais e infralegais ou aqueles cuja jurisprudência não fosse firme em admiti-los.

Inexistindo a hipoteca reversa no Brasil, a primeira etapa a ser enfrentada dizia respeito à análise das características que esse produto assume nos diversos países em que a sua oferta é relevante, ou seja, nos mercados em que a sua negociação já se encontra sedimentada e, por consequência, os eventuais problemas a ela associada estão sendo ou já foram enfrentados.

Optou-se por restringir essa análise a três países: Estados Unidos, Reino Unido e Espanha, os dois primeiros com sistema jurídico baseado na *commom law* e o último de tradição romano-germânica.

Não obstante a diferença entre os sistemas jurídicos, observou-se grande convergência entre os produtos financeiros que podiam ser qualificados como hipotecas reversas, seja quanto às características que as operações incorporavam seja pela opção das autoridades pela regulação da sua oferta, no âmbito legal e infralegal.

Como regra, as operações de hipoteca reversa representavam operações de crédito garantidas pelo imóvel de residência do tomador, sobre o qual era constituída uma hipoteca de primeiro grau.

O aspecto peculiar da operação de crédito era a forma como os recursos eram entregues ao devedor ao longo do tempo, qual seja, por meio de pagamentos mensais que somente eram interrompidos com a morte daquele.

Também a estrutura de amortização da dívida era diferenciada, com nada sendo exigido do devedor até que se atingisse o termo final da operação, isto é, até que o devedor viesse à óbito.

Nesse caso, o empréstimo, ainda que denominado pelo nome do direito real de garantia a ele acessório, era reverso (ou inverso, como mais adequadamente é traduzido nos países de língua espanhola), porque os pagamentos fluíam do credor para o devedor e o saldo devedor crescia ao longo do tempo, e não o contrário, como em qualquer operação de crédito tradicional.

Ainda que houvesse elementos em comum nos diversos produtos qualificados no gênero de hipotecas reversas – alguns com termo definido, outros com pagamentos feitos integralmente no termo inicial, e mesmo aqueles com previsão de pagamento de juros a partir de um certo patamar de dívida – serviu como referência ao presente trabalho, pela sua lógica previdenciária, aquele que estipulava o pagamento de renda vitalícia.

A escolha pelo estudo dos modelos de hipoteca reversa vitalícios também se baseou na sua maior complexidade e nos riscos diferenciados a eles associados. Afinal, sendo a

hipoteca reversa um empréstimo que busca permitir a extração de renda de um ativo imobilizado, maior curiosidade acadêmica há naqueles arranjos cuja comercialização não existe no Brasil em nenhum grau.

São esses, afinal, cuja incerteza quanto à perfeita subsunção ao ordenamento pátrio e à própria viabilidade jurídica carecem de exame mais apurado. Nesse sentido, com vistas a servir de referência às análises que foram empreendidas ao longo do trabalho, definiu-se um modelo paradigma do que seria qualificado como hipoteca reversa.

O modelo paradigma, inspirado nas características comuns das hipotecas reversas vitalícias negociadas nos três países de referência, foi qualificado como uma operação de empréstimo cuja a entrega do valor emprestado se prolongaria até a morte do devedor, de maneira que não se poderia definir, *a priori*, o valor final que a dívida viria a assumir; afinal, a morte, apesar de certa, possui data incerta.

Nesse empréstimo, nada seria exigido do devedor até o vencimento da obrigação, estipulado como a data da sua morte (ou um período predefinido que se iniciava com a morte).

Essa operação de empréstimo seria garantida pela hipoteca em primeiro grau do imóvel de residência do devedor, necessariamente idoso, sendo ainda obrigatório que esse contratasse algumas espécies de seguros voltados à mitigação dos riscos próprios da operação.

Ainda que a dívida somente fosse exigível, na sua integralidade, no vencimento, o modelo paradigma incorporava cláusulas de vencimento antecipado, consistentes em qualquer ação ou omissão capaz de levar à deterioração do valor da garantia, bem como o não pagamento das apólices de seguro obrigatórias.

Finalmente, diante dos riscos associados ao produto e do público-alvo a quem ele se dirigia, a contratação haveria de estar subordinada a rigorosos critérios voltados a garantir a sua adequação às necessidades do devedor e a transparência em relação a todos os seus riscos e benefícios, de forma a permitir uma escolha consciente do cliente pela contratação.

Definido o modelo paradigma, a segunda etapa da análise consistiu na sua conceituação jurídica. Conforme discutido na seção 2, subsome-se o modelo paradigma, no que diz respeito à relação obrigacional, a um contrato de mútuo feneratício não vinculado, que tem como vencimento a data da morte do mutuante.

O único aspecto não convencional da subsunção da hipoteca reversa paradigma nesta espécie de contrato típico é que o mútuo assume característica de negócio jurídico bilateral, já que há obrigação do mutuante, consistente nos pagamentos a serem feitos até a morte do mutuário, e a necessária obrigação desse último de devolver a coisa emprestada, acrescida dos juros convencionados, de forma integral no vencimento.

Avaliou-se ainda na seção, a possibilidade de o contrato de mútuo incorporar todas as cláusulas de vencimento antecipado constantes do modelo paradigma, concluindo-se pela plena viabilidade do arranjo, considerando-se a autonomia privada e a liberdade contratual, inclusive quanto à exigência de garantias atípicas, como os seguros.

No que se refere ao vínculo real de garantia, defende-se que não se trata de espécie nova de direito real sobre coisa alheia, mas de uma hipoteca convencional típica, adequando-se o modelo paradigma a essa espécie de hipoteca na forma como o Código Civil a disciplina. Ou seja, prescinde-se de qualquer flexibilização ou interpretação voltada a permitir que a autonomia privada lhe amolde às características que possuem as hipotecas reversas.

