

PROCESSO SELETIVO MESTRADO E DOUTORADO ACADÊMICO

EXEMPLOS DE MELHORES RESPOSTAS (2020-2021)

A seguir, estão indicados exemplos de provas aptas a aprovação no processo seletivo 2020-2021, segundo critérios de correção definidos pela FGV Direito SP.

Notas foram atribuídas, em escalas, de acordo com a capacidade da/o candidata/o de:

- i. Identificar corretamente os argumentos centrais dos textos obrigatórios e apresentá-los de modo claro e coerente;
- ii. Ser capaz de detalhar conceitos demandados pelas questões;
- iii. Relacionar corretamente os textos obrigatórios aos textos-base das questões, conseguindo diferenciar argumentos de autores e autoras citados/as;
- iv. Oferecer exemplos relevantes, quando requisitados, de modo articulado aos textos em discussão.

As respostas apresentadas abaixo representam apenas uma possibilidade de resposta que atende aos quesitos acima listados e articulam os textos da bibliografia e os textos de apoio de maneira adequada.

Portanto, não servem de gabarito ou modelo de resposta, mas apenas de fonte de apoio para o estudo e compreensão sobre a qualidade de resposta às questões apresentadas esperada no processo seletivo.

Além disso, informamos que para o processo seletivo 2020-2021 foram disponibilizadas 3 questões, devendo o candidato selecionar 2 para resposta, sendo este o formato do processo seletivo especificamente no ano indicado, podendo ser alterado livremente em anos subsequentes (bem como a bibliografia obrigatória).

Para cada questão são apresentadas duas respostas, uma fornecida por um/a corretor/a do Programa e uma apresentada por um/a candidato/a, de forma anonimizada sem revisões ou alterações.

QUESTÃO 1

Enunciado:

“Many regard coronavirus as bringing about a profound withdrawal into a bounded nation, home, family, or self. In fact it has turned us inside out, fostering unprecedented global cooperation among medical researchers, inspiring thousands of small mutual aid networks, forcing banks to suspend debt collections and punitive credit ratings, forcing neoliberalized states to provide income floors, forcing an incarceration system to release prisoners, and revealing everywhere the necessity of sharing over hoarding, provisioning over contracting, sheltering over abandoning populations. Above all, coronavirus has surfaced the care economy, broadly construed, as indispensable, and the perfidy and plunder of most other capitalist extraction and production as largely superfluous. It has elevated the value of the underpaid, undervalued, and disproportionately nonwhite and female medical workers, farm workers, food workers, pharmacists, sanitation workers, grocery store employees, truck drivers, plumbers and electricians, home health-care workers, janitors, infrastructure maintenance workers, mass transit operators, social service workers, teachers, and caregivers of every kind. As exhausted health workers keep bodies alive, the creatives — musicians, artists, poets, and storytellers — lift and soothe spirits. Science writers translate the discoveries, trajectories, and unknowns; journalists worthy of the name keep rumors and conspiracies at bay, explain new policies, count and name the dead. Of course we miss baristas and bartenders, crossing guards and athletes, but what the pandemic-stricken-world is not missing is the work of investment bankers, corporate event planners, day traders, marketing and advertising specialists, insurance managers, real estate developers, actuaries, lawyers, or that sorry breed known as influencers. It is also not missing most

capitalist commodity production. We need ventilators for the sick, PPE for active workers, and food and shelter for the rest. We need what comes from the bottom of the economic system, not the top.”

Trecho de BROWN, Wendy (2020). From Exposure to Manifestation.

Fonte: lareviewofbooks.org/article/quarantine-files-thinkers-self-isolation/#_ftn4

No trecho destacado acima, Wendy Brown narra o que seriam revelações trazidas pela atual pandemia do coronavírus. Para a autora, a recente situação evidenciou necessidades sociais que, de certo modo, subvertem a hierarquia de valores das sociedades capitalistas estratificadas. Atividades e profissões usualmente subvalorizadas na organização da economia passam a se apresentar como essenciais para o convívio em sociedade. Ao passo que atividades e profissões prestigiadas em tempos anteriores mostram-se supérfluas no novo contexto. Entre as últimas, Brown cita os/as advogados/as.

Ao tratar da pandemia, Wendy Brown procura refletir sobre seus efeitos nas desigualdades de sociedades contemporâneas, em especial, quando faz menção à chamada *care economy*, constituída por um tipo de trabalho “mal pago, desvalorizado e desproporcionalmente não branco e feminino”. Katherine T. Bartlett (1990), por sua vez, propõe um “método de teoria feminista do direito” voltado a “examinar o que está abaixo da superfície do direito, verificando implicações de gênero”; isto é, como o direito reproduz a marginalização de certos grupos sob a aparência de neutralidade de suas normas. Como as três etapas da formulação da questão da mulher, descrita por Bartlett, podem auxiliar na compreensão de desigualdades mencionadas por Brown? Busque ilustrar a resposta com exemplos desvelados pela pandemia, sob uma perspectiva jurídica.

