

"DIÁLOGO" DAS FONTES E RESPONSABILIDADE CIVIL: UM APORTE PARA A FORMULAÇÃO DO CONCEITO DE DANO DE CONDUTA

Pastora do Socorro Teixeira Leal**

RESUMO

Este artigo propõe-se a refletir sobre as possibilidades de utilização argumentativa do "diálogo" das fontes na (re)configuração do conceito de dano, visando a ampliar a tutela em face de práticas abusivas sob a nomenclatura de dano de conduta. Considera as seguintes premissas: a) a responsabilidade civil é um dos ramos do Direito em cuja regulação há um número expressivo de normas "abertas", tais como as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, dentre outros; b) as normas "abertas" são técnicas legislativas de enunciação genérica e abstrata, por meio das quais são enunciadas apenas notas de sua moldura conceitual, que deve ser preenchida no momento da aplicação ao fato concreto; c) as normas "abertas" decorrem da impossibilidade de o legislador poder enumerar (*numerus clausus*) as hipóteses concretas de ocorrência do fenômeno "dano" e das circunstâncias concretas para a imputação da responsabilidade; d) as normas "abertas" autorizam o intérprete a identificar, no mundo dos fatos, quais casos apresentam notas conceituais semelhantes ou equivalentes àquelas inseridas na moldura legal; e) o "diálogo" das fontes é alternativa de relevante valor hermenêutico para o intérprete na busca do conteúdo e sentido das normas "abertas", por fornecer um instrumental argumentativo que ultrapassa os critérios tradicionais de solução de antinomias, bem como afasta a ideia de que as leis devem ser aplicadas de forma isolada. Rompe com o paradigma de exclusão de normas e busca sua aplicação concomitante por meio do diálogo entre os diversos mecanismos de produção jurídica, sejam eles legislativos, judiciários e até mesmo doutrinários; f) o "diálogo" das fontes pressupõe a unidade axiológica e teleológica do sistema jurídico, que se manifesta na irradiação, por todo o ordenamento jurídico, de preceitos constitucionais, em especial a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social, o que viabiliza a aplicação coordenada e sistemática de normas que, embora contidas em subsistemas ou em ramos do direito, regulam e tutelam, por exemplo, categorias de sujeitos em situações de vulnerabilidade, que pode decorrer de múltiplos fatores, tais como sociais, econômicos e ambientais; g) a vulnerabilidade passa a exigir que os critérios interpretativos sejam revisados a fim de se ajustarem às "novas" demandas, dentre as quais se encontram aquelas resultantes de danos nas relações de trabalho e de consumo.

Palavras-chave: Diálogo das fontes. Normas abertas. Vulnerabilidade. Práticas abusivas. Dano de conduta.

ABSTRACT

This research intends to reflect about possibilities of sources dialogue in the task of constructing the concept of damage, in order to maximize the protection against abusive practices, called damage through action. The article has some presupposes: a) liability is a branch of Law, which has open standards, such as general clauses and indetermine law conceptions, among others; b) the open standards are legislative technique with abstract and general sentences, through which just parameters of concepts are created, which require supplement by the jurist in the moment of applicating the rule in case; c) the open standards arise in the impossibility of legislator to set up all of possibilities of damages in society, and, consequently, the possibilities of responsibility; d) the

* Desembargadora Federal do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região (Brasil). Professora de pós-graduação (Teoria do Direito) e graduação (Direito Civil) na Universidade Federal do Pará (UFPA) e na Universidade da Amazônia (UNAMA). Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e pesquisadora pós-doutora em Relações privadas e direitos fundamentais pela Universidade Carlos III de Madri.

open standards allows jurist to identify facts which have the same characteristics of concepts presents in the open rules; e) the dialogue between sources in law is an important alternative for the jurist in the attempt to find the proper content of concepts presents in open rules, since it provides a support which overcome the traditional criterial of solving conflicts among rules, as well as rejects the idea that argue laws should be applicated in an isolate way. It overcomes with the idea of rules rejection through the recognition the weight of sources dialogue and the proper communication between a lot of mechanisms related to the law production, such as legislative, jurisprudence and even doctrine; f) the sources dialogue presupposes the value of unity and teological of the legal system that is manifested in the scattering of constitutional provisions, as an example, the dignity of human being, social solidarity, which provides the coherent application of standards that, despite being from different branches of law, regulate and safeguard together the human beings in vulnerable situations, which can result from multiple factors, such as social, culture and economic; g) the vulnerability, in this context, requires that interpretation criterial must be reviewed in order to adjust to new challenges involving damages on private relations, like consumers and employees. Keywords: Sources dialogue. Open standards. Vulnerability. Abusive practices. Damage through action.

SUMÁRIO

Introdução

1. A complexidade da realidade e a fragmentação da regulação jurídica

2. O método do “diálogo” das fontes como aporte para o problema da vulnerabilidade

3. A problemática conceitual do dano de conduta em face da vulnerabilidade

Considerações finais

Referências

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é um dos ramos do Direito que utiliza, em grande proporção, normas "abertas", tais como as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, dentre outros. Isto decorre, especialmente, da impossibilidade de o legislador poder enumerar as hipóteses factuais de ocorrência do fenômeno “dano” e das circunstâncias concretas para a imputação da responsabilidade. Assim, a lei utiliza técnicas de enunciação genérica e abstrata, demarcando apenas notas de sua moldura conceitual, que deve ser preenchida no momento da aplicação ao fato concreto. Diante disto, autoriza o intérprete a identificar no mundo dos fatos quais casos apresentam notas conceituais semelhantes ou equivalentes àquelas inseridas na moldura legal.

Nesse contexto, o "diálogo" das fontes torna-se alternativa de relevante valor hermenêutico para o intérprete na busca do conteúdo e do sentido das normas "abertas".

O método interpretativo, denominado de "diálogo" das fontes, por considerar que o ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma unitária, fornece ao intérprete instrumental argumentativo que ultrapassa os critérios tradicionais de solução de antinomias, bem como afasta a ideia de que as leis devem ser aplicadas de forma isolada. Rompe com o paradigma de exclusão de normas e busca sua aplicação concomitante por meio do diálogo entre os diversos mecanismos de produção jurídica, sejam eles legislativos, judiciários e até mesmo doutrinários.

O “diálogo” de fontes considera a irradiação, por todo o sistema jurídico, de preceitos constitucionais de elevada carga axiológica, em especial a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social, o que viabiliza a aplicação coordenada e sistemática de normas que, embora contidas em subsistemas ou em ramos do direito, regulam e tutelam, por exemplo, categorias de sujeitos em situações de vulnerabilidade, que pode decorrer de múltiplos fatores, tais como sociais, econômicos e ambientais.

A acentuada vulnerabilidade passa a exigir que os critérios interpretativos sejam revisados, a fim de se ajustarem às “novas” demandas, dentre as quais se encontram aquelas resultantes de danos nas relações de trabalho e de consumo.

Este artigo propõe-se a refletir sobre as possibilidades de utilização argumentativa do “diálogo” das fontes na (re)configuração do conceito de dano, sob a nomenclatura de dano de conduta., visando a ampliar a tutela em face de práticas abusivas.

1. A COMPLEXIDADE DA REALIDADE E A FRAGMENTAÇÃO DA REGULAÇÃO JURÍDICA

A complexidade dos problemas contemporâneos, resultantes da combinação de fatores empíricos: políticos, sociais, econômicos, ambientais, é tratada de forma fragmentada numa multiplicidade de microssistemas, alguns mais avançados, outros bastante precários.