Nesse sentido, pelo menos quanto as suas características fundamentais, subsume-se a hipoteca reversa paradigma ao ordenamento jurídico brasileiro, visto que poderia ser contratada por meio de um contrato de mútuo garantido pela hipoteca convencional constituída sobre o imóvel de residência do tomador.

As questões mais controversas quanto a essa análise disseram respeito à adequação das características da relação obrigacional, especificamente a incerteza quanto ao valor da dívida e à data de vencimento, ao princípio da especialidade dos direitos reais de garantia, que há de ser observado sob pena de ineficácia.

Com relação a tal questão, pugna-se neste trabalho pela perfeita adequação das características da relação obrigacional, mesmo aquelas mais exóticas, com o *mens legis*, assegurando-se que os demais credores ou qualquer pessoa com a qual o mutuante tenha relações seja capaz de ter real dimensão das suas obrigações e do montante das suas dívidas afetadas pelo vínculo real. Nesse sentido, não representaria o princípio da especialidade óbice à contratação da hipoteca reversa, nos termos do modelo paradigma.

Efetuada a conceituação do modelo paradigma e a análise de sua subsunção à legislação, procedeu-se uma análise das principais fragilidades do modelo paradigma sob uma perspectiva socio jurídica da análise econômica do direito.

Especificamente, avaliou-se cada um dos riscos inerentes às operações de hipoteca reversa de renda vitalícia, examinando-se como repercutem sobre o equilíbrio econômico financeiro do negócio e quais os custos que impõem ao mutuante e ao mutuário.

Em relação a cada um desses riscos, apresentou-se os instrumentos de mitigação tradicional, voltados a preservar a sustentabilidade da estrutura econômico-financeira, discutindo-se sua imprescindibilidade para o equilíbrio do modelo de negócio.

Entre os riscos mais relevantes, destacam-se:

i) o risco de descasamento, que consiste na possibilidade de o valor da dívida superar o valor da garantia, cujo principal mitigador é um seguro que cubra, total ou parcialmente, qualquer diferença positiva entre o valor da dívida e o valor de alienação do imóvel.

ii) o risco de longevidade, que consiste na possibilidade de o mutuante viver por mais tempo que as estimativas efetuadas pelo mutuante, cujo principal mitigador é a adoção de políticas de crédito voltadas a afastar, do acesso ao produto, idosos cuja idade seja mais próxima do marco inicial do Estatuto do Idoso (60 anos); e

iii) o risco de flutuação do valor da garantia, que consiste na possibilidade de flutuações desfavoráveis do valor da garantia ao longo do tempo, cujo principal mitigador é um processo célere e eficiente de execução da hipoteca em caso de inadimplemento.

O estudo da viabilidade jurídica da hipoteca reversa, nos termos propostos no presente trabalho, consistiu em avaliar a existência de qualquer impedimento legal ou jurisprudencial aos instrumentos mitigadores necessários a lidar com os riscos da hipoteca reversa.

Concretamente, considerar-se-ia como inviável juridicamente a hipoteca reversa caso quaisquer dos seus elementos essenciais não tivesse respaldo legal ou jurisprudencial. Nesse sentido, a fim de se delimitar o escopo da análise, elencou-se como pilares da hipoteca reversa:

i) a possibilidade de o credor condicionar a concessão da hipoteca reversa à contratação de apólice de seguro apta a protegê-lo contra o risco de descasamento;

ii) a efetividade da garantia e a eficiência do seu processo de execução extrajudicial; e

iii) a aptidão do credor para utilizar critérios etários como critério para afastar os clientes mais jovens do acesso à hipoteca reversa vitalícia ou mesmo para tornar as condições do crédito mais restritivas.

Quanto ao primeiro pilar, considerou-se que o seguro era elemento indispensável para mitigar os riscos de descasamento, longevidade e de flutuação, de maneira que era necessário que o mutuante pudesse negar a concessão da hipoteca reversa caso não houvesse a simultânea contratação de apólices de seguro específicas.

A questão que se impunha é se essa exigência poderia se qualificar como uma venda casada, o que é repudiado como prática abusiva pelo CDC e é considerada uma infração à ordem econômica, por força da Lei nº 12.529, de 2011.

A análise jurisprudencial efetuada em relação a esse aspecto demonstrou que a jurisprudência do STJ é firme no sentido de repudiar a exigência de qualquer seguro como condição para obtenção de crédito.

Mesmo nos casos onde a exigência decorre de lei, entende o Superior Tribunal de Justiça que se caracteriza como “venda casada” a exigência de contratação de apólice específica

junto à sociedade seguradora determinada pelo mutuante, ou seja, quando não se oferece liberdade de escolha ao mutuário.

Quanto à efetividade e a eficiência da hipoteca, considerou-se que a sustentabilidade econômico-financeira do modelo paradigma depende da aptidão do mutuante em exercer de forma eficaz e eficiente seu direito real de garantia.

Nesse sentido, qualquer limitação legal ou jurisprudencial que pudesse comprometer o *quantum* a ser obtido pelo mutuante a partir da execução da hipoteca, ou a celeridade do processo de execução, seria elemento a inviabilizar juridicamente a hipoteca reversa vitalícia, que tem na garantia pilar precípua de sustentabilidade.

Desse modo, verificou-se como a jurisprudência e a própria legislação enfrentavam quatro aspectos relacionados a efetividade e eficiência da garantia, foram eles:

- i) a execução extrajudicial da hipoteca;
- ii) o direito real de habitação do cônjuge sobrevivente;
- iii) a impenhorabilidade dos bens de família; e
- iv) o direito de preferência do credor hipotecário.

