

Quando se imagina que antílopes possam devorar leões: oito ligeiras notas acerca de uma tese passageira*

Ricardo ARONNE**

Marcos CATALAN***

RESUMO: O artigo encontra justificativa na imerecida importância atribuída, atualmente, a teses, enunciados e figuras similares no direito brasileiro. Em tal contexto ao ser conduzido, metodologicamente, pelo pensamento crítico deixando-se levar pelas correntes pós-positivistas de compreensão do Direito busca apontar desacertos sistêmicos, dogmáticos e hermenêuticos fundidos a tese editada pelo Superior Tribunal de Justiça acerca de relevante tema na seara jusconsumerista.

PALAVRAS-CHAVE: Consumidor; dano extrapatrimonial; fragmentação do direito; hermenêutica.

SUMÁRIO: 1. A título de introito; – 2. Esperança e lamento; – 3. A fugacidade de uma conclusão; – Referências.

TITLE: *To Think That Antelopes Might Devour Lions: Eight Brief Notes on a Passing Thesis*

ABSTRACT: *This paper finds its justification in the undeserved importance currently attributed to theses, announcements and other similar figures in Brazilian Law. In this context and methodologically guided by critical thinking and letting itself be carried away by the Law post-positivist currents, recurring to multiple perspectives, seeks to point out some mistakes in a thesis edited by the Brazilian Superior Court of Justice about consumerist's relevant issues.*

KEYWORDS: *Consumer; moral damages; Law fragmentation; hermeneutic.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. Hope and lament; – 3. The fugacity of a conclusion; – References.*

1. A título de introito

* Estas reflexões emergem no contexto das atividades havidas no desvelar do projeto de investigação científica *A fragmentação dos danos na sociedade do espetáculo* [470460/2014-8] financiado com recursos do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq.

** Pós-doutor em Direito Privado pela Universidade Federal do Paraná. Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor no Mestrado em Direito e Sociedade da Universidade La Salle. Advogado.

*** Pós-doutor pela Facultat de Dret da Universitat de Barcelona. Doutor summa cum laude em Direito pela Faculdade do Largo do São Francisco, Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Coordenador adjunto e professor no Mestrado em Direito e Sociedade da Universidade La Salle. Professor no curso de Direito da Unisinos. Visitor Research no Istituto Universitario di Architettura di Venezia. Professor visitante na Facultad de Derecho da Universidad de la República, Uruguai. Advogado parecerista.

Com dimensões diminutas que remetem o pensamento a contornos filológicos no interior dos quais opúsculos descansam, talvez, à espera de leitores, esse texto ligeiro, gestado no contato com algumas das possibilidades de atribuição de sentidos a uma tese intencionalmente recortada de página eletrônica contida em alfarrábio virtualmente arquivado na seção *Jurisprudência em Teses*, do Superior Tribunal de Justiça, hibernou por quase todo um interminável semestre antes de retornar das profundezas de uma nuvem digital, com dimensões ignoradas, para esta última e imprecisa tentativa, agora solitária, de sofisticação teórico-argumentativa de ideias dialogicamente havidas com a mesma força, a mesma magnitude que, cruelmente, informou a ação de Tânatô.¹

O que despertou o diálogo, anteriormente, antecipado e aqui grafado sob os influxos de correntes críticas² de percepção do fenômeno jurídico foi o contato com a afirmação de que “a simples aquisição do produto considerado impróprio para o consumo, em virtude da presença de corpo estranho, sem que se tenha ingerido o seu conteúdo, não revela o sofrimento capaz de ensejar indenização por danos morais”.³

Idas e vindas do pensamento levaram à gênese de oito singelas notas críticas que se espraiam, metodologicamente, por aspectos dogmáticos e hermenêuticos não percebidos pelo *Tribunal da Cidadania*, dando vida a este artigo.