Apesar de os subsistemas legais terem lógica própria e fins específicos, em certos casos, apresentam convergência temática na regulação de relações de desigualdade decorrentes da vulnerabilidade de um dos sujeitos envolvidos. Nessa situação, nada mais justo do que reconhecer que para a mesma “razão” (vulnerabilidade), a mesma “solução” (diálogo das fontes).

As normas “abertas” estão passíveis de múltiplas interpretações conforme a natureza dos interesses jurídicos em jogo.

Não basta apenas considerar a coexistência de normas gravitando em microssistemas jurídicos. É relevante que se reconheça a importância da cooperação entre elas para tratar dos problemas da vida real.

As nefastas consequências de fenômenos hodiernos como a globalização, o desenfreado avanço tecnológico, a mercantilização do ser humano, a massificação da sociedade e do consumo, o uso inadequado de ferramentas eletrônicas, dentre outros, exigem o reconhecimento de uma pauta axiológica e teleológica que sirva para ajustar ou corrigir os gravames aos bens jurídicos e às pessoas envolvidas naqueles fenômenos.

Assim, o uso de mecanismos para solucionar antinomias não deve ficar restrito apenas à exclusão de uma norma que esteja em contradição com o sistema jurídico. Pelo contrário, admite a

aplicação de diversas regras legais, ao mesmo tempo, a fim de reforçar a unidade axiológica e teleológica do ordenamento jurídico.

Quando diversas normas, embora presentes em subsistemas diferentes, regulam fenômenos semelhantes, mas de forma diferenciada, quer qualitativa, quer quantitativamente, a ideia de antinomia tradicional não se aplica, pois foi pensada apenas sob o viés da “forma”, sendo insuficiente para resolver problemas pertinentes ao “conteúdo”. Explico. Quando uma norma X regula de forma mais favorável a situação de determinados sujeitos vulneráveis e uma norma Y silencia sobre isso, tem-se uma antinomia de valoração ou mesmo uma lacuna na norma que silencia. Nesse caso, o “diálogo” das fontes se apresenta como um critério valioso para utilizar a norma X para preencher o sentido da norma Y. Assim o fazendo, estará, ao mesmo tempo, restabelecendo a coerência valorativa e preenchendo a lacuna da norma Y que, por ter silenciado, não acompanhara a evolução da tutela, quer do bem jurídico, quer dos sujeitos em situação de vulnerabilidade.

No exemplo acima, o julgador não estará “criando” o direito, mas sim “compatibilizando” a norma precária à norma mais avançada. Portanto, não haverá que se falar em ofensa à certeza ou à segurança jurídica, mas sim em atendimento à justiça.

Na concepção de Norberto Bobbio, um sistema para ser válido não precisa ser coerente, mas a coerência é necessária para que ele seja justo.

Os problemas advindos da pluralidade, da complexidade e do dinamismo dos fenômenos da realidade não costumam esperar a revisão ou a atualização do que já está normatizado. É preciso que as normas de uma legislação, que estagnou no tempo, seja atualizada pelo diálogo e a compatibilização com a legislação mais avançada. Cabe ao intérprete harmonizar a aplicação utilizando o método do “diálogo” das fontes como meio valioso de lidar com a complexidade.

Adaptado ao contexto da complexidade, encontra-se conceito de vulnerabilidade como sendo o estado de um sistema exposto a riscos, condicionado por fatores biofísicos e socioculturais, em diferentes escalas temporais e espaciais combinado com a sua capacidade de resposta.

A vulnerabilidade compreende: a) elementos do sistema (bens, pessoas, lugares, etc); b) exposição ao risco (potencialidade de sofrer danos); c) fatores condicionantes do risco (biofísicos e socioculturais); d) variáveis temporais (os efeitos danosos transcendem ao momento de sua ocorrência); e) variáveis espaciais (o dano ocorrido em um local pode impactar outros lugares); f) capacidade de resposta (positiva ou negativa do ordenamento jurídico na regulação da problemática). Todos esses elementos contribuem, em conjunto ou separadamente, para a situação de vulnerabilidade, o que impõe ao intérprete adotar um paradigma que considere a complexidade do problema.

Trasladando-se para o discurso jurídico os elementos do conceito de vulnerabilidade, pode-se identificar diversos subsistemas normativos que se identificam por regularem situações ou relações cuja tônica é a vulnerabilidade e cuja peculiaridade reside na desproporcionalidade da distribuição de poderes (jurídicos, econômicos e sociais) entre os sujeitos da situação ou da relação jurídica, o que diminui a sua capacidade de resposta, que é compensada pela tutela presente em subsistemas normativos como aqueles decorrentes das legislações laborais, de consumo e ambientais, bem como, da normatividade presente em setores do direito civil pertinentes ao direito de família e aos direitos da personalidade.

2. O MÉTODO DO “DIÁLOGO” DAS FONTES COMO APORTE PARA O PROBLEMA DA VULNERABILIDADE

O "diálogo" das fontes propõe-se à aplicação simultânea e coerente de diversas legislações, quer nacionais, quer internacionais, combinadas com os argumentos presentes em decisões judiciais e na doutrina.

A ideia do "diálogo" das fontes não se restringe apenas à legislação. Alcança também decisões judiciais, propondo a uniformização de entendimentos, a fim viabilizar a igualdade na aplicação da justiça. Neste sentido, propugna que os tribunais não destoem ao examinar determinadas matérias, argumentativamente e não apenas formalmente, para que seja mantida a coerência sistêmica também no plano da produção normativa judicial. O “diálogo” argumentativo entre órgãos judiciários potencializa a busca da solução mais justa, efetiva e compatível com os vetores axiológicos e teleológicos do ordenamento jurídico.

Originariamente, o “diálogo” das fontes tem seu desenvolvimento atribuído ao professor alemão Erik Jayme, no seu Curso Geral de Haya, voltado para as questões de direito internacional privado. Contudo, a ideia do “diálogo” das fontes, mesmo sem essa nomenclatura, já fazia parte do repertório e do ideário da interpretação jurídica, como se pode verificar no uso, por exemplo, da analogia *juris* ou interpretação extensiva, bem como do juízo de equidade, que autorizam o intérprete a olhar os vetores axiológicos e teleológicos do sistema jurídico e a adequá-los à concretude dos fatos.

Em caso de antinomia de normas a princípio inconciliáveis, que impedem a realização da justiça, os critérios tradicionais (cronológico, hierárquico e da especialidade) não têm sido suficientes e eficientes para restabelecer a coerência que, como acentua Norberto Bobbio não é condição de validade do ordenamento jurídico, mas exigência de uma ordem jurídica justa.

Diante dessa constatação, o "diálogo" das fontes representa um novo método que passa a coexistir com aqueles tradicionais, segundo o qual as leis não se excluem, por supostamente

pertencerem a ramos jurídicos distintos, mas se complementam, principalmente quando possuem campos de aplicação convergentes, quer em face do bem ou do interesse jurídico tutelado, quer em face da relação jurídica travada, a exemplo daquelas onde se verifica a situação de vulnerabilidade de uma das partes e que, por essa razão, potencializa a possibilidade de ocorrência de danos.

Dentre as justificativas para a adoção do “diálogo” das fontes, encontra-se o seu caráter de funcionalidade para harmonizar e coordenar normas legais, bem como decisões judiciais, para dar conta da complexidade social, econômica e jurídica na atualidade, especificamente em sede de responsabilidade civil.