Exemplos de Resposta:

1. Corretor/a da Prova

O texto de Wendy Brown retrata como a COVID-19 subverteu a lógica aparentemente neutra de atribuição de valor a atividades da economia capitalista em detrimento do que ela chama de ‘economia do cuidado’. A crise da pandemia colocou no centro o trabalho essencial – e muitas vezes invisibilizado – de populações como mulheres, não-brancos e outras minorias. O texto de Bartlett convida à subversão semelhante da ordem jurídica. Em sua visão, ao interpretar o direito, é preciso perguntar como certa norma trata grupos marginalizados, ainda que a norma aparente ser neutra. Bartlett propõe uma nova forma de apreensão da verdade, de valoração de evidências, de verificação das estruturas de poder juridificadas. Seu método focaliza os obstáculos criados pelo direito que excluem ou dificultam o acesso de mulheres a certas posições por atribuir papéis supostamente naturais a elas.

A formulação da questão da mulher pergunta se as mulheres foram excluídas, em que sentido e como corrigir a exclusão. Ela parte do pressuposto que há normas que foram construídas e interpretadas com o gênero masculino como modelo e que as experiências e valores tipicamente associados com mulheres e outras minorias não possuem a mesma relevância. Por isso, é necessário expor, questionar e remediar tal viés nas construções dogmáticas. No entanto, não se trata de uma questão sobre a mulher propriamente e sim sobre as escolhas políticas e institucionais que contribuem para sua opressão. Trata-se de questionar o lugar da mulher na sociedade (em profissões, na família, em seu papel como provedora) e suas ramificações no direito.

O método procura “contrabalançar” as ideologias dominantes na legislação e na doutrina. Procuram desmascarar a suposta neutralidade da interpretação jurídica. Ainda assim, a autora sustenta que a divisão entre método e substância é útil desde que seja apropriada e adequada. Isto é, o método da formulação da pergunta da mulher não leva necessariamente a uma resposta substantiva positiva à mulher, mas busca forma sistemática de examinar as escolhas jurídicas feitas em cortes e em políticas públicas à luz das opressões existentes. A autora reconhece que a imposição de respostas arbitrárias seria inadequada à proposta de construção de um método.

A formulação da pergunta da mulher poderia essencializar a experiência feminina como a experiência da mulher branca que, muitas vezes, enxergou o feminismo como categoria única que refletia a sua própria existência. Para Bartlett, o método deve considerar que a experiência de outras opressões altera a própria experiência de subordinação de gênero. É preciso examinar as diferenças entre vários grupos de mulheres e opressões. Inclusive, a dificuldade de reconhecer a

opressão que não se vive (por exemplo, mulheres brancas em relação a mulheres negras, heterossexuais em relação a não-heterossexuais) torna ainda mais necessário um método sistematizado que possa captar a diversidade e a especificidade das opressões e da exclusão que provocam.

A pandemia COVID-19 expôs questões urgentes de gênero, sobretudo ao concentrar as pessoas em seus espaços domésticos, historicamente atribuídos aos cuidados das mulheres. O fechamento de estabelecimentos diversos e de escolas, ordenado por governos e municípios, atingiu de forma desigual homens e mulheres. Esse viés foi sentido no aumento da violência doméstica, por exemplo. Ao invés de naturalizá-la como parte do fatalismo da pandemia, juristas poderiam questionar, por exemplo, a falta de delegacias e abrigos de mulheres em número adequado, em horários de funcionamento adequado. Remediar pressuporia o reforço das políticas de prevenção e combate à violência doméstica.

Usar a formulação da questão da mulher também nos ajuda a desnaturalizar a neutralidade do *lockdown* em relação à alocação do trabalho doméstico e seu impacto na produtividade. A quarentena, por um lado, reforçou as duplas jornadas de trabalhos de mulheres que, além de trabalhar em casa, são usualmente responsáveis pelos cuidados de crianças, idosos e enfermos. Não por acaso, a produtividade de mulheres em áreas como ciência e pesquisa, em geral, caiu na pandemia.

Para empregadas domésticas, contingente de trabalhadoras em que há prevalência de mulheres negras, chegou-se ao absurdo de certos estados e municípios classificarem o trabalho doméstico comum como atividade essencial, expondo essas mulheres à pandemia e reforçando a desigualdade racial e de gênero que perpassa as relações domésticas. Essas regras foram denunciadas e, em parte, remediadas ao serem retiradas dos decretos de trabalhadores essenciais. No entanto, vale dizer, a formulação da questão de Bartlett joga luz na dinâmica persistente entre trabalho doméstico precarizado dando sustentáculo à ascensão de mulheres (sobretudo brancas) a outros espaços de poder sem que haja a redistribuição do trabalho e do cuidado doméstico entre homens e mulheres.

