



# A ORDEM ECONÔMICA E O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

*João Luis Nogueira Matias<sup>1</sup>*

## **RESUMO**

Direito e economia. A relação entre direito e economia nos paradigmas do Estado Liberal, do Estado social e do Estado democrático de direito. A ordem econômica nas Constituições brasileiras. A ordem econômica na Constituição Federal de 1988. O princípio da solidariedade social e o exercício de atividades econômicas.

## **Palavras-Chave**

Direito. Economia. Constituição Brasileira. Princípio da solidariedade.

## **ABSTRACT**

Law and economics. Law and economics and the liberal state, the social state and the law democracy rules. The economic rules at the brazilian constitutions. The economic rules in the 1988 brazilian constitution. The principle of solidarity and ecomic activities.

## **Keys words**

Law . Economics. Brazilian Constitution. Principle of solidarity

## 1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

A Constituição Federal define que vigora na República Federativa do Brasil o sistema econômico capitalista, baseado na livre iniciativa. Contudo, considerando que o mercado é instituição, ambiente social para a realização de negócios, importa definir qual a conformação que a ordem jurídica do mercado assume no Brasil, conformação que decorre, como se verá, dos objetivos que o Estado pretende alcançar na regulação das atividades econômicas.

Em tal contexto, assume importância vital o princípio da solidariedade, princípio conformador da ordem econômica e social. A doutrina nacional pouco

---

1 Doutor em direito pela UFPE. Doutor em Direito pela USP. Juiz Federal. Professor Adjunto da UFC. E-mail: joaoluisnm@uol.com.br

tem se dedicado ao tema, ou pouco tem valorizado o princípio, a fazer crer que no Brasil parece verdadeira a assertiva de Denniger sobre o papel meramente ilustrativo que o princípio da solidariedade assume em alguns ordenamentos jurídicos.

Ao longo do presente trabalho, postula-se demonstrar qual o papel que exerce o princípio da solidariedade social na ordem econômica brasileira.

## 2. A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A partir da consolidação do ideário liberal burguês, ao direito, como bem expõe Natalino Irti, é reservado o papel de ofertar os instrumentos para que os indivíduos possam, no uso de sua liberdade, alcançar os fins desejados, sendo descabido ao Estado se utilizar do direito como instrumento de transformação social.<sup>2</sup>

Cabral de Moncada sustenta que, a este tempo, é vedado ao Estado interferir na ordem natural, o que somente era permitido de forma acessória em fenômeno que denomina “dirigismo econômico negativo”, assente em ações puramente preventivas e repressivas.<sup>3</sup>

A função típica da ordem jurídica do Estado Liberal é de garantir a paz social, com base na previsão dos valores reputados interessantes socialmente e da repressão às condutas contrárias aos valores previamente estabelecidos.<sup>4</sup> Prevalece a idéia de restrição da atuação do Estado e proteção da liberdade individual.<sup>5</sup>

Tal contexto de valores é assimilado pelas primeiras constituições brasileiras. As Constituições elaboradas em 1824 e 1891 sofreram forte influência do pensamento liberal clássico. A Constituição do Império era baseada na Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão (1789), com ampla valorização da liberdade, igualdade e legalidade. Mantinha a escravidão, assegurava a liberdade de iniciativa e proibia as corporações de ofício, mas não permitiu a consolidação efetiva de uma cultura de mercado.<sup>6</sup> A Primeira Constituição da

<sup>2</sup> IRTI, Natalino. *Letà della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1999, p.22.

<sup>3</sup> CABRAL DE MONCADA, Luís. *Direito econômico*. 2. ed. Coimbra: Coimbra editora, 1988, p.15 e ss.

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Milano: Edizione di comunità, 1977. Há recente tradução da obra, com prefácio de Celso Lafer, sob o título *Da estrutura à função*. Tradução de Daniela Beccaccia Versani. São Paulo: Manole, 2007.

<sup>5</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Direito econômico*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1979 e HAYEK Friedrich A. Von. *Nuovi studi di filosofia, política economia e storia delle idee*. Tradução de G. Minotti. Roma: Armando, 1998.

<sup>6</sup> No Brasil Império, em pleno século XIX, José Evangelista de Souza, o Visconde de Mauá, pioneiro empresário brasileiro, em inúmeras oportunidades percebeu a dificuldade de exercício da atividade econômica sem a consolidação efetiva de uma cultura de mercado. Vários de seus negócios foram inviabilizados, ora pela forte interferência estatal, ora pela ausência de mentalidade empreendedora; créditos deixaram de ser honrados por devedores reconhecidos

República preservava a recente abolição da escravidão, era tomada pelos ideais federalistas e expressava valores liberais no plano econômico.<sup>7</sup>

Da mesma forma, nas Constituições de 1934 e 1937, o ideário liberal era prevalente, embora já sofrendo temperamentos que objetivavam mitigar os radicalismos do pensamento liberal extremado. A Constituição de 1934, em seu Título IV, cuidava da “Ordem Econômica e Social”, estabelecendo no artigo 115 que a ordem econômica devia ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilitasse a todos existência digna, limites em que poderia ser exercitada a liberdade econômica. A Constituição de 1937, tomada por idéias fascistas, corporativistas e nacionalistas reuniu as regras econômicas sob o Título “Da Ordem Econômica”, no artigo 135 e seguintes. Atribuía ao Estado a possibilidade de coordenação da produção e estimulava o incentivo à competição com repreensão dos crimes contra a economia popular. Sob a sua égide foram editadas as primeiras leis de proteção à concorrência.<sup>8</sup>

A supervalorização do indivíduo, eixo central da nova ordem burguesa, operou efeitos danosos. Os excessos do ideário liberal, em um contexto no qual a atividade produtiva se concretiza em massa, como anota Paulo Bonavides:

expunham, no domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos. O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi palco o Ocidente, evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, se equiparar.<sup>9</sup>

Os aludidos excessos fermentaram a reação liderada por Marx e Engels, que defendiam que o processo dialético de luta de classes deveria ser dirigido para o objetivo final: o estabelecimento de sociedade paritária, auto-gerida, em que o direito e o próprio Estado seriam desnecessários.<sup>10</sup>

---

em razão da ausência de mecanismos de cobrança eficientes e isentos às relações de compadrio tecidas nos salões das classes dominantes. CALDEIRA, Jorge. *Mauá* – empresário do império. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

<sup>7</sup> SILVA, Américo Luís Martins da. *A ordem constitucional econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

<sup>8</sup> FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

<sup>9</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.57.