Cláudia Lima Marques (2004, p. 29), ao discorrer sobre as razões filosóficas e sociais da teoria de Erik Jayme, acentua:

Aceite-se ou não a pós-modernidade, a verdade é que, na sociedade complexa atual, com a descodificação, a tópica e a microrecodificação (como a do CDC) trazendo uma forte pluralidade de leis ou fontes, a doutrina atualizada está à procura de uma harmonia ou coordenação entre estas diversas normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema). É a denominada “coerência derivada ou restaurada” (“*cohérence dérivée ou restaurée*”), que procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo. Erik Jayme alerta-nos que, nos atuais tempos pós-modernos, a pluralidade, a complexidade, a distinção impositiva dos direitos humanos e do “*droit à la différence*” (direito a ser diferente e ser tratado diferentemente, sem necessidade de ser ‘igual’ aos outros) não mais permitem este tipo de clareza ou de ‘monosolução’. A solução atual ou pós-moderna é sistemática e tópica ao mesmo tempo, pois deve ser mais fluida, mais flexível, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções. Hoje, a superação de paradigmas foi substituída pela convivência ou coexistência dos paradigmas, como indica nosso título. Efetivamente, raramente encontramos hoje a revogação expressa, substituída pela incerteza da revogação tácita indireta, através da idéia de ‘incorporação’, como bem expressa o art. 2.043 do novo Código Civil. Há mais convivência de leis com campos de aplicação diferentes, do que exclusão e clareza. Seus campos de aplicação, por vezes, são convergentes e, em geral diferentes, mas convivem e coexistem em um mesmo sistema jurídico que deve ser ressystematizado. O desafio é este, aplicar as fontes em diálogo de forma justa, em um sistema de direito privado plural, fluido, mutável e complexo.

Os critérios clássicos de solução de antinomias (o cronológico, o hierárquico e o da especialidade) não são suficientes para gerar soluções adequadas aos preceitos constitucionais. Diante dessa constatação, o “diálogo” das fontes que, além de ser um método de solução de contradições que visa a restabelecer a coerência e a unidade do sistema, também pode ser utilizado como mecanismo de colmatação de lacunas, presentes em ramos específicos do direito mas reguladas em outros ramos. A título de exemplo, vale lembrar que, em se tratando de danos laborais, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) não é suficiente para dirimir a questão, requerendo que se busque nas normas de direito ambiental o suprimento das deficiências da

legislação trabalhista. Isto porque os danos ocorrem no meio ambiente de trabalho e as normas ambientais, que estão mais atualizadas, podem agregar razões de reforço de tutela à saúde do trabalhador do que as vetustas e não atualizadas normas trabalhistas. Ademais, o bem jurídico "saúde" apresenta tutela *prima facie*, uma vez que direito fundamental.

Considero que a "comunicação" entre as fontes não se restringe ao aspecto horizontal (normas do mesmo grau hierárquico), mas que também se justifica pela existência de norma superior que irradia seus vetores axiológicos e teleológicos no sentido de reforçar a relevância a ser dada a determinados bens, interesses e pessoas, a exemplo dos direitos e garantias fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Vale destacar que a possibilidade do "diálogo" das fontes encontra-se positivada em diversos diplomas normativos brasileiros, dentre eles: a Constituição Federal (art.5º, §2º), o Código do Consumidor-CDC (art. 7º), a Consolidação das Leis do Trabalho- CLT(art.8º e parágrafo único) e o próprio Código Civil (art.187). Textos normativos dos quais extraímos os dispositivos abaixo transcritos para ilustrar nossa assertiva acima.

A Constituição brasileira, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, não limitou os casos de tutela. Pelo contrário, deixou aberta a possibilidade de sua ampliação:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição **não excluem outros** decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

(destaquei)

Por seu turno, a legislação consumerista optou por ampliar o leque de possibilidades normativas visando a reforçar a tutela do consumidor:

Art. 7º Os direitos previstos neste código **não excluem outros** decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

(destaquei)

A lei trabalhista (CLT), levando em conta o contexto de vulnerabilidade presente na relação laboral, também optou, desde 1943, por dar maior abrangência normativa às possibilidades de proteção ao trabalhador:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do

trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

O Código Civil reafirma a ideia de sistema jurídico, estabelecendo que a interpretação não deve ser restrita, literal ou isolada, mas ajustada, em especial, à funcionalidade econômica ou social:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Neste ponto, observa-se que o Código Civil brasileiro equiparou ao ilícito, para efeitos de responsabilização civil por danos, a categoria jurídica do abuso de direito, considerando como tal o exercício de direito que exceda aos limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Note-se que os limites aos quais se reporta o texto normativo em destaque devem ser buscados nos demais diplomas legais, na realidade social e econômica e nas decisões judiciais que ofereçam parâmetros concretos para a caracterização de tais limites.

As chamadas “práticas abusivas”, danosas por si mesmas, presentes em relações de consumo, relações de trabalho e também em relações de direito ambiental, conexas ou não, caracterizam manifesto “abuso de direito”, passível de reprimenda pelo sistema jurídico. Nesse caso, o intérprete deve se socorrer do “diálogo” das fontes para analisar as questões que lhe são submetidas.

O Supremo Tribunal Federal, em 07/06/2006, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.591, adotou expressamente a teoria do diálogo das fontes, ao reconhecer a possibilidade de aplicação do CDC (Código de Defesa do Consumidor) a todas as atividades bancárias, argumentando que as instituições financeiras estabelecem relação de consumo com seus clientes e que, portanto, devem se sujeitar aos dispositivos do CDC.

Antonio Herman Vasconcelos Benjamin, Leonardo Roscoe Bessa e Cláudia Lima Marques (2009, p. 94-95) reportam-se a três possibilidades de “diálogo” das fontes entre o Direito Civil e o Direito do Consumidor, a saber: 1) *diálogo sistemático de coerência*: na aplicação simultânea das duas leis, uma lei pode servir de base conceitual para a outra, especialmente se uma lei é geral e a outra especial, se uma é a lei central do sistema e a outra um microsistema específico, não completo materialmente, apenas com completude subjetiva de tutela de um grupo da sociedade; 2) *diálogo sistemático de complementariedade e de subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais*: na aplicação coordenada das duas leis, uma lei pode complementar a aplicação da outra, a depender de seu campo de aplicação no caso concreto, a indicar a aplicação complementar tanto de suas normas, quanto de seus princípios, no que couber, no que for necessário

ou de forma subsidiária; 3) *diálogo de coordenação e adaptação das influências recíprocas sistemáticas*: pode ocorrer pela possível redefinição do campo de aplicação de uma lei, como por exemplo, as definições de consumidor *stricto sensu* e de consumidor equiparado podem sofrer influências finalísticas do Código Civil, uma vez que esta lei vem justamente para regular as relações entre iguais, dois iguais-consumidores ou dois iguais-fornecedores entre si – no caso de dois fornecedores, trata-se de relações empresariais típicas, em que o destinatário final fático da coisa ou do fazer comercial é um outro empresário ou comerciante -, ou, como no caso da possível transposição das conquistas do *Richterrecht* (direito dos juízes), alçadas de uma lei para a outra. É a influência do sistema especial no geral e do geral no especial, um diálogo de *double sens*.

Em síntese: 1) *o diálogo sistemático de coerência*, quando uma lei serve de base conceitual para outra, hipótese esta de aplicação simultânea de ambas as leis; 2) *diálogo de complementariedade*, quando uma norma pode completar a outra de forma direta e coordenada; 3) *diálogo de subsidiariedade*, quando uma norma pode completar a outra de forma indireta; e, 4) *diálogo de coordenação de reciprocidade sistemáticas*, quando os conceitos estruturais de uma determinada lei sofrerem influências da outra.