Quanto à execução extrajudicial, verificou-se questionamentos pendentes de julgamento no STF em relação à própria constitucionalidade do processo. Basicamente, questiona-se a expropriação do imóvel do mutuário sem o devido processo legal por agente estranho ao Poder Judiciário, diante do monopólio estatal da jurisdição.

Ainda que a jurisprudência do STF venha se consolidando ao longo do tempo pela constitucionalidade do processo de execução extrajudicial, encontra-se pendente de julgamento Recurso Extraordinário, com repercussão geral reconhecida, cuja votação parcial (4 x 2) caminha no sentido contrário.

Ademais, demonstrou-se que mesmo os procedimentos que compõem o processo são objeto de diversas controvérsias (forma de notificação, valor mínimo do leilão e liquidez de crédito remanescente), culminando na sua inevitável judicialização e, conseqüentemente, na redução da eficiência do processo. Com relação à jurisprudência, observou-se, em relação alguns dos aspectos, um STJ vacilante, ora pendendo para determinada linha, como no caso da desnecessidade de avaliação prévia do imóvel para fins de leilão extrajudicial, ora pendendo em direção oposta.

Em relação ao direito real de habitação do cônjuge sobrevivente, examinou-se a sua oponibilidade em relação ao credor hipotecário ou mesmo em relação ao arrematante do imóvel em leilão, o que poderia comprometer o *quantum* a ser obtido a partir da execução da garantia na hipótese de inadimplemento.

Sobre isso, tomando-se por base a jurisprudência mais recente do STJ, defende-se que *a mens legis* do direito real de habitação é dar aplicação ao princípio da solidariedade familiar, não cabendo sua oponibilidade sobre terceiros estranhos a essa relação.

No que se refere à impenhorabilidade do bem de família, o que por si só sepultaria qualquer modalidade de hipoteca reversa apoiada na moradia de idosos, a jurisprudência do STJ afasta qualquer dúvida quanto à possibilidade de penhora quando o imóvel é espontaneamente oferecido como garantia hipotecária de operação de crédito tomada em benefício da entidade familiar.

Quanto à mitigação do direito de preferência do credor hipotecário, o que potencialmente reduz a aptidão do direito real de garantia em assegurar a integralidade da satisfação do crédito, trouxe-se como exemplo a Súmula 478 do STJ, a qual estabelece que “na execução de crédito relativo a cotas condominiais, este tem preferência sobre o hipotecário”.

Em relação à possibilidade de utilização de critérios etários para lidar com o risco de longevidade, a jurisprudência do STJ parece apontar na direção de que tal procedimento, desde que relacionado à lógica do produto financeiro, não caracteriza discriminação negativa que coloque em desvantagem exagerada a população idosa, que pode se socorrer de outras modalidades de acesso ao crédito bancário.

Adicionalmente ao exame jurisprudencial, efetuou-se também uma avaliação da regulação infralegal, mormente a sua capacidade de oferecer resposta semelhante àquela verificada internacionalmente, consistente na exigência de rígidos critérios de adequação e transparência na contratação da hipoteca.

Quanto a esse ponto, entende-se que o “Código de Defesa do Consumidor Bancário”, por seu caráter principiológico e genérico, seria insuficiente para tutelar o mutuário de uma operação de hipoteca reversa, não estabelecendo procedimentos claros e critérios objetivos aptos a proporcionar ao cliente uma melhor percepção dos riscos e benefícios da operação.

Ainda quanto à regulamentação financeira, observou-se que muitas das normas infralegais voltadas a assegurar a estabilidade do Sistema Financeiro Nacional seriam simplesmente incompatíveis com as características inerentes às operações de hipoteca reversa, notadamente aquela que estabelece limite rígido da relação entre o valor da dívida e o valor de avaliação do imóvel dado em garantia.

Diante de tudo o que se discutiu, considera-se haver confirmado a hipótese que norteou o presente trabalho, qual seja, a de que, a despeito de não haver limitante de ordem legal ou regulamentar ao oferecimento de produto da espécie no Brasil, nosso ordenamento jurídico e

nossa jurisprudência impõem riscos de tal ordem às partes do possível contrato, que a viabilidade jurídica dessas operações somente seria possível sob uma rígida disciplina legal

Baliza esse entendimento não só as limitações que a jurisprudência impõe sobre os elementos de mitigação dos riscos associados à hipoteca reversa, tal qual o seguro obrigatório, a celeridade do processo de execução e a própria eficácia da garantia, mas o risco tangível de os Cartórios de Registro de Imóveis, que se pautam pelo princípio da legalidade, considerarem a hipoteca reversa como uma nova espécie de direito real sobre coisa alheia, a exemplo de entendimentos que começam a aparecer nos primeiros trabalhos acadêmicos sobre o assunto.

Nesse sentido, defende-se ser necessário uma disciplina legal específica a conferir tratamento e respaldo a todas as cláusulas, condições e procedimentos próprios às operações de hipoteca reversa, afastando a insegurança jurídica que pode inviabilizar o desenvolvimento do mercado.

Mas não só uma disciplina legal. Ao se considerar o caráter geral da regulação financeira que incidiria sobre o negócio jurídico, faz-se necessária uma rigorosa normatização infralegal, assegurando-se o correto tratamento prudencial de um produto que, como o nome sugere, opõe-se às características de um crédito tradicional; assim como uma tutela mais prescritiva dos direitos dos consumidores desta espécie de produto financeiro.

Essa tutela, ao mesmo tempo que complementaria a disciplina infralegal, minimizaria a possibilidade de decisões judiciais que ponham em xeque o equilíbrio econômico-financeiro das operações, assegurando-se um atendimento pormenorizado das disposições do CDC.

