



DIREITO, INDIVIDUALISMOS E COMUNITARISMOS – DUNCAN KENNEDY E JACK BALKIN –

JOANA GALVÃO TELES
Doutoranda em Direito
Investigadora do CEDIS

RESUMO

O presente artigo visa, em primeiro lugar, uma análise e um aprofundamento das teorias jurídicas de dois autores norte-americanos, Duncan Kennedy e Jack Balkin, fundador e seguidor, respetivamente, do renomado movimento de pensamento jurídico intitulado *Critical Legal Studies*, em particular sobre a oposição entre individualismo e comunitarismo, como duas posições e visões diferentes de estar e ver o mundo, bem como sobre a estrutura das regras e dos princípios jurídicos e, em particular, como a forma está ao serviço da substância, ou seja, como se materializa, ou deve materializar, a escolha da forma para prossecução dos fins jurídicos, económicos, morais e políticos. Subsequentemente, e após uma breve análise comparativa entre as teorias dos dois autores, identificar-se-á de que forma as teorias jurídicas dos autores em questão serão úteis e relevantes para a análise da área da arbitragem, e do entrecruzamento desta com o direito material dos contratos, que será objeto de investigação e de elaboração da tese de doutoramento.

PALAVRAS-CHAVE

Critical Legal Studies; individualismo; comunitarismo.

ABSTRACT

This article aims to analyse and deepen the legal theories of two North-American authors, Duncan Kennedy and Jack Balkin, respectively founder and follower of the reputed movement of legal thought known as Critical Legal Studies. In particular, the article analyses the opposition between individualism and communitarism, namely their different positions and visions of the world. I will also address the structure of the legal rules and standards and, in particular, the theory of the form as substance, and, in other words, how the choice of form should materialise in order to achieve the ultimate legal, economic, moral and policy goals. Following a brief comparative analysis of the legal theories of the two aforementioned authors - where some similarities and differences between the two will be identified -, I will explain the relevance of these legal theories for the analysis in the area of arbitration, and intertwining thereof with contract law, which will be object of my investigation and doctoral thesis.

KEYWORDS

Critical Legal Studies; individualism; communitarism.

I. Introdução: delimitação do objeto do presente artigo

O presente artigo visa, primeiramente, uma análise e um aprofundamento das teorias jurídicas de dois autores norte-americanos, Duncan Kennedy e Jack Balkin, fundador e seguidor, respetivamente, do movimento de pensamento jurídico intitulado Critical Legal Studies (de ora em diante, abreviadamente designado por “CLS”), em particular sobre a oposição subjacente entre individualismos e comunitarismos, a estrutura e forma das regras e princípios jurídicos, bem como ainda a relação entre forma e substância no direito, na moral e na sociedade. Subsequentemente, após a uma breve contextualização e comparação entre as teorias referidas extremamente interessantes e úteis, procederei a uma breve exposição do interesse e utilidade que a questão abordada pelos mesmos tem no estudo e aprofundamento das áreas temáticas a que dedicarei a tese de doutoramento. Desde já, e com vista a uma melhor interpretação e análise das teorias dos autores em questão, importa ter como panorama de fundo um desenho das principais linhas biográficas e percursos pessoais e profissionais dos mesmos.

Duncan Kennedy nasceu em 1942, em Washington D.C. e, como o próprio referiu¹, numa família de classe média-alta, descrita pela sua mãe como uma “aristocracia empobrecida”. O seu pai, um arquiteto que trabalhava por conta própria, e a sua mãe, que trabalhava como leitora numa editora, além de ser poeta e pintora, eram partidários do Partido Democrático de Adlai Stevenson. Todos estavam fortemente comprometidos com a ideia de modelo anticomunista de política progressiva com um forte sentido de que as classes, a pobreza e a raça eram questões políticas fundamentais, tendo sido este o seu

¹ TOR KREVER, CARL LISBERGER E MAC UTZSCHNEIDER, “Law on the Left: a Conversation with Duncan Kennedy” *O Unbound* 1 (2015), disponível em [Law on the Left.pdf \(duncankennedy.net\)](http://Law.on.the.Left.pdf_(duncankennedy.net)). Acesso em 31.12.2020.

primeiro contacto com a política. Kennedy foi um estudante bolsheiro, obtendo diversas bolsas com base no mérito e, como o próprio refere, era um *nerd*, que contrastava com a maioria do universo americano dessa altura que se baseava em valores diferentes: o “homem macho, que se gabava, que tinha dinheiro e praticava desporto”². Uma família católica de origem irlandesa.

Depois de obter um grau em economia na Universidade de Harvard, e numa interessante complementaridade, Duncan Kennedy estudou direito na Universidade de Yale, obtendo o seu diploma em 1970. No último ano, tornou-se funcionário judicial no Supremo Tribunal, trabalhando para o juiz Potter Stewart e, em 1971, juntou-se à Faculdade de Direito de Harvard, onde ainda hoje é Professor Catedrático de Teoria Geral do Direito, essencialmente dedicado ao direito privado. Desde o início da década de setenta, e com os vários primeiros escritos polémicos, Duncan Kennedy destacou-se pela sua proeminente influência na evolução do pensamento jurídico americano e pelos métodos de ensino.