As modalidades acima referidas enfrentam a questão do "diálogo" das fontes pelo seu aspecto formal, pertinente ao "como" proceder.

Importa investigar o plano pertinente ao aspecto material justificador do "diálogo" das fontes, pertinente aos "porquês", às razões relativas ao conteúdo das normas relacionadas entre si. Nesse ponto, importa perquirir as "razões" que justificam a adoção da "comunicação" das fontes pelo intérprete.

O "diálogo" das fontes é necessário quando as normas utilizadas tenham conteúdo regulatório semelhante ou equiparável, segundo critérios de identidade, de semelhança ou de equiparação, tais como: bem ou interesse jurídico tutelado, relação ou situação jurídica regulada, sujeitos de direito envolvidos, grau ou intensidade na distribuição da autonomia e dos poderes das partes, dentre outros.

Quanto maior a relevância da tutela do bem ou do interesse jurídico, maior deverá ser o recurso ao "diálogo" das fontes, pois um bem de categoria de proteção constitucional, como a saúde, por exemplo, há de ser analisado, em qualquer ramo do direito, mantendo-se essa característica. O mesmo deve ocorrer com os direitos da personalidade, que correspondem no plano civil aos direitos fundamentais no plano constitucional. Essa relação, muitas das vezes, não se apresenta de forma evidente. É preciso fazer com que as normas dialoguem em sua razão de ser (fundamento e finalidade). O Direito do Trabalho, por exemplo, regula numa multiplicidade de normas, que tratam de limites de jornada (duração diária, intervalos, férias, repousos semanais, etc.) um mesmo bem jurídico, a saúde, que é bem fundamental merecedor de tutela *prima facie*. Ocorre

que uma grande maioria de juízes, por não observar essa identidade regulatória, tolera a violação desse bem jurídico por via transversa, ao reconhecer a flexibilização quase que ilimitada da duração da jornada em convenções coletivas de trabalho. Também no caso da violação dos direitos da personalidade, que produz danos à pessoa humana, os bens jurídicos envolvidos também têm *status* fundamental e são merecedores de tutela reforçada. Nesse caso, quando um trabalhador adquire uma doença, em virtude de seu trabalho, a gravidade do fato é maior, porque além de violar bens jurídicos fundamentais (saúde, integridade física, etc.), também atinge pessoa vulnerável, em virtude de estar submetida a um meio ambiente de trabalho organizado por empresa que detém destacado poder privado econômico e social, muitas das vezes equiparável ou até maior do que aquele de que é detentor o poder público. Isto remete à leitura da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, uma vez que potencialidade ofensiva do poder privado é, no mundo hodierno, igual ou superior à do poder público.

No que tange à relação ou à situação jurídica, é oportuno que se considerem as variáveis presentes no sistema jurídico que reforçam a proteção em face do contexto fático no qual o vínculo se estabelece. Se o contexto é de desequilíbrio social ou econômico, o "diálogo" das fontes é necessário para garantir os comandos axiológicos e teleológicos da tutela jurídica que se impõe em face da vulnerabilidade. O mesmo ocorre quando se visualiza e se especifica os sujeitos de direito envolvidos e o grau ou intensidade na distribuição da autonomia e dos poderes das partes. É comum perceber-se a vulnerabilidade de certas pessoas no interior da relação ou da situação jurídica, geralmente decorrente da desproporção na distribuição da autonomia e dos poderes jurídicos, econômicos e sociais entre elas, como já referido acima.

Quer sob a ótica da relevância ou da fragilidade do bem jurídico, quer sob a ótica da vulnerabilidade das pessoas no contexto das vinculações jurídicas ou da proporção na distribuição de poderes privados (autonomia) entre elas, o "diálogo" das fontes aparece para manter a unidade e a coerência do sistema jurídico quanto à regulação constitucional e legal de mencionados âmbitos da realidade fática, o que se estende também às decisões judiciais paradigmáticas e ao posicionamento doutrinário.

O elo que autoriza o "diálogo" das fontes não se restringe aos casos previstos expressamente no ordenamento jurídico. Assim sendo, a utilização do mecanismo da "comunicação" das fontes não fica adstrito aos casos expressamente previstos na Constituição e nas leis, como já citado anteriormente, mas se estende a todos os casos nos quais os critérios materiais de conexão entre normas diversas, antes reportados, recomendarem a adoção do "diálogo" das fontes.

Manejar o "diálogo" das fontes restabelece a ideia de sistema jurídico considerando dois pressupostos: repertório e estrutura.

O repertório (elementos) compreende: normas a dialogar, definições, conteúdos semelhantes ou conexos, etc. A estrutura (relações entre os elementos) tem a ver com um complexo de regras que determinam as relações entre os elementos segundo critérios, tais como: origem empírica (semelhança ou equiparação factual); lógico (não contradição ou coerência) e valorativo e finalístico (importância axiológica e teleológica).

O método do "diálogo" de fontes viabiliza a justiça que, no pensamento ocidental tem estreita relação com a ideia de igualdade, que implica em reconhecer que ser justo é tratar da mesma maneira seres e relações com as mesmas características, o que possibilita agrupar os detentores das mesmas características em uma única classe ou categoria. Justiça, portanto, consiste em conferir igual tratamento aos sujeitos pertencentes à mesma classe ou categoria.

No item anterior ficou registrado que ser justo é tratar de forma isonômica seres e relações pertencentes à mesma classe ou categoria. Nessa linha de raciocínio, alguns diplomas normativos identificam-se por tutelar pessoas em situação de vulnerabilidade. Assim ocorre, por exemplo, na legislação consumerista e trabalhista e ainda na legislação civil, especialmente no campo dos direitos de personalidade e do direito de família.

A vulnerabilidade sempre existiu na sociedade, como fenômeno, mas não como conceito, sendo muitas vezes denominada de hipossuficiência, termo que não tem o mesmo alcance daquele, uma vez que não dá conta da complexidade do problema. O conceito de vulnerabilidade foi objeto de análise em item anterior, razão pela qual não será novamente tratado.

Com efeito, há pessoas que, apesar inseridas em contextos econômicos e sociais mais abastados, são vulneráveis, como consumidores, embora não sejam hipossuficientes. A caracterização da vulnerabilidade pode ser feita de forma objetiva, ao passo que a hipossuficiência nem sempre pode sê-lo.

Assim, por um critério de justiça, é recomendável o recurso ao "diálogo" de fontes a fim de que a tutela de sujeitos em situação de vulnerabilidade seja alcançada e efetivada.

A ordem jurídica é um sistema aberto que sofre a influência de valores sociais, econômicos e morais, o que pressupõe a ampliação da matriz regulatória com a complementação das normas e não a sua exclusão.

Nessa linha de entendimento, há julgados do Superior Tribunal de Justiça que têm aplicado a teoria do diálogo das fontes, propondo uma interação, por exemplo, entre o CDC, a Lei de Planos de Saúde (Lei nº 9.656/98) e o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), para que seja alcançada a solução mais favorável e protetiva ao consumidor idoso.

Exemplo é o julgamento do Recurso Especial nº 989380/RN, no qual foi declarada a abusividade e a conseqüente nulidade da cláusula do contrato de seguro de saúde que previa o reajuste da mensalidade do plano de saúde, com base exclusivamente na mudança de faixa etária de

60 (sessenta) e 70 (setenta) anos para, respectivamente, o percentual de 100% (cem por cento) e 200% (duzentos por cento).