2. Esperança e lamento

A primeira, nasceu na percepção de que teses e enunciados são equiparados, com alguma frequência, no Brasil, aos precedentes⁴ inseridos, há pouco, quando da gênese do vigente Código de Processo Civil e, ainda, o que é deveras preocupante, à dimensão

¹ As versões iniciais deste trabalho foram construídas, inicialmente, a quatro mãos nos primeiros meses de 2017, a partir de ensaio que construí em vôo solo. Em algum momento daquele semestre pedi a Aronne que me ajudasse a superar minhas limitações epistêmicas e sugeri, concomitantemente, que juntos revisitássemos o artigo a partir de sua conhecida veia crítica. Ele estava, aparentemente, muito bem. Parecia, também, bastante feliz. Foram deliciosos os cafés – os meus, expressos, os dele, passados – que tomamos a meditar sobre o tema ora recortado para reflexão e necessária crítica. O texto embrionário transitou, algumas vezes, entre nossas caixas postais, indo e vindo, de cá para lá, de lá para cá. A última versão me foi enviada às vésperas de sua internação. O fim da história é, infelizmente, conhecido. Aronne nos deixou cedo demais. Foi difícil terminar, sozinho, este artigo que restará, reconheço, inacabado pela eternidade.

² CÁRCOVA, Carlos María. *Las teorías jurídicas post positivistas*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

³ Capturada em <http://www.stj.jus.br>

⁴ Aqui, visualizados arquitetonicamente.

normativa que emana das muitas regras e princípios incorporados – quase sempre, democraticamente – ao Direito pátrio.

A segunda, igualmente perigosa, revela que a edição de teses – ou de qualquer outra forma de enunciado jurídico fadado a ser desconectado de sua historicidade – ignora que a atividade hermenêutica pressupõe hipóteses fenomênicas a serem significadas na seara da intersubjetividade,⁵ desprezando, portanto, que por repousar na frieza das incontáveis páginas reais e virtuais da *lex hodierna* ou em tradições nem sempre, claramente, identificadas, tal qual desenhos com contornos rabiscados ou, simplesmente, pensados em preto e branco, o Direito somente pulsará em eficácia ao assumir a forma de normas jurídicas se e quando alimentado pela energia aporética que move o labor de cada intérprete.

A crítica, aqui, conseqüentemente, ata-se ao absurdo que impregna a *existência* de respostas que ignoram a *inexistência* de perguntas que, logicamente, deveriam anteceder-las, sequer notando a “tentativa de repriminção da jurisprudência dos conceitos, na medida em que, guardadas as diferenças específicas, [teses] são uma espécie de ‘*pandecta*’, ou seja, [de] conceitos que pretendem abarcar todas as hipóteses de aplicação futura”.⁶

A terceira peculiaridade a ser explorada com recurso a traços impressionistas está conectada à pressuposição explicitamente equivocada de que o sofrimento é pressuposto ensejador de danos extrapatrimoniais passíveis de reparação.

E isso é ainda mais grave quando se resgata que o enunciado que aqui se busca desconstruir revela-se sob a forma de tese o que lhe permite, portanto, neste contexto, para além da crítica outrora formulada, transitar através do senso comum ultrapassando, simbolicamente,⁷ a singularidade que informa cada julgado moldado

⁵ STRECK, Lenio. *Dicionário de hermenêutica*. São Paulo: Editora Casa do Direito, 2017. p. 91. “O acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes, porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmo. E essa atribuição de sentido não se dá em dois ‘terrenos separados’, como o sentido da lei e dos fatos. Não. Tudo se dá em um processo de compreensão, em que sempre já existe uma pré-compreensão. [...] O horizonte do sentido nos é dado pela compreensão que temos de algo. Compreender é um existencial, que é uma categoria pela qual o homem se constitui. A faticidade, a possibilidade e a compreensão são alguns desses elementos existenciais. É no nosso modo de compreensão enquanto ser no mundo que exsurgirá a norma, produto da síntese hermenêutica, que se dá a partir da faticidade e historicidade do intérprete”.