Quanto a essa questão, entende-se necessário que a lei ou o regulamento, a exemplo do que é exigido nos países analisados, condicione a contratação da hipoteca reversa ao aconselhamento independente do mutuante em relação aos riscos e benefícios do produto financeiro.

Por fim, examinou-se arranjos alternativos que poderiam produzir o mesmo resultado econômico da hipoteca reversa, isto é, que a despeito de não observarem as características estabelecidas pelo modelo paradigma, seriam capazes de permitir que os idosos extraíssem um fluxo de renda vitalícia de seus imóveis sem precisar de deixar de nele residir.

O primeiro arranjo pouco se distanciou do modelo paradigma, exceto pela espécie de direito real de garantia utilizado para assegurar a satisfação do direito do credor, qual seja, a propriedade fiduciária, especificamente, a alienação fiduciária sobre coisa imóvel. Nessa estrutura, continuou-se com um mútuo feneratício não vinculado, mas assegurado pela alienação fiduciária do imóvel, ao invés de se constituir uma hipoteca.

Ainda que não tenha sido escopo do trabalho esgotar todos os riscos e benefícios dessa alternativa, reconheceu-se a superioridade do processo de execução extrajudicial da alienação frente ao processo da hipoteca. Isso, porque, implicando a própria alienação a transferência da propriedade do imóvel, mesmo que em caráter resolúvel, não há o que falar sobre procedimento expropriatório extrajudicial.

Ademais, muitas das controvérsias que limitam a celeridade da execução extrajudicial da hipoteca já se encontram solucionadas na execução extrajudicial da alienação, como as questões relacionadas à notificação, ao valor do imóvel para os fins de leilão e aos procedimentos a serem adotados em caso de leilão vazio ou de lances que não satisfaçam a integralidade do crédito.

Por outro lado, verificou-se que as informações que precisam constar do título constitutivo da alienação fiduciária, notadamente aquela relacionada ao valor da dívida, podem inviabilizar a sua utilização caso não se proceda nenhum ajuste legal. Tal fato decorre da obrigação de se estipular o valor da dívida, que não é conhecido na data da contratação, não se abrindo margem para a estipulação de um valor estimado, como se permite na hipoteca e na propriedade fiduciária geral disciplinada pelo Código Civil.

O último modelo alternativo baseava-se numa compra e venda a prazo com pactos adjetos de alienação fiduciária, retrovenda e preempção, além da constituição de direito real de habitação em nome do idoso que aliena o imóvel para a instituição financeira.

Esse modelo, além de demandar ajustes nos institutos da retrovenda e da preempção, que têm prazos incompatíveis com a estrutura proposta, sujeita-se a elevado risco tributário, na medida em que incidiria sobre negócio não apenas o imposto sobre transmissão *inter vivos*, mas imposto de renda sobre eventual ganho de capital materializado na venda.

Considera-se, diante de tudo o que se expôs, que a hipoteca reversa pode ser um produto financeiro útil em nosso contexto demográfico, no qual o aumento da população economicamente dependente projeta novas e mais duras reformas do sistema previdenciário em um futuro próximo, tornando-se necessário o desenvolvimento de aparato de mercado voltado a garantir uma vida digna aos idosos, a despeito das limitações fiscais de que venha a padecer o Estado brasileiro.

REFERÊNCIAS

AMERICAN ASSOCIATION OF RETIRED PERSONS. Home made money: a consumer's guide to reverse mortgage. [s.i.], 2005. Disponível em: <https://assets.aarp.org>. Acesso em: 04 jun. 2020.

ANDO, Aldo; MODIGLIANI, Franco. The 'life-cycle' hypothesis of saving: aggregate implications and tests. **American Economic Review**, [s.i.], v. 53, n. 1, p. 55-84, 1963.

ANTUNES, Anna Victória; GUIMARÃES, Luciana Aparecida. Registro de imóveis e seus procedimentos. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais**, São Paulo v.6, n.1, p. 129-138, 2016.

ASSAF NETO, Alexandre. **Mercado Financeiro**. 12^a ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Relatório de Estabilidade Financeira. Brasília, v. 19, n. 1, abr. 2020. Disponível em : <https://www.bcb.gov.br/content/publicacoes> Acesso em: 15 jun. 2020.

BANCO DE ESPAÑA. Guía de acceso a la hipoteca inversa. Madrid, 2017. Disponível em: <https://www.bde.es> Acesso em: 24 jun. 2020.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, out. 1988.

BRASIL. Decreto n. 22.626, de 7 de abril de 1933. Dispõe sobre os juros nos contratos e da outras providencias. Brasília, DF, abr. 1933.

BRASIL. Decreto nº 6.306, 14 de dezembro de 2007. Regulamenta o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários - IOF. Brasília, DF, dez. 2007.

BRASIL. Decreto-Lei n. 70, de 21 de novembro de 1966. Autoriza o funcionamento de associações de poupança e empréstimo, institui a cédula hipotecária e dá outras providências. Brasília, DF, nov. 1966.

BRASIL. Decreto-Lei n. 759, de 12 de agosto de 1969. Autoriza o Poder Executivo a constituir

a empresa pública Caixa Econômica Federal e dá outras providências. Brasília, DF, ago. 1969.

BRASIL. Lei Complementar n. 130, de 17 de abril de 2009. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Crédito Cooperativo e revoga dispositivos das Leis nos 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e 5.764, de 16 de dezembro de 1971. Brasília, DF, ago. 1969.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, jan. 2002.

BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF, out. 2003.