A fundamentação do acórdão baseou-se no artigo 15, §3º do Estatuto do Idoso, que veda, nos planos de saúde, a discriminação do idoso pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade, o que caracteriza cláusula abusiva, uma vez que não houve a correspondente demonstração da ocorrência de desequilíbrio ao contrato que justificasse o reajuste, como dispõe o artigo 51, inciso IV do CDC.

Evidenciada a vulnerabilidade de uma das partes da relação jurídica, será aplicável a norma mais benéfica a esta, independentemente de haver regra específica a reger a matéria.

Neste mesmo sentido, no Direito do Trabalho no Brasil, o princípio da norma mais favorável ao trabalhador que flexibiliza, inclusive, o critério da hierarquia das normas.

Embora tenha havido avanços jurisprudenciais, percebe-se que eles ainda são tímidos. A visão segmentada da realidade inviabiliza que o intérprete considere as interações econômicas, sociais e ambientais presentes em suas formulações. Essa forma de visualizar o ordenamento jurídico é responsável, pelo menos em parte, pelos problemas advindos das contradições entre decisões judiciais sobre matérias semelhantes.

Como exemplo de contradição entre entendimentos jurisprudenciais, confrontam-se as razões de decidir do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que reconheceu o dano moral pela presença de corpo estranho em bebida fabricada, calcado no dever de segurança alimentar, com os fundamentos adotados pelo Superior Tribunal de Justiça que, julgando o recurso especial, considerou tratar-se de “mero aborrecimento”, não passível de responsabilização por danos ante o fato de não ter havido a ingestão da bebida contendo corpo estranho (animal em decomposição). Como se pode verificar, o cerne do debate residiu na consideração de que, por não ter havido a ingestão da bebida, o dano não ocorrera, embora a segurança alimentar do consumidor estivesse ameaçada pela exposição ao risco de contaminação e de adoecimento, em face da presença de corpo estranho (animal em decomposição) na bebida comercializada, o que caracteriza prática abusiva consubstanciada no exercício do direito de comercializar alimentos desvirtuado de sua função social.

As objeções à adoção do “diálogo” das fontes residem no temor ao poder criativo do juiz, uma vez que a aplicação dessa teoria possibilitaria ao julgador combinar leis para decidir a lide submetida a sua análise de forma casuística, o que poderia gerar insegurança jurídica nas relações sociais, por falta de previsibilidade dessas decisões. Tais argumentos não se sustentam pois nada há no ordenamento jurídico que vede o “diálogo” das fontes. Pelo contrário, o sistema jurídico pressupõe unidade e adequação valorativa, bem como coerência entre suas diversas normas.

Do legislador não se pode exigir a coerência. Para o magistrado essa exigência é fundamental.

Embora a adoção do método do “diálogo” das fontes amplie as margens de atuação decisória do juiz, essa margem não é aleatória ou abstrata, porquanto a decisão que manejar o “diálogo” das fontes deve estar em consonância com os parâmetros constitucionais e encontrar-se submetida à exigência de que o raciocínio judicial seja externado na fundamentação, a teor do que dispõe o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal brasileira. Ademais, há que se reconhecer que a subjetividade dos atos decisórios é inerente à condição humana, não havendo como eliminá-la. Importante é que se explicitem, de foma clara, as razões ou fundamentos que levaram o julgador a tomar a decisão em um ou em outro sentido. É a observância da explicitação dos fundamentos que viabiliza a submissão da decisão ao crivo do contraditório e do devido processo legal, dialéticos por excelência, o que torna a decisão una e múltipla ao mesmo tempo.

Nessa ordem de ideias, o método do “diálogo” das fontes torna-se mais um instrumento para a boa e justa aplicação do Direito, especialmente em circunstâncias de acentuada complexidade. Não o único e muito menos infalível, até porque errar é humano, mas, certamente, de destacada utilidade, por permitir e viabilizar um olhar mais apropriado para a realidade dos casos concretos como mecanismo de realização do justo, fim precípua da atividade judicial.

Forçoso é reconhecer que, dentre as diversas vantagens do “diálogo” das fontes, encontra-se a de o julgador prescindir de afastar a incidência de uma norma do sistema, optando por aplicar aquela que for mais benéfica à parte presumidamente mais vulnerável.

Como se pode verificar, o “diálogo” das fontes traz para o discurso jurídico a visão de interdisciplinariedade, mecanismo apto para lidar com a complexidade.

A origem do conceito de interdisciplinaridade é controversa, já estaria presente nas ideias dos pensadores interdisciplinares e enciclopédicos, tais como Platão, Aristóteles, Kant, Hegel, dentre outros, ou que teria surgido na metade final do século XX, com a reforma na educação, com a pesquisa aplicada e com os movimentos das fronteiras disciplinares. Neste último sentido, a interdisciplinaridade teria surgido, nos anos 1960, como forma de produção de conhecimento diferenciada da dominante produção científica fundada na estrita racionalidade e no reducionismo, que caracterizam o conhecimento disciplinar.

Qualquer que seja a origem do termo interdisciplinariedade, sua importância resta evidenciada pelo reconhecimento de que a complexidade e a mutabilidade constante de fenômenos investigados em diversos setores do conhecimento requerem um novo olhar, que ultrapasse as fronteiras da simplificação, do reducionismo e da fragmentação dos métodos de análise.

Com efeito, a utilização de técnicas reducionistas revela-se cada vez mais ineficaz diante de problemas complexos. Nesse sentido, pesquisas com enfoque interdisciplinar são

consideradas desafios, tanto na proposição conceitual e metodológica, quanto na formação de equipes e compreensão integrada do meio ambiente.

No Direito, como já acentuado, a complexidade também se faz presente e requer a reformulação do olhar do pesquisador e do intérprete que considere as possibilidades da interdisciplinaridade. O “diálogo” das fontes pode ser considerado um mecanismo para viabilizar a implementação desse olhar transdisciplinar no mundo jurídico. A relação normativa que se utiliza de cláusulas gerais também pode ser vista sob a perspectiva interdisciplinar e até mesmo transdisciplinar, por remeter e conferir ao intérprete instrumento normativo aberto, flexível e dinâmico, capaz de adaptar o texto da lei às mudanças do mundo real. Nesse sentido, o intérprete não cria normas, faz a adaptação de seu sentido às mudanças axiológicas e teleológicas que se processam ao longo do tempo, realizando a convergência entre normas a fim de facilitar a interação e a atualização entre o ordenamento jurídico e a realidade social. Assim, o “diálogo” das fontes não pode ser considerado como um recurso a ser utilizado somente em circunstâncias extremas, mas que deve fazer parte de uma pauta regular de interpretação.

A regulação em matéria de responsabilidade civil é pródiga na adoção de mecanismos normativos “abertos carecedores de preenchimento quando aplicados aos casos concretos, como são exemplos os termos “dano”, “risco”, “perigo”, dentre outros.

3. A PROBLEMÁTICA CONCEITUAL DO DANO EM FACE DA VULNERABILIDADE

O conceito e as hipóteses de ocorrência de danos não estão delimitados pelo legislador, que optou por remeter ao intérprete o preenchimento de seu conteúdo e a identificação de sua ocorrência nos casos concretos.

O dano, como cláusula geral, justifica-se por sua própria natureza. Não há como elencar *numerus clausus* suas hipóteses de ocorrência.

Para Volochinsky (2002, p. 177), o dano é:

Todo menoscabo que experimente um indivíduo em sua pessoa e seus bens, a perda de um benefício de índole material e moral, de ordem patrimonial ou extrapatrimonial. Não implica, necessariamente, na perda de um direito, senão que basta que a vítima haja sido privada de uma **vantagem legítima**.

