

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 31

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Julho / Dezembro de 2022

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

EDITORES: Sérgio Campinho (Graduação, UERJ, Brasil) e Mauricio Moreira Menezes (Doutor, UERJ, Brasil).

CONSELHO EDITORIAL: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (Doutor, UERJ, Brasil), Ana Frazão (Doutora, UNB, Brasil), António José Avelãs Nunes (Doutor, Universidade de Coimbra, Portugal), Carmen Tiburcio (Doutora, UERJ, Brasil), Fábio Ulhoa Coelho (Doutor, PUC-SP, Brasil), Jean E. Kalicki (Doutor, Georgetown University Law School, Estados Unidos), John H. Rooney Jr. (Doutor, University of Miami Law School, Estados Unidos), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Doutor, Universidade de Coimbra, Portugal), Luiz Edson Fachin (Doutor, UFPR, Brasil), Marie-Hélène Monsérié-Bon (Doutora, Université Paris 2 Panthéon-Assas, França), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (Doutor, USP, Brasil), Peter-Christian Müller-Graff (Doutor, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Alemanha) e Werner Ebke (Doutor, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Alemanha).

CONSELHO EXECUTIVO: Carlos Martins Neto (Doutorado em andamento, UERJ, Brasil) e Mariana Pinto (Doutora, UERJ, Brasil). Guilherme Vinseiro Martins (Doutorado em andamento, UFMG, Brasil), Leonardo da Silva Sant'Anna (Doutor, FIOCRUZ, Brasil), Livia Ximenes Damasceno (Mestre, Centro Universitário Christus, Brasil), Mariana Campinho (Mestre, Columbia Law School, Estados Unidos), Mariana Pereira (Pós-graduada, UERJ, Brasil), Mauro Teixeira de Faria (Doutorado em andamento, UERJ, Brasil), Nicholas Furlan Di Biase (Mestrado em andamento, UERJ, Brasil) e Rodrigo Cavalcante Moreira (Mestre, UERJ, Brasil).

PARECERISTAS DESTES NÚMEROS: Carlos Eduardo Koller (Doutor, PUC-PR, Brasil), Fabrício de Souza Oliveira (Doutor, UFJF, Brasil), Fernanda Versiani (Doutora, UFPA, Brasil), Filipe Medon (Doutorado em andamento, UERJ, Brasil), Gerson Branco (Doutor, UFRS, Brasil), Jacques Labrunie (Doutor, PUC-SP, Brasil), Marcelo Lauar Leite (Doutor, UFRSA, Brasil), Maíra Fajardo (Doutorado em andamento, UFJF, Brasil), Pedro Wehrs do Vale Fernandes (Doutorado em andamento, UERJ, Brasil), Raphaela Magnino Rosa Portilho (Doutora, UERJ, Brasil), Ricardo Villela Mafra Alves da Silva (Doutor, UERJ, Brasil), Rodrigo da Guia Silva (Doutor, UERJ, Brasil), Thalita Almeida (Doutora, UERJ, Brasil), Vitor Butruce (Doutor, UERJ, Brasil) e Uinie Caminha (Doutora, UNIFOR, Brasil).

Contato: Av. Rio Branco, nº 151, grupo 801, Centro – Rio de Janeiro-RJ. CEP: 20.040-006. E-mail: rsde@rsde.com.br ou conselho.executivo@rsde.com.br. Telefone (21) 3479-6100.

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — n° 31 (julho/dezembro 2022)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)



Obra Licenciada em Creative Commons
Atribuição - Uso Não Comercial - Compartilhamento
pela mesma Licença

O DIREITO HUMANO DE ACESSO AOS MERCADOS¹

THE HUMAN RIGHT TO THE MARKET ACCESS

*Rodrigo de Oliveira Botelho Corrêa**
*Niedja de Andrade e Silva Forte dos Santos***

Resumo: O artigo tem por objetivo lançar luz sobre a importância para os direitos humanos de os ordenamentos jurídico-sociais tutelarem direitos que ampliem, ou pelo menos não reduzam, o acesso das pessoas ao mercado, visto como ambiente em que trocas de bens e serviços, são realizadas orientadas pela lei da oferta e da procura. Utilizando o método da revisão bibliográfica e apoiando-se em doutrinas econômicas, jurídicas e sociais, o estudo evidencia que as políticas públicas devem idealmente ser guiadas pela tutela do direito humano ao mercado.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Liberdades económicas. Estado Social. Acesso ao mercado.

Abstract: The article aims to shed light on the importance for human rights of legal and social systems protecting rights that expand, or at least do not reduce, people's access to the market, seen as an environment in which exchanges of goods and services are carried out guided by the law of supply and demand. Using the bibliographic review method and relying on economic, legal and social doctrines, the study shows that public policies should ideally be guided by the protection of the human right to the market.

¹ Artigo recebido em 27.11.2022 e aceito em 14.12.2022.

* Doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: botelhocorrea@yahoo.com.br

** Investigadora bolsreira no Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra Investigadora no Centro de Administração e Políticas Públicas da Universidade de Lisboa; doutoranda em direito empresarial pela Universidade de Coimbra. E-mail: niedjaandrade@uol.com.br

Keywords: Human rights. Economic freedom. Social State. Market access.

Sumário: Introdução. 1. Viragem do feudalismo para o capitalismo. 2. O acesso aos mercados como direito humano: uma ponte para a dignidade. 3. A percepção inicial sobre o mercado. 4. As falhas de mercado. 5. A tutela de acesso ao mercado. 6. Economia mista. 7. O pensamento de Anthony B. Atkinson. Conclusão.

Introdução.

Este estudo visa a provocar reflexões sobre a importância, para os direitos humanos, de os ordenamentos jurídico-sociais tutelarem direitos que ampliem ou, pelo menos, não reduzam, o acesso das pessoas ao mercado, visto como ambiente em que trocas de bens e serviços são realizadas orientadas pela lei da oferta e da procura.

Conquanto existam enunciados normativos que disponham sobre direitos e deveres de ordem econômica, a temática não é comumente abordada no âmbito da teoria dos direitos humanos nem do direito econômico. Provavelmente, isso acontece porque esses enunciados por vezes se chocam tanto semanticamente quanto em termos pragmáticos, afinal não é fácil conciliar liberdade, igualdade e solidariedade.

De fato, a tutela do ambiente do mercado – o qual reúne uma miríade de interesses divergentes – é uma tarefa complexa. Ela envolve o choque entre vários princípios, como, de um lado, os da livre-iniciativa, da livre-concorrência, da autonomia da vontade e, do outro, a tutela do mercado com a supressão de suas falhas.

O trabalho foi estruturado em pesquisa jurídico-teórica de cunho bibliográfico e documental. Ele está dividido em sete seções. A

primeira trata da mudança dos paradigmas do feudalismo para o capitalismo; a segunda apresenta o argumento central deste estudo, que é o acesso aos mercados como direito humano, oferecendo uma ponte para a dignidade; a terceira versa sobre a concepção inicial de mercado; na quarta seção são enfrentadas as chamadas “falhas de mercado”; a quinta seção dispõe sobre a tutela do acesso ao mercado; a sexta trata da chamada economia mista; na sequência, apresentam-se algumas considerações sobre a obra *Inequality*, de Anthony B. Atkinson, que versa sobre aspectos fundamentais para a problemática. Conclui-se com reflexões finais sobre a temática central.

1. Viragem do feudalismo para o capitalismo.

Para se compreender a importância do tema abordado neste estudo, é necessário situá-lo na História. A concepção atual de pessoa humana, que alcança indivíduos de qualquer idade, sexo, etnia, credo e orientação política é recente e está relacionada com a formação de estruturas que permitem trocas orientadas pela lei da oferta e da procura.

Os últimos 200 anos trouxeram mudanças estruturantes muito significativas para a sociedade. Especialmente na Europa, o movimento migratório para as cidades, o renascimento do comércio e o florescimento da indústria resultaram no surgimento de relações sociais amparadas em novos conceitos, que romperam com costumes arraigados.

Antes disso, as estruturas sociais mais relevantes eram a família nuclear, a família estendida e a comunidade local.² Grande parte das necessidades individuais eram satisfeitas no bojo dessas estruturas. Nem sempre isso ocorria por meio de trocas orientadas pela lei

2 HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: Uma breve história da humanidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2020. p. 376.

da oferta e da procura. Satisfaziam-se essas necessidades³ pelo temor de sofrer represálias dos mais variados matizes ou mesmo pelo espírito de colaboração, o que levou alguns estudiosos a sustentarem ter havido nessa época um “comunismo agrário”.⁴

Muitas dessas sociedades eram divididas em estamentos ou classes, que, por seu turno, possuíam prerrogativas e deveres, que buscavam atender suplementarmente os diversos interesses daquele grupo social. Eram sociedades orgânicas, nas quais os indivíduos eram tratados como parte integrante de um tecido social. A poucos eram reconhecidos direitos. Os deveres eram impostos às famílias e não aos indivíduos que as integravam.

O elemento fundamental de ligação dessas estruturas era a terra. Era dela que se extraía o sustento e era por ela que se lutava. Logo, as relações de domínio e poder eram fundadas essencialmente nesse elemento patrimonial. À medida que pessoas migraram para cidades, esses elos foram se enfraquecendo. Nas cidades, não era a propriedade de terra nem as relações de poder que distinguiam as pessoas. Na ausência desses elementos de força e domínio, a propriedade e a organização dos meios de produção, assim como a acumulação de bens tornaram-se as formas de as pessoas se distinguirem uma das outras. Surge, assim, uma classe nova, que não tinha terra nem era unguida, mas produzia bens e serviços que eram consumidos pelas outras classes: a burguesia.

