



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 hermenêuta: 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 às daquelas 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