⁶ STRECK, Lenio. *Dicionário de hermenêutica*. São Paulo: Editora Casa do Direito, 2017. p. 107.

⁷ CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. Trad. Guy Reynoud. São Paulo: Paz e Terra, 1982.

pela inafastável dimensão humana⁸ que ao mesmo tempo em que movimenta as penas que os constroem, disseminam dúvidas acerca do acerto que os impregna.

Retomando o argumento, equivocada por demonstrar manifesto distanciamento do conteúdo dogmático atribuído, pela literatura jurídica, há algum tempo, à ideia de dano extrapatrimonial e, neste contexto, a ignorância ou – o que seria deveras pior – o desprezo aos contornos científicos lapidados no processo histórico de mutação do *pretium doloris*⁹ latino e (ou) da *Wergeld*¹⁰ germânica, explicitando, neste contexto, a inabilidade do Superior Tribunal de Justiça para identificar, quiçá, para decodificar o refinamento e a sofisticação dogmática impregnados aos contornos jurídicos do dano extrapatrimonial.

Evidencia-se, igualmente, que a referida Corte tampouco se mostrou apta a perceber que traços que foram histórica e coletivamente delineados na tentativa de emoldurar a ideia de dano permitem, hodiernamente, ao intérprete discernir que a violação do elemento anímico na conformação de danos de natureza extrapatrimonial não passa de um dado meramente acidental, exceto – e isso ocorre apenas, nesta única hipótese – quando o dano, intencionalmente, deva ser qualificado, como moral, pelo intérprete, o que ocorre, diante da necessária conexão entre esta modalidade de dano à pessoa e a “*reazione emotiva immediata che cagiona l’illecito: un misto di spavento, di dolore, di angoscia e di fastidio*”.¹¹

Em outras palavras, quando se pensa a arquitetura jurídica do dano no Direito brasileiro, apenas o dano moral – espécie de gênero maior, o dano extrapatrimonial, talvez, do dano à pessoa – pressupõe a experimentação de espasmos físicos ou conhecer a dor que aflige a alma¹² e que pode ser, muitas vezes, relacionada a

una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir,

⁸ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Ecce homo: de como a gente se torna o que a gente é*. Trad. Marcelo Backes. Porto Alegre: L&PM, 2009.

⁹ NAVARRETA, Emanuela. I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale. In NAVARRETA, Emanuela (Cur.). *I danni non patrimoniali: lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*. Milano: Giuffrè, 2004. p. 49.

¹⁰ ZAMORANO, Marcelo Barrientos. *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*. Salamanca: Ratio Legis, 2007. p. 223-225.

¹¹ NAVARRETA, Emanuela. I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale. In NAVARRETA, Emanuela (Cur.). *I danni non patrimoniali: lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*. Milano: Giuffrè, 2004. p. 49.

¹² DOMINGO, Elena Vicente. El daño. In CAMPOS, Luiz Fernando Reglero. (Coord.). *Tratado de responsabilidad civil*. 3. ed. Navarra: Aranzadi, 2006. p. 287-292.

*consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste anímicamente perjudicial.*¹³

Evidentemente, as notas aqui alinhavadas não ignoram a imprecisão e a ambiguidade que ecoam na fusão e difusão dos signos *dano* e *moral*,¹⁴ bem como, não desprezam que os termos utilizados por vizinhos – mais ou menos próximos – e, dentre os quais podem ser listados “*non-pecuniary loss or damage, non material injury*, danos não patrimoniais, *nichtvermögensschäden, Schmerzensgeld, dommage morale, danno morale* ou *danno non patrimoniale*”,¹⁵ pouco auxiliam a tarefa de decodificação de figura tão complexa, embora, apesar de não serem destinadas à descrição, crítica e refutação, minudente, das muitas tentativas dogmáticas visando a delinear os contornos jurídicos do dano extrapatrimonial, a fim de evitar desconstruções despidas de sentido, as ideias delineadas pelas linhas aqui grafadas não podem ser capturadas enquanto pontos de fuga que possam conduzir a pensar o dano extrapatrimonial por meio da experimentação de instantes marcados por dor, angústia ou tristeza, pois, tais sentimentos nada mais são que alguns dos sintomas acidentais¹⁶ conectados a consequências que emergem em cenários nos quais a dimensão não-econômica do bem ou da situação jurídica tutelada exsurge como o elemento responsável por atrair a atenção do Direito¹⁷ e, também como frisado outrora, a qualificação moral.

