

4.ª EDIÇÃO

GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO
PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS
PEDRO GARCIA MARQUES

MÉTODO DO CASO

Uma Introdução ao Direito

UNIVERSIDADE CATÓLICA EDITORA
LISBOA 2018

ÍNDICE

| | |
|--|-----|
| NOTA PRÉVIA À 4. ^a EDIÇÃO | 7 |
| NOTA PRÉVIA | 9 |
| I. | |
| ESTADO DE NECESSIDADE E DIREITO À VIDA | 13 |
| <i>R v. Dudley Stephens</i> 14 QBD 273 DC (1884) | |
| <i>Queensland v. Nolan</i> 1 Qd R (2002) | |
| II. | |
| COMBATE AO TERRORISMO E DIREITOS FUNDAMENTAIS | 29 |
| <i>Ireland v. UK</i> , App. no. 5310/71, 18.01.1978 | |
| <i>Torture Memos</i> (U.S. Department of Justice) | |
| III. | |
| DISCRIMINAÇÃO EM FUNÇÃO DA RAÇA | 65 |
| <i>Plessy v. Ferguson</i> , 163 U.S. 537 (1896) | |
| <i>Brown v. Board of Education</i> , 347 U.S. 483 (1954) | |
| IV. | |
| DISCRIMINAÇÃO EM FUNÇÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL | 93 |
| <i>Gas and Dubois v. France</i> , App. no. 25951/07, 15.03.2012 | |
| <i>X and Others v. Austria</i> [GC], App. no. 19010/07, 19.02.2013 | |
| V. | |
| DIREITO, MORAL E LIBERDADE | 149 |
| <i>Bowers v. Hardwick</i> , 478 U.S. 186 (1986) | |
| <i>Lawrence v. Texas</i> , 539 U.S. 558 (2003) | |
| VI. | |
| A RESPONSABILIDADE CIVIL ENTRE A CULPA E O RISCO | 191 |
| <i>Escola v. Coca Cola Bottling Co.</i> , 24 C2d 453 (1944) | |
| <i>Marshall v. Rahne</i> , 511 S.W.2d 255 (1974) | |

| | |
|---|-----|
| VII. | |
| O DIREITO ENTRE A LEI E A JUSTIÇA | 209 |
| <i>Riggs v. Palmer</i> , 115 NY 506 (1889) | |
| <i>Comandante Karl Neumann/Navio-hospital “Dover Castle”</i> | |
| - Tribunal Imperial de Justiça, 4 de junho de 1921 | |
| <i>The Attorney General v. Adolf Eichmann</i> , | |
| Jerusalem District Court, Criminal Case 40/61 | |
| (excerto da sessão 95, ocorrida a 17 de julho de 1961) | |
| VIII. | |
| O PODER JUDICIAL E A FIGURA DO PRECEDENTE | 229 |
| <i>Amalgamated Food Employees Union Local v. Logan Valley Plaza, Inc.</i> , 391 U.S. 308 (1968) | |
| <i>Lloyd Corp., Ltd v. Tanner et al.</i> , 407 U.S. 551 (1972) | |
| IX. | |
| NÃO INTERVENÇÃO E ASSISTÊNCIA HUMANITÁRIA | 271 |
| <i>Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua.</i> | |
| Nicaragua v. United States of America. | |
| Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14. | |
| <i>Report of the Independent Inquiry into the actions of the United Nations during the 1994 genocide in Rwanda</i> , 15 December 1999 (S/1999/1257) | |
| X. | |
| LIBERDADE DE EXPRESSÃO E TUTELA DA PERSONALIDADE | 323 |
| “ <i>Democrata Coagido</i> ” - BVerfGE 82, 272 [1990] | |
| “ <i>Negação do Holocausto</i> ” - BverfGE 90, 241 [1994] | |
| XI. | |
| CIDADANIA E REAGRUPAMENTO FAMILIAR | 343 |
| Case C-202/13, <i>McCarthy and others</i> , EU:C:2014:2450 | |
| <i>Kerry v. Din</i> , 576 U.S. __ (2015) | |
| XII. | |
| LIBERDADE RELIGIOSA, DISCRIMINAÇÃO E O USO DE SÍMBOLOS NO LOCAL DE TRABALHO | 375 |
| <i>Eweida and others v. The United Kingdom</i> , ECtHR, | |
| <i>Applications nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10</i> | |
| <i>Case C-157/15, Judgment of 14 March 2017, G4S Secure Solutions</i> | |

NOTA PRÉVIA À 4.^a EDIÇÃO

Decorridos dois anos sobre a terceira edição, viu-se chegado o momento de proceder a uma revisão formal que permitisse a eliminação de gralhas entretanto detetadas, assim como de informação desnecessária ao cumprimento do fito pedagógico que nos propomos com a presente obra. O particular interesse do tema “liberdade religiosa, discriminação e uso de símbolos no local de trabalho” justificou a sua introdução na presente edição, mediante a escolha de dois casos ilustrativos das questões que se jogam neste domínio.