BRASIL. Lei n. 10.931, de 2 de agosto de 2004. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Brasília, DF, ago. 2004

BRASIL. Lei n. 11.101, de 8 de junho de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF, jun. 2005.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, DF, jan. 1916.

BRASIL. Lei n. 4.380, de 21 de agosto de 1964. Institui a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, o sistema financeiro para aquisição da casa própria, cria o Banco Nacional da Habitação (BNH), e Sociedades de Crédito Imobiliário, as Letras Imobiliárias, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo e dá outras providências. Brasília, DF, ago. 1964.

BRASIL. Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Brasília, DF, dez. 1964.

BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF, out. 1966.

BRASIL. Lei n. 5.741, de 1º de dezembro de 1971. Dispõe sobre a proteção do financiamento de bens imóveis vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação. Brasília, DF, dez. 1971.

BRASIL. Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, DF, dez. 1973.

BRASIL. Lei nº 8.004, de 14 de março de 1990. Dispõe sobre transferência de financiamento no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, e dá outras providências. Brasília, DF, mar. 1990.

BRASIL. Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Brasília, DF, mar. 1990.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, set. 1990.

BRASIL. Lei n. 8.177, de 1º de março de 1991. Estabelece regras para a desindexação da economia e dá outras providências. Brasília, DF, mar. 1991.

BRASIL. Lei n. 9.514, de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Brasília, DF, nov. 1997.

BRASIL. Lei n. 11.977, de 11 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nos 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória no 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília, DF, jun. 2009.

BRASIL. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF, nov. 2011.

BRASIL. Lei n. 13.506, de 13 de novembro de 2017. Dispõe sobre o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários; altera a Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, a Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, a Lei nº 4.829, de 5 de novembro de 1965, a Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, a Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, a Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.214, de 27 de março de 2001, a Lei nº 11.371, de 28 de

novembro de 2006, a Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008, a Lei nº 12.810, de 15 de maio de 2013, a Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, o Decreto nº 23.258, de 19 de outubro de 1933, o Decreto-Lei nº 9.025, de 27 de fevereiro de 1946, e a Medida Provisória nº 2.224, de 4 de setembro de 2001; revoga o Decreto-Lei nº 448, de 3 de fevereiro de 1969, e dispositivos da Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997, da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e da Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF, nov. 2017.

BRASIL. Medida Provisória n. 2.170-36, de 23 de agosto de 2001. Dispõe sobre a administração dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, consolida e atualiza a legislação pertinente ao assunto e dá outras providências. Brasília, DF, ago. 2001.

BRASIL. Medida Provisória n. 2.197-43, de 21 de agosto de 2001. Dispõe sobre a adoção de medidas relacionadas com o Sistema Financeiro da Habitação - SFH, altera as Leis nos 4.380, de 21 de agosto de 1964, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.692, de 28 de julho de 1993, e dá outras providências. Brasília, DF, ago. 2001.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Enunciado n. 271: “O cônjuge pode renunciar ao direito real de habitação nos autos do inventário ou por escritura pública, sem prejuízo de sua participação na herança”. III Jornada de Direito Civil.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Enunciado n. 582: “Com suporte na liberdade contratual e, portanto, em concretização da autonomia privada, as partes podem pactuar garantias contratuais atípicas”. VII Jornada de Direito Civil.

BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução n. 1.559, de 22 de dezembro de 1988. Brasília, DF, dez. 1988.

BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução n. 2.099, de 17 de agosto de 1994. Aprova regulamentos que dispõem sobre as condições relativamente ao acesso ao Sistema Financeiro Nacional, aos valores mínimos de capital e patrimônio líquido ajustado, à instalação de dependências e à obrigatoriedade da manutenção de patrimônio líquido ajustado em valor compatível com o grau de risco das operações ativas das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central. Brasília, DF, ago. 1994.

BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução n. 2.122, de 30 de novembro de 1994. Aprova a constituição, a organização e o funcionamento de companhias hipotecárias. Brasília, DF, nov. 1994.

BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução n. 2.682, de 21 de dezembro de 1999. Dispõe sobre critérios de classificação das operações de crédito e regras para constituição de provisão para créditos de liquidação duvidosa. Brasília, DF, dez. 1999.

BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução n. 2.788, de 30 de novembro de 2000. Dispõe sobre a constituição e o funcionamento de bancos comerciais e bancos múltiplos sob controle acionário de cooperativas centrais de crédito. Brasília, DF, nov. 2000.

BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução n. 3.694, de 26 de março de 2009. Dispõe sobre a prevenção de riscos na contratação de operações e na prestação de serviços por parte das instituições financeiras. Brasília, DF, mar. 2009.

BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução n. 4.539, de 24 de novembro de 2016. Dispõe sobre princípios e política institucional de relacionamento com clientes e usuários de produtos e de serviços financeiros. Brasília, DF, nov. 2016.

BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução n. 4.557, de 23 de fevereiro de 2017. Dispõe sobre a estrutura de gerenciamento de riscos e a estrutura de gerenciamento de capital. Brasília, DF, fev. 2017.

BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução n. 4.656, de 26 de abril de 2018. Dispõe sobre a sociedade de crédito direto e a sociedade de empréstimo entre pessoas, disciplina a realização de operações de empréstimo e de financiamento entre pessoas por meio de plataforma eletrônica e estabelece os requisitos e os procedimentos para autorização para funcionamento, transferência de controle societário, reorganização societária e cancelamento da autorização dessas instituições. Brasília, DF, abr. 2018.

BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução n. 4.677, de 31 de julho de 2018. Estabelece limites máximos de exposição por cliente e limite máximo de exposições concentradas. Brasília, DF, jul. 2018.

BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução n. 4.263, de 5 de setembro de 2013. Dispõe sobre as condições de emissão de Certificado de Operações Estruturadas (COE) pelas instituições financeiras que especifica. Brasília, DF, set. 2013.

BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução n. 4.676, de 31 de julho de 2018. Dispõe sobre os integrantes do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE), do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) e do Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI), as condições gerais e os critérios para contratação de financiamento imobiliário pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil e disciplina o direcionamento dos recursos captados em depósitos de poupança. Brasília, DF, jul. 2018.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria n. 39, de 30 de novembro de 1959. Regula a constituição, o funcionamento e as atribuições das sociedades de crédito, financiamento e das

de investimento e institui regime de fiscalização. Brasília, DF, nov. 1959.

BRASIL. Senado Federal. PLS 52/2018. Acrescenta o Capítulo II-B à Lei n. 9.514, de 20 de novembro de 1997, para dispor sobre a hipoteca reversa de coisa imóvel. Brasília, DF, fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 151103-PA. Relator: MINISTRO JOSÉ DELGADO. Brasília, DF, fev. 1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção. Informativo de Jurisprudência n. 0348. Brasília, DF, mar. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção. Informativo de Jurisprudência n. 0627. Brasília, DF, jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção. Súmula n. 478. Brasília, DF, jun. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção. Súmula n. 539. Brasília, DF, 15 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Informativo de Jurisprudência n. 0541. Brasília, DF, set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Informativo de Jurisprudência n. 0065. Brasília, DF, set. 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Informativo de Jurisprudência n. 0455. Brasília, DF, nov. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Informativo de Jurisprudência n. 0585. Brasília, DF, jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial n. 1119859-PB. Relator: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO. Brasília, DF, ago. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial n. 208896-RS. Relator: MINISTRO ARI PARGENDLER. Brasília, DF, nov. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial n. 1184492-SE. Relator: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. Brasília, DF, abr. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 1523661-SE. Relator: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO. Brasília, DF, jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial n. 142761-RJ. Relator: MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO. Brasília, DF, ago. 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial n. 1141732-SP. Relator: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. Brasília, DF, nov. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial n. 1141732-SP. Relator: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. Brasília, DF, abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Agravo Interno no Recurso Especial n. 151103-PA. Relator: MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI. Brasília, DF, fev. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Agravo Interno no Recurso Especial n. 1553816-CE. Relator: MINISTRO LÁZARO GUIMARÃES. Brasília, DF, jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 265256-SC. Relator: MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR. Brasília, DF, jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Informativo de Jurisprudência n. 0145. Brasília, DF, set. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Informativo de Jurisprudência n. 0493. Brasília, DF, mar. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial n. 480475-RS. Relator: MINISTRO BARROS MONTEIRO. Brasília, DF, mai. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial n. 1147713-PB. Relator: MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI. Brasília, DF, nov. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial n. 265256-SP. Relator: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO. Brasília, DF, fev. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial n. 1212121-RJ. Relator: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO. Brasília, DF, nov. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial n. 412834-RS. Relator: MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR. Brasília, DF, set. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial n. 997261-SC. Relator: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO. Brasília, DF, mar. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1388674-PE. Relator: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO. Brasília, DF, abr. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Agravo n. 1140124-SP. Relator: MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI. Brasília, DF, jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.639.259-SP. Relator: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO. Brasília, DF, dez. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.737.411 - SP. Relatora: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. Brasília, DF, mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.853.157 - RO. Relator: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Brasília, DF, mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1022034-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, mar. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1022034-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, mar. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1061530-RS. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, out. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1110541-PB. Relator: MINISTRO MARCO BUZZI. Brasília, DF, nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1195871-RJ. Relator: MINISTRO

RAUL ARAÚJO. Brasília, DF, fev. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1351571-SP. Relator: MINISTRO MARCO BUZZI. Brasília, DF, out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 31805-RS. Relator: MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. Brasília, DF, mai. 1993.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 793033-SP. Relator: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. Brasília, DF, fev. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 804202-MG. Relatora: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. Brasília, DF, ago. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Recurso Extraordinário n. 223075-DF. Relator: Min. ILMAR GALVÃO. Brasília, DF, jun. 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4/DF, Rel. Min. Sidney Sanches. Brasília, DF, mar. 1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2591/DF Distrito Federal, Rel. Min. Carlos Veloso. Rel. p/ Acórdão Min. Eros Grau. Brasília, DF, jun. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2591/DF Distrito Federal, Rel. Min. Carlos Veloso. Rel. p/ Acórdão Min. Eros Grau. Brasília, DF, set. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 592377-RS. Relator: MINISTRO MARCO AURÉLIO DE MELO. Brasília, DF, fev. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 121. Brasília, DF, 1964.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 596. Brasília, DF, jan. 1977.

BRESOLIN, Umberto Bara. **Execução extrajudicial para satisfação de crédito pecuniário com garantia imobiliária**. 2012. 244 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses>. Acesso em: 07 jun. 2020.

BUFULIN, Augusto Passamani. **Uma análise da hipoteca convencional sobre bens imóveis no Código Civil de 2002**. 2009. 390 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br> Acesso em: 07 jun. 2020.

CAETANO, Marcelo Abi-Ramia; MATA, Daniel da. Hipoteca Reversa. **Textos Para Discussão**: Instituto Brasileiro de Pesquisas Econômicas Aplicadas, Rio de Janeiro, fev. 2009.

CALTRAM, Gladys Andrea Francisco. O instituto da hipoteca reversa e seus aspectos jurídicos. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo: Thomson Reuters, a. 42, v. 87, p. 373-388, 2019.

CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário: Alienação Fiduciária**. 4ª ed. São Paulo: Renovar, 2009.

CHALHUB, Melhin Namem. **Direitos Reais**. 1ª ed. (e-book), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Direito das Coisas e Direito Autoral**, 8ª ed (e-book), São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

COSTA DE OLIVEIRA, Lucas. Hipoteca reversa: da necessidade econômica à viabilidade jurídica. **Desafios e Perspectivas do Direito Imobiliário**. Vol. 2, Belo Horizonte: Ed. Plácido, 2019.

CUNHA, Raphael Augusto. **O Inadimplemento na Nova Teoria Contratual: o Inadimplemento Antecipado do Contrato**. 2015. 295 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses>. Acesso em: 07 jun. 2020.

DANTAS, Bruno. Tipicidade dos Direitos Reais. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, v. 20 n. 121, p. 439-463, 2018.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal. Apelação nº 2014.

DOMINGUES, Gabriel Demétrio. Capitalização dos juros por instituições financeiras: uma análise do panorama legislativo e jurisprudencial. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, n. 35, p. 169-184, jun. 2011.

ERHARDT, Manuel de Oliveira. A Execução Hipotecária por Agente Financeiro (Lei nº 5.741/71 e Decreto-Lei nº 70/66). In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (org.). **Direito Imobiliário Brasileiro: novas fronteiras na legalidade constitucional. Novas Fronteiras na Legalidade Constitucional.** São Paulo: Quartier, 2011.

ESPAÑA. Ley 41/2007, de 7 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo de 1981, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

ESPAÑA. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Disponível em: <https://www.boe.es> Acesso em: 16 mai. 2020.

EUA. Public Law 100-242. Disponível em: <https://www.gpo.gov> Acesso em: 03 mar. 2020.

EUA. Public Law 105–276. Disponível em: <https://www.congress.gov> Acesso em: 03 mar. 2020.

FAIRBANKS, Joan E. Home Equity Conversion Programs: A Housing Option for the House-Rich, Cash-Poor Elderly. **Clearinghouse Review**, [s.i.], vol. 23, no. 4, p. 481-487, 1989. HeinOnline.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**, 14ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Obrigações**, 10ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Contratos - Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**, 6ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Reais**, 16ª ed, Salvador: Juspodivm, 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Sucessões**. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS. Código de Conduta Ética e Autorregulação Bancária. 2019. Disponível em: [https://www. http://www.autorregulacaobancaria.com.br](https://www.http://www.autorregulacaobancaria.com.br) Acesso em: 18 jun. 2020.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS. SARB 001/2008, de 20 de janeiro de 2016. O Sistema de Autorregulação Bancária da Federação Brasileira de Bancos - FEBRABAN institui o **NORMATIVO DE REGRAS PARA O RELACIONAMENTO COM O CONSUMIDOR PESSOA FÍSICA** e estabelece diretrizes e procedimentos a serem adotados pelas Instituições Financeiras Signatárias, nos relacionamentos com os consumidores. Disponível em: <http://www.autorregulacaobancaria.com.br> Acesso em: 18 jun. 2020.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS. SARB 010/2013, de 27 de junho de 2013. O Sistema de Autorregulação Bancária da Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN institui o **NORMATIVO DE CRÉDITO RESPONSÁVEL** e estabelece um programa com diretrizes e orientações que nortearão os procedimentos a serem adotados por suas Signatárias nos relacionamentos com seus consumidores, pessoa física, em operações de crédito. Disponível em: <http://www.autorregulacaobancaria.com.br> Acesso em: 18 jun. 2020.

FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY. Chapter 8: Financial promotion and related activities. 2020. Disponível em: <https://www.handbook.fca.org.uk> Acesso em: 18 jun. 2020.

FINANCIAL SERVICES AUTHORITY. Raising Money from your home, [s.i.], 2005. Disponível em: <https://hoop.eac.org.uk> Acesso em: 20 mar. 2020.

FOOT, Bruce E. Reverse Mortgages: Background and Issues. **Congressional Research Service**, [s.i.], 2007.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. Os contratos autônomos de garantia. **Ajuris**, [s.i.], n. 53, nov. 1991.

GARCÍA, Eva del Pozo; MARTINEZ, Zuleyka Díaz; SEVILLA, Lidia Fernandez. La hipoteca inversa em Espanha: um estúdio comparativo com otros países de la Unión Europea y EEUU. **Revista Universitaria Europea**, [s.i.], n. 15, p. 85-106, 2011.

GARCIA-GARNICA, Maria del. The Regulation of Reverse Mortgages in Spain as a Financial Instrument to Contribute to the Support of Dependent Persons. **Journal of International Aging Law & Policy**, [s.i.], vol. 6, no. 1, p. 50-76, 2013. HeinOnline.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 23º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONZÁLEZ, Rubén Herranz. Hipoteca inversa y figuras afines. **Informes Portal Mayores**, Madrid, n. 49, p. 1-12, 2006, p.12. Disponível em: <http://envejecimiento.csic.es> Acesso em: 15 jun. 2020.

LATONA, Dan. Reversing Course: Strengthening Consumer Protections for Reverse Mortgages. **Elder Law Journal**, [s.i.], vol. 23, n. 2, p. 417-452, 2016. HeinOnline.

LONGHI, Maria Isabel Carvalho Sica. **Inadimplemento Antecipado**. 2004. 164 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses>. Acesso em: 07 jun. 2020.

MAESTRO, Gilberto Mendoza Del; FLORES, Javier Quinteros. La hipoteca inversa en el Perú. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo: Thonson Reuters, a. 42, v. 87, p. 333-371, 2019.