Três outras reflexões acabaram sendo germinadas na intertextualidade do enunciado aqui dissecado. Elas emergem no silêncio de signos não grafados, de palavras não cultivadas ao largo de uma tese que incomoda ao frisar que a ausência *de consumo de produto impróprio ao consumo* não autoriza imaginar ou aferir quaisquer notas de sofrimento ou náusea que legitimem o surgimento de danos extrapatrimoniais.

Inicialmente, sugere-se ao leitor que imagine, apenas arquitete mentalmente, a existência de inseto da ordem *Blattaria* ou *Blattodea* habitando, vivo (ou não), o interior da embalagem de um gênero alimentício que chegou as suas mãos. Agora

¹³ PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño moral: prevención, reparación, punición*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 40-43.

¹⁴ GONZÁLES, María Paz Sánchez. El daño moral: una aproximación a su configuración jurídica. *Revista de derecho privado*, Madrid, n. 4, p. 27-53, jul./ago. 2006. p. 28.

¹⁵ ZAMORANO, Marcelo Barrientos. *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*. Salamanca: Ratio Legis, 2007. p. 38.

¹⁶ PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño moral: prevención, reparación, punición*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 45.

¹⁷ ZARRA, Maita María Naveira. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Anzós: Madrid, 2006. p. 81.

busque conceber que o intruso não detectado em tempo invadiu outro invólucro e pôs-se em contato com sua língua, com sua mucosa bucal, moído, fragmentado, pela força de seus poderosos molares. Este segundo movimento – que consiste na agitação do inseto provocada pelo *frisson* de mãos humanas movidas por impulsos pantagruélicos, pela força atada à mais conhecida *Lei de Newton* ou por qualquer outra causa, pouco importa aqui – parece não ser imperioso à sustentação teórica da possibilidade imputação do dever de reparar na hipótese em pauta. E isso ocorre, também porque – resgatando a segunda das críticas alinhavadas ao longo deste texto –, de antemão e sem o mapeamento de cada detalhe de natureza intersubjetiva que foi ou virá a gestado no contato da relação fenomênica com o olhar do intérprete, não é possível construir respostas legítimas.

Por outro lado, a assertiva editada pelo Superior Tribunal de Justiça despreza a possibilidade teórica de sustentação de *responsabilidade sem dano*, no caso, atada à manifesta e irrefutável infração de deveres – de natureza ética e jurídica¹⁸ – como os que se encontram fundidos à obrigação de não produzir e (ou) comercializar produtos impróprios ao consumo humano. Na hipótese, aliás, a conduta aqui criticada acaba por potencializar a *esposizione* do consumidor *al pericolo*,¹⁹ ainda que a reflexão venha a ser mais bem compreendida quando se admite que o *diritto de danos* ocupou o lugar outrora reservado à responsabilidade civil e pulsa em eficácia em sua busca pela tutela de toda existência humana – enfatizando aspectos como a dimensão preventiva dos direitos – em vez de ter por norte a proteção patrimonial.