<sup>10</sup> O socialismo é termo genérico, que compreende o comunismo, cuja caracterização pode ser feita pela supressão do direito de propriedade privada dos meios de produção e de consumo, e pelo coletivismo, definidos pela supressão apenas da propriedade privada dos meios de produção. Ver: MARX, Karl. *O capital*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964. 6v. e MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto comunista*. Tradução de Maria Arsênio da Silva. São Paulo: Nova Stella, 1980. Sobre o pensamento econômico de Marx, recomendável é a leitura, entre outros, de MANDEL, Ernest. *A formação do pensamento econômico de Karl Marx*. Rio de Janeiro: Zahar, 1968; DESAI, Megnad. *Economia marxista*. Rio de Janeiro: Zahar, 1984 e DESAI, Megnad. *Teoria marxista*. Rio de Janeiro: Zahar, 1979; SWEEZY, Paul. *Teoria do desenvolvimento capitalista*. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Coleção Os Economistas); RUBIN, Isaak Illich. *A teoria marxista do valor*. São Paulo: Brasiliense, 1980; MOTTA, Benedicto. *O homem, a sociedade, o direito, em Marx*.

O contraponto socialista ao liberalismo, que pretendia libertar o homem, na prática, se mostrou opressor e incapaz de alcançar sua finalidade maior, levando ao autoritarismo. Entretanto, importantes foram as ponderações teóricas socialistas, pois evidenciaram a necessidade de reformulação da concepção liberal de vida.

À ânsia de mudança somaram-se as reflexões decorrentes da 1ª Guerra Mundial, a Revolução Russa e o impacto da crise de 1929, que atuaram como os últimos fatores do conjunto que desencadeou as transformações, cujos parâmetros foram definidos, inicialmente, nas Constituições mexicana (1917) e alemã (1919).

A liberdade decorrente da lei oprimia e escravizava, fazendo germinar as sementes de mudança. A idéia de justiça aristotélica, dividida em justiça comutativa, distributiva e legal, é substituída pela noção de justiça social, cuja implementação pressupõe forte atuação estatal.<sup>11</sup> A síntese keynesiana, que aponta para a instabilidade estrutural do sistema capitalista e afasta as formas de auto-ajustamento da economia, expõe a necessidade de implantação de políticas públicas.<sup>12</sup>

A valorização exacerbada do indivíduo, que no âmbito do direito importava na garantia da liberdade puramente formal, ensejou a gestação de nova concepção de Estado, o Estado Social, decorrente de modificação

---

São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978 e STAMMLER, Rudolf. *Economia y derecho según la concepción materialista de la historia. Uma investigación filosófico-social*. Tradução de W. Roces. Madrid: Editorial Rens, 1929.

<sup>11</sup> AMARAL NETO, Francisco, op. cit., 1997, p.644-645. Ver também: CABRAL DE MONCADA, Luís S. *A problemática jurídica do planejamento econômico*. Coimbra: Coimbra editora, 1985.

<sup>12</sup> A obra de John Maynard Keynes apresenta-se como síntese dos conflitos doutrinários do liberalismo/individualismo e socialismo. O autor contesta a Escola Clássica, reputando-a parcial, cuidando apenas de alguns dos aspectos do fenômeno econômico. Aponta que é necessário reformular o capitalismo, admitindo a interferência mais incisiva do Estado, admitindo a intervenção por regulação. Admite o controle da moeda e do crédito, a utilização de política tributária e de seguro social com fins econômicos e a realização de grandes obras públicas, instrumentos de incentivo ao consumo e de estímulo ao investimento privado. Defende o primado da demanda efetiva, sustentando que os gastos em consumo e investimento devem prevalecer sobre a produção. A partir da premissa da instabilidade do sistema capitalista, destaca que não existem formas de auto-ajustamento da economia, sendo necessário fazer uso de políticas econômicas. A busca do pleno emprego é o valor maior a ser preservado, devendo ser alcançado por vontade política. Para a análise da obra de Keynes, entre outros, ver: KEYNES, J. Maynard. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. Tradução de Mário R. da Cruz. São Paulo: Abril Cultural, 1983; STEWART, Michael. *A moderna economia (antes e depois de Keynes)*. São Paulo: Atlas, 1976; PASSINETTI, Luigi. *Crescimento e distribuição de renda*. Rio de Janeiro: Zahar, 1979; DILLARD, Dudley. *A teoria econômica de John Maynard Keynes*. São Paulo: Pioneira, 1982; PREBISCH, Raúl. *Introdução a Keynes*. México: Fondo de Cultura Económica, 1971; ROBINSON, Joan. *Introdução à teoria do emprego*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1982; LEKACHMAN, Robert. *Teoria geral de Keynes: trinta anos de debates*. São Paulo: Ibrasa, 1968; ROBINSON, Joan. *Contribuições à economia moderna*. Rio de Janeiro: Zahar, 1979; DEANE, Phyllis. *A evolução das idéias econômicas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1980, e NUNES, António José Avelãs. *O keynesianismo e a contra-revolução monetarista*. Coimbra: Almedina, 1991 e NUNES, António José Avelãs. *Os sistemas econômicos*. Coimbra: Separata do Boletim de Ciências Econômicas, 1973.

superestrutural do Estado Liberal Burguês.

No Brasil, a partir da Constituição de 1946, houve certo movimento no sentido do dirigismo estatal, com a atribuição ao Estado de poderes para intervenção no domínio econômico, o que se consolidou com as Constituições seguintes.

O novo contexto impunha o fim da neutralidade do Estado nas relações econômicas, porquanto o mercado não poderia ser definido como entidade auto-regulada, regida exclusivamente por regras próprias; em verdade, a ausência de regulação configurava legitimação da opressão das classes mais fortes economicamente.<sup>13</sup> Com a modificação do paradigma, o direito passa a ser utilizado como instrumento de interferência nas relações sociais, em que o direito individual é ponderado ante os valores sociais. Novo paradigma é firmado.<sup>14 15</sup>

A função da ordem jurídica não se restringe mais à proteção e repressão, impõe-se a utilização das normas jurídicas para incentivar a adoção de condutas reputadas interessantes. O direito passa a ser usado como instrumento de

<sup>13</sup> Em crítica à formulação da ideologia liberal, Natalino Irti propõe o seu desmascaramento: “[...] não se trata de ‘encontrar’ leis, que a natureza tenha dado aos homens de uma vez por todas, ou de retirá-las de outras fontes terrenas ou supra-terrenas, mas somente de querê-las, ou seja, descer para a arena na luta política, a fim de defender, modificar ou abolir um determinado sistema jurídico-econômico (e econômico porque pressupõe um certo regime de direito). As decisões fundamentais, capazes de dar forma a uma ou outra economia (se os meios de produção devem estar na propriedade privada, se os acordos devem ser tutelados, se os lucros das empresas merecem proteção e assim por diante) são, justamente atos do agir político, e não do puro conhecer, e então implicam amizade ou inimizade ante idéias e visões da sociedade. O pensamento único – a ideologia liberal, em que a esquerda e direita parecem concordar - oculta a intrínseca politicidade de toda a estrutura econômica e vende como lei natural - neutra, objetiva, imparcial - aquilo que propriamente é o resultado de uma decisão. Somente este desmascaramento pode restituir à política a paixão pelas idéias e a responsabilidade pelas escolhas”. IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado. Conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. In: *Seminário O Estado, a empresa e o mercado. Novas tendências de direito econômico e comercial*, 10 set. 2007, publicada na *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – RDM*. Tradução de Alfredo Capetti Neto e André Karam Trindade. São Paulo: Malheiros, n.145, p.44-49, jan./mar. 2007, p.49.

