



Responsabilidade civil preventiva nos contratos consignados

Preventive civil liability in consigned contracts

Marinilce Lacerda Pena Sakahida¹

v. 9/ n. 2 (2021)
Abril/Junho

Aceito para publicação em
24/03/2021.

¹Mestranda pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP, do núcleo de Direito Civil Comparado. Advogada e Farmacêutica. Graduada em direito pela Fundação Armando Álvares Penteado - FAAP. E-mail: marinilce@globo.com.

Resumo

O empréstimo consignado é um contrato de mútuo, de caráter real e vinculado aos descontos compulsórios do benefício do INSS dos aposentados e pensionistas ou na folha de pagamento de trabalhadores empregados. Em contrapartida, desencadeia para essas pessoas o ônus de suportarem diversos deveres de caráter contratual dos direitos das obrigações. Todos os trâmites legais acontecem via instituições financeiras bancárias, e não bancárias, conferindo-lhe o status de contrato de adesão para esse tipo de negócio jurídico. Os abusos de direito contratuais por parte dessas instituições são inúmeros e deles decorrem danos ao direito de personalidade das vítimas, principalmente quanto à exigibilidade de obrigações de contratos fraudulentos e a inserção dos nomes das vítimas em cadastros de maus pagadores, de forma injusta e abusiva. O princípio *neminem laedere*, necessariamente, precisa acontecer no Brasil por meio de confecções de leis especiais e deixar de ser, portanto, uma lacuna no direito, para estar de acordo com a previsão da Constituição da República Federativa do Brasil no seu artigo 5º, inciso XXXV, no qual se disserta sobre a prevenção de lesão ou ameaça a direito. Assim, o presente artigo tem por objetivo abordar o dano ao direito da personalidade e suas prevenções, bem como, a liberdade de contratar como um direito de personalidade. Para que estes objetivos fossem alcançados, utilizou-se o método de revisão bibliográfica e o enfoque dedutivo-hipotético e qualitativo para a abordagem do tema.

Palavras-chave: liberdade como direito da personalidade, empréstimo consignado, responsabilidade civil preventiva, modelo chave e fechadura, lacuna gerada por antinomia.

Abstract

The consigned loan is a real feature mutual contract, bound to compulsory discounts of the INSS of retirees, pensioners or the employee's payroll. On the other hand, it generates various contractual obligations. All of the legal proceedings happens through a financial institution, bestowing the juridical business the status of an adhesion contract. The abuses of contract law rights are countless and it results in damages to the personal rights of the victims. Thus, this Article aims to approach the damages to personal rights and its prevention forms, as well as the freedom of contract as a personal right. The consigned loan is a loan agreement with real nature tied to a compulsory discount of the payroll of an employed worker or the INSS subsidy of a retiree, or a pensioner. On the other hand, it generates for then an onus to shoulder various contractual duties in the law of obligations. All the legal procedures occur through financial institutions, which may or may not be a bank, giving then the status of adhesion contract for that type of legal act. The number of contractual right abuses that these institutions do is innumerable. It results in damages to the victims' personality rights, mainly about the requirement of contract



<https://www.gvaa.com.br/revista/index.php/RDGP/>

obligations in fraudulent contracts and the insertion of the victims' name in bad pay registers unfairly and abusively. The *neminem laedere* principle must necessarily occur in Brazil by elaboration of especial laws to no longer be a gap in law and agree to article 5, incision XXXV, of Brazilian Federal Constitution which talks about the prevention of injury and threat against rights. Thus, the current article aims to approach the damage to personality rights and its prevention forms as well the freedom of making contracts as a personality right. In order for these objectives to be achieved, the bibliographic review method and the deductive-hypothetical and qualitative approach were used to approach the theme.

Keywords: freedom as a personality right, consigned loan, preventive private liability, "key lock" model, gap generated by antinomy.

1. Introdução

A lesão ou a ameaça à lesão ao direito de personalidade no Brasil, no que tange ao cumprimento das obrigações contratuais, é um fenômeno de grande extensão. O Código de Defesa do Consumidor é uma legislação de ordem pública que protege a relação de consumo, bem como a ordem econômica, e vem sendo constantemente violado por diversas empresas prestadoras de produtos ou de serviços, como, por exemplo, as instituições bancárias, quando estas confeccionam contratos jurídicos com graves vícios de ilicitudes e, como consequência, desencadeiam severos e reiterados danos a outrem.

O ato de lesar o direito de personalidade em negócio jurídico é ilícito, contudo, vantajoso em termos de valores econômicos e de lucro para os seus infratores.

Isso se deve ao fato de que o princípio *neminem laedere* não existe no ordenamento jurídico brasileiro, pois, quando se analisa este princípio sob a ótica da prevenção de dano, percebe-se que ele ultrapassa os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que versam sobre a Responsabilidade Civil e, como assegura Donnini (2015), no direito brasileiro atual não há proteção contra esse tipo de abuso de poder.

Além disso, a cultura dos tribunais em preocupar-se exageradamente com o enriquecimento sem causa da vítima faz com que a balança de dois pratos da justiça se torne desalinhada em relação ao enriquecimento ilícito do infrator. Isto ocorre porque os aplicadores do direito encontram dificuldades em calcular o *quantum debeatur* (DINIZ, 2018b), ou seja, o que é de direito à indenização do dano moral, e não observam a importância de sancionar de forma adequada o infrator. Neste cenário, a situação pode ser resolvida com a aplicação dos princípios da razoabilidade, equidade¹ e proporcionalidade, bem como, com a aplicação de método para calcular o *quantum*

¹ “[...] tem-se por equidade o sentimento do justo [...] concreto, em harmonia com as circunstâncias e adequado ao caso.” (FERRAZ JUNIOR, 2004, p. 305).

indenizatório deve ser aplicado no caso concreto, atingindo-se, talvez, a melhor satisfação para a vítima na reparação do dano por ela sofrido.

Todavia, o problema da não aplicabilidade da prevenção de dano, presente no dispositivo constitucional², ainda é uma lacuna no direito brasileiro e pode-se perceber isto, facilmente, quando se observa o princípio do *neminem laedere*, no qual o seu significado remete-se à ideia de viver de tal modo que não cause lesão a outrem. Esta ideia ainda não encontrou nidação no ordenamento jurídico brasileiro, seja pela ausência de leis especiais ou pela sua não aplicabilidade nas decisões dos tribunais, embora na doutrina comece a surgir de forma tímida.

Vale ressaltar que, neste artigo, o direito sobre qualquer aspecto da pessoa jurídica não é objeto de estudo, somente o da pessoa natural. Assim, este estudo tem o objetivo de abordar o dano ao direito da personalidade e suas prevenções, bem como, a liberdade de contratar como um direito de personalidade. Para que estes objetivos fossem alcançados, utilizou-se o método de revisão bibliográfica e o enfoque dedutivo-hipotético e qualitativo para a abordagem do tema.