A aliança entre reis e essa nova classe foi o que conduziu à formação dos Estados nacionais. Com isso, o poder dos senhores feudais esvaeceu. Como contraponto, avançaram as ideias liberais e, finalmente, a burguesia ascendeu como classe social e politicamente dominante. Na busca de mais espaço para comercializar, as fronteiras

3 Cf. WEBER, Max. *História Geral da Economia*. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1963. p. 29-120.

4 LAVELEYE, Émilie de. *De la propriété et de ses formes primitives*. Paris: Alpha Editions, 2020. passim.

dos Estados se expandiram dando ensejo ao imperialismo. Não foi esse movimento, entretanto, que trouxe o humanismo para o centro das relações sociais e jurídicas. Pelo contrário. Abusos inacreditáveis – como a escravidão - foram cometidos e considerados legítimos.

O caminho para que todo o indivíduo passasse a ser considerado como uma pessoa e, portanto, tivesse direitos e deveres iguais foi acidentado. O liberalismo, fulcrado nos institutos da propriedade privada e do contrato, lançou os alicerces para a formação dos mercados, tendo superado valores e ideias medievais que atravancavam a integração económica dos indivíduos⁵. Isso, entretanto, não foi suficiente para que os direitos humanos passassem para o palco principal. Somente após as Grandes Guerras, quando então o imperialismo se esmaeceu, que os Estados, norteados pelos princípios do *rule of law* e do *welfare state* trouxeram o indivíduo para o centro do sistema. A partir de então todo e qualquer indivíduo passou a ser visto como pessoa humana e, como tal, titular de direitos e deveres irrenunciáveis.

2. O acesso aos mercados como Direito Humano: uma ponte para a dignidade.

Nessa conjuntura, os direitos humanos passam a ser com-

5 Como registra Fábio Nusdeo, “[o]peracionalizar a liberdade como fundamento para a organização do Estado implicou superar e eliminar uma série de crenças e de peias que tolhiam o homem e suas iniciativas. Implicou, sobretudo, um voto de confiança no discernimento dele, homem, visto como senhor do seu destino e construtor de sua felicidade na terra, sem que o soberano, o Estado, a Igreja ou organizações diversas a que estivesse compulsoriamente atado viessem a lhe determinar o caminho a seguir. Daí o culto não apenas à liberdade, mas ao seu corolário lógico, o racionalismo, ou seja, a capacidade de realizar opções ditadas não pela religião, pela magia, ou pela tradição, mas por critérios decorrentes de uma visão científica do mundo ou pelo menos embasada numa observação metódica e objetiva dos fatos, quer da vida natural quer da vida social. Denso de simbolismo, nesse sentido, o ato dos revolucionários franceses de entronizar na catedral de *Notre Dame* o culto à deusa Razão (NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução do Direito Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 124).

preendidos como o “conjunto de direitos que pertencem a um indivíduo enquanto ser humano e se impõem (essencialmente) a todas as autoridades públicas, na medida em que estas são obrigadas a respeitá-los”, constituindo “precioso meio de defesa direta do indivíduo contra o Estado”.⁶ Há uma correspondência imediata entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, sendo os primeiros vinculados a ordens constitucionais nacionais⁷ enquanto os segundos têm apelo universal e raízes no direito internacional”, sendo a Declaração Universal dos Direitos Humanos a principal fonte jurídico-internacional dos direitos humanos.

Na esteira da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada, em 10 de dezembro de 1948, pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, à pessoa humana, como indivíduo que nasce livre e igual em dignidade e direitos (artigo 1º), deve ser assegurado o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal (artigo 3º), o que deve ser dar conforme um

padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Os instrumentos que a sociedade pós-moderna utiliza para alcançar esses horizontes são o Estado democrático de direito e o mercado. Eles são tão importantes, que há quem sustente que sem eles, a noção de indivíduo não existiria.⁸

6 FIGUEIREDO, Eduardo António da Silva. *O princípio anticorrupção e o seu papel na defesa e efetivação dos direitos humanos*. Jundiaí: Editora Brasília, 2019. p. 23.

7 MACHADO, Jónatas E. M.; COSTA, Paulo Nogueira; HILÁRIO, Esteves Carlos. *Direito constitucional angolano*. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 164.

8 Para Harari, “[o] Estado e o mercado são a mãe e pai do indivíduo, que só pode sobreviver

É certo que uma pessoa não consegue viver sozinha. Ainda que ela tivesse atributos que permitissem isso, a sociedade tal como está estabelecida não deixaria espaço para que o um fato desse se prolongasse por muito tempo. Por outro lado, a sociedade moderna incentiva o individualismo. Seja livre, afinal todos somos iguais, mais seja também solidário. Essa dicotomia – necessidade de interação e individualismo – deságua em uma solução: o mercado. É nesse ambiente que os indivíduos interagem para obterem uns dos outros bens e serviços que permitam-lhes sobreviver com prazer e bem-estar, o que corresponde ao que J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira denominam “direitos de quarta geração”.⁹ Logo, para que a pessoa tenha dignidade, é preciso que ela tenha acesso ao mercado, caso contrário ela não conseguirá interagir economicamente, o que afetará não só a sua dignidade, mas a sua própria subsistência.