Em 1977, juntamente com Karl Klare, Mark Kelman e Roberto Mangabeira Unger e outros estudiosos, Kennedy fundou o movimento CLS, cujo principal objetivo era contestar a ideia de neutralidade, objetivismo e consistência do direito.³ A ideia deste movimento era ser uma rede, não uma organização, incluindo representantes da reação de uma Nova Esquerda contra a construção de grupos partidários. Havia apenas uma conferência anual, que era organizada por professores jovens da Faculdade que tivessem energia e tempo para a organizar, tais como Karl Klare, Peter Gabel, Alan Freeman entre outros, aberta a todas as pessoas, com painéis preenchidos com quem quisesse participar e sem qualquer forma hierárquica. O movimento incluía uma diversidade de autores (não apenas de direito)

² *Idem*.

³ Cfr. também ALEXANDER SOMEK, “From Kennedy to Balkin: Introducing Critical Legal Studies from a Continental Perspective”, Citation 42 *U. Kan. L. Rev.* 759 1993-1994, disponível em [\(3\) \(PDF\) From Kennedy to Balkin: Introducing Critical Legal Studies from a Continental Perspective | Alexander Somek - Academia.edu](#). Acesso em 31.12.2020.

e de linhas de pensamento, incluindo sociólogos jurídicos, antropólogos, professores e estudantes de Harvard e de Yale, recebendo influência teórica sociológica de Max Weber e Durkheim, bem como a herança do realismo jurídico e, politicamente, incluindo marxistas e não-marxistas. Como o próprio Duncan Kennedy referiu, “eram radicais antidogmáticos Novos Esquerdistas, não obstante serem obcecados com a teoria”⁴. Considerando a pluralidade interdisciplinar-discursiva, poderia esperar-se desacordo entre os autores fundadores do movimento, mas a primeira geração conseguiu afirmar-se pelo forte posicionamento ideológico-político de esquerda, influenciado pelo neolegalianismo “marxizante” da Escola de Frankfurt⁵. Após mais de quarenta anos de diversos debates apaixonados sobre as suas ideias, Kennedy foi reconhecido como autor de diversos textos e obras agora consideradas clássicas no mundo da literatura jurídica mundial na história do pensamento jurídico (em que as suas obras cruzam interesses dos dois lados do Atlântico), pela análise económica do direito, as relações entre direito e teoria literária, estudos de género, fundamentação jurídica, proteção de direitos pelos juízes e, finalmente, globalização jurídica⁶.

Por sua vez, Jack Balkin, norte-americano de origem judaica, nasceu em 1956, em Kansas City, no Missouri, sendo um jurista que também participou na segunda fase do movimento CLS. Jack Balkin obteve os graus A.B. (*Bachelor of Arts* ou *artium baccaulaureus*) e J.D. (*Doctor of Law* ou *Juris Doctor*) na Universidade de Harvard e doutorou-se em

⁴ TOR KREVER, CARL LISBERGER E MAC UTZSCHNEIDER, “Law on the Left: a Conversation with Duncan Kennedy” *O Unbound* 1 (2015), disponível em [Law on the Left.pdf \(duncankennedy.net\)](#). Acesso em 31.12.2020.

⁵ FERNANDO ANTÔNIO TURCHETTO FILHO, *A Desconstrução e a sua influência no Direito: uma relação complexa*, dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2.º ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), área de especialização em Ciências Jurídico-Filosóficas, com orientação do Senhor Doutor José Manuel Aroso Linhares, Universidade de Coimbra, 2017, pp. 66 e seguintes.

⁶ Entre outras, são algumas obras conhecidas de DUNCAN KENNEDY *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy* (1973), *The Rise and Fall of Classical Legal Thought* (1975), *Form and Substance in private law adjudication* (1976), *Sexy Dressing* (1997), *A critique of Adjudication* (1997), *Legal Reasoning, Collected essays* (2008).

filosofia na Universidade de Cambridge, tendo tido Duncan Kennedy como orientador do seu doutoramento. Trabalhou como funcionário judicial no Supremo Tribunal, assessorando a juiz Carolyn Dineen King. Balkin ensinou na Universidade do Missouri em Kansas City de 1984 a 1988 e na Universidade do Texas de 1988 a 1994 e juntou-se à Universidade de Yale em 1994. Ensinou, também, nas Universidades de Harvard, de Nova Iorque, de Telavive e em “*Queen Mary College*” na Universidade de Londres. É Professor *Knight* de Direito Constitucional e a Primeira Emenda da Faculdade de Direito de Yale. Jack Balkin é o fundador e diretor do “*Yale Information Society Project*” (ISP), um centro de investigação cuja missão é “estudar as implicações da Internet, telecomunicações, e nova informação tecnológica para o direito e sociedade”⁷.