2. Empréstimo consignado e a lesão ao direito de personalidade

O Empréstimo Consignado é um Contrato de mútuo feneratício ou oneroso, permitido no direito brasileiro (DINIZ, 2018a) e de caráter real, uma modalidade de empréstimo de coisa fungível pelo qual uma das partes transfere dinheiro à outra, com descontos compulsórios na folha de pagamento de empregados ou do benefício do INSS dos aposentados e pensionistas, o que lhes gera obrigações, bem como graves danos ao direito de personalidade. Isto ocorre porque diversos abusos de direitos e ilicitudes são cometidos pelas instituições financeiras. Neste artigo, dar-se-á ênfase aos abusos cometidos pelas instituições financeiras referentes aos contratos consignados de aposentados e pensionistas.

O Superior Tribunal de Justiça, por meio da súmula 297 (BRASIL, 2004), ratificou as instituições financeiras na relação de consumo, como prevê o artigo 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), equilibrando as partes nessa relação jurídica, assim como, ainda neste mesmo diploma legal, no seu artigo 39, consta um rol exemplificativo de cláusulas contratuais

² Art. 5º, Inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

abusivas, dos quais podemos destacar os incisos III³, IV⁴ e V⁵, que tornam nulos contratos de qualquer espécie. Quando os agentes praticam atos ilícitos previstos nesses incisos estarão concorrendo para lesar o direito de personalidade dos aposentados e pensionistas.

Nesse sentido, entende-se que essa legislação incide, inclusive, sobre os contratos consignados. Não nos resta dúvida de que o Código de Defesa do Consumidor se aplica às relações de consumo, como foi fundamentado pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 2.591 (BRASIL, 2006) publicada no dia 07 de junho de 2006.

Entretanto, por meio das legislações - Lei nº 1.046 de 02 de janeiro de 1950 e Lei nº 10.820 de 17 de dezembro de 2003 - que regulamentam o empréstimo consignado para aposentados e pensionistas, abusos de direitos e ilicitudes vêm sendo perpetrados, o que causa dano ao direito de personalidade de suas vítimas, conforme afirma Oliveira (2006). Isso ocorre porque algumas instituições financeiras agindo com dolo ou culpa violam princípios constitucionais e infraconstitucionais reiteradamente, sempre na busca desenfreada pela obtenção de vantagens financeiras no mercado econômico (BRASIL, 2012). Neste artigo, não se discute o dolo⁶ ou culpa⁷ no plano da responsabilidade civil objetiva ou subjetiva, uma vez que, na relação de consumo, essa discussão já foi pacificada pelo Código de Defesa do Consumidor no seu artigo 14⁸ em relação a fornecedores de serviços; mas, aborda-se esse tema tão somente para analisar o *quantum debeat* no tocante à Responsabilidade Civil Punitiva das instituições financeiras que, agindo com dolo ou culpa,

³ “enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço”.

⁴ “prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”.

⁵ “exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva”.

⁶ “O Código, em seu artigo 186, ao se referir ao ato ilícito, prescreve que este ocorre quando alguém, por ação ou omissão voluntária (dolo), negligência ou imprudência (culpa), viola direito ou causa dano, ainda que exclusivamente moral, a outrem, em face do que será responsabilizado pela reparação dos prejuízos. Estabelece esse diploma legal o ato ilícito como fonte da obrigação de indenizar danos causados à vítima. Logo, a lei impõe a quem o praticar o dever de reparar o prejuízo resultante.” (DINIZ, 2018b, p. 57).

⁷ “É de conhecimento geral que a culpa propriamente dita, e não o dolo, é formada por dois elementos, na previsão do art. 159 do diploma de 1916 e do art. 186 do Código Civil de 2002: negligência e imprudência. No entanto, a palavra abrange outras formas, ou ostenta-se através de caracteres diferentes dos referidos. A imperícia é prevista como mais um elemento integrante, assim como também podemos falar em descuido, distração, leviandade, indolência etc.” (RIZZARDO, 2013, p. 3).

⁸ “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.” (BRASIL, 1990).

continuam causando lesão ao direito de personalidade e nada fazem para cessar os danos às vítimas de contratos consignados.

2.1 A negligência e a omissão das instituições financeiras em confeccionar contratos consignados inexistentes

Os contratos consignados se tornaram a massificação das relações contratuais criando uma classe específica de consumo, uma vez que as instituições financeiras consideram aposentados e pensionistas um público-alvo para celebrar contratos de empréstimos consignados e com descontos compulsórios do benefício do INSS. Trata-se de um público de pessoas idosas que, por este motivo, muitas vezes, apresenta a saúde física e mental comprometidas pelo envelhecimento biológico.

São pessoas vulneráveis, portanto, e que necessitam da proteção do Estado, e devem ser tuteladas pelo Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003), doravante E.I. (Lei 10741/2003), que, no seu artigo 2º, prevê que “o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem o prejuízo da proteção integral que tratará esta lei.” Contudo, este dispositivo parece ser pleonástico, pois entende-se que a pessoa idosa é um ser humano, como ela poderia gozar de direitos que são inerentes à pessoa humana, posto que não existem duas espécies de pessoa humana, somente uma? Portanto, a pessoa idosa e a pessoa humana são a mesma pessoa, como bem definem os artigos 1º e 2º do Código Civil (BRASIL, 2002).

Ainda no artigo 2º do E.I., observam-se vários direitos da personalidade, entre eles, “as oportunidades e facilidades para a preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.” Ao analisar os princípios constitucionais combinados com os princípios contratuais como, por exemplo, os da autonomia da vontade, da liberdade de contratar e da função social do contrato, constata-se que eles se conversam, se aderem entre si. Entretanto, no plano dos fatos, eles são reiteradamente violados pelas práticas abusivas das instituições financeiras que administram os contratos consignados, sobretudo no tocante a causar lesão ao direito de personalidade, devido à instrumentalização de fraudes oriundas de contratos com assinaturas falsificadas desse público vulnerável.

Aposentados e pensionistas reféns dessa situação fraudulenta, terão, por conseguinte, diversos prejuízos tanto de caráter patrimonial como de caráter moral, como, por exemplo, o endividamento desse grupo⁹, como comentado anteriormente, o que pode ocasionar, muitas vezes, o

⁹ Cf. matéria publicada no site da Câmara dos Deputados em 2012 sob o título: Governo alerta para endividamento de idosos com empréstimo consignado. *In: Notícias*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2012. Disponível em:

comprometimento do seu próprio sustento, pois eles dependem do benefício do INSS para a sua subsistência econômica; ou, por outro lado, podem sofrer lesão ao direito da personalidade em decorrência do abuso de poder das instituições financeiras que, no exercício irregular de um direito, cobram dívidas inexistentes de contratos consignados fraudulentos (OLIVEIRA, 2006).

No artigo 3º do E.I., encontram-se os direitos fundamentais que devem ser assegurados à pessoa idosa, como, por exemplo, direito à cidadania, à liberdade e à dignidade, entre outros.