Em tal contexto, a adoção de percepção visivelmente controversa, além de enfraquecer a efetividade de um direito notadamente fundamental, produz contradições sistêmicas diante da inaptidão da resposta dada para a efetiva tutela de aspectos fenomênicos que deveriam ser protegidos e (ou) socialmente induzidos enquanto expectativas normativas. Tomando como exemplo o conhecido *hard case* Ford Pinto,²⁰ abrir-se-ia mão da repressão do comportamento lesivo do fornecedor para reconhecer a ilicitude de sua conduta apenas nos casos em que o consumidor viesse a se acidentar, postura hermenêutica de manifesto retrocesso repelida constitucionalmente no Brasil.

¹⁸ Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

¹⁹ COMPORTI Marco, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*. Camerino: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014.

²⁰ BAURA, Gail. *Engineering ethics: an industrial perspective*. NY: Elsevier Science Press, 2006.

Outro aspecto merece destaque enquanto fruto das escolhas axiológicas que informam a posição esposada pelo Superior Tribunal de Justiça no caso em análise. Há relevante ponto em aberto e que reside no fato da tese em apreço, implicitamente, não compreender como ato de consumo a aquisição de produto em ponto comercial de venda em atendimento as óbvias expectativas comerciais de quem produziu e forneceu o bem.

Sem dúvida não se trata de questão fechada pontuar como ato de consumo, por exemplo, a aquisição de refrigerante e não apenas o ato de vir a bebê-lo, o que, por sinal, poderia dar-se em condição estranha ao horizonte consumerista, sem prejuízo do fato do dano. Isolar disso o ato da aquisição do produto, ato esse que importa em inerente dispêndio de numerário e tempo, parece não encontrar sustentação na hermenêutica contemporânea, afinal

os centros comerciais, os parques temáticos e as vilas turísticas são os principais espaços para o consumo. Ocorre que um grupo de amigos em uma vila turística, tal qual uma família qualquer na frente de um televisor consome as atividades e os programas que lhes são oferecidos a partir da articulação dos elementos disponíveis em cada uma das ocasiões.²¹

A sétima nota encontra inspiração noutra tese do mesmo Tribunal, mais pontualmente, na terceira tese aprovada pela mesma seção e dispõe que “a aquisição de produto de gênero alimentício contendo em seu interior corpo estranho, expondo o consumidor a risco concreto de lesão à sua saúde e segurança, ainda que não ocorra a ingestão de seu conteúdo, dá direito à compensação por dano moral, dada a ofensa ao direito fundamental à alimentação adequada, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana”, o que leva a refletir se das fraturas havidas entremeio a diáspora provocada pela atuação judicial e o movimento oposto e não linear instigado pelo reconhecimento da integridade – enquanto característica que impregna o Direito –, emergiria (ou não) uma aporia, um paradoxo, entre uma e outra tese.

Para um sentimento como o do absurdo, a única verdade de que se dispõe é, justamente, o absurdo, não restando outra solução que não seja a mais plena lucidez. Paradoxo! O absurdo, qual o princípio da

²¹ SASSATELLI, Roberta. *Consumo, cultura y sociedad*. Trad. Heber Cardoso. Buenos Aires: Amorrortu, 2012. p. 217.

incerteza erigido por Heisenberg, é o limite dentro do qual se tem de organizar a vida, a única coerência de que se dispõe. Renunciar ao absurdo é abster-se de ver claro e recusar a única evidência que se dá ao nível humano. Novo paradoxo. Novo?²²

Velho ou novo, o absurdo aqui iluminado revela, de forma hialina, tanto a contradição havida entre as escolhas que antecedem as decisões da Corte transformadas em teses, como a desconexão entre a ideia que inspira e faz avançar este texto e identificação de que a vida flui em mundo, explicitamente, marcado pela complexidade e pela difusão de riscos que afligem, dia após dia, um sem número de seres, aleatoriamente, eleitos pela Fortuna,²³ riscos que pulsam de forma indelével, difusa e incontrolável através do tempo e do espaço, desnudando o ser humano, despindo-o de toda a sua sacralidade.²⁴