MAMEDE, Gladston. **Código Civil Comentado**, V, 1º ed., São Paulo: Atlas, 2003.

MARTINS, T. M. C. **Reverse mortgage em Portugal: uma opção viável**. 2011. 54 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Administração, Instituto Universitário de Lisboa, Lisboa, 2013, p. 6. Disponível em: <https://www.repositorio.iscte-iul.pt> Acesso em: 07 jun. 2020.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. A HIPOTECA REVERSA E A PROTEÇÃO DA AUTONOMIA FINANCEIRA DA PESSOA IDOSA. **Revista Entre Aspas**, Salvador: Universidade Corporativa do TJBA, v. 7, p. 90-92, 2019.

MEYER, Paul L. **Probabilidade: Aplicações à Estatística**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1995.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0702.07.345691-6/001, Relator: Des.(a) Otávio Portes, 16ª Câmara Cível. Belo Horizonte, MG, abr. 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação nº 1.0024.13.378134-4/002 Comarca de Belo Horizonte 10ª Câmara Cível. Relator: CABRAL DA SILVA. Belo Horizonte, MG, ago. 2015.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 8º ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MIRAGEM, Bruno. **Direito Bancário**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRAGEM, Bruno. **Direito do consumidor**. 6. ed. (e-book) São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MONTEIRO, Francisco Eduardo. Código Civil Comentado (coord. Cesar Peluso). 14^a ed. (e-book), São Paulo: Manole, 2020.

MOZONAS, P. M. Longevity Risks and Fair Value Accounting. In: BHUYAN, V. B. **Reverse Mortgages and Linked Securities**. 1^a ed. Nova Jersey: Wiley, 2010.

NEVES, José Roberto de Castro. As Garantias do Cumprimento da Obrigação. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 11, n^o 44, p. 174-213, 2008.

OLIVA, Milena Donato; RENTERÍA, Pablo. Autonomia privada e direitos reais: redimensionamento dos princípios da taxatividade e da tipicidade no Direito brasileiro. **Civillistica.com**, Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016.

O'MAHONY, Lorna Fox; OVERTON, Louise. Releasing Housing Equity in Later Life: Markets, Consumers and the Role of the State. **Law in Context: A Socio-Legal Journal**, [s.i.], vol. 33, n. 2, 2015, p. 119-120. HeinOnline.

PINTO E SILVA, Fábio Rocha. **Garantias hipotecária e fiduciária em contratos não habitacionais: limites da sua aplicação prática e inadequação do direito positivo**. 2013. 161 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses>. Acesso em: 07 jun. 2020.

RENERÍA, Pablo. **Penhor e autonomia privada**. São Paulo: Atlas, 2016.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n^o 0070359-23.2007.8.19.0002, Relator: Des. Mauro Dickstein, 16^a Câmara Cível. Rio de Janeiro, RJ, fev. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação n^o 990.10.121372-9 Comarca de Bagé 20^a Câmara Cível. Relator: DILSO DOMINGOS PEREIRA. Bagé, RJ, ago. 2018.

RODRIGUES, Eduardo; TAKEDA, Tony; ARAÚJO, Aloísio. Qual o Impacto das Garantias Reais nas Taxas de Juros de Empréstimos Bancários no Brasil? Uma breve avaliação com base

nos dados do SCR. **Economia Bancária e Crédito**, Brasília, v. 5, 2004.

SACHS, Jeffrey D.; LARRAIN, Felipe B. **Macroeconomia**. 1ª ed. Revisada. São Paulo, Makron Books, 1998.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Spread Bancário e *Enforcement* Contratual: hipótese de causalidade reversa e evidência empírica. **Revista Brasileira de Economia**, Rio de Janeiro, v. 71, n. 1, p. 111-133, jan. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br> Acesso em: 07 jun. 2020.

SAMANEZ, Carlos P. **Matemática Financeira: aplicações à análise de investimentos**. São Paulo: Makron Books, 1994.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0038595-30.2007.8.26.0000, Relator: Rui Cascaldi, 12ª Câmara de Direito Privado, Foro de Praia Grande - 3ª. Vara Cível. Praia Grande, SP, ago. 2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 2017.0000670228 Comarca de Itatinga 24ª Câmara de Direito Privado. Relator: WALTER BARONE. Itatinga, SP, ago. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 990.10.121372-9 Comarca de Jales 21ª Câmara de Direito Privado. Relator: ITAMAR GAINO. Jales, SP, jul. 2010.

SECURATO, José Roberto. **Crédito: análise e avaliação de risco**. 2ª ed., São Paulo: Saint Paul, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil – Volume Único**, 5ª ed., São Paulo: Método, 2015.

TASSINARI, Simone Cardoso. Por uma adequação sistemática do direito real de habitação. Uma análise a partir do olhar dos direitos reais: da legislação à jurisprudência. [s.i.], p. 14-15. Disponível em: www.publicadireito.com.br Acesso em: 10 jun. 2020.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). **Código Civil Comentado: direito das obrigações**. São Paulo: Atlas, 2008

THAKOR, Anjan V.; UDELL, Gregory F. Secured lending and default risk: equilibrium analysis, policy implications and empirical results. **The Economic Journal**, [s.i.], v. 101, n. 406, p. 458-472, 1991.

VARIAN, H. R. **Microeconomia: Princípios Básicos**. 3^a. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1993.

VIEIRA, Renata. Presidente do BC prevê que hipoteca reversa vai dobrar crédito imobiliário no país. **O Globo**. Rio de Janeiro, ago. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/presidente-do-bc-preve-que-hipoteca-reversa-vai-dobrar-credito-imobiliario-no-pais-23858181>. Acesso em: 04 jun. 2020.