Contudo, o que mais chama a atenção é quando se observa o art. 4º do E.I., que disserta sobre o fato de que “Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.” Este artigo da lei remete à ideia da *culpa* não para discutir se a responsabilidade é subjetiva ou objetiva, mas tão somente para explanar as possibilidades de prevenção do dano ao direito da personalidade, por meio de condutas das fornecedoras de serviços bancários, sendo mais probas e zelosas em relação às pessoas idosas.

Diante disso, percebe-se que as instituições financeiras estão sendo negligentes ou omissas com as pessoas idosas no ato de celebrar contratos consignados quando não atuam com políticas administrativas para prevenção ao dano do direito da personalidade dos idosos ou quando não buscam ofertar serviço com mais qualidade, no que tange à confecção de contratos lícitos e possíveis. Reforça-se a ideia de negligência e omissão se considera-se que essas mesmas instituições dispõem de tecnologias que facilitam todos os trâmites administrativos e que poderiam, assim, ser perfeitamente utilizadas também para checar assinaturas eletronicamente, de modo a perceber, antecipadamente, quando um contrato é falso. Isto evitaria, portanto, o desencadear dos efeitos jurídicos de contratos falsos, como se lícitos fossem, bem como, evitaria principalmente o dano ao direito de personalidade e garantiria às pessoas idosas o cumprimento dos princípios contratuais anteriormente mencionados.

2.2 O abuso do direito e a lesão ao direito de personalidade

O abuso de direito, como o próprio nome sugere, refere-se a condutas de pessoas que extrapolam os limites de satisfação dos seus direitos ou o mau exercício dos direitos subjetivos decorrentes de lei ou de contrato (DINIZ, 2018b). Sempre que existir este cenário, no qual o agente excede os limites do tolerável e causa dano a outrem, a responsabilidade civil é condição *sine qua*

<https://www.camara.leg.br/noticias/370451-governo-alerta-para-endividamento-de-idosos-com-emprestimo-consignado/> Acesso em: 04 maio 2019.

non e a obrigação de indenizar os prejuízos é medida que se impõe. O antigo Código Civil Brasileiro silenciou-se a respeito da teoria do abuso de direito; todavia, o atual Código Civil, doravante CCB, no seu art. 187, disserta sobre o ato ilícito cometido pelo titular de um direito, quando este ato for manifestamente superior aos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, com violação do princípio da boa-fé ou dos bons costumes. Sendo assim, torna-se ilícita e abusiva a conduta de qualquer direito subjetivo que ultrapasse o bem jurídico maior, previsto no artigo 187 do CCB (BRASIL, 2002).

O mau uso do exercício de um direito subjetivo pode ser caracterizado quando se praticam atos em desacordo com o fim social ou econômico. Para Diniz (2018b), haverá abuso de direito, e revestido de iliceidade, quando os atos praticados tenham finalidade contrária à sua finalidade social, ao seu objeto econômico ou social. Pode-se exemplificar a situação que revela o abuso de direito, segundo Rizzardo (2013), quando há viabilidade das instituições financeiras em cobrar juros em níveis estratosféricos, no financiamento de um bem, a ponto de a dívida superar várias vezes o valor do bem financiado. Pode-se, também, perceber o abuso de direito quando as instituições financeiras lançam o nome da pessoa idosa em cadastro de devedores e dívida de maus pagadores por “inadimplemento” de contratos consignados falsos.

Mais uma vez, percebe-se que as instituições financeiras estão extrapolando a sua liberdade de agir no exercício regular de um direito. Para Diniz (2018b), existem casos excepcionais que não constituem atos ilícitos apesar de causar lesões aos direitos de outrem, posto que se retirou da própria norma jurídica a condição do ilícito, como está previsto no artigo 188, na segunda parte do inciso I, do CCB, em que não são atos ilícitos quando praticados nos limites do exercício regular de um direito.

Diniz (2018b) também afirma que o exercício regular de um direito, ainda que reconhecido por lesar direitos alheios, excluirá qualquer responsabilidade pelo prejuízo, por não ser um procedimento contrário ao direito. Para melhor exemplificar, as instituições financeiras não estariam praticando atos com abuso de direito se inserissem o nome de um cliente inadimplente por dívida de contrato consignado se este contrato fosse lícito e válido, ou seja, se todos os princípios contratuais - como, por exemplo, a liberdade e autonomia de contratar - tivessem sido observados, bem como se tivessem sido preenchidas todas as formalidades do Art.104 do CCB e o seu rol de validades e respeitando-se as previsões do E.I.

Sendo assim, seria um ato lícito inserir o nome do mau pagador em cadastro de proteção ao crédito; entretanto, não se pode falar do exercício regular de um direito quando instituições financeiras negligenciam e agem com omissão na confecção de contratos consignados falsos,

portanto, ilícitos, e, tampouco, quando nesse contexto ainda querem exigir o seu cumprimento, que são nulos de pleno direito, das vítimas que sofreram fraude. O Direito Brasileiro não pode convalidar como lícito um ato que é antijurídico, ilícito e que viola a ordem econômica entre outros direitos fundamentais do indivíduo humano. Além do mais, o Direito Civil não contempla a má-fé, aliás, um dos princípios basilares do direito civil brasileiro, presente no atual Código Civil de 2002, é justamente o princípio da boa-fé.

De acordo com Diniz (2018b), deveria existir uma verba de caráter indenizatório como gênero, dividida em três subespécies, a saber: uma de caráter compensatório para a vítima, proporcionando algum alento contra a lesão sofrida, outra de caráter punitivo e dissuasório para o infrator da lesão ao direito da personalidade para que fosse punido por sua conduta reprovável juridicamente, com a finalidade de prevenção, ou seja, da reincidência do ilícito e, por último, uma de caráter exemplar ou pedagógico para a sociedade, por meio da qual se daria garantia de que o comportamento lesivo não seria permitido, mas sim reprimido judicialmente.

3. A problemática das lacunas no direito e a ausência do princípio do *neminem laedere*

A presente explanação sobre lacunas, bem como a discussão sobre antinomias jurídicas não têm a pretensão de ser exaustivas, porém, abordam-se, neste estudo, os aspectos mais relevantes relacionados ao objeto aqui propostos, uma vez que, apesar de existirem lacunas e antinomias na seara jurídica, muitos teóricos do direito ainda não se conscientizaram do problema e das soluções que a ciência jurídica pode oferecer (DINIZ, 2014).

As lacunas só se tornaram um problema notório a partir das suas constatações no início do século XXI, quando se questionou a existência da lacuna¹⁰ - o que fez com que os juristas observassem e admitissem a existência do problema dos vazios jurídicos. Não é de se estranhar que os problemas das lacunas sempre existiram no mundo do direito, mas durante muito tempo passaram despercebidos pelos juristas, posto que, na fase do direito não escrito, era possível o seu preenchimento sem critério algum e até muitas vezes de forma injusta. Foi preciso um grande marco no direito para que os problemas das lacunas começassem a incomodar os estudiosos e teóricos da área, ou seja, incomodar o mundo do direito e, com isto, delimitou-se esse marco mediante o surgimento da obrigatoriedade

¹⁰ “[...] nossa atenção concentrar-se-á no problema da existência das lacunas. O termo “existência” não deve causar confusões. Não se trata de apontar a possibilidade de um vazio, de uma falha, uma propriedade empiricamente perceptível, mas sim de determinar no ordenamento jurídico a possibilidade ou impossibilidade de normas que qualifiquem como indiferentes certos comportamentos.” (DINIZ, 2009, p. 20, grifo do autor).

do direito escrito¹¹. Diante disto, os juristas se dividiram em dois grandes grupos: (a) os das teorias negadoras da lacuna, que se posicionam por defender que o problema da lacuna é de jurisdição, pois acreditam que o sistema é fechado, retrospectivo e estático; e (b) os das teorias da existência da lacuna, que se posicionam por defender que o problema da lacuna é do sistema, pois acreditam que o sistema é aberto, prospectivo e dinâmico.