E antes que as cortinas venham a ser descerradas um último movimento há de ser feito, estando ele assentado na hermenêutica dos contratos e a ganhar relevo no trato da tese em debate a partir da intersecção dos comandos normativos que pulsam dos artigos 30, 31 e 47 do Código de Defesa do Consumidor.²⁵ *Ab initio* cumpre destacar a *ratio* do precipitar dos referidos dispositivos sobre o tema, diante dos quais olhar demasiadamente disciplinar poderia demonstrar estranheza, mormente, se encapsulado em sede de responsabilidade civil, tema, portanto, distinto daquele que é aqui explorado e pertencente ao universo delineado pela teoria do contrato.

O argumento é falso, como, desde pronto, olhar mais atento permite perceber. Comprová-lo exige lembrar que a responsabilidade civil, em sua disciplina tradicional, desdobra-se em responsabilidade contratual e extracontratual,²⁶ dicotomia aqui resgatada por se acreditar que ela pode vir a ter alguma relevância hermenêutica na ampliação da proteção dos consumidores no Brasil.

²² ARONNE, Ricardo. *Razão & caos no discurso jurídico*. Porto Alegre: LAEL, 2010. p. 32.

²³ Deusa da mitologia romana, que tem em Tique, seu correspondente grego.

²⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

²⁵ Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

²⁶ CATALAN, Marcos. *Descumprimento contratual: modalidades, consequências e hipóteses de exclusão do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2006.

A hipótese de consumo trazida na tese em análise é, inevitavelmente, decorrente da aquisição do bem central à respectiva controvérsia e, em relação a qual constituir-se-ia a própria relação contratual de consumo. Assim, desde logo, uma relação de natureza contratual, que se institui, repisa-se, no núcleo de relação, incontestavelmente, consumerista. Debater, portanto, o tema de eventual responsabilidade decorrente dessa interação, implica enfrentar assunto que pertence aos domínios da responsabilidade contratual, mais especificamente, dos deveres que informam contratos rabiscados no interior de telas emolduradas pela *lex specialis* que se propõe a atuar como lei central no que tange às questões de consumo no Brasil e isso mesmo que tais contratos se apresentem despojados de quaisquer formalidades que ultrapassem o contato social necessário à atuação do Direito, qual a de um garoto adquirindo refrigerantes ou quaisquer outros víveres no balcão da cantina da escola em que estuda.

Avançando um pouco mais, percebe-se que os pressupostos e elementos intrínsecos e extrínsecos dessa relação negocial informal de aquisição de bem para consumo não deixam de ter caráter contratual e, como tal, interagem e não de ser, inexoravelmente, interpretados. Toda a principiologia dos contratos, portanto, se faz presente desde a base objetiva da relação havida na seara fenomênica, relação robustecida pelo caráter consumerista do contato social que atuará como filtro e motor quando de sua captura pelo intérprete.

É possível dizer, aliás, que os princípios contratuais agem na estrutura constitutiva do núcleo negocial ao informar, integralmente, a conduta esperada de cada um dos contratantes²⁷ em qualquer situação havida na seara das relações sociais.

Nada de novo, até aqui, no horizonte da disciplina contemporânea das relações contratuais, consumeristas ou não, pouco importa, mesmo por que, quem contrata não se obriga apenas àquilo que contrata.²⁸

Ocorre que dentre os muitos princípios arrostados pelo núcleo contratual – ao lado da tão maltratada boa-fé objetiva, da transparência, da isonomia, da função social do contrato, do solidarismo, da *pacta sunt servanda* – pode ser identificado princípio cuja

²⁷ NALIN, Paulo. A boa-fé como elemento de existência do negócio jurídico. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2007, v. 6. p. 341-390.

²⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil: à luz do novo Código civil brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

função implica em vedar a conduta lesiva de quaisquer das partes ante a preocupação com a proteção do outro e de seus bens, necessariamente, nesta ordem.