3. A percepção inicial sobre o mercado.

De acordo com a visão liberal, os indivíduos deveriam ser livres para tomar suas decisões quanto à administração dos bens escassos. Os pensadores que a acolheram defendiam que o homem, por sua natureza, sempre tomaria decisões de maneira racional. Os bens de produção e os insumos seriam aplicados no processo industrial e no comércio de forma eficiente, assim como o consumo seria orientado por critérios eminentemente racionais. A racionalidade que está por trás dessas decisões seria de cunho hedonista. Desse modo, todo indivíduo procuraria extrair o máximo das funcionalidades dos bens, com vistas à satisfação de seus desejos, o que provocaria o aumento da sensação de bem-estar¹⁰. Essa percepção foi bem caracterizada

graças e ele” (HARARI, Yuval Noah, *Op. Cit.*, p. 379)

9 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Vol I. 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 294.

10 YAZBEC, Otávio. *Regulação do mercado financeiro e de capitais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 10.

por Adam Smith, quando tratou, na sua obra mais famosa, do princípio que dá origem à divisão do trabalho, nos seguintes termos:

A divisão do trabalho, da qual resultam tantas vantagens, não procede originalmente da sabedoria humana, que prevê e projeta essa riqueza geral a que dá origem. É antes a consequência necessária, embora muito lenta e gradual, de uma certa propensão na natureza humana que não almeja uma utilidade tão abrangente: a propensão a cambiar, permutar e trocar uma coisa pela outra. [...] o homem quase sempre precisa da ajuda de seus semelhantes, e seria vão esperar obtê-la somente da benevolência. Terá maiores chances de conseguir o que quer se puder interessar o amor-próprio deles a seu favor e convencê-los de que terão vantagem em fazer o que deles pretende. Todos os que oferecem a outro qualquer espécie de trato propõem-se fazer isso. Dê-me aquilo que eu desejo, e terás isto que desejas, é o significado de todas as propostas desse gênero e é dessa maneira que nós obtemos uns dos outros a grande maioria dos favores e serviços de que necessitamos. Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro e do padeiro que esperamos o nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelos próprios interesses. Apelamos não à humanidade, mas ao amor-próprio, e nunca falamos de nossas necessidades, mas das vantagens que eles podem obter.

[...]

Na medida em que é por acordo, por troca e por compra que obtemos uns dos outros a maior parte dos serviços mútuos dos quais necessitamos, é essa mesma propensão para a troca que originalmente leva à divisão do trabalho.¹¹

11 SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. São Paulo: Martins Fontes, 2020, v. 1. p. 18-20.

Como todo indivíduo buscaria o melhor para si, os negócios realizados no bojo do mercado provocariam aumento de bem-estar para todas as partes, já que ninguém sairia perdendo. Quando em situação de equilíbrio econômico, nenhuma das partes aceitaria um negócio em que saísse [ou que acreditasse que estivesse] perdendo.

Esses pressupostos refletem as crenças típicas do século XIX sobre o ser humano, influenciadas por um momento de prosperidade econômica decorrente de desdobramentos da Revolução Industrial. Todavia, eles não se revelaram reais.

Não há dúvida que o liberalismo político e o liberalismo econômico caracterizaram um importante rompimento com um passado medieval. Eles propiciaram o aumento da riqueza e de sua circulação, além do controle do poder. Todavia, o choque entre capital e trabalho¹² deixou muito evidente que a lógica liberal clássica do mercado, calcada em uma liberdade meramente formal, não era suficiente para assegurar a tão entoada liberdade do indivíduo.¹³

Em reação ao exacerbado formalismo e individualismo do Estado liberal, surgiram várias correntes doutrinárias. O socialismo utópico de Robert Owen, Saint-Simon, Charles Fourier e Pierre-Joseph

12 “A antinomia Estado-sociedade, proveniente da falsidade da ideologia burguesa, já não pode, assim, em suas vestes formais, dissimular o holocausto social da liberdade. Um holocausto que teve por vítima maior a classe obreira, o chamado quarto estado ou proletariado, segundo a linguagem da revolução das massas, linguagem hoje um tanto arcaizada, de inspiração no marxismo-leninismo” (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 15).

13 “No Estado Liberal [...] 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 das 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” (COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 6.)