2. Candidato/a

Ao tratar de métodos jurídicos, Bartlett traça uma distinção entre os tradicionais e os feministas. Nos primeiros, há uma ênfase na previsibilidade, na certeza e na rigidez das regras. Nos segundos – que surgiram a partir da crítica de que as regras existentes super-representam estruturas de poder –, valoriza-se a flexibilidade e a habilidade de se identificarem outros pontos de vista. Entre os métodos feministas está a formulação da questão da mulher, que visa a identificar implicações de gênero em regras e práticas que, à primeira vista, podem parecer neutras ou objetivas. O método de “fazer a pergunta sobre a mulher” examina (i) como o direito deixa de levar em consideração as experiências e os valores mais típicos de mulheres do que de homens e (ii) como padrões e conceitos jurídicos podem prejudicar mulheres. Daí diversos questionamentos na esfera dos direitos de voto, do casamento, do direito de firmar contrato, entre outros exemplos apontados por Bartlett. A aplicação de tal método auxilia na compreensão das desigualdades mencionadas por Brown no contexto da pandemia do coronavírus, especialmente no que toca aos trabalhadores de serviços essenciais. Um dos critérios adotados por empregadores foi o de que trabalhadores pertencentes ao grupo de risco de Covid-19 poderiam trabalhar em sistema remoto (“home office”) ou mesmo ser dispensados durante a pandemia. Ao utilizar como critério a presença ou não de comorbidades, tal regra pode parecer neutra em termos de gênero, mas a formulação da pergunta da mulher pode ajudar a aclarar a forma como tal diretriz deixou de considerar as experiências específicas de mulheres. Cabe aqui considerar as etapas da formulação: (1) As mulheres foram levadas em consideração?; (2) Se sim, de que forma?; (3) Se não, como isso contribui para a desigualdade e pode ser corrigido? Pense-se no caso de uma funcionária de farmácia que, por não fazer parte do grupo de risco, não obteve o benefício de prestar seus serviços em regime de teletrabalho (cuidando, por exemplo, da implementação do “delivery” da empresa). Essa funcionária pode não ter comorbidades, mas é mãe solteira de uma criança, cuja escola fechou em razão da pandemia. A pessoa que se prontificava a cuidar da criança de vez em quando era a avó – mãe da funcionária –, mas ela, por ser idosa e diabética, está isolada em casa para evitar a contaminação. Uma regra que poderia parecer justa e neutra (“permite-se teletrabalho a quem integra grupo de risco de Covid-19”) deixa de considerar questões específicas da pandemia – como o fechamento de escolas e a suspensão do apoio direto de pessoas mais idosas – que afetam de maneira significativa mulheres, notadamente as responsáveis exclusivas pela criação dos filhos. Pergunta-se: uma mulher com filhos não deveria ser elegível a trabalhar remotamente, independentemente de seu estado de saúde?

Outro exemplo que pode ser citado, agora de forma positiva, é a concessão do auxílio-emergencial oferecido pelo governo federal mediante a aprovação do Congresso Nacional: embora o benefício inicial seja de R\$ 600, é de R\$ 1.200 para mulheres que tenham filhos e sejam as únicas provedoras do lar. Veja-se que o benefício governamental leva em consideração a situação específica das mães solteiras e dobra o valor da ajuda, pressupondo que a mulher neste caso não conta com o apoio de outro membro familiar, o qual poderia ser beneficiário de auxílio de R\$ 600 e, assim, complementar a renda da unidade familiar. É fato que a pandemia acabou por afetar homens e mulheres de maneira diversa: nos hospitais, por exemplo, os principais funcionários contaminados pelo coronavírus não foram os médicos – nem mesmo os responsáveis pela UTI de pacientes de Covid-19 –, mas, sim, os funcionários de outras áreas, principalmente técnicos em enfermagem e auxiliares de limpeza, mais diretamente envolvidos com as secreções de pacientes, material com alto potencial infeccioso. Ao se formular a questão da mulher, percebe-se logo que a maioria de tais funcionários consistem justamente em mulheres, muitas delas não-brancas, o que corrobora a menção de Brown a trabalhadoras mal remuneradas e subvalorizadas da área da saúde. Em síntese: ao se examinar o impacto da pandemia sobre as mulheres, pode-se recorrer à metodologia proposta por Bartlett, não só à formulação da pergunta da mulher, mas também à própria “positionality”, que concebe a verdade como situacional e parcial, situando-a no que emerge de relações específicas – de onde se extrai a máxima de Bartlett de que nenhum indivíduo é capaz de entender senão a partir de uma perspectiva limitada. Investigar as desigualdades causadas pela pandemia – seja no mercado de trabalho, seja na saúde das pessoas – exige a consideração de contexto e situação, tal como preconiza o processo racional feminista, e a adoção de um processo interativo e colaborativo (“consciousness-raising”), com ênfase à diferença e à perspectiva dos sem-poder. A verdade, afinal, jamais é total ou final.

QUESTÃO 2

Enunciado:

“Many regard coronavirus as bringing about a profound withdrawal into a bounded nation, home, family, or self. In fact it has turned us inside out, fostering unprecedented global cooperation among medical researchers, inspiring thousands of small mutual aid networks, forcing banks to suspend debt collections and punitive credit ratings, forcing neoliberalized states to provide income floors, forcing an incarceration system to release prisoners, and revealing everywhere the necessity of sharing over hoarding, provisioning over contracting, sheltering over abandoning populations. Above all, coronavirus has surfaced the care economy, broadly construed, as indispensable, and the perfidy and plunder of most other capitalist extraction and production as largely superfluous. It has elevated the value of the underpaid, undervalued, and disproportionately nonwhite and female medical workers, farm workers, food workers, pharmacists, sanitation workers, grocery store employees, truck drivers, plumbers and electricians, home health-care workers, janitors, infrastructure maintenance workers, mass transit operators, social service workers, teachers, and caregivers of every kind. As exhausted health workers keep bodies alive, the creatives — musicians, artists, poets, and storytellers — lift and soothe spirits. Science writers translate the discoveries, trajectories, and unknowns; journalists worthy of the name keep rumors and conspiracies at bay, explain new policies, count and name the dead. Of course we miss baristas and bartenders, crossing guards and athletes, but what the pandemic-stricken-world is not missing is the work of investment bankers, corporate event planners, day traders, marketing and advertising specialists, insurance managers, real estate developers, actuaries, lawyers, or that sorry breed known as influencers. It is also not missing most capitalist commodity production. We need ventilators for the sick, PPE for active workers, and food and shelter for the rest. We need what comes from the bottom of the economic system, not the top.”