(destaquei)

Para Matilde Zavala (1996, p.29): "o dano é a perda ou menoscabo de um **bem ou interesse juridicamente protegido**.

Ainda segundo Zavala (1996, p. 29):

Dano moral é uma modificação desvaliosa do espírito no desenvolvimento de sua capacidade de entender, querer ou sentir, que se traduz em um **modo de estar da pessoa**

diferente daquele que se encontra antes do fato, como consequência deste e animicamente prejudicial.

(destaquei)

Uma apertada síntese das definições acima, especialmente dos trechos destacados, revela que o dano se caracteriza pela eliminação, privação, restrição, limitação ou diminuição de bens e/ou de interesses jurídicos.

O termo dano, na acepção etimológica e semântica, provém do latim *damnum*, que significa detrimento, prejuízo, menoscabo, dor ou moléstia que afetam uma pessoa e/ou seu patrimônio, causados por outrem.

Dano, na acepção empírica, relaciona-se ao evento danoso ou aos seus resultados, que podem ou não coincidirem cronologicamente, cuja aferição é feita por meio de instrumentos quantitativos ou qualitativos. Tem relação com a ideia de prejuízos aferíveis com base em critérios calcados no padrão cartesiano de racionalidade, segundo o qual somente existe aquilo que pode ser, de imediato, perceptível sensorialmente e cabalmente demonstrado como fenômeno concreto.

A concepção empírica, quando utilizada de forma restritiva, impede que se reconheça como danosa a “prática abusiva” como, por exemplo, quando o empregador expõe o trabalhador a um meio ambiente de trabalho degradante (higidez e salubridade). Neste caso, a doutrina e a jurisprudência brasileiras tendem a considerar que somente ocorre dano se o trabalhador adoecer ou adquirir alguma patologia em decorrência da exposição (dano pelo resultado efetivo), descartando a “exposição ao risco” como fenômeno danoso em si, *in re ipsa*.

O debate sobre a configuração do “dano de conduta” como espécie do gênero dano reside justamente em reconhecer que a exposição ao risco representa ameaça à integridade da pessoa, de seus bens e de seus direitos, que deve ser inibida ou prevenida pela via da responsabilização por “práticas abusivas” ou danos de conduta.

A acepção jurídica de dano nem sempre corresponde, com exatidão, ao seu sentido empírico, como é o caso dos danos morais e existenciais, cuja carga de imaterialidade é acentuada, o que dificulta sua demonstração e reconhecimento. Portanto, a acepção jurídica do dano é mais ampla que o seu sentido empírico.

Juridicamente, a ideia de dano há de ser mais ampla para dar conta da complexa problemática da violação a direitos e a interesses jurídicos.

Há diversos recortes que podem ser feitos na perspectiva jurídica do dano, a saber: a) sob a ótica da tutela da pessoa afetada, por analogia com o axioma *res perit domino*, pode se considerar que o dano pode ser “justo”, quando a vítima tem de arcar, por si mesma, com as consequências deletérias do gravame; ou pode ser “injusto”, quando não é justo que a vítima assumas as consequências nefastas do gravame. Por exemplo, quando alguém padece de enfermidade congênita que resulta na necessidade da assunção de dispendioso tratamento, está caracterizado o

“dano justo”, ao passo que estará delineado o “dano injusto na hipótese de uma pessoa que teve um membro amputado em virtude de agressão de outrem; b) sob a perspectiva do objeto afetado (bem e/ou interesse jurídico) pode se apresentar como danos patrimoniais e extrapatrimoniais; c) sob a ótica da forma de manifestação do dano, que se subdivide em materialidade do dano (dano efetivo) e dano decorrente da própria ação ou omissão do agente agressor (dano pela perda de uma chance e dano de conduta).

A perspectiva, foco de análise neste artigo, é a de que se caracterizam como “dano de conduta” as “práticas abusivas”, que se equiparam ao abuso de direito por se desviarem da finalidade econômica e social do exercício do direito, o que, por si só, causa prejuízos a outrem e, em alguns casos, gera vantagem indevida.

O Código de Defesa do Consumidor no Brasil elenca, dos artigos 39 a 41, uma série de hipóteses de práticas abusivas e prevê como reprimenda a nulidade da respectiva cláusula. Ocorre que referida reprimenda não tem ressonância prática, uma vez que não consegue coibir práticas abusivas, o que faz com que essas continuem a ser utilizadas, tornando vantajoso provocar lesões à pessoa ou ao patrimônio jurídico de outrem. Consideradas essas premissas, pensou-se em formular e delinear conceitualmente o 'dano de conduta', figura jurídica que se sustenta na vedação do abuso do direito, cuja prática autoriza a responsabilização por danos.

Na esfera laboral, o mesmo pode ocorrer. Pode acontecer, e costuma acontecer, de o empregador, ao organizar seu empreendimento econômico e os fatores de produção, violar direitos da pessoa do trabalhador, violação que decorre de práticas abusivas como as de não registrar seus empregados para que possam ter acesso a direitos previstos na legislação trabalhista e previdenciária, bem como de submetê-los a um ambiente laboral degradante em termos de higiene e de segurança.

Ocorre que tanto a doutrina majoritária quanto a jurisprudência não reconhecem o dano de conduta como categoria jurídica apta a autorizar a imputação de responsabilidade ao empregador. O mesmo ocorre na esfera do direito do consumidor, no qual operadoras de sistemas de televisão, de internet e de telefonia agem de forma danosa, mas incólumes à responsabilidade civil, ao argumento de que as práticas abusivas não podem ser consideradas, em si mesmas, danosas.

A controvérsia sobre a extensão do conceito de dano reside numa visão distorcida do sistema jurídico, que coloca a questão da 'atualidade e da certeza' na manifestação do prejuízo como barreira ao reconhecimento civil do dano de conduta, muito embora o Direito Penal já venha contemplando há muito tempo esta figura jurídica, em face da necessidade de melhor tutelar pessoas, bens, interesses, situações e relações jurídicas.

Utilizando-se o método do “diálogo” das fontes, busca-se demonstrar que no Direito Penal brasileiro encontram-se fundamentos que autorizam a adoção da figura do dano de conduta pelo Direito Civil, do Trabalho e do Consumidor, dentre outros.

O Código Civil estabelece:

*Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, **violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.***
(destaquei)

*Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, **excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.***

(destaquei)

Estabelecendo-se o diálogo entre as normas acima reportadas, conclui-se que a violação do direito (evento) coincide com o resultado danoso e ocorre pela via das práticas abusivas, sustentando-se na definição do abuso do direito (desvio de finalidade: função social e econômica).

A organização empresarial pressupõe o "exercício regular de direito". Quando práticas abusivas são realizadas, transborda-se seu fim econômico ou social, a boa-fé ou os bons costumes e violam-se direitos e interesses jurídicos.

Ainda, a previsão contida no art. 927 e seu parágrafo único, do Código Civil brasileiro:

Art.927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

*Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, **independentemente de culpa**, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, **risco para os direitos de outrem.***

(destaquei)

Buscando-se a *ratio* contida nos dispositivos legais acima transcritos, é possível concluir que a noção de "risco" envolve a exposição de pessoas e de bens a tais circunstâncias arriscadas, o que autoriza o reconhecimento do "dano de conduta", porquanto “práticas abusivas” expõem pessoas e bens a gravames, isto sem contar que aqueles que praticam tais atos abusivos podem se locupletar da própria violação, incidindo também em concorrência desleal em relação àqueles setores que cumprem o regramento legal.