É necessário, neste momento, distinguir entre ordenamento jurídico e sistema jurídico (DINIZ, 2009). O ordenamento é um conglomerado de normas e de fontes jurídicas e o sistema¹² é a visualização ordenada daquele determinado ordenamento jurídico visto e feito pelo jurista, desta forma, serão distintos o trabalho do jurista em relação ao trabalho do aplicador do direito. Sabemos, também, que os grandes pensadores estão condicionados à influência social das ideias, ou seja, do mundo em que vivem, da cultura que possuem, da linha filosófica que seguem, do seu meio social, educação, profissão etc. Assim, todas essas variáveis irão influenciar o entendimento de cada pensador e, neste sentido, adota-se, aqui, o modelo (Teoria tridimensional do Direito) de Reale (2017) em que o Direito é Fato, Valor e Norma agindo entre si concomitantemente.

3.1 O método teórico analítico

A investigação sobre lacunas¹³ permitiu que a ciência do direito assumisse a veste de um modelo teórico analítico¹⁴, uma vez que, quando se responde ou se tenta responder se há lacuna no sistema, assume-se, nesse momento, a categoria de modelo teórico analítico, pois, para saber se há ou não lacuna no sistema, é preciso, ao construir o sistema, averiguar as fontes de direito. Trata-se, portanto, de um problema voltado à análise da sistemática das fontes do direito. É analítico porque é

¹¹ “O fenômeno da “lacuna” está correlacionado com o modo de conceber o sistema.” (DINIZ, 2009, p. 27).

¹² “Sistema significa nexos, uma reunião de coisas ou conjunto de elementos, métodos, um instrumento de análise. É o aparelho teórico mediante o qual se pode estudar a realidade. É, por outras palavras, o modo de ver, de ordenar, logicamente, a realidade que, por sua vez, não é sistemática. Do exposto pode-se concluir que o direito não é um sistema jurídico, mas uma realidade que pode ser estudada de modo sistemático pela ciência do direito.” (DINIZ, 2014, p. 20).

¹³ “Essa investigação sobre lacunas, utilizando-se o modelo analítico que privilegia a visão sintática dos direitos, tende a se preocupar com a conexão das normas entre si, salientando o problema da completude ou da incompletude do ordenamento jurídico, que implica a questão da existência ou inexistência das lacunas, tendo, por conseguinte, uma função organizatória, ao executar suas funções heurísticas, que possibilita a descoberta daquilo que é tido como relevante.” (DINIZ, 2009, p. 23).

¹⁴ “Esse modelo será analítico se o cientista do direito encarar o problema de decidibilidade dos conflitos sociais como uma relação hipotética entre conflitos e decisões, tendo por escopo a determinação de suas condições de adequação às possibilidades de decisões para um possível conflito.” (DINIZ, 2009, p. 22).

tarefa do jurista sistematizar ou organizar o sistema no direito, sendo assim, o jurista é quem deve analisar as fontes do direito com a finalidade de sistematizar. Em virtude dessa função organizatória dos modelos de sistemas criados, quer sejam abertos ou fechados, as teorias dividiram-se em dois grandes grupos: por um lado, aquelas que em função de organizar o direito vislumbram o sistema como fechado, retrospectivo, estático e, por isso, são negadores da lacuna no sistema; por outro lado, aquelas que, diante da sua função organizatória de fazer ciência, entendem que o sistema é aberto, múltiplo, dinâmico, prospectivo e, portanto, irão afirmar que há lacuna no sistema. É por isso que tudo depende da forma de organização sistemática do ordenamento, pois o método de classificação irá sistematizar e tipificar fatos relevantes, daí sua atenção sintática da compreensão das questões teóricas do direito como, por exemplo, natureza jurídica das instituições, classificações, elaboração dos sistemas entre outros. Dar-se-á ênfase, a partir de agora, aos estudos da questão da existência da lacuna como um problema do sistema.

Para os seguidores de Reale (2017)¹⁵ que compreendem o Direito como sendo fato, valor e norma, avaliados concomitantemente, o surgimento do direito escrito revela novas condições para o aparecimento do pensamento dogmático autônomo que, conforme DINIZ (2009, p. 55), permite analisar “o dogma da plenitude hermenêutica do ordenamento jurídico e da norma que fecha o sistema”. Sendo assim, as lacunas no direito são uma problemática inerente ao sistema jurídico, pois tendo em vista a sua teorização, dependem de uma consciência da mobilidade e temporalidade do sistema¹⁶. Engisch (2014)¹⁷, ao escrever sobre o pensamento jurídico, direcionou sua obra para o aplicador do direito, os juristas que estudam as lacunas sob a perspectiva sistemática empregando o modelo teórico analítico.

A lacuna ocorrerá quando, em um caso concreto de conflito entre as partes, houver a necessidade de se buscar o direito no poder judiciário, e, neste momento, não haverá norma prescrita para tanto ou, ainda, haverá colisões entre normas. Decorre, assim, o sistema lacunoso.

3.2 Conflitos de normas que podem gerar lacunas no sistema

¹⁵ “Observo, desde logo, que a colocação de fato, valor e norma, menos como *elementos* do que como *momentos* de um processo, vinha confirmar que, sendo o Direito uma dimensão da vida humana, compartilhava, ou melhor, expressava a dialeticidade do homem, compreendida como “o único ente que originalmente é e deve ser”, ou por outras palavras, como “ente, cujo ser é o seu dever ser”. Os componentes da experiência jurídica eram, pois desde o início, focalizados à luz do homem, de seu ser espiritual, ponto de partida e de chegada do processo histórico.” (REALE, 2017, p. 97)

¹⁶ “Lacuna como uma problemática inerente ao sistema jurídico.” (DINIZ, 2009, p. 22).

¹⁷ “[...] o jurista em ação domínio em que a lei o autoriza a exercer, dentro de certos limites, a função do legislador, a efectuar, no lugar deste, “juízos de valor e decisões de vontade”. (ENGISCH, 2014, p. 275).

Os estudos da questão das antinomias jurídicas relacionadas a lacunas no sistema derivam do entendimento de que o sistema jurídico é a ferramenta metodológica que permitirá solucionar (DINIZ, 2014) ou identificar os porquês da ausência do princípio *neminem laedere* de forma satisfatória.