Trecho de BROWN, Wendy (2020). From Exposure to Manifestation.

Fonte: lareviewofbooks.org/article/quarantine-files-thinkers-self-isolation/#_ftn4

No trecho destacado acima, Wendy Brown narra o que seriam revelações trazidas pela atual pandemia do coronavírus. Para a autora, a recente situação evidenciou necessidades sociais que, de certo modo, subvertem a hierarquia de valores das sociedades capitalistas estratificadas. Atividades e profissões usualmente subvalorizadas na organização da economia passam a se apresentar como essenciais para o convívio em sociedade. Ao passo que atividades e profissões prestigiadas em tempos anteriores mostram-se supérfluas no

novo contexto. Entre as últimas, Brown cita os/as advogados/as.

A menção de Brown a advogados/as como parte das profissões que o mundo “não está sentindo falta” por, no contexto de pandemia, “precisar do que vem da base do sistema econômico, não do topo” lhes atribui uma função não essencial. Uma tentativa de refletir teoricamente sobre o papel das/os juristas e do direito, como um todo, na conformação da economia capitalista é apresentada por Deakins et al. (2015), na qual o direito é percebido como elemento mais central, embora ambivalente. Descreva, usando as lentes do legal institutionalism, o papel do direito na conformação das relações econômicas, relendo os institutos jurídicos debatidos pelos autores (propriedade, empresa e contrato) a partir do contexto atual da pandemia.

Exemplos de Resposta:

1. Corretor/a da Prova

Nesse trecho, Wendy Brown critica a organização hierárquica da economia capitalista, que tem sido desvelada no contexto de pandemia. Em sua descrição, a autora confere destaque ao papel dos advogados na conformação do “topo do sistema econômico”, ao lado de banqueiros, contadores, especialistas em marketing, entre outros. De fato, advogados têm exercido uma função central na confecção de novos instrumentos financeiros, na elaboração de contratos, na solução de disputas corporativas, enfim, no funcionamento das atividades de grandes empresas capitalistas. Se assumirmos que esse é o único papel do direito, não estaremos distantes da visão que atribui ao direito à condição de expressão ou subproduto do poder de grupos ou classes dominantes. Contudo, regras e estruturas jurídicas têm uma natureza muito mais ampla e ambivalente.

Para o “legal institutionalism”, o direito é um elemento constitutivo da definição e do funcionamento das categorias mais elementares da economia capitalista. Deakins et al. (2015) diferenciam sua abordagem de outras que subdimensionam a importância do fenômeno jurídico em suas análises, como as abordagens marxistas e neoinstitucionalistas, o que pode auxiliar na análise do papel do direito no atual contexto. Essa distinção se torna clara quando vistos os tratamentos diversos conferidos a categorias centrais para a economia, como propriedade, contrato e empresa. Pensando na descrição feita por Brown, pode-se dizer que as condições de cada profissão são definidas contratualmente, as atuais hierarquias sociais passam pela definição da propriedade, e os limites e possibilidades da atuação das grandes empresas também se constroem juridicamente. Com as lentes do “legal institutionalism”, o fenômeno jurídico pode ser analisado em toda sua complexidade: envolve a atuação tanto do Estado (entendido como ordem pública) quanto de arranjos privados.

Essa abordagem se opõe à visão de que o direito seja epifenômeno, mero reflexo das relações econômicas. Na tradição marxista, o direito é frequentemente analisado como uma expressão secundária das relações de produção. Por esse motivo, o fenômeno jurídico é indicado como parte da “superestrutura” da economia, cuja organização e funcionamento são determinados pelas relações materiais das quais deriva propriamente a “estrutura econômica”. Deakins et al. (2015), por sua vez, sustentam que o direito é constitutivo dessas relações econômicas. Por exemplo, a demarcação entre proprietários e não proprietários, crucial para a distinção entre capital e trabalho e, portanto, à própria noção de classes, é feita a partir da categoria jurídica da propriedade. Situando-se no âmago da atual hierarquia social (e, portanto, não sendo seu mero reflexo), o direito deve ser visto como mecanismo para exercício do poder.

Contudo, a criação e implementação do direito não é apenas um instrumento a ser usado pelos ricos e poderosos. Antes disso, constitui em si um poder, pois restringe e habilita diferentes atores, em distintas posições sociais, em suas ações. No atual contexto, a definição, por exemplo, dos contornos do direito de propriedade de uma potencial vacina – em relação aos quais diversos interesses políticos e econômicos se reúnem – passa por uma formatação jurídica. Além disso, pode-se dizer que as possibilidades de transformações sociais abertas pela pandemia também exigirão a mobilização de categorias e arranjos jurídicos pelos grupos sociais que compõem a base da economia para concretizar os valores sociais emergentes, descritos por Brown.