<sup>14</sup> Esta realidade é muito bem percebida por Judith Martins-Costa, que entende a ordem jurídico-econômica como tóxis, afastando a sua neutralidade em relação ao mercado: COSTA, Judith Martins. Mercado e solidariedade social – entre cosmos e tóxis: a boa fé nas relações de consumo. In: . *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002, p. 617: “Tal qual a economia, também o direito não é neutro. Consiste na ruptura da neutralidade, é tecido por humana escolha, é produção de normas e tomada de decisões. Por isto, distingue-se daquela concepção naturalista a concepção artificial ou normativa – artificial porque não natural, porque é construída, porque perspectiva o mercado como um locus no qual o direito, enquanto emanação de bem precisas escolhas políticas, constitui, governa, orienta e controla. Não mais o mercado como um ‘dado’, portanto, mas como um ‘construído’: de garantia de um equilíbrio econômico considerado natural, as regras jurídicas passam a ser vistas como elementos de uma determinada estrutura social.”

<sup>15</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra editora, 1982.

realização de políticas públicas.<sup>16</sup>

Eros Grau, com clareza, percebendo o fenômeno, anota que “o direito é, sempre, um instrumento de mudança social. O direito é produzido pela estrutura econômica, mas, também, interagindo em relação a ela, nela produzindo alterações. A economia condiciona o direito, mas o direito condiciona a economia.”<sup>17</sup>

No mesmo sentido, partindo das idéias de contexto intratexto e extratexto, em análise hermenêutica, José Afonso da Silva sustenta que o direito é conformado pela realidade material (infra-estrutura), ao mesmo tempo em que a influencia, em fenômeno denominado de positivismo dialético.<sup>18</sup>

Como evidência dos novos tempos, a clássica separação entre direito público e privado, dicotomia maior, toma nova conformação, para muitos até deixa de existir, sofrendo modificações contínuas, em que se percebe a existência dos fenômenos, inversos, da publicização do direito privado e privatização do direito público, o que levou Comparato a constatar que “de todos os lados convergem testemunhos e verificações de que a tradicional divisão da ordem normativa em direito público e direito privado perdeu valor explicativo”.<sup>19</sup>

Bobbio, por sua vez, aponta que os aludidos fenômenos não são incompatíveis e sofrem interferência recíproca, destacando que:

<sup>16</sup> BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, 1977.

<sup>17</sup> GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.59.

<sup>18</sup> O autor expõe o que entende por positivismo dialético: “O contexto extratexto se refere a toda a realidade lingüística e não lingüística, normativa e não normativa em que se insere a Constituição. Refere-se, em síntese, a todos os eventos e acontecimentos que se movem em torno da Constituição. Esta não é, porém, alheia a esse entorno, pois nele está inserida, e também porque dele recebe influxos renovadores e a ele confere orientação normativa, na medida em que a realidade estatal é submetida a uma rígida ordenação jurídica que tem nela seu fundamento de validade. Não se há de pensar que as bases constitucionais definem a estrutura do contexto, pois isso seria admitir que a Constituição formal (superestrutura) constitua a realidade material (infra-estrutura). Mas também não se trata de aceitar um determinismo do contexto, especialmente do contexto econômico, sobre a realidade jurídica formal. Se esta é a forma, torna evidente que recebe daquela os fundamentos de seu conteúdo, mas a forma também influi na modelagem da matéria. Chamo de positivismo dialético a essa concepção do direito conformado por influência da infra-estrutura, mas que a ela retorna como parte da realidade toda, influenciando-a, e assim modificada condiciona novas formas jurídicas que retornam num processo dialético dinâmico de dominância do real à superestrutura jurídica e influência desta naquela, de modo que a compreensão do direito legislado (ou não) depende da compreensão da realidade que o condiciona, porque ocorre aí uma conexão de sentido desta para aquele. Dá-se, assim, um processo dialético que o positivismo dialético, por mim adotado, explica como sendo o processo segundo o qual o sentido da Constituição sobe da realidade subjacente, em que suas normas incidem, para transformá-la na peça fundamental da realização da convivência humana e, depois, esse sentido revivificado desce das normas àquela realidade para ajustá-la, ou seja, torná-la justa, àqueles fins de convivência”. SILVA, José Afonso da. *Interpretação da Constituição*. Disponível em: <[http://www.tcm.sp.gov.br/legislação/doutrina/30a03\\_06\\_05/jose\\_afonso1.htm](http://www.tcm.sp.gov.br/legislação/doutrina/30a03_06_05/jose_afonso1.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2008 e SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>19</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro* - RDM, São Paulo: Malheiros, n.50, p.57-74, abr/jun. 1983, p.58.

o primeiro reflete o processo de subordinação dos interesses do privado aos interesses da coletividade representada pelo Estado que invade e engloba progressivamente a sociedade civil; o segundo representa a revanche dos interesses privados através da formação dos grandes grupos que se servem dos aparatos públicos para o alcance dos próprios objetivos. O Estado pode ser corretamente representado como o lugar onde se desenvolvem e se compõem, para novamente decompor-se e compor-se, estes conflitos, através do instrumento jurídico de um acordo continuamente renovado, representação moderna da tradicional figura do contrato social.<sup>20 21</sup>

Com base nos novos padrões, o Estado define a forma de exercício da atividade econômica, cujo balizamento é fundamentado em princípios expressamente definidos. Já não se discute a necessidade de regulação exógena do mercado, que é pressuposta; importa definir em que padrões ela deve ocorrer.<sup>22</sup>

A mudança de paradigma do Estado Liberal para o Estado Social foi significativa, importante para a correção de rumo da economia, mas insuficiente para atender às necessidades da complexa sociedade contemporânea e garantir a liberdade e igualdade materiais.<sup>23 24</sup>

Ana Frazão de Azevedo Lopez, embora reconhecendo o avanço do Estado Social, em razão da valorização da sociedade, em análise crítica, demonstra suas falhas, sustentando que:

faltou ao Estado Social uma compreensão unitária dos direitos subjetivos e da função social diante do novo paradigma que se apresentava como alternativa ao Estado Liberal. Ao mesmo tempo em que previa a função social, mantinha-se ainda preso a uma noção formalista de direito subjetivo, que mais se identificava com o Estado Liberal e ainda dificultava a análise de legitimidade

<sup>20</sup> É demonstração efetiva da publicização do direito privado a nova regulação da sociedade limitada, composta de regras cogentes, inafastáveis pela vontade dos sócios, tendentes a preservar direito dos minoritários. Já a privatização do direito público decorre da freqüente utilização de mecanismos típicos do setor privado na seara pública, como é previsto, por exemplo, na lei das parcerias público-privadas, no Brasil.