O vocábulo antinomia surge na antiguidade do Direito Romano e, já no século XVII, ocorre a distinção no seu sentido amplo. O vocábulo refere-se, assim, às contradições que ocorreriam entre as sentenças e proposições, e, em sentido estrito, aquelas existentes entre leis (DINIZ, 2014). Entretanto, o problema da antinomia jurídica, tal como aparece na atualidade, surgiu na época da Revolução Francesa para vincular as decisões dos juízes às normas postas, bem como para separar o direito da política por meio da teoria dos três poderes de Montesquieu¹⁸, dando origem a um poder judiciário com características próprias e autônomas (DINIZ, 2014).

Assim, as antinomias jurídicas relacionadas às lacunas no sistema ajudam a entender o sistema jurídico como a ferramenta metodológica mais adequada para permitir solucionar ou identificar de forma satisfatória o motivo pelo qual o princípio *neminem laedere* está ausente ou tenha sido abortado no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, ele existe, mas não consegue fazer a sua nidação no ordenamento.

A antinomia jurídica, segundo Ferraz Júnior (2003), pode ser classificada em duas espécies: antinomia aparente e antinomia real, solúveis e insolúveis, respectivamente, porém, isso só seria possível se considerássemos que as regras para a solução das antinomias do primeiro grupo fizessem parte *como norma* do ordenamento jurídico, pois, do contrário, encaixar-se-iam também como antinomias reais e, para que se pudesse extingui-las no ordenamento jurídico, a única forma seria por meio do Poder Legislativo.

O fenômeno da antinomia é muito comum no direito brasileiro diante do alto volume de produção de leis. Trata-se de um problema que se situa ao nível da estrutura do sistema, que, submetido ao princípio da não contradição, deve ser coerente, sob o risco de o sistema entrar em colapso, ou seja, deixar de existir. Sendo assim, a função do jurista, dentro da ciência do direito, é a de procurar resolver o problema da contradição, da ilógica, por meio de métodos científicos ou critérios para solucionar conflitos normativos.

Com a finalidade de harmonizar os textos legais, o jurista procura um desenvolvimento na consonância de um sistema aberto, prospectivo, dinâmico e contínuo, sempre em conformidade com

¹⁸ “A teoria dos três poderes de Montesquieu, baseada na fórmula: “Pour qu’on ne puisse pas abuser de pouvoir, il faut que par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir...” (DINIZ, 2014, p. 15).

a lógica da consciência jurídica geral, da equidade (DINIZ, 2014). O espírito de ordenamento jurídico é mais rico do que as disposições normativas quando se tem como foco os estudos do direito no sistema aberto, além disso, devem-se levar em consideração os critérios valorativos e fáticos.

O jurista trabalha para ajudar o aplicador do direito a encontrar soluções jurídicas no momento das suas decisões, sendo assim, o juiz não poderá eximir-se de sentenciar no sistema jurídico por falta de soluções doutrinárias, quando estas já foram elaboradas pelo jurista nos subconjuntos valorativo, fático e normativo que as integram. Devemos lembrar que o jurista ajudará o aplicador do direito a encontrar soluções no caso concreto em relação às normas conflitantes no direito; entretanto, as normas conflitantes somente sairão do ordenamento se derogadas pelo legislador, pois, somente este, tem o poder de extingui-las (DINIZ, 2014).

Portanto, para a antinomia aparente, no direito brasileiro, representada por conflitos entre duas normas, entre dois princípios, entre uma norma e um princípio geral de direito em sua aplicação prática a um caso particular, a solução aparente destes conflitos está regulamentada no artigo 2º, § 1º, 2º e 3º, e no artigo 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 2010), doravante LINDB, e para a solução das antinomias se utilizam os critérios hierárquico, cronológico e de especialidade (DINIZ, 2013).

Para Ferraz Júnior (2003), a distinção entre antinomias aparentes e reais baseia-se exclusivamente na previsão normativa, ou seja, um comando do próprio ordenamento jurídico que autoriza o aplicador do direito - em determinados casos particulares - a poder resolver os conflitos entre normas, por isso as antinomias se tornam aparentes. Entretanto, com relação às antinomias reais, não existe no ordenamento jurídico autorização para que o aplicador do direito resolva este problema, daí a antinomia ser real. Sendo assim, sempre que existirem colisões de normas para as quais o ordenamento jurídico não possui previsão normativa autorizadora para o aplicador do direito solucionar o problema, configurar-se-ão antinomias reais.

Todavia, no próprio âmbito da norma autorizadora, artigo 2º, § 1º, 2º e 3º; e artigo 5º da LINDB, existe a possibilidade de existir antinomia real, pois, ao observar o comando desses dispositivos, pode-se perceber que não existe um terceiro critério - por exemplo, não existe previsão legal para resolver a antinomia de duas normas constitucionais (mesmo nível hierárquico), igualmente gerais (mesma extensão), promulgadas ao mesmo tempo (simultâneas), o que configurar-se-ia um caso de antinomia real (FERRAZ JÚNIOR, 2003). Sendo assim, para este autor, a referida distinção implica que se esteja chamando de antinomia real o que, na verdade, trata-se de lacuna de regra de solução de antinomia.

Diante do exposto, conclui-se que por meio do princípio do *neminem laedere*, cujo significado remete à ideia de viver de tal modo que não cause lesão a outrem, ou seja, devem-se adotar condutas com ausência de dolo, bem como condutas zelosas para prevenir dano a outrem e não apenas a sua reparação. Esta previsão está presente no inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), em que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Sendo assim, estaria esta norma em colisão com uma outra norma, de igual valor hierárquico, de igual valor extensivo e de valor igual temporal, a qual está presente no artigo 5º, inciso II, da mesma carta magna e que expressa que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” Desta forma, estar-se-ia diante não apenas de uma antinomia real, mas, verdadeiramente diante de uma lacuna no direito.

3.3 Modelo chave e fechadura para visualizar as lacunas no direito

Poder-se-ia explicar o referido fenômeno por meio do modelo chave (norma) e fechadura (o aplicador do direito). Trata-se de um modelo didático por meio do qual se pode pensar na necessidade de se abrir uma suposta porta para que o efeito jurídico do sistema seja desencadeado. A porta simboliza o sistema jurídico, a fechadura simboliza o poder judiciário e a chave simboliza as normas pertencentes ao ordenamento jurídico. Essa porta tem, portanto, uma fechadura e a sua chave própria para abri-la, por isso, não pode ser qualquer chave que conseguirá abrir a porta, será necessário que exista a chave certa e perfeita que encaixe na fechadura e abra a porta e, quando isto ocorra, desencadeará o efeito jurídico desejado. Assim, quando a chave abrir a *porta* o efeito normativo será desencadeado para a resolução do conflito no caso concreto entre as partes.