Outro ponto central é que o “legal institutionalism” vincula explicitamente a ordem jurídica ao Estado. Divergindo de neoinstitucionalistas, os autores argumentam que o direito não é produto apenas dos costumes ou das escolhas

privadas tidas como mais eficientes. Trata-se, isto sim, de um modo de regulação dos interesses chancelado e garantido pelo Estado, para além das escolhas privadas. No atual contexto, o direito tem conformado tanto as novas políticas públicas, quanto relações privadas de diferentes grupos, constituindo não apenas o topo mas também a “base do sistema econômico”. No campo das políticas públicas, o Estado tem sido, por um lado, demandado a evitar que empresas entrem em crise e paralise a atividade econômica doméstica. Por exemplo, cobrindo parte das despesas empresariais com funcionários, renegociando dívidas privadas e criando mecanismos mais abrangentes de saneamento para empresas em situação difícil. Por outro lado, o mesmo Estado tem atuado para garantir que pessoas mantenham seus empregos, recebam auxílio emergencial durante o período de quarentena, possam ter tratamento adequado se infectadas pelo novo vírus. Como cada política tem funcionado, como diferentes atores se coordenam em torno delas, e qual seu impacto distributivo, por exemplo, podem ser analisados pelas lentes do institucionalismo jurídico.

No campo das relações privadas o direito também é crucial. Além da propriedade que, em última instância, viabiliza relações econômicas em grande escala no capitalismo moderno, outras categorias que definem as relações entre indivíduos na sociedade são desenhadas juridicamente. O contrato, por exemplo, envolve um intercâmbio de direitos de propriedade, com o qual são transferidos bens, serviços ou dinheiro. Estabelece, nesse sentido, um acordo voluntário entre duas ou mais partes com a intenção compartilhada de se criar obrigações jurídicas. Um contrato não deriva espontaneamente de trocas econômicas, visto que depende, antes, de um desenho jurídico apropriado para existir e ter eficácia. Da mesma maneira, a própria noção de empresa é uma criatura do direito. Não se trata, como dito por Coase, de um mero um feixe de contratos. A cola que mantém a empresa como unidade singular é o acordo criado juridicamente de responsabilidade conjunta entre seus membros. Por meio do direito, a empresa passa a ser reconhecida pelo Estado como uma pessoa jurídica singular, com direitos e deveres. Isso não é trivial. Por exemplo, direitos e deveres de trabalhadoras/es essenciais como médicas/os, enfermeiras/os, trabalhadoras/es do campo e outras/os são construídos legal e contratualmente. Da mesma forma, é o direito que reparte responsabilidades entre indivíduos e empresas diante do cenário de crise econômica. Em suma, o direito segue moldando o funcionamento da economia capitalista para além de seu “topo”; e qualquer transformação social em direção a uma sociedade menos hierárquica depende também de mudanças jurídicas.

2. Candidato/a

De acordo com a visão defendida no texto “legal institutionalism”, a perspectiva de Wendy Brown, que considera o Direito como instrumental e os advogados, como secundários, seria equivocada, conforme será exposto a seguir, utilizando as lentes da teoria do institucionalismo jurídico.

Para Deakins e os demais autores, na realidade, o Direito exerce função central na constituição, regulação e coordenação do funcionamento da sociedade capitalista, posto que as relações sociais e econômicas são necessariamente explicadas por meio de institutos jurídicos, principalmente a propriedade, a empresa, o contrato e a troca.

Ou seja, o Direito não é um elemento secundário e acreditar nisso é uma visão equivocada daqueles que não compreendem corretamente a natureza do Direito e a sua posição como instituição social. Marxistas e liberais cometem frequentemente esses erros, de acordo com o dito pelos autores no supracitado artigo acadêmico, porque: a) os liberais, como Hayek, tendem a ignorar uma característica fundamental do Direito e das regras jurídicas, que é o seu caráter de ordem pública, estatal, sendo que preferem a ordem privada, orientada pelo costume, que, na verdade carece de legitimidade e eficácia; b) já os marxistas, por sua vez, concebem o Direito como instrumental (não central) e compreendem mal toda a questão, na concepção do “legal institutionalism”, como por exemplo o conceito de “propriedade”, confundido por Marx com a simples posse.

Desta forma, a correta compreensão dos institutos jurídicos supramencionados é essencial, repita-se. A propriedade, por exemplo, deve ser compreendida não meramente como coisa que se submete ao domínio de uma pessoa, mas, essencialmente, em sua relação social com terceiros. Explica-se: a propriedade é um direito subjetivo individual que implica necessariamente a sua obediência por terceiros, ou seja, um dever de abstenção daqueles que não detêm o direito de propriedade, que compreende todas as formas de uso: usufruto, posse, transferência, arrendamento e outras

(não se resume à posse, exclusivamente). Assim, o Direito, como ordem pública determinada pelo Estado para regular as relações privadas, é fundamental e central para explicar a regulação e a função da propriedade no capitalismo.