<sup>21</sup> BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade* – para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

<sup>22</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes. *Direito da economia*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 1986 e RIPERT, Georges. *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1946.

<sup>23</sup> WEINGARTNER NETO, Jayme. O estado democrático de direito, apontamentos históricos críticos. *Revista da AJURIS* – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, ano XXXV, n.109, p.163-183, mar. 2008 e CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

<sup>24</sup> Interessante análise sobre a marcha e contramarcha das idéias liberais no Constitucionalismo brasileiro pode ser encontrada em MERQUIOR, José Guilherme. Liberalismo e constituição. In: MERCADANTE, Paulo (Org.). *Constituição de 1988: avanço do retrocesso*. Rio de Janeiro: Rio Fundo, 1990, p.13-18.

e intersubjetividade suscitada pela função social.

Continua a autora:

[...] a construção do paradigma do Estado Social foi feita a partir de uma priorização da economia, tal como ocorrera no Estado Liberal. Na ânsia de corrigir e regular as falhas de mercado, o Estado Social, longe de tentar fomentar e dinamizar as relações de solidariedade procurou incorporá-las, pouco importando as restrições que a sua atuação trazia para a autodeterminação dos cidadãos.<sup>25</sup>

Expressão do formalismo típico do Estado Social é a concepção de normas constitucionais programáticas, sem efetividade imediata, meras proposições que podem, no futuro, tornar-se realidade. Esperava-se mais do Estado, o paradigma do Estado Social não satisfaz as necessidades sociais.

Neste contexto, o paradigma do Estado Social formal, mero Estado de Direito, mesmo que não mais expresse os valores liberais clássicos, não é suficiente. Necessário é qualificar a sua atuação, o que significa adequá-lo aos compromissos axiológicos previstos na Constituição Federal. O ordenamento não pode estar restrito às funções de regulação das condutas e de repressão das ofensas aos padrões estabelecidos, devendo induzir à prática dos valores eleitos.<sup>26 27</sup> Fábio Konder Comparato esclarece a grande transformação:

No Estado liberal - fato já tanta vezes posto em foco - a ordem jurídica é propriamente vaga ou indiferente a fins determinados, cuja eleição compete por completo aos particulares. O direito limita-se a fixar as regras do jogo, sem conceder privilégios a qualquer dos jogadores, considerados, dessa forma, iguais perante a lei. O bem comum, objetivo declarado do Estado, reduz-se à adequada formulação e ao escrupuloso respeito às regras do jogo. A grande transformação ocorreu quando se passou a considerar legítima a organização estatal e a ordem jurídica em função de fins ou objetivos determinados, cuja realização se impõe à coletividade. A fixação desses fins sociais costuma ser feita, primariamente, na Constituição e, secundariamente, em leis orgânicas ou na lei do plano.<sup>28</sup>

No mesmo sentido a posição de Weingartner Neto, que defende que a complexidade das relações sociais contemporâneas pressupõe um Estado Social e Democrático de Direito:

<sup>25</sup> LOPEZ, Ana Frazão de Azevedo, *op. cit.*, 2006, p.306.

<sup>26</sup> BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, 1977. Há recente tradução da obra, com prefácio de Celso Lafer, sob o título *Da estrutura à função*. Tradução de Daniela Beccaccia Versani. São Paulo: Manole, 2007.

<sup>27</sup> Antônio José Avelãs Nunes adverte que a questão central nos dias de hoje é a compreensão do fenômeno do poder, o que impõe a interferência do Estado na repartição de riqueza, fenômeno não percebido pelas linhas de pensamento neoliberais. NUNES, Antônio José Avelãs. *Neoliberalismo e direitos humanos*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. Ver, também: SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Schwarcz, 2000.

<sup>28</sup> COMPARATO, Fábio Konder, *op. cit.*, 1983, p.59.

Perante as novas exigências de socialidade e democracia no século XX, o Estado de direito torna-se Estado social e democrático de direito – com a correlata alteração dos elementos do Estado liberal. No plano dos direitos e liberdades individuais, tais exigências orientam-se em três direções: (a) na fundamentalização dos direitos sociais (incluídos os econômicos e culturais), que passam a ser consagrados constitucionalmente; (b) numa reinterpretação dos direitos tradicionais à luz do novo princípio de socialidade (a afetar o pleno desenvolvimento do ‘homem abstrato’, que poderia desumanizar ‘homens concretos’, com uma releitura especial do direito de propriedade); (c) os direitos fundamentais ultrapassam a mera técnica de defesa contra abusos da autoridade pública e são vistos como valores que se impõem genericamente a toda a sociedade, dirigidos igualmente contra os poderes particulares, a adquirir relevância nas relações jurídico-privadas.<sup>29</sup>

O autor expressa o perfil do Estado adequado à sociedade pós-industrial e insinua a importância do princípio da solidariedade social como valor central da ordem jurídica e princípio conformador do exercício das atividades econômicas, argumentação a que se adere.

Consolida-se, então, a idéia da legitimação da organização estatal e do próprio ordenamento jurídico a partir dos objetivos que se propõem a alcançar, os quais podem ser impostos à coletividade; é o paradigma do Estado Democrático de Direito.

### 3. A ORDEM ECONÔMICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Analisando o Estado constitucional em perspectiva evolutiva, a legitimação do exercício do poder político é a característica determinante do Estado Democrático de Direito,<sup>30</sup> legitimação que decorre da soberania popular, já que o poder político é derivado do povo.<sup>31 32</sup>

<sup>29</sup> WEINGARTNER NETO, Jaime, *op. cit.*, 2008, p.179.

<sup>30</sup> DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2001 e NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do estado de direito do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Separata do V. XXIX. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, 1987, p.188-220.

<sup>31</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

<sup>32</sup> A dogmática nacional está se transformando, “sob impacto de denso conjunto de idéias identificadas, de forma genérica, como pós-positivismo, que propõe a superação do positivismo normativista sem apelo a categorias metafísicas. É elemento central desta construção teórica a compreensão da supremacia material e axiológica da Constituição Federal, que deve implicar na releitura de todo o direito infraconstitucional”, como expõe SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais no paradigma liberal, social e pós-social (pós-modernidade constitucional?). In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Crises e desafios da constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.375-414. O mesmo posicionamento é defendido por BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: \_\_\_\_\_. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.9-44.