Nesse modelo chave e fechadura, se existirem lacunas, a porta não abrirá porque o defeito estará na chave. Pode-se visualizar claramente que existe a fechadura, mas não existe a chave certa ou perfeita para abrir a porta, logo, a inexistência da chave ou chave defeituosa que se encaixaria na fechadura é o vazio da norma jurídica, ou seja, são as lacunas no direito. Sendo assim, até que o legislador crie uma chave específica, ou seja, uma norma válida e eficaz para resolver o conflito previsto, o preenchimento desta lacuna será por meio do aplicador do direito, que utilizará o método

previsto no artigo 4º da LINDB. Neste sentido, Engisch (2014) considera que o sistema é defeituoso ou lacunoso¹⁹ e precisa do aplicador do direito para solucionar o problema da lacuna.

Engisch diferencia as modalidades de lacunas. Em um primeiro momento, existem lacunas do direito, ou seja, o problema estará na chave, na norma jurídica que é ausente ou defeituosa. Em um segundo momento, as lacunas podem ser formadas pelas colisões de normas, as antinomias jurídicas, classificadas como antinomia aparente e antinomia real.

Novamente, recorre-se ao modelo chave e fechadura para explicar o fenômeno da antinomia jurídica: existe a porta e a fechadura e existem muitas chaves competindo entre si para que sejam encaixadas na mesma fechadura; existem normas sobrando e conflitando-se no ordenamento jurídico para o mesmo caso em concreto. Dependendo da chave (norma) escolhida para abrir a porta, desencadear-se-á um efeito jurídico normativo; entretanto, essas normas desencadeiam efeitos jurídicos distintos e conflitantes entre si, esse é o efeito colateral indesejado do direito posto. Cada chave é uma norma jurídica que se conflita entre si e concorre para ocupar o mesmo receptor, qual seja, a fechadura. Qualquer chave poderá abrir a porta e desencadeará o efeito jurídico, mas, para que isso aconteça, serão necessários critérios de admissibilidade, ou seja, o efeito jurídico depende da norma autorizadora, que também é uma chave. É a norma regulamentadora de outras normas que irá autorizar o aplicador do direito a sanar o defeito da chave (norma), pois a chave que deve encaixar-se na fechadura deverá trazer paz, equilíbrio e harmonia ao sistema, ou seja, o efeito jurídico lógico e desejável em consonância com o sistema.

Quem irá dizer quais são esses requisitos será a norma autorizadora que, por sua vez, também é uma chave e pode, também, encontrar-se com defeito. Sendo assim, os dispositivos presentes na norma autorizadora para resolver as lacunas de antinomias no direito também são limitados, ou seja, muitas vezes não conseguirão prever todos os defeitos normativos (o defeito das outras chaves). Quando o jurista compreende o sistema como aberto, dinâmico e prospectivo, os problemas das lacunas e das antinomias no sistema são facilmente observados, pois trata-se de um sistema que está sempre em transformação, ele não pára e tudo muda o tempo todo: a cultura, as tecnologias, as gerações, a economia etc.

¹⁹ “As lacunas podem aparecer em todos os ramos do Direito. Não só o juiz, mas também o funcionário administrativo pode sentir-se desorientado por causa dela. Por motivo de simplificação, porém, vamos tratar o problema com referência ao juiz, pois que também para os administrativistas valem considerações paralelas.” (ENGISCH, 2014, p. 276).

Trata-se do ambiente externo (o direito subjetivo das pessoas), cujo ambiente interno (o sistema com suas normas postas e objetivas) quer ter o controle e fechar o sistema, porém, este está sempre em transformação e por isso não se consegue fechar o sistema. É exatamente por isso que o sistema não pode ser compreendido como fechado, estático e retrospectivo, pois, se assim o for, ele entrará em colapso. Para que o sistema se mantenha funcional, válido, lógico e produzindo os seus efeitos jurídicos com base na equidade, ele precisa ser um sistema aberto, dinâmico, prospectivo e de melhoria contínua pela sua própria estrutura sistematizada.

Assim, com base no modelo didático chave e fechadura, as antinomias podem ser classificadas em antinomia aparente e antinomia real. Para a primeira categoria de antinomias, o aplicador do direito deverá aplicar a chave solucionadora dos conflitos, ou seja, a norma que regulamenta as outras normas. Entretanto, para resolver o problema das colisões entre antinomia real não existe a solução por parte do aplicador do direito, pois para as antinomias reais a solução estará no Poder Legislativo, atuando para retirar a norma conflitante do ordenamento ou produzindo novas normas que preencham as lacunas, seguindo o princípio da equidade.

Isso acontece porque as próprias normas reguladoras são também chaves e podem possuir lacunas no próprio sistema, como é o caso de conflitos entre dois princípios constitucionais do rol do artigo 5º da Constituição Federal, os incisos X e XI ou os incisos II e XXXV. Quando isso ocorre, não existe previsão de desempate sobre os critérios hierárquicos, cronológicos e da especificidade para estes casos, logo, escapa da competência do aplicador do direito solucionar esse problema. Portanto, trata-se da antinomia real e os efeitos desta antinomia gerarão uma lacuna no direito.

4. As funções das instituições bancárias

A principal função das instituições bancárias é a concessão de crédito. Nos Estados Democráticos de Direito e capitalistas, a macro e a microeconomia dependem do crédito bancário. Trata-se de um aspecto positivo que os bancos tenham lucros e exerçam a sua função primordial em fomentar o crédito no mercado, pois o progresso e a expansão do comércio e da indústria são movidos por esses empréstimos. Para Rizzardo (2013), às instituições financeiras cabe realizar contratos de mútuos onerosos, receber valores em depósito, descontar, redescotar títulos, abrir créditos, enfim, praticar uma série de atos característicos para a realização e finalidade econômica. Esses atos são regulamentados por resoluções e circulares do Banco Central do Brasil e o Código Civil omitiu

disposições específicas sobre figuras bancárias. Entretanto, são regulados por contratos específicos que fazem parte dos direitos das obrigações.

O contrato consignado faz parte desse movimento de créditos fornecidos pelas instituições bancárias na relação jurídica com os clientes; entretanto, o fator de sucesso, que promove o enriquecimento dos bancos, são os contratos de empréstimos. Desta forma, fornecedores de créditos e cobradores de juros são, por esta razão, o motivo das instituições financeiras existirem.

O contrato de adesão consignado gera responsabilidade civil para os bancos quando agem com abuso de direito e outras ilicitudes contratuais. Para Rizzardo (op.cit.), a abertura de contas bancárias com documentos falsificados é prática comum nesse ramo da economia. Existem diversas formas de fraudar o negócio jurídico de empréstimo bancário, como, por exemplo, estelionatários que se utilizam de documentos perdidos de terceiros para abrir contas falsas ou realizar empréstimos consignados, ou pessoas a serviço do próprio banco que têm o objetivo de superar as metas de serviços de “empréstimos”, cuja finalidade seja o ganho de seus honorários, que se arriscam por simular um negócio jurídico, falsificando as assinaturas das vítimas. Neste último caso, o dinheiro do empréstimo consignado é transferido para a conta da vítima, sem que ela tenha sido sequer comunicada e tampouco tenha sido respeitada a sua liberdade de contratar. Desta situação decorre que, embora o ato seja inexistente e ilícito, na esfera jurídica passará a produzir todos os efeitos dos direitos das obrigações para a vítima.