Na pandemia, o direito de propriedade é bastante vivo porque existe a questão dos aluguéis sendo flexibilizados (ou não), existe a polêmica da propriedade intelectual para a criação de vacina e também no método de produção de respiradores de forma mais barata e eficiente, como efeito pela POLI-USP, e existem diversos outros impactos jurídicos deste direito no atual contexto social, que mostra como é essencial a compreensão dos institutos jurídicos e a sua delimitação, no ímpeto de sempre oferecer as melhores soluções no plano fático.

A empresa, por sua vez, também é um instituto intrinsecamente jurídico na sociedade capitalista, posto que é uma ficção jurídica (mas não é falsa) que foi construída como aparelho dos juristas para possibilitar as relações e a responsabilidade da entidade empresarial, concebida como pessoa jurídica, no mundo dos fatos. Assim, a empresa pode ter relações trabalhistas, relações com consumidores, contratos com fornecedores, relações tributárias e administrativas com o Estado, de forma independente e autônoma. Com isso, a empresa não é mera propriedade do titular ou do sócio, mas é uma personalidade jurídica autônoma. E a exata compreensão disso afasta a convencional confusão sobre o que é a empresa na sociedade capitalista.

No quadro atual, pode-se ver dissoluções empresariais, diversas recuperações judiciais em andamento no Brasil (fenômeno essencialmente jurídico), a flexibilização de salários pagos pelas empresas aos seus funcionários (expressão da relação jurídico-trabalhista e das previsões constitucionais existentes para contextos extraordinários), bem como outras questões que envolvem a entidade jurídica empresarial.

Por fim, o contrato e as relações de troca em si são questões atinentes ao pensamento jurídico, na medida em que a sua definição, a sua força cogente e o seu devido funcionamento na sociedade são dependentes do Direito como ponto central, porque se não houvesse uma ordem jurídica para fazer com que estes contratos possuíssem validade e eficácia no plano fático, tudo careceria de sentido.

Veja-se que, durante a crise sanitária e econômica oriunda da pandemia, há o questionamento das flexibilizações de validade e eficácia das relações contratuais por um fato extraordinário imprevisível: como a doutrina e a jurisprudência podem influenciar na harmonização social e econômica para que a rescisão e a quebra de contratos de diversas naturezas (locação, fornecimento de mercadorias, consumo, incorporação societária e outras) não leve a um colapso geral na economia? Tudo isso depende, principalmente, dos institutos jurídicos.

QUESTÃO 3

Enunciado:

"The refusal to extend long-term credit in the domestic jurisdiction signals the presence of an important uncertainty factor. This affects, to use Keynes's (1963) terminology, "the stability and safety of the money contract" by which savings are made available to the government and other debtors. It is an uncertainty of a diffuse character that permeates the decisions of the executive, legislative, and judiciary and manifests itself predominantly as an anti-saver and anti-creditor bias. The bias is not against the act of saving but against the financial deployment of savings, the attempt to an inter-temporal transfer of resources through financial instruments that are, in the last analysis, credit instruments. The bias is transparent in the negative social connotation of figures associated to the moneylender-"financial capital" by opposition to "productive capital," "banker" as opposed to "entrepreneur." The debtor is viewed on a socially positive form, as an entity that generates jobs and wealth or appeals to the bank to cope with adverse life conditions. This bias may be observed more or less everywhere, but it is particularly acute in Brazil, probably because of the deep social differences and the high levels of income concentration in the country. Cultural and historical factors could also have facilitated the dissemination of this anti-creditor bias. The depth of this bias in Brazil may be inferred from the answers to a recent elite opinion survey conducted by two Brazilian political scientists (Lamounier and Souza 2002) (...). Confronted with the dilemma between the enforcement of contracts and the practice of social justice, only 48

percent of the 500-plus respondents considered that contracts have always to prevail over social considerations. Surprisingly enough, only 7 percent of the members of the judiciary said that they were prepared to judge contracts independently of social considerations, and a full 61 percent answered that the achievement of social justice justifies decisions in breach of contracts. The concept of jurisdictional uncertainty conforms to the growing consensus among economists and political scientists that the social, economic, legal, and political organizations of a society, meaning its institutions, are a primary determinant of its economic performance (North 1981). In the Brazilian case, jurisdictional uncertainty may thus be decomposed, in its anti-creditor bias, as the risk of acts of the Prince changing the value of contracts before or at the moment of their execution and as the risk of an unfavorable interpretation of the contract in case of a court ruling.”

Trecho de ARIDA, Persio; BACHA, Edmar Lisboa; & LARA-RESENDE, André (2004). Resende Credit, Interest, and Jurisdictional Uncertainty: Conjectures on the Case of Brazil.

Fonte: iepecdg.com.br/wp-content/uploads/2016/03/TPD2IEPE.pdf

Subjacente ao conceito de “incerteza jurisdicional” está a ideia de que decisões judiciais ou administrativas que considerem outros objetivos que não os dispostos pelas partes no acordo rompem com a “certeza” das regras contratuais. Pode-se dizer que o conceito apresenta uma imagem específica sobre o próprio fenômeno jurídico, no qual está implícito uma concepção sobre a relação entre direito e economia. Valendo-se da tradição teórica formulada por Brian Tamanaha (2013), em que o direito é visto como “instituição social”, debata a ideia de “incerteza jurisdicional”. Procure refletir de que formas a “teoria social do direito” poderia contribuir positiva ou criticamente (a seu critério) para o conceito formulado pelos economistas Arida, Bacha e Lara-Resende.