Proudhon, que pregava a reforma social por meio da reestruturação da sociedade e de suas instituições. O socialismo científico de Karl Marx e Friedrich Engels, que cunhou a teoria do materialismo histórico – contrária ao idealismo de Friedrich Hegel – segundo o qual o homem é fruto da História e que esta é esculpida pela intervenção humana por meio do trabalho. Essa corrente filosófica defende o rompimento com as estruturas do sistema produtivo capitalista, o que deveria se dar mediante a luta de classes e pela abolição da propriedade privada. Destacam-se ainda o positivismo sociológico de Auguste Comte e a sua teoria da solidariedade social, a obra de Émile Durkheim, notadamente o seu *A Divisão do Trabalho*, e o social-liberalismo de John Stuart Mill.

A experiência socialista e, sobretudo, o Estado social transformaram aquele modelo liberal. Conquanto ele ainda esteja baseado nos aventados institutos do contrato e da propriedade privada, não se pode mais admitir esses direitos como absolutos e desvirtuados das suas respectivas funções sociais.

O constitucionalismo e o reconhecimento dos direitos humanos somaram-se, portanto, ao Estado e ao mercado como catalisadores das mudanças estruturais da sociedade. O fim do imperialismo, com o surgimento de mais Estados independentes, e a globalização contribuíram para o fortalecimento dessas estruturas, uma vez que se tornou necessário desenvolver novos mercados que fossem suportados por esses pilares. Surgiu, ademais, a escola da nova economia institucional, que admite ter o direito a missão de encontrar as soluções para as falhas de mercado.

4. As falhas de mercado.

A estrutura prevista ou imaginada para o funcionamento do mercado pode não corresponder àquela concretamente verificada na maioria dos mercados. Os tão propalados automatismo e adaptabilidade às condições mutantes dos agentes de mercado, que os leva-

riam a tomar decisões muito céleres, quase automáticas, e que sempre influenciariam a tomada de decisão, nem sempre observam a racionalidade esperada. Existem, de mais a mais, outras circunstâncias que afetam o regular funcionamento do mercado, pelo menos da forma como se imaginou que ele deveria funcionar. A existência dessas falhas de mercado seria, então, a principal justificativa para a intervenção estatal, destinada à sua correção ou à criação de sucedâneos para aquele mercado com falhas.¹⁴

A doutrina¹⁵ costuma identificar 6 (seis) espécies de “falhas de mercado”. Essas “falhas” nada mais são do que certos aspectos da realidade econômica, que simplesmente foram desconsiderados pelos precursores do aventado modelo liberal de mercado. Sucede que esses fatores são reais e, obviamente, produzem efeitos, que são sentidos pela sociedade. Sem embargo, esses efeitos não foram previstos no citado modelo de mercado, circunstância que, no mais das vezes, trouxe efeitos ruins. Seriam estas falhas: (i) de mobilidade; (ii) de transparência; (iii) de estrutura; (iv) de sinal; (v) de incentivo; (vi) os chamados “custos de transação” e (vii) o custo da corrupção.

Essas falhas de mercado, de um modo geral, indicam que a premissa adotada pelo liberalismo econômico de que o indivíduo reage racional e automaticamente aos impulsos econômicos, para extrair, de forma eficiente, as melhores funcionalidades dos bens e serviços, provocando, assim, o aumento de seu bem-estar, não está totalmente correta. A racionalidade humana é limitada. Consequentemente, as decisões não são tomadas de forma plenamente esclarecida, sendo influenciadas por vários aspectos.¹⁶

14 CORRÊA, Rodrigo de Oliveira Botelho. *O princípio da reparação integral do dano causado à atividade negocial*. Berlin: Novas Edições Acadêmicas, 2015. p. 76.

15 Para os fins deste estudo, será utilizada a classificação dada por Fábio Nusdeo nas suas obras *Fundamentos para uma codificação do direito econômico* e *Curso de Economia: Introdução do direito econômico*.

16 Sobre o ponto, cf. THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019. *passim*.

5. A tutela de acesso ao mercado.

Não só a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, como muitas constituições reconhecem que os direitos humanos têm também uma feição econômica. Uma pessoa não consegue alcançar uma vida digna, se ela não consegue acessar o mercado para obter recursos que assegurem a sua subsistência.

Como mencionado, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, prevê, por exemplo, que “todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”. O trabalho é exercido em um mercado, o chamado “mercado de trabalho”. É nesse ambiente que se oferece trabalho a pessoas que o demandam. Esse trabalho, segue a Declaração Universal, deve ser remunerado da forma justa, não sendo cabível distinguir quando realizado igual trabalho. Deve ser assegurada, ainda, a liberdade de organização sindical, o que é justificado como forma de equilibrar as relações entre empregador e empregados.

Para se oferecer trabalho é preciso alguma qualificação. Em uma sociedade cada vez mais tecnológica, o conhecimento é imprescindível para se obter trabalho. Não por outro motivo, a Declaração Universal dispõe que “[t]odo ser humano tem direito à instrução”. A educação é tratada como bem elementar de uma sociedade, tanto que ela deverá ser oferecida gratuitamente, ou seja, caberá ao Estado, pelo menos nos graus elementares e fundamentais, assegurar que todos tenham instrução, ainda que não tenham condições de pagar por isso. Isso engloba a formação profissional, que deverá ser acessível a todos, e a instrução superior, que deve ser baseada no mérito.