De acordo com Rizzardo (2013), posteriormente às adulterações e diante da emissão de ordens de pagamento, bem como do inadimplemento dos supostos clientes, na verdade vítimas, as instituições financeiras levam os nomes dos titulares dos documentos falsos e seus respectivos CPF (Cadastro de Pessoa Física) ao cadastro de devedores, consumando assim, a violação do direito de personalidade por meio do abuso de direito. Se as adulterações são perceptíveis, a responsabilidade civil recairá sobre o Banco. Diante disto, ainda que se tenha o reconhecimento dos tribunais, Rizzardo (op. cit.) admite que, no julgamento de embargos, não há como negar que a lesão do direito de personalidade da vítima só ocorreu porque o embargado (o banco) não tomou as cautelas devidas na abertura da conta com documentos falsos, e não haverá nenhuma punição a essas instituições financeiras que não observam o princípio do *neminem laedere*. Sabe-se, porém, que as instituições financeiras possuem tecnologias e aparatos preventivos suficientes para checar as assinaturas eletrônicas e perceber com antecipação as falsificações dos documentos e assinaturas antes que a lesão ao direito de personalidade seja lesada.

4.1 Desconstruindo a ficção do enriquecimento sem causa da vítima

O *caput* do artigo 944 do Código Civil mostra que o dano é mensurável quando expressa que “a indenização se mede pelo dano”, portanto, ao considerar-se que as lesões extrapatrimoniais não o são, pode-se perceber que não se trata da indenização pelo dano moral suportado pela vítima, mas sim dos danos patrimoniais possíveis de serem mensuráveis por meio das ciências contábeis.

O *status quo ante*, mesmo sendo a instituição financeira responsabilizada civilmente, nunca retornará à vítima em seu estado natural. De acordo com Higa (2016), nem é preciso mencionar os danos extrapatrimoniais para saber que é surreal obter o *status quo ante* diante da lesão ao direito da personalidade, isto porque quando se analisam os danos ao direito de personalidade corporais, por exemplo, como uma amputação de um membro ou uma cegueira, sabe-se que nenhuma quantia trará o membro ou a sua função ao *status quo ante*. Portanto, é impossível o seu ressarcimento em dinheiro e a indenização serviria apenas como uma espécie de alento.

Para Higa (op.cit., p. 242) é bastante comum encontrar decisões dos aplicadores do direito que sustentam que o artigo 944 do Código Civil é fundado para que “a indenização sirva como alento para a vítima e desestímulo para o infrator de lesão ao direito da personalidade” quando, na verdade, tal dispositivo determina apenas a correlação exata entre lesão e reparação.

Para impedir o enriquecimento sem causa da vítima do dano, no momento da decisão judicial, o artigo 944 do Código Civil restringe o comando legal de estabelecer a extensão (todo o dano) e o limite (nada além do dano) da indenização, e, combinado com os artigos 884, parágrafo único, 885 e 886 do mesmo diploma legal, tem-se o fundamento à decisão do aplicador do direito para calcular o *quantum debeatur*. Ainda que a indenização por danos morais seja instrumento idôneo para a punição civil do causador do dano, certamente, o artigo 944 apresenta antinomia de normas, portanto, apresenta lacuna para o seu fundamento (HIGA, 2016).

A indenização mede-se pela extensão do dano e sabe-se que, pelos princípios do direito da personalidade, não se pode medir os danos morais, porque simplesmente são imensuráveis quando violados; sendo assim, o artigo 944 do Código Civil só poderia ter aplicabilidade ao sistema se fosse para ser aplicado no *quantum debeatur* patrimonial.

De igual modo, o inciso X do artigo 5º da Constituição Federal - que trata de direitos fundamentais, portanto, direitos da personalidade - disserta que estes direitos são invioláveis e, o fato do verbo “assegurar” encontrar-se no gerúndio, ou seja, “assegurando o direito à indenização moral”, permite interpretar que se trata de uma continuidade enquanto houver o dano, que é prolongada no

tempo. Por outro lado, silencia-se quanto ao valor econômico da indenização moral. Sendo assim, há, aqui, uma lacuna que não poderá ser preenchida pelo legislador, de acordo com o artigo 4º da LINDB, porque trata-se de uma lacuna política e não jurídica, ou seja, uma lacuna não autêntica (DINIZ, 2009)²⁰. Este tipo de lacuna recebe muitas críticas quando o aplicador do direito tenta uma colmatação, pois entende-se que não pode haver uma lacuna por falta de normas, mas sim lacuna no sentido de ausência de norma justa. Este tipo de lacuna imputa-se ao legislador, o que seria uma lacuna no sistema (DINIZ, op. cit.).

Segundo Diniz, as lacunas autêntica e inautêntica, *de lege lata*, *de lege ferenda*, não alcançam um critério satisfatório para distinguir as lacunas normativas das axiológicas, apesar de ter a intenção de fazê-lo e de existir determinado esforço para atingir tal distinção. Trata-se, pois, de um problema de apreciação valorativa da imprecisão do legislador dentro do sistema normativo.

Portanto, pode-se verificar que houve a inversão de valores da aplicação dos dispositivos 884, parágrafo único, 885 e 886 do Código Civil, desfavorecendo a vítima e favorecendo o infrator do dano moral, que por sua vez, no plano fático vem-se enriquecendo ilicitamente, lesionando direitos de personalidade de forma reiterada.

Sendo assim, a tutela efetiva dos direitos de personalidades seria por meio da prevenção ao dano moral e não pela sua reparação, pois não existe a reparação da lesão ao direito extrapatrimonial ao *status quo ante*.

O Estado deve tutelar o bem de forma preventiva, pelo princípio do *neminem laedere*, que está contido no princípio da equidade, pois sabemos que a indenização pela lesão ao direito de personalidade em dinheiro não passará de um mero alento para a vítima e jamais um enriquecimento sem causa, pois não existe locupletamento quando o dano sofrido é imensurável.

Há lacunas transcendentais (DINIZ, 2009) à ausência total da regulamentação de um fato social e lacunas imanentes às que existem dentro da ordem jurídica, à medida que esta disciplina uma determinada questão e não a outra que se encontra intimamente correlacionada com ela. Desta forma, acompanha-se o enriquecimento ilícito dos infratores de direito da personalidade, enquanto os tribunais estão mais preocupados com a ficção do enriquecimento sem causa das vítimas de lesão ao direito de personalidade.

²⁰ “Tem-se a lacuna autêntica quando, a partir de uma análise da lei, é impossível a obtenção de uma decisão a um caso concreto. A autêntica ocorre quando o fato-tipo está previsto em disposição legal, mas a solução possível é tida como insatisfatória ou falsa. Só a autêntica é uma lacuna jurídica, a não autêntica é apenas uma lacuna política.” (DINIZ, 2009, p. 84).