Exemplos de Resposta:

1. Corretor/a da Prova

Nesse Arida et al. (2004) formulam uma hipótese explicativa para os altos spreads em créditos de curto prazo e para a inexistência de crédito de longo prazo, na qual instituições jurídicas aparecem como elementos centrais. Mais especificamente, segundo os autores, a existência de um viés anti-credor de decisões administrativas e judiciais criaria o que se chamou de “incerteza jurisdicional”. Essa incerteza, por sua vez, seria precipitada pelos agentes econômicos, em particular, pelos bancos, que restringiriam e encareceriam o preço do crédito no país. Subjacentes à hipótese, aparecem uma abordagem descritiva do funcionamento do direito e uma visão normativa sobre o fenômeno jurídico. A tradição que Tamanaha (2013) denominou como “teoria social do direito” pode iluminar ambas as dimensões, sugerindo pontos positivos e negativos deste diagnóstico.

Antes de indicar as duas dimensões – descritiva e normativa – subjacentes à ideia de “incerteza jurisdicional”, é importante descrever a perspectiva de Tamanaha (2013). Para este autor, a resposta sobre “o que é o direito?” tem sido enfrentada predominantemente pelas disputas teóricas entre positivismo jurídico e escolas do direito natural. Uma alternativa de longa data e coerente a essas perspectivas é oferecida pela “teoria social do direito” que, contudo, tem ganhado pouca atenção nos debates de teoria do direito. Para o autor, reconhecê-la como ramo do pensamento jurídico facilitaria a incorporação de insights hoje marginalizados sobre instituições jurídicas, funções do direito, eficácia jurídica, mudança jurídica, pluralismo jurídico. Um elemento comum às diferentes abordagens dentro dessa tradição é o esforço de compreender o direito em contexto. Esta tradição tem suas raízes nos trabalhos de Montesquieu, passando pelas escolas sociológica e histórica do direito, pelo realismo jurídico, pelos “critical legal studies” e outras correntes de pensamento jurídico.

Tamanaha (2013) afirma que se o positivismo está assentado na filosofia analítica e o jusnaturalismo, na filosofia moral, a teoria social do direito sustenta-se nas análises empíricas. O problema a ser enfrentado passa a ser compreender como o direito é criado e interpretado, como funciona concretamente, como se adapta a diferentes relações da vida social – e não definir sua natureza. Visto como uma instituição social, o direito pode ser analisado a partir de suas influências e consequências sociais – inclusive econômicas – e de como é usado instrumentalmente por atores sociais.

Nesse sentido, sua abordagem pode iluminar os pressupostos da tese da “incerteza jurisdicional” de Arida et al. (2004). Alguns pontos positivos na visão de direito embutida no argumento dos economistas podem ser destacados. O primeiro

é que os autores almejam analisar não o direito formal, como positivistas-formalistas o fazem, mas suas consequências concretas. Isto é, como o direito tem funcionado em ação. Para tanto, e este é um segundo ponto, adotam uma perspectiva empírica de análise. Terceiro, ao esboçar uma possível explicação desse fenômeno, os autores reconhecem a interação entre contexto social e criação/interpretação do direito: “probably because of the deep social differences and the high levels of income concentration in the country”. O intuito de explicar um fenômeno social pelo direito e explicar o direito, por sua vez, também a partir de relações sociais, situaria o esforço dos economistas no campo da teoria social do direito.

Contudo, os argumentos de Tamanaha (2013) oferecem alguns insights também para se criticar a tese da incerteza jurisdicional. Em primeiro lugar, a metodologia indicada no trecho revela-se falha ao tipo de argumento avançado. Não a opinião de juízes/es sobre o que consideram ao julgar um caso envolvendo contratos, mas as próprias decisões proferidas por eles/as seriam fontes mais fiáveis para se constatar a existência concreta do referido “viés anti-credor”. A opinião de juízes/as sobre seu ofício pode revelar uma idealização do que de fato é realizado em cada decisão. A atenção para o direito em contexto demanda uma compreensão de como o direito é implementado de fato: decisões em diferentes instâncias, os tipos de caso, os distintos fundamentos jurídicos, e assim por diante.

Ligado a isso, um segundo ponto, o conceito de incerteza jurisdicional parte da ideia de que o ato de interpretar o direito é externo à regra jurídica contratual. Para Arida et al. (2004) haveria a possibilidade de *simplesmente aplicar a regra contratual*, o que é recusado por juízes/as ideologicamente viesados/as. No entanto, a tradição do direito como instituição social – em especial, o realismo jurídico – sugere que juízes constantemente modificam o direito por meio da interpretação criativa. É característica intrínseca ao direito (e à linguagem em geral) que seus enunciados comportem mais de uma interpretação possível e que o ato de interpretar implique sempre na definição de uma nova regra. Em outras palavras, a interpretação é parte constitutiva do fenômeno jurídico. No processo de interpretação judicial ou administrativo, juízes/as analisam dispositivos contratuais à luz não só do contexto específico em disputa, mas também das outras fontes de direito: leis, regras e princípios contratuais, precedentes judiciais, e assim por diante. Um viés anti-credor, se existir, deve ser sustentado considerando-se toda a complexidade envolvida na criação e implementação do direito.