A Constituição Federal, como já evidencia pelo preâmbulo, define a República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, na forma do artigo 1º, em que se dispõe que é formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo jurídico.<sup>33</sup>

Convém destacar a qualificação da República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito. O qualificador “de direito” acresce à noção aspectos materiais, de conteúdo, significando evolução do plano de segurança jurídica formal para plano de aspiração à realização dos valores, democraticamente, inseridos no texto constitucional, conforme destaca Douglas Yamashita:

O acréscimo do adjetivo ‘democrático’ ao conceito de Estado de Direito visa, portanto, garantir que o princípio do Estado de Direito da Constituição Federal de 1988 não seja interpretado como princípio do Estado de Direito meramente formal, mas, também, como princípio do Estado de Direito material, a explicitar em si o Princípio do Estado Social, verdadeira norma de Direito Constitucional em prol da solidariedade.<sup>34</sup>

Os fundamentos da República Federativa do Brasil conformam a atuação estatal e dos particulares, como valores eleitos pelo legislador, que deve ser pautada para o alcance dos seus objetivos fundamentais, também firmados na Constituição Federal, especificamente no artigo 3º.

Conforme a previsão constitucional, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A democracia é eleita como meio de solução, ou de administração, do clássico conflito entre liberdade e igualdade.<sup>35</sup> A partir da fixação no texto

<sup>33</sup> Preâmbulo: “Nós, representantes do Povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

<sup>34</sup> YAMASHITA, Douglas. Princípio da solidariedade em direito tributário. In: *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p.53-67, p.55. No mesmo sentido: VIDIGAL, Geraldo. *A ordem econômica. A Constituição brasileira – 1988 – Interpretações*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

<sup>35</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

constitucional dos valores prevalentes, eleitos democraticamente, é buscada a conciliação entre melhor qualidade de vida para todos e preservação das liberdades individuais.<sup>36</sup>

No contexto atual, a legitimação política é a chave para o equilíbrio da tensão e para a conformação das esferas econômica e jurídica. O cenário político é fundamental; é na Constituição que os valores acolhidos pela sociedade são firmados, decorrendo sua força da escolha democrática.

Aqui se descortina a importância do princípio da solidariedade social. A idéia de solidariedade social interfere nas relações entre a seara política e a jurídica, associando o direito à democracia, assumindo papel de princípio central da ordem jurídica, a partir do qual devem ser interpretados os demais princípios e regras.<sup>37</sup>

O papel de destaque no balizamento das condutas econômicas assumido pelo princípio da solidariedade social também é percebido por Natalino Irti, tendo por base o Ordenamento Jurídico Italiano, mas com argumentação que não é incompatível com a ordem jurídica nacional. Destaca o autor que os artigos 2º e 41, da Constituição Federal Italiana relacionam solidariedade e mercado, apontando que:

se o mercado designa estatuto jurídico das trocas econômicas, se a Constituição impõe à lei ordinária que estabeleça sua fisionomia, os critérios de conformação, indicado nos parágrafos 2º e 3º, do artigo 41, traduzem o dever de solidariedade no campo da liberdade de iniciativa econômica.<sup>38 39</sup>

Os princípios gerais da ordem econômica, firmados no artigo 170, da Constituição Federal, são balizamentos para a atuação dos operadores econômicos no mercado. A ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência

<sup>36</sup> QUIROGA, Hugo. Mercado e solidariedade social: reflexos a partir da crise do Estado de bem-estar. *Revista de Administração Pública – RAP - Revista da escola brasileira de administração pública da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, n.28, p.92-113, abr./jun. 1994, p.94.* Para o autor, a relação de conflito entre mercado e Estado é expressão da tensão entre o particular e o social, cujo equilíbrio foi descrito por diferentes formas de pensamento. No contexto de Hegel, o equilíbrio decorre do Estado, ente com racionalidade superior; em Marx, decorre da sociedade emancipada e igualitária; no liberalismo, decorre do mercado, em razão da otimização dos resultados individuais conduzir ao interesse geral.

<sup>37</sup> FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

<sup>38</sup> IRTI, Natalino, *op. cit.*, 2001.

<sup>39</sup> No mesmo sentido, reconhecendo a importância do princípio da solidariedade no direito italiano, GIUFFRÈ, Felice. *La solidarietà nell'Ordinamento costituzionale*. Milano: Giuffrè, 2002, p.7: “[...] il riconoscimento che il fenomeno giuridico non si esaurisce nelle disposizioni dei codici, perché si proietta sino alle manifestazioni del suo vissuto interpretativo e applicativo, fa assurgere alla dignità di argomento la constatazione secondo cui il principio di solidarietà viene richiamato con crescente frequenza dalla stessa Corte Costituzionale, mentre ricorrenti accenni della dottrina, pur dandone sovente per presupposta la consistenza, lo pongono fra i principi fondamentali dell'attuale assetto politico-costituzionale.”

digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país. Tais princípios estão vinculados ao fim de construir uma sociedade livre e solidária.<sup>40</sup>

Mas, qual a significação do estabelecimento de uma ordem econômica? A resposta é dada por Eros Grau que, em perspectiva histórica, mas tendo em vista as previsões do artigo 170, destaca que:

a contemplação, nas nossas Constituições, de um conjunto de normas compreensivo de uma 'ordem econômica', ainda que como tal não formalmente referido, é expressiva de marcante transformação que afeta o direito, operada no momento em que deixa de meramente prestar-se à harmonização de conflitos e à legitimação do poder, passando a funcionar como instrumento de implementação de políticas públicas (no que de resto, opera-se o reforço da função de legitimação do poder).<sup>41 42</sup>

Como forma de efetivação dos princípios constitucionais, ao Estado é assegurada a condição de agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado, na forma do que prevê o artigo 174, da Constituição Federal.

O cenário que decorre das previsões do artigo 174, da Constituição Federal, é exposto, em suas linhas básicas, por Scott, que anota:

o artigo 174, caput, da CF, destinando ao Estado os papéis de agente normativo e regulador da atividade econômica, estabeleceu uma nova oportunidade para que se pudesse construir um ambiente econômico minimamente desenvolvido, capaz de emancipar a sociedade brasileira de modo geral, a partir dos fundamentos, princípios e objetivos sócio-econômicos fixados pelo próprio texto constitucional. O conteúdo veiculado pelo artigo é norma jurídica que vincula a ação dos Poderes Estatais, impondo-lhes como prioritária a tarefa de normalizar, democraticamente e a partir dos parâmetros constitucionais, a atividade econômica. Nesse contexto, surge o planejamento como meio racional viabilizador dessa importante tarefa, mas não apenas isso, surge com a função que melhor integra as outras duas fixadas pelo próprio dispositivo, as funções de fiscalização e de incentivo, já que as potencializa

<sup>40</sup> SCOTT, Paulo Henrique Rocha. *Direito constitucional econômico – estado e normalização da economia*. Porto Alegre: Sérgio Fabris editor, 2000.

<sup>41</sup> GRAU, Eros, *op. cit.*, 2005, p.13.

<sup>42</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento - uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

dentro de sua própria aplicação [...].

Acrescenta o autor que “o planejamento indicativo é o instituto apto a fortalecer as decisões públicas, direcionadas para o fim primeiro de assegurar crescimento, emprego e dignidade aos brasileiros.”<sup>43</sup>

No direito nacional, o dever de solidariedade no campo da liberdade de iniciativa econômica emana dos princípios da dignidade humana e da solidariedade social. Para os fins do presente trabalho, impõe-se a análise do princípio da solidariedade social, princípio conformador do exercício da atividade econômica.