A seguir, algumas reflexões sobre o delito material e o delito de conduta no Direito Penal, um aporte analógico com base na tutela do bem jurídico pela via do “diálogo” das fontes.

O Direito Penal reconhece dentre a tipologia dos delitos: o delito material e o delito de conduta. Referidas categorias podem aportar elementos para efeito de configuração de danos materiais e danos de conduta pela via da análise da coincidência da tutela do bem jurídico nos diversos ramos do Direito (Civil, Trabalhista, Consumidor).

Veja-se o seguinte tipo legal no Código Penal:

Art. 147 . Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave.

(destaquei)

A configuração do crime de ameaça contenta-se com a mera conduta de quem ameaça, não importando se o conteúdo ou resultado da ameaça aconteceu, tampouco se a pessoa se sentiu constrangida ou ameaçada (efeitos materiais na pessoa ofendida). Referida figura equipara-se àquela da exposição ao risco contida na norma civil.

No *crime de mera conduta* o resultado naturalístico não precisa ocorrer para a consumação do delito. Ideia que, trasladada para a responsabilidade civil, autoriza a configuração do dano de conduta, que também prescindindo da manifestação empírica convencional, configura-se pela mera prática abusiva, que se equipara ou mesmo supera o potencial ofensivo da ameaça.

O Supremo Tribunal Federal entende que o porte ilegal de arma de fogo é um crime de mera conduta (grande potencial ofensivo de provocar um mal maior):

O crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido é de mera conduta e de perigo abstrato, ou seja, consuma-se independentemente da ocorrência de efetivo prejuízo para a sociedade, e a probabilidade de vir a ocorrer algum dano é presumida pelo tipo penal. Além disso, o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física, mas a segurança pública e a paz social, sendo irrelevante o fato de estar a arma de fogo municada ou não. (HC 104.206/RS, 1.ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 26/08/2010).

Pode-se, assim, denominar de dano de conduta ou presumido a prática que viola bens e interesses jurídicos que tutelam sujeitos vulneráveis, tais como o trabalhador e o consumidor. Em alguns casos há, por assim dizer, uma promiscuidade entre a configuração donexo causal e do dano, uma vez que ambos estão vinculados à conduta neste caso.

O Código Penal brasileiro elenca crimes contra a organização do trabalho. Na maioria desses tipos penais, verifica-se a tutela do bem jurídico "liberdade de trabalho" e da "organização e do exercício da atividade econômica", sob a rubrica delitual de "frustração de direito assegurado por lei trabalhista": " Art.203. Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho."

A doutrina refere tratar-se de "norma penal em branco", cuja complementação encontra-se na legislação trabalhista.

Ora, se frustrar, mediante fraude, direito assegurado pela legislação trabalhista é crime, não há razões para que práticas fraudulentas da legislação trabalhista não possam ser reconhecidas como dano de conduta para efeitos de responsabilização civil. Negar essa possibilidade é negar a unidade axiológica e teleológica do ordenamento jurídico.

A doutrina enumera condutas que se enquadrariam no mencionado tipo penal acima reportado, a saber: a conduta de frustrar, ou seja, iludir, lograr, ludibriar, privar e outras ações similares por meio de fraude, que pode ser executada mediante ardil, engodo, ou qualquer forma

de artifício que leva o enganado à aparência falsa da realidade ou mediante violência física, todos estes atos visando a impedir a fruição de direito assegurado pela CLT e demais leis trabalhistas complementares. Consuma-se com o impedimento do exercício do direito trabalhista. Admite-se tentativa.

Segundo Nelson Hungria (1959, p.49):

A fraude tanto pode ser empregada pelo patrão contra o operário e vice-versa, quanto por ambos, conluiados, para iludir o texto legal, devendo notar-se que o titular do direito assegurado por lei trabalhista não pode renunciá-lo quando correspondente a um dever imperativamente determinado pela mesma lei que é de ordem pública.

Nessa linha de raciocínio, a falta de registro na carteira de trabalho (CTPS) se equipara à figura prevista no Código Penal. Contudo, paradoxalmente, a grande maioria dos julgados trabalhistas considera tratar-se de mera infração de cunho administrativo não ensejador de reparação civil porque não materializado o dano.

Ainda no Código Penal brasileiro, o seguinte dispositivo:

Art. 132 - Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente:

Parágrafo único. A pena é aumentada de um sexto a um terço se **a exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo decorre do transporte de pessoas para a prestação de serviços em estabelecimentos de qualquer natureza, em desacordo com as normas legais.**

(destaquei).

O trecho normativo acima destacado reforça a conclusão de que práticas que expõem pessoas e bens jurídicos a risco configuram dano de conduta.

A criminalização de uma conduta revela a gravidade de seu potencial ofensivo. Como então admitir que no sistema jurídico o Direito Penal reconheça o delito de conduta e no Direito Civil, Trabalhista e do Consumidor, por exemplo, prevaleça o entendimento fragmentado de que apenas os danos “concretos” sejam reconhecidos? Entenda-se por “concretos” aqueles cuja efetividade possa ser medida por padrões cartesianos tradicionais de mensuração da realidade.

A ideia de sistema jurídico pressupõe que uma conduta gravosa a ponto de ser criminalizada, assim o seja também no plano civil. O “diálogo” das fontes viabiliza a conclusão de que, se um determinado bem ou relação jurídica merece a tutela penal, com mais razão deve merecer a tutela em sede de danos.

Nessa linha de raciocínio, a figura do *mise en danger* ou exposição ao risco, construída na doutrina francesa, é emblemática em revelar que “meras condutas” de exposição de bens e de pessoas a risco de dano injusto (aquele que não deve ser suportado pela vítima) é *in re ipsa*, pela própria prática em si, caracterizadora do “dano de conduta”, categoria apta a engendrar uma cultura jurídica de contenção, inibição ou de prevenção em face de práticas abusivas, mais ampla que a mera previsão legal de nulidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apresentou-se no presente artigo uma série de argumentos para justificar e propor a adoção do método do “diálogo” das fontes como viabilizador da configuração e do reconhecimento das “práticas abusivas” como “dano de conduta”, por equiparação ao delito de conduta reconhecido pelo Direito Penal e à figura civil do abuso do direito, tendo como foco a necessidade de ampliação do alcance da proteção jurídica em face de questões complexas como a da vulnerabilidade.

Tenta-se avançar para além da estrita racionalidade técnica, que defende a ideia de que os profissionais solucionem problemas instrumentais mediante a seleção dos meios técnicos, como é o caso daquela que remete aos critérios clássicos de solução de antinomias, mas olvida da possibilidade de as fontes normativas dialogarem entre si.

Um dos problemas da racionalidade técnica é que, com o esgotamento do repertório teórico e dos instrumentos construídos como referenciais, o profissional não sabe como lidar com situações complexas.

A racionalidade reflexiva é uma proposta alternativa para a busca de critérios que possam melhor adequar-se às demandas hodiernas. A capacidade de questionamento e de auto-questionamento é pressuposto para a reflexão. Esta não existe isolada, mas é resultado de um amplo processo de procura que se dá no constante questionamento entre o que se pensa (enquanto teoria que orienta uma determinada prática) e o que se faz. A alienação encontra-se justamente na separação e dissociação entre teoria e prática.

A perspectiva reflexiva não é uma prática que se realiza abstraindo-se do contexto social no qual ocorre. Esse é um contexto que representa diferentes interesses e valores. Os intérpretes não estão à margem da discussão pública sobre as finalidades de sua atuação. Pelo contrário, encontram-se precisamente no meio das contradições presentes na sociedade.