Por fim, Arida et al. (2004) também apresentam uma visão normativa sobre o direito: o direito deve garantir previsibilidade nas relações econômicas de modo a viabilizar o funcionamento regular do crédito no país e no limite da própria economia. Tamanaha (2013), contudo, indica que diferentes escolas dentro da tradição social do direito demonstram como o direito é resultado de muitas vontades, interesses e visões de mundo dentro da sociedade. Sendo assim, o direito constitui e expressa o conflito de grupos, como sugerem os “critical legal studies”, em torno de uma questão (contratos de créditos no Brasil, por exemplo); e adotar como pressuposto um único objetivo ao direito esconde o conflito subjacente às relações por ele regidas. Em suma, a visão do direito como instituição social pode alargar as lentes para se avaliar o alcance do fenômeno jurídico, para além do enquadramento dado pelos economistas.

2. Candidato/a

Partindo da conceituação feita por Brian Tamanaha (2013), sugiro que a teoria social do direito poderia contribuir positivamente para a compreensão daquilo que Arida, Bacha e Lara-Resende (2004) denominam de “incerteza jurisdicional”. Tal formulação a respeito da natureza do direito também poderia sugerir caminhos de investigação para análises adicionais a respeito do fenômeno estudado pelos autores, a fim de elucidar suas causas e suas consequências.

Tamanaha (2013) propõe que a teoria social do direito, ou teoria sociojurídica, forma um “terceiro pilar” da ciência do direito, se colocando, assim, ao lado dos dois ramos tradicionalmente reconhecidos desse campo de estudo: o positivismo jurídico e o jusnaturalismo. O primeiro ponto chave da visão sociojurídica é a compreensão de que o direito é, antes de tudo, uma instituição social intimamente ligada ao seu contexto social, cultural e político. Como consequência, o segundo elemento central da formulação é a prescrição de métodos empírico-científicos como os mais adequados para a análise do direito, que deve ser estudado em conjunto com suas relações com a sociedade. A metodologia sociojurídica se contrapõe, portanto, aos métodos filosóficos e analíticos comumente utilizados pelos ramos estabelecidos da ciência do direito.

Conforme Tamanaha, as ideias basilares da teoria social do direito foram formuladas inicialmente por Montesquieu. Mais tarde, elas foram implicitamente adotadas por uma série de movimentos teóricos: a jurisprudência histórica, os “critical legal studies”, o realismo jurídico e as análises sociológicas do direito. Durante esse processo, foram acrescentadas às ideias originais outros importantes desenvolvimentos que se tornaram parte das premissas básicas da teoria social do direito. Dentre eles, cabe destacar aqui a proposição de que o direito é usado de forma instrumental por variados grupos, em uma disputa por poder e força (Rudolph von Jhering) e a noção de que as regras jurídicas interagem com diversas outras normas sociais não oriundas do Estado, criando um corpo normativo vivo que pode inclusive influenciar a atuação jurisdicional e modificar o conteúdo do direito (Eugen Ehrlich).

Adotando a visão sociojurídica, podemos, portanto, facilmente concordar com a análise de Arida, Bacha e Lara-Resende (2004). Considerando que a aplicação prática de uma regra jurídica e os significados que essa vai assumir variam conforme o contexto social, os interesses nele existentes e as outras normas que ele comporta, torna-se perfeitamente plausível considerar que um “viés anti-credor” na sociedade brasileira impactaria as decisões judiciais no que tange ao cumprimento de contratos.

No entanto, enquanto os autores se mostram surpresos com os dados e interpretam negativamente o fenômeno – fazendo referência a “atos do Príncipe” e assim aludindo à arbitrariedade – do ponto de vista sociojurídico essas interferências de sentimentos sociais não são anomalias ou desvios por parte dos juízes, mas sim algo esperado diante das características essenciais do fenômeno jurídico. De outra banda, a intenção expressa no final do texto, de modificar ou neutralizar tal viés jurisdicional, materializa a proposição dos teóricos sociais do direito de que os regramentos jurídicos são utilizados instrumentalmente por diversos grupos, de acordo com seus interesses. Enquanto economistas internacionais, os autores defendem que o Brasil deveria buscar maior segurança jurídica nos temas de contratos e concessão de créditos, alegando que isso seria benéfico para seu desempenho econômico. Isso não se trata de um objetivo neutro ou universal: é plausível supor que um advogado militante seria da opinião contrária, defendendo que os contratos devem ser flexibilizados frente a considerações de justiça social e inclusive propondo que tal ponderação seja positivada e considerada obrigatória para juízes.

Por fim, a adoção da formulação social do direito poderia auxiliar Arida, Bacha e Lara-Resende (2004) a aprofundarem suas investigações sobre o tema da incerteza jurisdicional brasileira. Isso porque a teoria sociojurídica própria que os economistas usassem métodos empíricos adicionais para analisar como juristas e litigantes brasileiros interpretam dispositivos contratuais de concessão de créditos, quais as consequências dos vieses identificados para as pessoas físicas e jurídicas envolvidas em transações econômicas e de que formas os envolvidos se adaptam à situação – por exemplo, buscando influenciar/modificar a prática jurídica corrente. Dados resultantes de exercícios similares já são usados pelos autores na construção de seu argumento.