Na hipótese, o pensamento foca o muito conhecido *neminem laedere*, aqui pensado em sua expressão contratual, forma que vem a ser arqueologicamente revelada após o revolver do chão linguístico e a necessária deposição da poeira cultural depositada sobre ele ao longo dos últimos séculos, especialmente, quando se identifica que a tripartição clássica das fontes das obrigações²⁹ parece ser algo desconhecido daqueles que deram vida à percepção de que *a ninguém se deve lesar*.³⁰

Daí que, mesmo que silente o mais informal dos contratos, todos estes princípios o integrarão, informando a compreensão da respectiva base objetiva ao criar direitos subjetivos e deveres jurídicos, produzir distintos direitos formativos e impor, de modo correlato, estados de sujeição ou, ainda, formatar pontuais ônus jurídicos consoante os desdobramentos de uma relação jurídica cuja compreensão hodierna, inexoravelmente, exige desafiar as vetustas perspectivas monolíticas da interpretação contratual, princípios que, repise-se, mesmo no silêncio do contrato, não poderão ser afastados, não sendo uma opção à disposição das personagens envolvidas, sejam elas contratantes, partes na relação contratual,³¹ tampouco, terceiros. Eles estarão sempre presentes na integração, desenvolvimento e interpretação de cada relação negocial e, em tal contexto, também nas relações contratuais que informaram a lapidação da tese aqui desconstruída.

Enfim, que nas muitas concretizações possíveis das citadas regras colhidas nos jardins jusconsumeristas – e tracejadas com cores que também remetem ao *neminem laedere* –, haverá de ser priorizada, sempre, àquela que mais resguarde o vulnerável, a que seja mais benéfica aos consumidores, leitura que, a tese em análise revela ser antinômica à regulação do consumo no Brasil, contraditória aos dispositivos legais citados, cujo afastamento não tem como ser justificado, pois, como cansativamente exposto ao longo dos últimos parágrafos, caracterizam-se como regras vigentes e eficazes e que nesse contexto convivem com as demais no plano antinômico com incidência *all or nothing*

²⁹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1.

³⁰ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3 ed. Trad. António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

³¹ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quarter Latin, 2006.

fashion,³² ainda que, o *in dubio pro consumidor* não se limite a solucionar tão somente conflitos postos entre cláusulas contratuais, emergindo enquanto importante ferramenta hermenêutica a auxiliar na ourivesaria da resposta mais adequada à Constituição.

3. A fugacidade de uma conclusão

O simbolismo que envolve a edição de teses – e as ofensas, potenciais e concretas, que atentam contra a Democracia e autonomia do Direito –, a falta de comprometimento com a hermenêutica havida na edição de respostas que ignoram não haver perguntas antecedendo-as, em especial, ante o problema lógico aí identificado, a leitura limitada das atividades que podem ser descritas como atos de consumo e os reflexos daí derivados no texto mal alinhavado pelo Superior Tribunal de Justiça, a inabilidade no trato com a força normativa dos princípios e, enfim, a falta de cuidados com a sofisticação das narrativas dogmáticas são algumas das marcas que podem ser percebidas ao largo deste texto que tanto demorou a germinar “um discurso de esperança [que] reconhece [também] a condição de um lamento, um renascer que não deixa de ter, também, sua condição de adeus”.³³

Referências

- ADORNO, Theodor. Mensagens numa garrafa. In: ŽIŽEK, Slavoj (Org.). *Um mapa da ideologia*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010.
- AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2010.
- ARONNE, Ricardo. *Direito civil-constitucional e teoria do caos*. Porto Alegre: LAEL, 2007.
- ARONNE, Ricardo. *Razão & caos no discurso jurídico*. Porto Alegre: LAEL, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BAURA, Gail. *Engineering ethics: an industrial perspective*. NY: Elsevier Science Press, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.
- CÁRCOVA, Carlos María. *Las teorías jurídicas post positivistas*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

³² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

³³ ARONNE, Ricardo. *Razão & caos no discurso jurídico*. Porto Alegre: LAEL, 2010. p. 73.

- CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro: a responsabilização pelo risco ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- CASTORIADIS, Cornélius. *A instituição imaginária da sociedade*. Trad. Guy Reynoud. São Paulo: Paz e Terra, 1982.
- CATALAN, Marcos. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: RT, 2013.
- CATALAN, Marcos. Autonomia privada: o poder jurígeno dos sujeitos de direito. *Scientia Iuris*, v. 5/6, p. 430-463, 2001/2002.
- CATALAN, Marcos. Considerações sobre o contrato preliminar: em busca da superação de seus aspectos polêmicos. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. (Org.). *Questões controvertidas: no direito das obrigações e dos contratos*. v. 4. São Paulo: Método, 2005.
- CATALAN, Marcos. *Descumprimento contratual: modalidades, conseqüências e hipóteses de exclusão do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2006.
- CATALAN, Marcos. Negócio jurídico: uma releitura à luz dos princípios constitucionais. *Scientia iuris*, v. 7/8, p. 367-390, 2003/2004.
- CATALAN, Marcos. Reflexões sobre a leitura dos contratos no código de defesa do consumidor e a importância dos princípios. In: CONPAVERDE, Aldaci do Carmo; CONRADO, Marcelo. (Orgs.). *Repensando o direito do consumidor II*. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, 2007.
- COMPORTI Marco, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*. Camerino: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014.
- DOMINGO, Elena Vicente. El daño. In CAMPOS, Luiz Fernando Reglero. (Coord.). *Tratado de responsabilidad civil*. 3. ed. Navarra: Aranzadi, 2006. p. 287-292.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Harvard: Harvard Press, 1984.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil: à luz do novo Código civil brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- GONDIM, Glenda Gonçalves. *Responsabilidade civil sem dano: da lógica reparatória à lógica inibitória*. Curitiba, 2015. 302 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.
- GONZÁLES, Maria Paz Sánchez. El daño moral: una aproximación a su configuración jurídica. *Revista de derecho privado*, Madrid, n. 4, p. 27-53, jul./ago. 2006.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novais. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Trad. Silvia Pappé et al. Cidade do México: Universidad Iberoamericana, 2006.
- MÚGICA, Santiago Cavanillas. Responsabilidad civil y riesgo. In CUENA CASAS, Matilde; ANGUITA VILLANUEVA, Luis Antonio; ORTEGA DOMÉNECH, Jorge (Coord.). *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*. Madrid: Dykinson, 2013.
- NALIN, Paulo. A boa-fé como elemento de existência do negócio jurídico. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2007, v. 6.

NAVARRETA, Emanuela. I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale. In NAVARRETA, Emanuela (Cur.). *I danni non patrimoniali: lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*. Milano: Giuffrè, 2004.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Ecce homo: de como a gente se torna o que a gente é*. Trad. Marcelo Backes. Porto Alegre: L&PM, 2009.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quarter Latin, 2006.

PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño moral: prevención, reparación, punición*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

SASSATELLI, Roberta. *Consumo, cultura y sociedad*. Trad. Heber Cardoso. Buenos Aires: Amorrortu, 2012.

STRECK, Lenio. *Dicionário de hermenêutica*. São Paulo: Editora Casa do Direito, 2017. p. 107.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3 ed. Trad. António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

ZAMORANO, Marcelo Barrientos. *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*. Salamanca: Ratio Legis, 2007.

ZARRA, Maita María Naveira. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Anzos: Madrid, 2006.

civilistica.com

Recebido em: 08.01.2018

Publicação a convite.

Como citar: ARONNE, Ricardo; CATALAN, Marcos. Quando se imagina que antílopes possam devorar leões: oito ligeiras notas acerca de uma tese passageira. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 7, n. 1, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/quando-se-imagina-que-antilopes/>>. Data de acesso.