Além de oferecer instrução – que seria o elemento básico para o acesso ao mercado – o Estado também não deve colocar obstáculos ao exercício das liberdades individuais, o que inclui as de natureza econômica. Assim, estabelece o artigo 29 da Declaração Universal dos Direitos Humanos que “[t]odo ser humano tem deveres para com

a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível”. Avança dispondo ainda que “[n]o exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática”.

Percebe-se, assim, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos entende como ilegítima a intervenção no domínio econômico, quando esta não tiver como fundamento a proteção e o respeito a direitos e liberdades ou a proteção de um interesse público.

6. Economia mista.

Como forma de alcançar esses objetivos, as constituições de Estados democráticos têm previsto a possibilidade de ser adotado um modelo de economia mista. Esse movimento é percebido com mais nitidez depois da II Guerra Mundial, como retratam Daniel Yergin e Joseph Stanislaw:

Throughout Western Europe, several broad forces shaped the mixed-economy consensus. The first was before everybody's eyes – the appalling destruction, misery, and disruption created by the war. That devastation precipitated a crisis of unprecedented proportions; never had there been a cataclysm like it. The scene, U.S. secretary of war Henry Stimson wrote in his diary, was “worse than anything probably that ever happened in the world”. Tens of millions of people were desperately short of food, many of them on the edge of starvation. The crisis could be measured by the human cost – the dead and the injured, the grim survivors, the flood of displaced persons, the

shredding of families. It also evidente in the physical destruction – the homes and factories reduced to rubble, agriculture and Transportation disrupted. But there was also a devastation that was less obvious to the eye: Machinery was obsolete and worn-out; the labor force in Europe was exhausted, malnourished, and in disarray; technical skills had been dissipated. Extreme Weather, culminating in the Siberian winter of 1947, unleashed a grave crisis.¹⁷

Por esse modelo, nem todas as decisões ficam a cargo dos indivíduos reunidos no mercado. O Estado participa dessas decisões, não só pela adoção de políticas públicas de planejamento e regulação, como pela atuação direta na economia.

O Estado passou então a assumir, direta ou indiretamente, postos-chave da economia. Foi exatamente na viragem do Estado Liberal para o Estado Social que a associação de capitais privados e públicos se fez mais sensível. A doutrina defendida pelos fisiocratas, segundo a qual o Estado deveria se limitar a assegurar os direitos individuais, de maneira que os indivíduos fossem livres para tomar as decisões quanto à administração dos bens escassos, perdeu força em decorrência, sobretudo, do conflito entre capital e trabalho, das crises financeiras e das Grandes Guerras ocorridas na primeira metade do século XX. O Estado abandonou a posição passiva quanto à economia e passou, ele próprio, muita vez em associação com capitais privados, a atuar diretamente no mercado.

Essa nova postura não esteve livre de críticas e de desacertos. O agigantamento do Estado trouxe consequências ruins, em especial no tocante às finanças públicas e à concorrência. Isso despertou, principalmente após a crise mundial do petróleo, desencadeada em

17 YERGIN, Daniel; Stanislaw, Joseph. *The Commanding Heights: the battle for the world economy*. New York: Touchstone, 2002. p. 3.

1973 – e ressurgida, posteriormente, em 1979 -, quando os países-membros da OPEP (Organização dos Países Exportadores de Petróleo) decidiram reduzir o fornecimento do óleo e aumentar fortemente o seu preço, uma reação para a redução da intervenção estadual na economia. O chamado Consenso de Washington foi o gatilho que disparou o processo de profunda mudança macroeconômica. Ele se deu, mormente, por meio da privatização ou desestatização de empresas públicas, da alienação de participações em sociedades comerciais, do rompimento de monopólios legais, da delegação a particulares da execução de serviços públicos e atividades econômicas de interesse público, da desregulamentação de atividades econômicas.

Nada obstante, na conjuntura atual, ainda se observa a atuação do Estado na economia. Por mais que essa tenha sido em alguma medida reduzida, ela ainda se faz presente e é fortemente sentida, principalmente quando age como regulador.

É sob essa perspectiva que o direito humano de acesso ao mercado deve ser observado. A atuação do Estado na economia deve ser orientada por essa norma. As políticas públicas devem fomentar a formação intelectual e qualificação profissional, reduzindo as desigualdades e promovendo oportunidades para que os indivíduos acessem o mercado e satisfaçam dignamente suas necessidades.