GAR
PFM
PGM

NOTA PRÉVIA

No ano lectivo de 2013/14, fomos encarregados de leccionar no primeiro ano da licenciatura da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa a disciplina de Introdução ao Direito Segundo o Método do Caso. A cadeira de Método do Caso, designação por que é conhecida entre docentes e estudantes, destina-se a complementar a formação propedêutica assegurada em primeira linha há várias décadas, nas Faculdades de Direito portuguesas, por uma unidade curricular de Introdução ao Estudo do Direito.

O programa da disciplina contempla sete temas jurídicos: *(i)* estado de necessidade e direito à vida; *(ii)* combate ao terrorismo e direitos fundamentais; *(iii)* discriminação em função da raça; *(iv)* discriminação em função da orientação sexual; *(v)* direito, moral e liberdade; *(vi)* a responsabilidade civil entre a culpa e o risco; e *(vii)* o direito entre a lei e a justiça. A seleção dos temas resultou da ponderação de quatro critérios fundamentais: valor formativo, diversidade de problemas, ressonância intuitiva e apetência dos docentes. Para cada tema escolhemos dois (no caso do último tema, três) casos com factos semelhantes mas decisões de sentido oposto, ou com factos diferentes mas questões jurídicas de fundo semelhantes. Selecionaram-se casos de várias jurisdições, redigidos ou traduzidos para língua inglesa, com a finalidade de expor os estudantes a algumas decisões judiciais históricas, estimular o contacto com diferentes culturas jurídicas e promover o domínio precoce do inglês jurídico.

O método do caso procura cultivar e desenvolver nos estudantes certas ordens de competência indispensáveis à atividade do jurista. Em primeiro lugar, competência de ordem analítica: o contacto com casos semelhantes contribui para promover a capacidade de destrinçar os factos juridicamente relevantes e de discernir a subtileza jurídica de pequenas variações na matéria de facto. Em segundo lugar, competência de ordem sintética: a exposição a casos diferentes cultiva o raciocínio analógico e veicula a indução de princípios gerais. Por fim, competência de natureza normativa: a divergência de opiniões judiciais e a pluralidade de argumentos jurídicos incentivam o espírito crítico em relação à jurisprudência e uma conceção argumentativa do direito, centrada na ponderação de valores e princípios em vez da manipulação de enunciados legais.

Cada tema é tratado em duas (no caso do último tema, três) aulas práticas e uma aula teórica, por esta ordem. Para a primeira aula prática do tema é facultada aos estudantes a matéria de facto de ambos os casos, cabendo-lhes recortar os factos relevantes, comparar os casos, identificar as questões jurídicas subjacentes, invocar e sopesar os argumentos que pendem para um lado ou o outro. Na preparação para a aula seguinte os estudantes tomam contacto com as decisões judiciais, centrando-se a discussão no conteúdo, comparação e mérito das mesmas. Segue-se uma aula teórica em que se procede à articulação e sistematização das ideias que resultaram ou estiveram na base da discussão nas duas aulas práticas dedicadas a um certo tema.

As aulas práticas assentam no sistema de coensino e seguem o chamado «método socrático». Os docentes participam conjuntamente em todas as sessões, sendo confiada a um docente a condução das aulas relativas a um certo tema e aos restantes um papel secundário de interlocução e complemento. A análise dos casos baseia-se exclusivamente na participação dos estudantes, a quem é exigida a preparação dos mesmos antes da aula. Os docentes estimulam, moderam e disciplinam a discussão na aula, privilegiando o espírito problemático – orientado para questionar certezas acríticas e provocar a reflexão – em detrimento do sistemático – orientado para a ordenação de respostas num todo coerente. Esta tendência inverte-se na aula teórica quinzenal, de natureza mais expositiva, cuja função é ajudar os estudantes a organizar a informação proveniente das aulas práticas e construir pontes de contacto com lugares paralelos nos programas das restantes disciplinas propedêuticas.

