



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO  
UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (STRICTO  
SENSU) MESTRADO ACADÊMICO E DOUTORADO

**PROVA ESCRITA DO MESTRADO**

**SELEÇÃO – 2024**

**ESPELHO – RESPOSTAS**

**QUESTÃO 1:**

Questão 1 – Na obra “Como as democracias morrem”, Steven Levitsky e Daniel Ziblatt apontam aspectos das GRADES de proteção da democracia norte-americana. Aponte e explique tais fundamentos.

(4 pontos)

**ESPELHO:**

**Espelho no capítulo 5 (“As grades de proteção da democracia” – págs. 99-116):** A democracia norte-americana se fundava, segundo o autor, na ideia de que a constituição era a razão principal do país ter sido bem-sucedido no século passado, de modo que o sistema de freios e contrapesos impedia líderes de abusar do poder.

Contudo, as salvaguardas constitucionais não são suficientes para garantir a democracia porque por mais bem projetada que seja a constituição as mesmas falham nessa tarefa, pois regras constitucionais estão sujeitas a interpretações conflitantes.

O autor, então aponta duas regras não escritas que são fundamentais na política americana: 1) tolerância mútua e; 2) reserva institucional.

Tolerância mútua diz respeito à ideia de que, enquanto os rivais respeitarem as regras institucionais, é preciso aceitar o direito de existência dos mesmos, de competir pelo poder e governar. É a legítima oposição, ou seja, quando rivais políticos são patriotas, respeitam a lei e a constituição. Oponentes não são inimigos (o que não ocorre em outros modelos democráticos nos quais os oponentes são inimigos mortais). Quando as normas de tolerância são frágeis é difícil sustentar a democracia, pois para derrotar o inimigo são utilizadas medidas autoritárias.

A reserva institucional é o ato de evitar ações que, embora respeitem a letra da lei, violam claramente seu espírito. Por mais que os políticos possam ter o direito legal de usar prerrogativas institucionais, o seu exercício em abuso pode pôr em perigo o sistema.

É o caso da única reeleição nos EUA. Não havia proibição do exercício de um terceiro mandato e quando o presidente Ulysses S. Grant foi encorajado a buscar um terceiro mandato houve alvoroço no Parlamento. Pode citar como outro exemplo o uso imoderado do impeachment ou o controle/jogo duro do judiciário.

É o que ocorre também com a exploração incontida de prerrogativas institucionais – o que Mark Tushnet chama de “jogo duro constitucional”, ou seja, jogar segundo as regras, mas levando-as aos seus limites – derrotar o rival e não se preocupar em saber se o jogo democrático vai continuar.

### QUESTÃO 2:

Questão 2 – O Texto Constitucional de 1988, ao consagrar um complexo catálogo de direitos fundamentais, aprofundou a hermenêutica em torno das dimensões protetivas desses direitos, quais sejam, as garantias constitucionais, abrindo espaços vanguardistas outrora vivenciados na experiência institucional brasileira. De acordo com Paulo Bonavides: “Nas Constituições brasileiras tem havido inalteravelmente desde a Constituição republicana de 1891 garantias constitucionais qualificadas ou de primeiro grau, as mais raras, e garantias constitucionais simples ou de segundo grau, as mais frequentes.” (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, Capítulo 15, tópico 12).

Considerando-se a base teórica fornecida por Paulo Bonavides, disserte sobre:

- (1) garantias constitucionais qualificadas ou de primeiro grau e seus exemplos;
- (2) garantias constitucionais simples ou de segundo grau.

(3 pontos)

### ESPELHO:

Para Paulo Bonavides (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, Capítulo 15, tópico 12): **“Garantias de primeiro grau vêm a ser aquelas que privam o legislador constituinte, ou seja, o titular do poder de reforma constitucional da faculdade de emendar a Constituição para alterar cláusulas que o texto da lei maior rodeou de uma proteção máxima de intangibilidade, não podendo a matéria ali contida ser objeto sequer de deliberação da parte do poder constituinte derivado(...)** A garantia constitucional qualificada ou de primeiro grau garante a inalterabilidade do preceito tanto por via legislativa ordinária como por via constituinte derivada; a regra constitucional é protegida simultaneamente contra a ação de dois legisladores: o legislador ordinário e o legislador constituinte – este último dotado de competência para emendar a Constituição. A garantia constitucional se apresenta tão rígida que não consente sequer seja objeto de deliberação a proposta de emenda sobre a matéria constante da cláusula constitucional de exclusão sobre a qual não incide assim o poder de reforma. Garantias constitucionais de primeiro grau são também aquelas que circundam direitos, princípios e valores da Constituição, cuja mudança ou supressão fere a essência, a natureza e a razão de ser da própria lei suprema. **Não resultam elas**

**difíceis de ser identificadas pelo hermenauta: têm um raio amplíssimo de generalidade e algumas se acham diretamente estampadas e positivadas no art. 60, § 4º da Constituição (...). A garantia constitucional simples ou de segundo grau, ao contrário da garantia qualificada ou de primeiro grau, recai unicamente contra a ação do legislador ordinário, sem invalidar contudo o poder reformista do legislador constituído, competentemente habilitado pela Constituição para exercer o poder de emenda.** As garantias constitucionais de segundo grau são, de conseguinte, aquelas que não conferem aos preceitos constitucionais uma proteção de eficácia idêntica àquelas de primeiro grau, porquanto os resguardam apenas contra o legislador ordinário, mas não prevalecem contra o legislador constituinte que exerce, nos limites da Constituição, o poder de emenda constitucional.” (Grifou-se)

### **QUESTÃO 3:**

**Questão 3** – No direito brasileiro, é juridicamente admissível a responsabilidade do Estado pela perda de uma chance? Para ser indenizável, a chance perdida está adstrita a percentuais apriorísticos mínimos? Quais os métodos válidos de quantificação da indenização? Exemplificar.