7. O pensamento de Anthony B. Atkinson.

A experiência não tão bem-sucedida com sistemas econômicos que tinham, em princípio, compromisso com a redução ou eliminação da desigualdade alimentaram uma reação liberal. O resultado, todavia, não foi promissor. O fato de a concentração de renda e de poder econômico ter aumentado, fez com que a questão da desigualdade, notadamente no plano econômico, especialmente no que respeita à possibilidade de os indivíduos poderem aceder ao mercado em condições de realizarem trocas equilibradas, voltou a estar à frente dos debates públicos. A redução da desigualdade econômica foi

colocada como prioridade por muitos governos, inclusive pelo Fundo Monetário Internacional.

Em vista disso, políticas públicas vêm sendo pensadas e estruturadas para permitir que indivíduos em situação de maior vulnerabilidade possam participar do mercado em condições de tomar decisões que efetivamente lhes beneficiem e que tenham condição de trocar trabalho por recursos que os possibilitem viver com dignidade.

No livro *Inequality*, uma das suas últimas obras, o saudoso economista e cientista político Anthony B. Atkinson apresentou um sério diagnóstico para esse problema. Em pesquisa conspícua, amparada em dados empíricos densos e consistentes, Atkinson apontou problemas graves relacionados à desigualdade de oportunidades e de renda.

Ele inicia seu estudo alertando que não buscava eliminar todas as diferenças relacionadas ao auferimento de renda. Em outras palavras, ele não tinha o objetivo de obter uma igualdade total. Certas diferenças de renda, segundo o economista, são justificáveis. Todavia, o excesso de desigualdade não o é.

Como o estudo destaca, a literatura econômica recente, seguindo o trabalho de John Roemer e de Richard Tawney, ressalta a importância da igualdade de oportunidades. Tawney chega a afirmar que “all the people should be equally enabled to make the best of such powers as they possess”¹⁸. Ao enfrentarem o problema da desigualdade de oportunidades, essa corrente separa as situações de desigualdade em razão das circunstâncias que estão além do controle pessoal, como o fato de uma pessoa ter nascido em uma família abastada e com relações sociais relevantes, do esforço feito pelo indivíduo para se distinguir da multidão e colher os louros pela sua conduta pessoal. O objetivo dos estudiosos desse problema é o de neutralizar as circunstâncias que favorecem determinados indivíduos – seja por

18 TAWNEY, Richard *apud* ATKINSON, Anthony B., *Op. Cit.*, p. 9.

meio de medidas de compensação, como é o caso das cotas sociais e raciais, seja pela adoção de políticas de fomento e de assistência social, e até pela aplicação de normas de hermenêutica e jurisprudência voltadas para a correção de desequilíbrios nas relações jurídicas -, buscando, assim, implementar condições iniciais de igualdade de oportunidades.

Atkinson, entretanto, chama atenção para o fato de que a resolução do problema da desigualdade de oportunidades não é suficiente. Fatos supervenientes podem desequilibrar as relações sociais, trazendo novamente desigualdade excessiva e danosa. Os próprios “prêmios” que a sociedade eventualmente concede àqueles que mais se esforçam podem acarretar a quebra do equilíbrio inicial das oportunidades. Isso porque, à medida que o indivíduo acumula esses prêmios, as oportunidades que aparecem para ele tendem a aumentar, o que se dá em sentido diametralmente oposto àqueles que deixaram de ser premiados.

Consequentemente, afirma Atkinson, a redução da desigualdade deve observar dois planos. O da igualdade de oportunidades e o da proporcionalidade das rendas auferidas. A promoção da igualdade de oportunidades não é suficiente para solucionar esse problema, como defendem alguns. Isso porque, mesmo quando os indivíduos partem em condições semelhantes, circunstâncias posteriores podem desequilibrar profundamente as relações.¹⁹

A preocupação, portanto, deve ser tanto com as circunstâncias *ex ante* como com os aspectos *ex post*, até porque “[t]oday's *ex-post* outcomes shape tomorrow's *ex ante* playing field: the beneficiaries of inequality of outcome today can transmit an unfair Advantage to their children tomorrow”.²⁰

19 “Inequality of opportunity is essentially an *ex ante* concept – everyone should have an equal starting point – whereas much redistributive activity is concerned with the *ex post* outcomes” (ATKINSON, Anthony B. *Inequality*. Cambridge: Harvard University Press, 2015. p. 10).

20 *Ibidem*, p. 11.

Após identificar e delimitar o problema, Atkinson apresenta proposta de ações nos campos da propriedade intelectual - sobretudo da tecnologia disruptiva -, do trabalho e empregabilidade – como aspectos relacionados ao pleno emprego, garantia de trabalho, equidade de salários, com a adoção de políticas éticas de remuneração, que considere o combate à discriminação de gênero, raça e orientação sexual -, da acumulação de capital - em especial quando essas decorrem de expropriação de acionistas minoritários, pagamento de juros a pequenos investidores e, também, da perpetuação de poder econômico em decorrência da sucessão por morte (herança) -, tributação progressiva e ampliação do acesso e das políticas propriamente ditas de assistência social.