Como estratégias a serem utilizadas pelo intérprete, temos: a) atitude reflexiva de pensar e auto-avaliar sua atividade; b) ressignificação de seus conceitos e questionamento de suas premissas.

Por meio da ressignificação, podemos aprender a pensar de outro modo sobre as coisas, ver novos pontos de vista ou levar outros fatores em consideração.

Ressignificação é o método utilizado em neurolinguística para fazer com que pessoas possam atribuir novo significado a acontecimentos, por meio da mudança de sua visão de mundo (paradigma).

A alternativa consistente na atitude reflexiva implica em: a) refletir criticamente e colocar-se no contexto de uma ação, na história da situação, participar em uma atividade social e

tomar postura ante os problemas; b) explorar a natureza social e histórica, tanto de nossa relação como atores nas práticas institucionalizadas, quanto na relação entre nosso pensamento e nossa ação.

A reflexão crítica requer a elaboração de processos sistemáticos que possam permitir a reformulação teórica e a prática social ajustada à necessidade de atendimento a interesses que escapem às formalidades do procedimento tradicional.

A adaptação do direito às novas práticas e demandas exige nível elevado de discernimento do judiciário para a adoção de procedimentos de raciocínio orientados pela teleologia e axiologia, como é o caso do “diálogo” das fontes.

Os procedimentos silogísticos passam a ser substituídos pela procura teleológica de verdades materiais, com a utilização de critérios que permitam escapar das consequências de uma dedução puramente formal.

A busca pela efetivação dos direitos sociais: saúde, educação, trabalho, moradia, etc., cristaliza a consagração de metas, de fins utilitários, de ética social, incorporados ao ordenamento jurídico nacional e institucionalizados no topo de hierarquia normativa. Passa-se a notar, assim, a presença do cidadão nas relações entre particulares, em face do reconhecimento do sujeito de direito como ser humano.

A cláusula geral é o meio pelo qual o Estado atua na economia, por intermédio do juiz, permitindo-lhe conformar e reconfigurar conceitos jurídicos, atendendo a valores que não são somente econômicos, mas éticos, garantidores da justiça material.

As profundas transformações nas áreas econômica, política e sócio-cultural, tanto no plano científico quanto no tecnológico e no operacional, ocorridas em ritmo cada vez mais acelerado nos últimos tempos, requerem uma mudança de visão e de atitude dos intérpretes jurídicos, em especial do judiciário, para que suas deliberações possam corresponder aos atuais anseios e necessidades da sociedade.

A ampliação de poderes e a maior plasticidade do processo e do procedimento exigem mais preparo dos magistrados pela reflexão crítica e/ou revisão de seus conhecimentos jurídicos, bem como a conexão desses com os de outras áreas do conhecimento humano, no sentido de “ajustar” suas decisões à realidade social, política e econômica na qual estão inseridos.

Do juiz hodierno são exigidas competências e habilidades ajustadas à complexidade social e econômica.

Teorias da argumentação ocupam-se de critérios que possam assegurar a objetividade e a racionalidade da decisão. Embora teoricamente possam ser produzidas propostas metodológicas divergentes, todas elas partem do pressuposto fundamental de que o caminho que conduz à decisão está determinado e condicionado por uma série de fatores que se poderia chamar de extrajurídicos.

Nas concepções modernas sobre argumentação, observa-se uma atenção especial às questões materiais ou de conteúdo, que implica em colocar em plano secundário a lógica formal como instrumento adequado para explicar o processo decisório e a sua fundamentação.

O conjunto das afirmações acima revela a estreita conexão entre norma e decisão, bem como a importância da análise e da utilização do método do “diálogo” das fontes na decisão.

O estudo feito no presente artigo conduz à conclusão de que o método do “diálogo das fontes não se confunde com os critérios tradicionais de solução de conflitos (temporal, hierárquico e especial), na medida em que o intérprete poderá superá-los com o objetivo de adaptar a decisão aos comandos axiológicos e teleológicos do sistema jurídico presentes na diversidade de microssistemas legais.

Constatou-se que, para se alcançar a melhor solução jurídica para o caso concreto, é necessário investigar o núcleo de proteção que reveste e caracteriza o bem jurídico, a pessoa, a situação ou a relação jurídica e a intensidade na distribuição de poderes entre as partes em conflito, tomando-se sempre por base os mandamentos constitucionais.

É possível afirmar que há uma tendência, principalmente nos tribunais superiores, de se conjugarem normas, ao invés de excluí-las, relativizando sua incidência e garantindo a sua coexistência dentro do sistema, em busca da mais adequada tutela jurídica em face da vulnerabilidade.

Embora a rotulação de “diálogo” das fontes seja um tema relativamente novo, na prática cotidiana dos decisores jurídicos já vinha sendo aplicado, mesmo que sem a indicação de rótulos específicos. Muito ainda há a ser implementado para que a adoção do método do “diálogo” das fontes possa servir como mecanismo viabilizador da concretização do direito em situações de vulnerabilidade.

REFERÊNCIAS

- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos; BESSA, Leonardo Roscoe e MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos; MIRAGEM, Bruno e MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Coreiro Leite dos Santos. 10.^a ed. Brasília: UNB, 1999.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro: Senado Federal, 1940.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro: Senado Federal, 1943.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Senado Federal, 1990.

BRASIL. Lei nº 9656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF: Senado Federal, 1998.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. Estatuto do Idoso. Brasília, DF: Senado Federal, 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgInst 276.671/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Julgado em 04/04/2000, Publicado em 08/05/2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/num_registro=199901125502&dt_publicacao=08-05-2000&cod_tipo_documento=&formato=PDF>. Acesso em 15 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 989.380/RN, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Julgado em 06/11/2008, Publicado em 20/11/2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/componente=ITA&sequencial=836062&num_registro=200702161715&data=20081120&formato=PDF>. Acesso em 15 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.424.304/SP, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Julgado em 11/03/2014, Publicado em 19/05/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/componente=ITA&sequencial=1293477&num_registro=201301311055&data=20140519&formato=PDF>. Acesso em 15 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Súmula 297. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em 15 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.591/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Carlos Velloso, Julgado em 06/06/2006, Publicado em 29/09/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1990517>>. Acesso em 15 abr. 2016.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2012.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

- _____. **La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales**. Granada: Comares, 2004.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015.
- HUNGRIA, Nelson; DOTTI, René Ariel. **Comentários ao código penal**. Vol. 1, Tomo 1. Rio de Janeiro: GZ, 2014.
- JAYME, Erik. **Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne**. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, II. Haye, Nijhoff, 1995.
- LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Traduzido por Jaime Santos Briz. Colombia: Revista de Derecho Privado, 1958.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: O modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002**. Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe (ESMESE), n. 7, 2004.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- PHILIPPI JR, Arlindo; FERNANDES, Valdir (org.). **Práticas da interdisciplinariedade no ensino e pesquisa**. Barueri, SP: Manole, 2015.
- SCHAMPS, Geneviève. **La mise en danger: un concept fondateur d'un principe générale de responsabilité: analyse de droit compare**. LGDJ: Paris, 1998.
- TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2003.
- VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material**. São Paulo: Malheiros, 2014.
- VON IHERING, Rudolf. **El fin en el derecho**. Granada: Comares, 2000.
- VOLOCHINSKY, Bracey Wilson, **226 perguntas em derecho civil. contratos y responsabilidad extracontractual**. Santiago: La ley, 2002.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. **Resarcimiento de daños: daños a las personas. integridade física**. Argentina, Hammurabi, 1996.