(3 pontos)

### **ESPELHO:**

Não há óbice à aplicação da perda de uma chance à Administração Pública, até porque os dispositivos que preveem os princípios gerais da responsabilidade civil extracontratual do Estado, quais sejam, art. 37, § 6º, da Constituição Federal, e art. 43 do Código Civil, não fazem ressalva à espécie de dano reparável, constatando-se, inclusive, a adoção da teoria em julgados do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais de Justiça do País sobre responsabilidade civil da Administração.”

“Na jurisprudência do STJ, não há percentual predefinido a partir do qual a chance se considera ‘séria e real’, havendo condenações mesmo quando a probabilidade de sucesso é bem inferior a 50%, como, v.g., sucedeu no caso do “Show do Milhão”, em cujo julgamento considerou que a probabilidade de êxito, se corretamente formulada a pergunta, era de 25%, e noutro caso em que concedeu indenização pela perda de chance em um sorteio estimada em 1/30.

Na mesma linha, o Enunciado 444 da V Jornada de Direito Civil do CJF aponta que a chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos. Compete, pois, ao julgador adotar um procedimento bifásico: na primeira fase, aprecia se a chance é ‘séria e real’, avaliando a probabilidade de sucesso sem vinculação a percentuais preestabelecidos; somente em caso positivo é que passará à segunda etapa, definindo o quantum devido.

Assim, diante da perda de uma chance séria e real, em regra, quanto maior a probabilidade de êxito, maior deve ser o valor da indenização pela perda da chance, que deverá ser necessariamente inferior ao valor do ‘dano final’. A multiplicação do valor do dano final pelo percentual representativo da probabilidade de sucesso configura um

método válido para quantificação da indenização, sem prejuízo de outros mais adequados ao caso concreto.

[...]

Foi esse o entendimento adotado pela Suprema Corte de Michigan, no julgamento de *Falcon v. Memorial Hospital*. Nesse emblemático caso, ficou provado, de acordo com as estatísticas médicas, que, caso houvesse recebido tratamento médico adequado (inserção de uma linha intravenosa), a paciente teria 37,5% de chance de sobreviver à complicação médica que ocasionou sua morte após dar à luz (embolia de fluido amniótico). Dessa forma, o valor da indenização foi fixado em 37,5% do valor que seria concedido se o médico fosse responsabilizado civilmente pelo óbito em si da vítima. [...]

Cumpra, porém, enfatizar que, em determinados casos concretos, um juízo de equidade poderá constituir um método mais adequado para definir o valor da indenização pela perda da chance do que a multiplicação do valor do dano final pelo percentual representativo da probabilidade de êxito. O juízo de equidade será particularmente útil quando não houver estatísticas confiáveis à disposição do julgador, mas houver a certeza da perda de uma chance séria e real. No REsp 1.291.247/RJ, a 3ª Turma do STJ considerou, por maioria, que, ao não coletar células-tronco embrionárias do cordão umbilical de um recém-nascido, a empresa contratada para tanto causou a perda da chance de uso dessas células no futuro, caso a criança desenvolvesse, eventualmente, alguma doença capaz de ser curada ou prevenida com o emprego de tais células. Na ausência de dados estatísticos fiáveis para calcular as probabilidades envolvidas (poderiam ser citadas: a probabilidade de a criança, que nasceu saudável, adoecer; a probabilidade de os estudos médicos evoluírem a tempo para prevenir ou curar tal doença específica por meio das células embrionárias; a probabilidade de prevenir ou curar tal doença com auxílio de células-tronco embrionárias extraídas futuramente de outras partes do corpo; e a probabilidade de o custo do tratamento de saúde ser financeiramente viável para o interessado), a 3ª Turma do STJ arbitrou, mediante um juízo de razoabilidade, a condenação da empresa em R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

[...]

Outrossim, o juízo de equidade pode ser necessário ainda que existam dados estatísticos fidedignos. É que os dados probabilísticos costumeiramente usados no cálculo da perda de uma chance indicam uma média passível de ajuste e refinamento pelo julgador. Compete, portanto, ao julgador se basear nos dados probabilísticos mais específicos à disposição, em detrimento dos mais genéricos e abstratos, e, se houver nos autos elementos concretos relevantes para influir no resultado, levá-los em consideração mediante um juízo de equidade, razoabilidade e proporcionalidade, para adaptar o parâmetro percentual às particularidades do caso concreto.” (FERNANDES, André Dias; CARVALHO, Ana Paula Vieira. “Da Lex Aquilia à responsabilidade do Estado pela perda de uma chance: breves considerações sobre a evolução da responsabilidade civil aquiliana”. *REVISTA CEJ*, Brasília, v. 26, n. 84, p. 7-18, jul./dez. 2022. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/issue/view/163>. Acesso em: 21 ago. 2023.)

Em apertada síntese:

- 1) Sim, não há óbice constitucional ou legal à responsabilidade do Estado pela perda de uma chance no direito brasileiro;
- 2) Não há percentual mínimo predefinido, mas a chance tem de ser “séria e real”;

- 3) Multiplicação do valor do dano final pelo percentual representativo da probabilidade de sucesso, ou juízo de equidade;
- 4) Pertinência, adequação e completude do(s) exemplo(s) fornecido(s) pelo candidato.

**Felipe Braga Albuquerque**

**William Paiva Marques Júnior**

**André Dias Fernandes**

**Sérgio Bruno Araújo Rebouças**

Coordenador do PPGD/UFC