Não há espaço – nem esse é o objetivo – para se descrever todas as ações defendidas por Atkinson na referida obra. Pode-se, entretanto, reproduzir as quinze propostas que ele apresenta após descrever as referidas práticas. Essas são as propostas do economista para reduzir a extensão da desigualdade:

Proposal 1: The Direction of technological change should be an explicit concern of policy-makers, encouraging Innovation in a form that increases the employability of Workers and emphasises the human dimension of service provision.

Proposal 2: Public policy should aim at proper balance of power among stakeholders, and to this end should (a) introduce an explicitly distributional dimension into competition policy; (b) ensure a legal framework that allows trade unions to represent Workers on level terms; and (c) establish, where it does not already exist, a Social and Economic Council involving the social partners and Other nongovernmental bodies.

Proposal 3: The government should adopt an explicit target for preventing and reducing unemployment and underpin this ambition by offering guaranteed public employment at the minimum

wage to those who seek it.

Proposal 4: There should be a national pay policy, consisting of two elements: a statutory minimum wage set at a living wage, and a code of practice for pay above the minimum, agreed as part of a “national conversation” involving the Social and Economic Council.

Proposal 5: The government should offer via national savings bonds a guaranteed positive real rate of interest on savings, with a maximum holding per person.

Proposal 6: There should be a capital endowment (minimum inheritance) paid to all at adulthood.

Proposal 7: A public Investment Authority should be created, operating a Sovereign wealth fund with the aim of building up the net worth of the state by holdings investments in companies and in property.

Proposal 8: We should return to a more progressive rate structure for the personal income tax, with marginal rates of tax increasing by ranges of taxable income, up to top rate of 65 per cent, accompanied by a broadening of the tax base.

Proposal 9: The government should introduce into the personal income tax an Earned Income Discount, limited to the first band of earnings.

Proposal 10: Receipts of inheritance and gifts inter vivos should be taxed under a progressive lifetime capital receipts tax.

Proposal 11: There should be proportional, or progressive, property tax based on up-to-date property assessments.

Proposal 12: Child Benefit should be paid for all children at a substantial rate and should be taxed as income.

Proposal 13: A participation income should be introduced at a national level, complementing ex-

isting social protection, with the prospect of an EU-wide child basic income.

Proposal 14 (alternative to 13): There should be a renewal of social insurance, raising the level of benefits and extending their coverage.

Proposal 15: Rich countries should raise their target for Official Development Assistance to 1 per cento f Gross Nartional Income²¹.

O estudo de Atkinson revela que a preocupação com a igualdade voltou com força. As consequências de medidas de cunho estritamente liberal aumentaram de forma preocupante a desigualdade social.

É importante notar que não só os governos e a academia estão buscando lidar com esse problema; as corporações também o fazem por meio do que se tem compreendido como responsabilidade social das empresas.²² A temática, portanto, está renovada e é considerada muito relevante.

Conclusão.

Como visto, o acesso ao mercado é uma ação fundamental para que os indivíduos possam satisfazer com dignidade suas necessidades e interesses. A atuação de mercado no plano da educação, da formação profissional e atuação na economia deve ser orientada por esse princípio, de maneira que as políticas públicas possam atender e tutelar esse direito humano.

21 *Ibidem*, p. 237-238.

22 Cf. WILLIAMS, Cynthia A. Corporate Social Responsibility and Governance Governance. In: GORDON, Jeffrey N.; RINGE, Wolf-Ge org (Coord.). *The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance*. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 634-678; PARKINSON, J. E. *Corporate Power and Responsibility: Issues in the Theory of Company Law*. Oxford: Clarendon Press, 1993. p. 262-303.

Não basta assegurar oportunidades iguais. É preciso também adotar medidas que amenizem os fatos supervenientes que eventualmente atingem as trajetórias pessoais e tornem as oportunidades desiguais novamente. Conseqüentemente, nenhuma ação do Estado deve ser dirigida ao recrudescimento do poder econômico de alguns grupos, quando em detrimento de outros que podem, inclusive, serem aliados do mercado. Nessa perspectiva, as políticas de assistência social, que visam ao combate à pobreza, estão fundamentadas no direito humano de acesso ao mercado, tanto quanto as políticas públicas que visam à simplificação de procedimentos fiscais, a redução da burocracia, a defesa da livre-concorrência com o combate às práticas consideradas nocivas a esse bem jurídico.²³

Em resumo, qualquer ação que procure equilibrar as forças no mercado e que permitam que as pessoas possam acessar esse ambiente para realizar trocas justas atende ao direito humano de acesso ao mercado.

23 COUTINHO DE ABREU, Jorge M. Aspectos do Direito Económico da União Europeia (Apostamentos Propósito do Diálogo U.E. Mercosul). *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, n. 74, p.705-728, 1998.