#### 4. O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL E A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO

Embora presente no cenário das idéias desde a antiguidade, a consolidação do princípio da solidariedade como valor maior é fruto do debate desenvolvido ao longo dos últimos duzentos anos.<sup>44</sup> Situada inicialmente no plano moral<sup>45</sup>, a idéia de solidariedade social ingressa no âmbito jurídico após a sua maturação no plano político.<sup>46</sup>

Noção concebida como resposta as inquietações que marcaram o final do século XIX e início do século XX, a solidariedade social foi fórmula criada para permitir maior espaço ao ideário socialista sem o sacrifício das liberdades individuais, ou seja, tinha por finalidade promover a conciliação entre o individual e o social.

<sup>43</sup> SCOTT, Paulo Henrique Rocha, *op. cit.*, 2000, p.195-196.

<sup>44</sup> Solidariedade decorre de solidário, que advém do termo latim “solidus”, o que traduz o sentido gramatical de total ou totalidade, por inteiro. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

<sup>45</sup> No plano moral, a solidariedade social é concebida como dever que decorre da coexistência. A sua conformação é bem expressa por Pecqueur: “*Qu’est-ce donc la solidarité? C’est la dépendance naturelle, nécessaire, intime, continuelle, absolue, indéfinie, ou sont, lès uns et lès autres, lès êtres humains em générale, pour leur développement individuel, moral et physique; pour leur bien-être, leur liberté, leur perfectionnement et leur bonheur [...] Cette dépendance est réciproque, incessante, du riche au pauvre, du fort au faible, tout autant que du pauvre au riche, du faible au fort. Nul ne peut s’y soustraire impunément, par la nature des choses*”. PECQUEUR, C. *Qu’est-ce que la solidarité? Lè salut du peuple*. *Journal de La Science Sociale*, Paris, Ballard, 10 jan. 1850, p.3.

<sup>46</sup> A solidariedade é, sobretudo, um fato social, como expõe Moraes: “[...] na medida em que não se pode conceber o homem sozinho – como o mito de Robson Crusoe na ilha deserta quis fazer crer – e somente se pode pensar o indivíduo como inserido na sociedade, isto é, como parte de um tecido social mais ou menos coeso em que a interdependência é a regra e, portanto, a abertura em direção ao outro, uma necessidade. Ser solidário, assim, é partilhar, ao menos, uma mesma época, e, neste sentido, uma mesma história. Desta solidariedade de fato, objetiva, já se disse que ela é o que permite distinguir uma sociedade de uma multidão”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manuel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p.160.) No mesmo sentido: RIDLEY, M. *As origens da virtude*. Um estudo biológico da solidariedade. Rio de Janeiro: Record, 2000.

A sociedade contemporânea tem por traço marcante o privilégio do social, ou seja, a valorização da pessoa humana, a partir da prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais.<sup>47</sup> É consensual a importância da solidariedade social na contemporaneidade. A consistência do conceito decorre de dois séculos de reflexão e de debate sobre as relações entre o indivíduo e a sociedade.<sup>48</sup> A solidariedade é o que torna possível a vida em sociedade, servindo de padrão para a fixação do necessário equilíbrio das relações sociais.<sup>49</sup>

A compreensão da nova realidade é muito bem exposta por Judith Martins-Costa, ao abordar a tendência de funcionalização dos direitos subjetivos como limitação ao seu exercício desmedido:

[...] atualmente admite-se que os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados pela respectiva função, e a categoria do direito subjetivo, posto que histórica e contingente como todas as categorias jurídicas, não vem mais revestida pelo 'mito jusnaturalista' que recobria na codificação oitocentista, da qual fora levada ao status de realidade ontológica, esfera jurídica da soberania do indivíduo. Portanto, o direito subjetivo de contratar e a forma de seu exercício também são afetados pela funcionalização, que indica a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto que concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esferas dos interesses alheios.<sup>50</sup>

No mesmo sentido, valorizando a noção, Brunkhorst, partindo do vínculo entre a visão cristã de fraternidade e solidariedade e a concepção jurídica que dela se consolida no moderno constitucionalismo, afirma a juridicidade

<sup>47</sup> AMARAL NETO, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. In: *Direito civil - atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.61-77.

<sup>48</sup> DUGUIT, Leon. *Las Transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleon*. Buenos Aires: Heliasta S.R.L., [s.d.].

<sup>49</sup> GIUFFRÈ, Felice. *La solidarietà nell'Ordinamento costituzionale*. Milano: Giuffrè, 2002. Em sua obra o autor defende que o princípio da solidariedade social assume o papel de ponte entre o universo naturalístico da esfera privada e o universo artificial da esfera pública, sendo o meio de superação da tensão entre a liberdade e a autoridade, entre o individual e o geral, instrumento para a superação da igualdade formal.

<sup>50</sup> COSTA, Judith Martins. O novo código civil brasileiro: em busca da ética da situação. In: *Diretrizes do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.158. Seguindo a mesma linha de raciocínio, a caracterização que a autora faz de solidariedade social: "[...] a palavra solidariedade traduz categoria social que exprime uma forma de conduta correspondente às exigências de toda e qualquer comunidade que se queira como tal, implicando a superação de uma visão meramente individualista do papel de cada um dos seus singulares membros e assim configurando elemento de coesão da estrutura social. Essa categoria social (e igualmente ética e política) é apreendida pelo direito na Constituição, indicando, em linhas gerais, a exigência de evitar, ou ao menos reduzir, a conflitualidade social mediante a superação de uma visão estritamente egoística do direito. Torna-se, pois, exigência ético-jurídica de tipo político, cujo papel é o de desenvolver 'uma função de endereço político acerca do funcionamento do próprio Ordenamento Jurídico'". COSTA, Judith Martins. Mercado e solidariedade social – entre cosmo e tálax: a boa fé nas relações de consumo. In: *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002, p.620-621.

do conceito e destaca a sua importância para a democracia, anotando que a solidariedade nada mais é do que a democrática realização da liberdade individual.<sup>51</sup>

O cerne da solidariedade social, portanto, consiste em uma apreciação das finalidades dos institutos jurídicos, tendo em vista uma perspectiva não individual, que conduza à satisfação dos interesses envolvidos.