Vive-se a era das tecnologias, a era das informações *online*, a era do conhecimento e, diante de todo esse cenário, atual e contemporâneo de recursos científicos e tecnológicos, ainda presenciavam-se direitos da personalidade sendo lesionados, reiteradamente, como resultado de substratos de contratos ilícitos, oriundos de dolo e de culpa de instituições que deveriam zelar pela liberdade de contratar, pela autonomia da vontade e pelo direito de personalidade de seus clientes, de acordo com o artigo 2º e parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor, bem como da Política Nacional de Relação de Consumo e a ordem econômica como um todo.

As instituições financeiras possuem o monopólio de prevenção de fraude contra o seu patrimônio, o que é bem vindo ao ordenamento jurídico, então, de acordo com o princípio da função social da propriedade, por qual razão não se utiliza todo esse aparato de conhecimento científico, humano e tecnológico para impedir que contratos falsos, com assinaturas falsas, ou seja, contratos ilícitos produzam efeitos nocivos ao bem precioso maior do ser humano que é o direito de personalidade? Pelo princípio da razoabilidade, da proporcionalidade e, principalmente, pelo princípio da equidade, as instituições financeiras devem exercer a prática da livre iniciativa e o seu *business*, mas, a função social dos contratos lícitos seria bem-vinda ao Estado Democrático de Direito, por meio do seu poder e monopólio antifraude, como parte integrante das suas funções.

5. Considerações finais

Diante do exposto, percebe-se que o Direito de Personalidade evoluiu ao longo dos séculos da história do direito até chegar aos tempos atuais, mas não sem antes ter sido palco de muitas tragédias, desde o império romano até a segunda grande guerra; ou não sem antes ter presenciado violações aos direitos da personalidade da pessoa humana até chegar à sua conscientização nos tempos atuais. De fato, foi uma grande jornada rumo à proteção humana. Sobre a reparação e prevenção dessas violações, muitas vidas, integridades físicas e morais, foram violentadas e tratadas como simples coisas e não como sujeitos. Para que esses direitos fossem reconhecidos como hoje o são, direitos inerentes à pessoa humana, foi necessário o trabalho conjunto de estudiosos do direito, que dedicaram suas vidas para construir o que hoje entendemos como direitos da personalidade, na esfera civilista, como direitos e garantias fundamentais do indivíduo, na esfera do direito constitucional, e como direitos humanos, no plano do direito público internacional.

A ideia de prevenção do dano surge em vários ordenamentos jurídicos estrangeiros e, devido ao fato de que vivemos numa sociedade de consumo e esta, por fazer parte do ciclo da micro e da

macroeconomia, gera riquezas para os Estados de Direitos em forma de tributos e riquezas para a iniciativa privada.

Sendo assim, a defesa dos interesses dos consumidores, em particular, os interesses dos aposentados e pensionistas, pode ser operada em mão dupla: por um lado, pelo direito do consumidor e direito da pessoa idosa, por meio de normas protetivas reparadoras que promovem a tutela desse grupo vulnerável; por outro lado, pelo prisma do direito concorrencial, seara pela qual ao ser protegida, também se está protegendo o direito do consumidor. Entretanto, a violação dessas normas de modo reiterado no direito brasileiro tem-se tornado cenário de muitas discussões jurídicas sem que, para tanto, entrem em pauta certos elementos de discussão, como, por exemplo, a prevenção do dano, funções estatais punitivas para os violadores de direitos da personalidade, a ineficiência das decisões judiciais em reparar o dano, entre outros.

Diante desse cenário, a ineficiência das indenizações para “reparar” lesões reiteradas contra as vítimas de contratos consignados falsos promove a necessidade de uma releitura das funções da indenização, como, por exemplo, a desconstrução da ficção do enriquecimento sem causa da vítima, políticas públicas no sentido pedagógico e de punição aos infratores, indenizações mais robustas reparadoras para as vítimas que sofreram dano diretamente e que jamais atingirão o seu *status quo ante*, bem como indenização preventiva para a coletividade de pessoas e de direitos coletivos e difusos que estão suscetíveis de serem as próximas vítimas de lesão ao direito de personalidade.

Sendo assim, os fatos e valores mudaram na sociedade de direito, o que exigiu, para acompanhar essas mudanças, uma atividade mais presente do Estado, tanto por parte dos aplicadores do direito, juristas, como, principalmente, do poder que possui a competência de produzir normas jurídicas válidas e eficazes. Isto quer dizer que o sistema está aberto e possui muitas lacunas, e estas lacunas precisam ser preenchidas para que o princípio do *neminem laedere* possa encontrar abrigo adequado no ordenamento jurídico e para que se possa desenvolver efetivamente uma sociedade de direitos brasileira e evitar, com isso, o colapso do próprio sistema.

Em conclusão, esta pesquisa é de suma importância para sinalizar a resolução de conflitos sobre a tutela de direitos de personalidade, no tocante à autonomia da vontade de contratar, bem como, em momentos de crise econômica ou sanitária, por exemplo, as instituições financeiras têm demonstrado ultrapassar os seus limites de direitos subjetivos e realizam contratos de financiamentos sem a anuência de seus consumidores. Sublinhe-se, assim, a necessidade da exploração de trabalhos futuros sobre a recente Lei de Liberdade Econômica brasileira que apresenta como princípios basilares a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

Referências

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 14 nov. 2020.

BRASIL. Lei 8.078, Código de Defesa do Consumidor, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da] da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm Acesso em: 14 nov. 2019.

BRASIL. Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial [da] da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, de 03 out. 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm Acesso em: 14 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Súmula 297. Segunda Seção, em 12 mai. 2004, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 08 set.2004, p. 129. Disponível em:

https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula297.pdf Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2591**. Relator Ministro Carlos Velloso. Plenário, 07.06.2006. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=67153> Acesso em: 02 maio 2019.

BRASIL. Lei 12.376 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), de 30 de dezembro de 2010. Altera a ementa do Decreto-Lei no 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 2010. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112376.htm Acesso em: 14 nov. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Governo alerta para endividamento de idosos com empréstimo consignado. *In: Notícias*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2012. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/noticias/370451-governo-alerta-para-endividamento-de-idosos-com-emprestimo-consignado/> Acesso em: 04 maio 2019.

DINIZ, Maria Helena. **As Lacunas no Direito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**: Introdução à Teoria Geral do Direito, à Filosofia do Direito, à Sociologia Jurídica e à Lógica Jurídica, Norma Jurídica e Aplicação do Direito. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2018a, v. 3.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 32. ed. 2018b, v. 7.

DONNINI, Rogério. **Responsabilidade Civil na Pós-Modernidade, Felicidade, Proteção, Enriquecimento com Causa e Tempo Perdido**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 11. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade Civil Punitiva**. Os “Punitive Damages” no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

OLIVEIRA, Jorge Rubem Folea. **A lei (10.820/2003) do empréstimo consignado e a sua inconstitucionalidade**. Brasília a. 43 n. 172 out./dez. 2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/93281/Oliveira%20Jorge.pdf?sequence=1>. Acesso em: 27 fev. 2021.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. 1994, 10. tiragem, 2017. São Paulo: Saraiva.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.