A criação desta nova disciplina traduz-se numa inovação pedagógica de grande alcance. Pese embora a tendência das últimas décadas para uma incorporação gradual de elementos jurisprudenciais nos *curricula* universitários dos sistemas jurídicos da família romano-germânica – uma evolução que se deve quer a razões teóricas que se prendem com a crise do paradigma mecânico ou subsuntivo da decisão judicial, quer a razões de ordem prática relativas à importância crescente da jurisprudência como fonte de direito – o ensino do Direito *baseado* nas decisões dos tribunais superiores não tem qualquer tradição entre nós. O ponto de partida tradicional para a aquisição de conhecimentos jurídicos é dado pelas fontes legais e sobretudo pela construção doutrinária desdobrada em patamares de abstração decrescente; o confronto com os problemas jurídicos é a etapa final na lecionação de cada tema, instituto ou capítulo da matéria. Este método de exposição *more geometrico* é consentâneo com a divisão tradicional das aulas em teóricas e práticas, cabendo às segundas, geralmente confiadas

a um assistente, a aplicação a casos reais ou hipotéticos das noções adquiridas nas primeiras.

O *case method* é o modelo de ensino do direito predominante nos sistemas jurídicos da *Common Law*. A sua invenção ocorreu por volta de 1870 pela mão de Christopher Columbus Langdell, diretor da Harvard Law School de 1870 a 1895, e responsável por vastas reformas curriculares, pedagógicas e no recrutamento de estudantes e docentes que a prazo marcaram a transição do direito nos Estados Unidos da América de um saber estritamente profissional ou técnico para um saber académico. Conta-se que na primeira aula de *Contracts* do semestre de outono de 1870, Langdell terá surpreendido os estudantes quando, em lugar de proferir uma palestra ou de ler um capítulo do livro *Parsons on Contracts*, o tratado da autoria do seu predecessor na regência da cadeira, se dirigiu a um pupilo nos seguintes termos: «Sr. Fox, importa-se de enunciar os factos do caso *Payne v. Cave?*» O método de ensino de Langdell combinava a aquisição de conhecimentos jurídicos por via indutiva através da análise e comparação de decisões judiciais – o «método do caso» em sentido estrito – com um estilo de docência que encorajava os estudantes a exprimirem juízos intuitivos e pontos de vista leigos gradualmente aprofundados e corrigidos pela cogência racional da discussão – o «método socrático».

As virtudes deste modelo, amplamente confirmadas por quase um século e meio de experiência e refinação, são a apreensão de conteúdos baseada na persuasão racional em vez da autoridade, o desenvolvimento de competência analítica de recorte fino, a adoção de uma atitude crítica e argumentativa perante o direito, a noção da complexidade da vida em confronto com as pretensões homogeneizadoras e generalizadoras das grandes teorias, e ainda a abertura do jurista para uma parcela relevante do «direito real» ou «direito em ação», no que ele tem de mundano, espontâneo, pitoresco e cómico, mas também no que ele tem de chocante, violento, devastador e trágico. É possível que estas virtudes tenham como contraponto vícios de dimensão semelhante, tantas vezes implícita ou explicitamente alardeados pelos panegíricos do ensino do direito de matriz continental: progresso lento na aprendizagem de conteúdos, miopia na análise jurídica, redução da argumentação jurídica à retórica forense, intuicionismo e casuísmo normativos e falta de distanciamento científico em relação à realidade.

O debate sobre os méritos relativos das duas grandes tradições jurídicas ocidentais, nomeadamente em matéria de método jurídico e de ensino, tem todos os ingredientes de uma boa *Kulturkampf* e

preencheu páginas memoráveis nas obras de, entre muitos outros, O. W. Holmes, Max Weber, F. A. von Hayek e Richard Posner. Este livro não se inscreve, direta ou obliquamente, nesse consagrado género literário. A nossa convicção, corroborada pela docência, é a de que o método tradicional e o método do caso se complementam, contribuindo em conjunto para uma formação jurídica integral. Acontece que faltam entre nós o exercício dessa complementaridade e publicações que a documentem. É essa – e apenas essa – a razão desta publicação. O leitor tem nas mãos, pois, uma obra motivada por preocupações pedagógicas, tendo como divisa o superior interesse dos estudantes.

Lisboa, setembro de 2014