A Constituição Federal assimila o novo ideário, fazendo a previsão da dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos, na forma do artigo 1º, inciso III, e estabelecendo a solidariedade social como objetivo fundamental da República, no artigo 3º, inciso I. Ao regular o direito de propriedade, em seus artigos 5º, inciso XXIII e 170, inciso II, a Constituição Federal condiciona-o à sua função social, afastando a possibilidade de abuso do direito de usar, gozar e dispor de bens. A interpretação das disposições constitucionais permite a compreensão de que

ao estatuir como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a Constituição conformou um modelo de mercado assentado, de um lado, na liberdade de iniciativa econômica, de outro, na valorização do trabalho e na defesa do consumidor, princípios conducentes, todavia, à consecução de um preciso fim – a construção de uma sociedade solidária - livre, justa e solidária, como afirma o artigo 3º.<sup>52,53</sup>

O Supremo Tribunal Federal não tem tergiversado quanto ao

<sup>51</sup> BRUNKHORST, Hanke. *Solidarity: from civic friendship to a global legal community*. Tradução de Jeffrey Flynn. Cambridge: Mitpress, 2005, p.3-4: “Of course, the modern constitutional revolution has a highly selective attitude toward its Christian heritage. Only reciprocal relations are compatible with its postulate of autonomy. Fraternity is not compassion, and solidarity is not mercy but a right. Unlike the classical political concepts of (substantial) justice, of the good life, and of the common good, the revolutionary slogans of fraternity and solidarity refer directly to the specifically modern combination of freedom and politics. Solidarity is not the other of justice. Rather, it is nothing but the democratic realization of individual freedom. If the classic republican formula of the common good refers to an objectively recognizable collective good, “solidarity” has from the start an individualistic quality. But fraternity and solidarity, as the quoted passages from the “contract social” and the Constitution of 1793 show, are supposed to guarantee the equal enjoyment of individual rights within the medium of the political equality of every subject under the Law, along with the “participation of each individual in public affairs”. Thus, in the equality of public freedom, which is required for “preserving the potential for social selfchange, there also lies the only foundation in constitutional theory for the social-welfare state. In the modern constitutional regime, common good, justice, and solidarity coincide with the democratic legitimation of normatively binding decisions. There is in the constitutional state neither a common good nor a justice beyond democratic legislation and, therefore, also no constitutional state without democracy.”

<sup>52</sup> COSTA, Judith Martins. Mercado e solidariedade social – entre cosmo e táxis: a boa fé nas relações de consumo. In: *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002, p.620.

<sup>53</sup> Em vários países a solidariedade social é prevista como princípio conformador da atividade econômica e, por consequência, do exercício da atividade empresarial, como pode ser visto: “Constituição Italiana, artigo 2º - *La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sai come singolo sai nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà política, econômica e sociale*”. “Constituição Portuguesa, artigo 1º - *Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.*”

reconhecimento da importância da solidariedade social. Assim foi na ADC9/DF - Ação Direta de Constitucionalidade, em que a Relatora para o Acórdão, Ministra Ellen Gracie, reconheceu a constitucionalidade da Medida Provisória 2.152-2, de 1º de junho de 2001, que fixava metas de consumo e regime especial de tarifação, admitindo como legítima a imposição de medidas como a suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores que se mostrassem insensíveis à necessidade do exercício da solidariedade social mínima.<sup>54</sup>

A Corte Maior também tem reconhecido no princípio da solidariedade social o fundamento para o planejamento, instauração e cumprimento de políticas públicas e tem sustentado que a sua consagração é importante para o reconhecimento dos direitos humanos de terceira geração e, conseqüentemente, para o desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos mesmos. No MS 22164/SP, o relator, Ministro Celso de Mello, foi explícito no reconhecimento do princípio da solidariedade com tal feição:

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado - direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais, realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas, acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.<sup>55</sup>

A solidariedade social também foi utilizada como fundamento central das seguintes decisões: para afastar a possibilidade de que o processo extradicional, que é meio efetivo de cooperação internacional na repressão da criminalidade comum, seja utilizado como instrumento de concretização de pretensões questionáveis ou censuráveis que venham a ser deduzidas por Estado estrangeiro no Brasil;<sup>56</sup> para admitir a constitucionalidade da responsabilidade

<sup>54</sup> DISTRITO FEDERAL. ADC/DF - Ação Declaratória de Inconstitucionalidade. Relator Ministro Néri da Silveira. Relatora para o Acórdão Ministra Ellen Gracie. *Diário de Justiça*, 23 abr. 2004.

<sup>55</sup> SÃO PAULO. MS 22164/SP. Relator Ministro Celso de Mello. *Diário de Justiça*, 30 out. 1995; SANTA CATARINA. RE 415454/SC. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Diário de Justiça*, 08 fev. 2007; DISTRITO FEDERAL. ADI-MC3540/DF. Relator Ministro Celso de Mello. *Diário de Justiça*, 01 fev. 2005.

<sup>56</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF REXT 524/PB. Relator Ministro Celso de Mello. *Diário*

objetiva atribuída a entidades seguradoras, em temas de acidentes de trânsito na via terrestre, causados por veículo automotor, com fundamento na supremacia do interesse público, nos ditames da justiça social e redução das desigualdades sociais;<sup>57</sup> como forma de afirmar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito fundamental de terceira geração;<sup>58</sup> para afastar a aplicação retroativa do aumento concedido por meio da Lei 9.032/95 a todos os segurados, destacando a obrigação de os trabalhadores ativos financiarem os inativos, como decorrência do princípio da solidariedade social, entre outros casos.<sup>59</sup>

Constata-se, assim, que de mero preceito moral, a solidariedade social se transformou em princípio jurídico, apto a incidir sobre toda a ordem jurídica, o que lhe confere exigibilidade, como fonte de obrigações positivas e negativas e de direitos correlatos, assim como se impõe que seu conteúdo seja utilizado como critério interpretativo de outras normas.<sup>60</sup>

A consagrada noção de solidariedade social se esparrama por toda a ordem jurídica, como princípio basilar, que orienta e informa a compreensão de todas as demais normas, inclusive as de direito privado. O princípio da solidariedade social determina e condiciona a interpretação das normas de regulação do mercado.

## 5. CONCLUSÃO

À luz do direito nacional, o questionamento de Denniger somente pode ter resposta negativa, vez que o princípio da solidariedade social conforma e condiciona o exercício da atividade econômica.

De mero preceito moral, a solidariedade social assume a condição de princípio jurídico, com densidade própria e inegável exigibilidade, não podendo

---

*de Justiça*, 08 mar. 1991, p.2200.

<sup>57</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. ADI-MC Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1003/DF. Relator Ministro Celso de Mello. *Diário de Justiça*, 10 set. 1999, p.0002, No Acórdão, é exposto pelo relator que: “A CF, ao fixar as diretrizes que regem a atividade econômica e que tutelam o direito de propriedade, proclama, como valores fundamentais a serem respeitados, a supremacia do interesse público, os ditames da justiça social, a redução das desigualdades sociais, dando ênfase, dentro dessa perspectiva, ao princípio da solidariedade social, cuja realização parece haver sido implementada pelo Congresso Nacional, ao editar o artigo 1º da Lei 8.441/92”.

<sup>58</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF/MS 22164/SP. Relator Ministro Celso de Mello. *Diário de Justiça*, 17 nov. 1995, p.39206.

<sup>59</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF/REAgR - Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 441767/PR. Relator Ministro Eros Grau. *Diário de Justiça*, 22 abr. 2005, p.00015.

<sup>60</sup> O Projeto de Constituição Européia eleva o *status* jurídico da idéia de solidariedade social, consagrando-a como valor universal, em paralelo à dignidade humana, à liberdade e à igualdade. No original: “*Conscient de son patrimoine spirituel et moral, l’Union se fonde sur les valeurs indivisible et universelles de dignité humaine, de liberté, d’égalité et de solidarité [...] L’Union contribue à la préservation et au développement de ces valeurs communes.*” Projeto de Constituição Européia, Preâmbulo, Parte II, p.56.

ser considerado simples enfeites de preâmbulos, competindo aos operadores do direito assegurar-lhe efetividade.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica*. Doxa: Universidad de Alicante, n.5, 1988.

\_\_\_\_\_. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

\_\_\_\_\_. *Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Direito econômico*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1979.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento - uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRUNKHORST, Hanke. *Solidarity: from civic friendship to a global legal community*. Tradução de Jeffrey Flynn. Cambridge: Mitpress, 2005.

CABRAL DE MONCADA, Luís S. *Direito econômico*. 2. ed. Coimbra: Coimbra editora, 1988.

\_\_\_\_\_. *A problemática jurídica do planejamento econômico*. Coimbra: Coimbra editora, 1985.

CALDEIRA, Jorge. *Mauá - empresário do império*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito ao ambiente como direito subjectivo. In: A tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Studia Iuridica* 81, Colloquia 13. Coimbra: Coimbra editora, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

\_\_\_\_\_. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra editora, 1982.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.141-163.

COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – RDM*. São Paulo: Malheiros, ano XXIII, n.50, abr./jun. 1983a, p.57-74.

\_\_\_\_\_. A reforma da empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – RDM*. São Paulo: Malheiros (Nova Série), v.50, abr./jun.1983b, p.57-74.

\_\_\_\_\_. Função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – RDM*. São Paulo: Malheiros, ano XXV, n.63, jul./set. 1986, p.71-79.

\_\_\_\_\_. *Aspectos jurídicos da macroempresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

\_\_\_\_\_. Controle conjunto, abuso no exercício do voto acionário e alienação indireta de controle empresarial. In: \_\_\_\_\_. *Direito empresarial, estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.21-66.

\_\_\_\_\_. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. *Revista do Conselho de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*. Brasília, ano I, dez. 1997. p.92-99.

\_\_\_\_\_. Exclusão de sócio nas sociedades por cotas de responsabilidade limitada. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – RDM*. São Paulo: Malheiros, v.25, 1976. p.39-48.

COSTA, Judith Martins. O novo código civil brasileiro: em busca da ética da situação. In: \_\_\_\_\_. *Diretrizes do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002a, p.88-168.

\_\_\_\_\_. Mercado e solidariedade social – entre cosmos e táxis: a boa fé nas relações de consumo. In: \_\_\_\_\_. *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002b, p. 611-661.

\_\_\_\_\_. *A boa fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. O novo código civil brasileiro: em busca da ética da situação. In: \_\_\_\_\_. *Diretrizes do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.88-168.

COUTO E SILVA, Clóvis do. O princípio da boa fé no direito civil brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de. *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1977. p.39-73.

DEANE, Phyllis. *A evolução das idéias econômicas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1980.

DENIS, Henri. *História do pensamento econômico*. Tradução de Antônio Borges Coelho. Lisboa: Horizonte, 1978.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

- DESAI, Megnad. *Economia marxista*. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.
- \_\_\_\_\_. *Teoria marxista*. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.
- DÍAZ, Elias. *Estado de derecho y sociedad democrática*. 8. ed. Madrid: Tarus, 1988.
- DILLARD, Dudley. *A teoria econômica de John Maynard Keynes*. São Paulo: Pioniera, 1982.
- DUGUIT, Leon. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*. Buenos Aires: Heliasta S.R.L, [s.d].
- FEIJÓ, Ricardo. *História do pensamento econômico*. São Paulo: Atlas, 2001.
- FERRARESE, Maria Rosaria. Il mercato ed i suoi significati. In: \_\_\_\_\_. *Diritto e mercato*. Torino: Giappichelli, 1992, p.17-76.
- FURTADO, Emanuel. Princípios e hermenêutica do direito constitucional. *Revista Nomos - Revista do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFC*. Fortaleza, n. 25, jan./jun. 2008, p.35-50.
- GALBRAITH, John Kenneth. *O novo estado industrial*. 2 ed. São Paulo: Pioneira, 1978.
- \_\_\_\_\_. *Economics in the industrial state: science and sedative economics as a system of belief in The American Economic Review (papers and proceedings)*, v. LX, n.2, maio 1970.
- \_\_\_\_\_. *O pensamento econômico em perspectiva – uma história crítica*. São Paulo: Pioneira/Universidade de São Paulo, 1989.
- GIUFFRÈ, Felice. *La solidarietà nell'Ordinamento costituzionale*. Milano: Giuffrè, 2002.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GRAU, Eros. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- \_\_\_\_\_. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GUIMARÃES, Leonardo. Exclusão de sócio em sociedades limitadas no novo código civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – RDM*. São Paulo: Malheiros (Nova Série), ano XLII, v.129, jan./mar. 2003, p.108-120.
- HOUTTE, Jean van. *Sociétés privées à responsabilité limitée*. Bruxelles: Larcier, 1989.
- HUGON, Paul. *História das doutrinas econômicas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

HUNT, E. K; SHERMAN, H. J. *História do pensamento econômico*. Petrópolis: Vozes, 1985.

IRTI, Natalino. *Letà della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1999.

\_\_\_\_\_. *L'Ordine iuridico del Mercato*. Bari: Laterza, 2001.

LEKACHMAN, Robert. *Teoria geral de Keynes: trinta anos de debates*. São Paulo: Ibrasa, 1968.

MARX, Karl. *O capital*. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 1964. 6 v.

\_\_\_\_\_; ENGELS, Friedrich. *Manifesto comunista*. Tradução de Maria Arsênio da Silva. São Paulo: Nova Stella, 1980.

POLANYI, Karl. *A grande transformação*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

\_\_\_\_\_; ARENSBERG, C. (Org.). *Les systèmes économiques dans l'histoire et dans la théorie*. Paris: Librairie Larousse, 1975.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e meio ambiente na perspectiva do direito constitucional comparado. In: \_\_\_\_\_. *Princípios de direito ambiental – na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.33-50.

VIDIGAL, Geraldo. *A ordem econômica. A Constituição brasileira – 1988 – Interpretações*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

WEBER, Max. *História geral da economia*. Traduzido por Klaus Von Puschen. São Paulo: Centauro, 2006.

\_\_\_\_\_. *Economy and society*. Berkeley: University of Califórnia Press, 1978. v.I.