Jack Balkin é membro da Academia Americana de Artes e Ciências e autor de diversos livros⁸ e de mais de uma centena de artigos em diferentes áreas, incluindo teoria constitucional, direito da internet, liberdade de expressão, direitos reprodutivos, doutrina e teoria da ideologia. Balkin criou um blog chamado [Balkinization](#), no qual escreve sobre diversos temas da atualidade política, social e jurídica.

No presente artigo, debruçar-me-ei, essencialmente, sobre o artigo “*Form and substance in private law adjudication*” de Duncan Kennedy⁹ e o artigo “*The crystalline structure of legal thought*” de Jack Balkin¹⁰. O propósito do presente artigo é o de tentar interpretar as grandes linhas que fundamentam, erigem e formatam as teorias jurídicas dos

⁷ JACK BALKIN, Wikipedia e respetiva biografia, disponíveis em [Jack Balkin - Wikipedia](#) e em [Jack M. Balkin - Yale Law School](#). Acesso em 31.12.2020.

⁸ No que se refere a livros da sua autoria, refiram-se *Cultural Software: A Theory of Ideology* (1998), *The Laws of Change: I Ching and the Philosophy of Life* (2002), *Constitutional Redemption: political Faith in an Unjust World* (2011), *Living Originalism* (2011), *Democracy and Dysfunction* (2019), *The Cycles of Constitutional Time* (2020).

⁹ DUNCAN KENNEDY, “Form and Substance in Private Law Adjudication”, *Harvard Law Review*: 1685-1778, disponível em [Microsoft Word - Form and Substance in Private Law Adjudication.doc \(duncankennedy.net\)](#). Acesso em 31.12.2020.

¹⁰ JACK M. BALKIN, “The Crystalline Structure of Legal Thought”, *Rutgers Law Review* vol. 39, no. 1: 2-103, 1986, disponível em [72834857.pdf \(core.ac.uk\)](#). Acesso em 31.12.2020.

dois autores referidos, bem como identificar o que os aproxima e/ou distancia, podendo assim servir de base teórica para a análise da arbitragem como meio de resolução de litígios acordado entre as partes e da convenção de arbitragem como o referido acordo que a determina.

II. Forma e substância na resolução de litígios de direito privado: o pensamento de Duncan Kennedy

No seu artigo “*Form and substance in private law adjudication*”¹¹, Duncan Kennedy investiga a natureza e a articulação em rede entre diferentes modos retóricos no âmbito das opiniões, artigos e tratados de direito privado americanos. O autor argumenta que há dois grandes modos retóricos opostos para lidar com questões substantivas, sendo eles o individualismo e o altruísmo, e que há dois grandes modos opostos de lidar com questões de forma, nos quais as soluções jurídicas para os problemas substantivos devem ser moldadas: um que favorece o uso de regras claramente definidas, altamente administráveis e gerais, e o outro assente em princípios equitativos que produzem decisões *ad hoc* com baixo valor de precedente. O objetivo de Kennedy é o de justificar racionalmente duas intuições comuns quanto ao modo como estes argumentos se aplicam na resolução de litígios de direito privado: a primeira é a de que uma visão altruísta das questões substantivas de direito privado conduz à utilização de princípios e uma visão individualista parece harmonizar-se mais com a persistência de regras rígidas aplicadas rigidamente; a segunda é a de que o conflito entre forma e substância no direito privado não se pode

¹¹ DUNCAN KENNEDY, “Form and Substance in Private Law Adjudication”, Harvard Law Review: 1685-1778, disponível em [Microsoft Word - Form and Substance in Private Law Adjudication.doc \(duncankennedy.net\)](https://www.duncankennedy.net/). Acesso em 31.12.2020. Toda a análise e citações do autor serão, de ora em diante, feitas com base neste artigo, se nada de diferente for indicado.

reduzir ao desacordo sobre “qual a forma neutra de maximizar a total satisfação de vontades humanas válidas”. Os modos retóricos opostos usados pelos advogados refletem um nível mais profundo de contradição. Para Duncan Kennedy, cada pessoa está dividida, dentro de si própria, entre visões irreconciliáveis da humanidade e da sociedade e entre aspirações futuras comuns opostas. Elegendo o direito dos contratos como objeto da sua análise, Kennedy pretende demonstrar como o triunfo de algumas proteções de terceiros, que marcou um processo de liberalização e atenuação da rigidez das regras aplicáveis às obrigações contratuais no século XIX, conduziu a uma socialização da teoria dos contratos no séc. XX.

1. A doutrina das regras e os tipos de relação entre forma e substância

A doutrina das regras é um corpo do pensamento jurídico que trata explicitamente as questões de forma legal, assumindo que a escolha entre regras e princípios é significativa e que tem autonomia em relação às questões substantivas. As principais fontes da doutrina das regras em que Duncan Kennedy se baseou incluem Jeremy Bentham, R. Von Ihering, Pound e Fuller¹².

¹² Sobre a análise da influência de “Consideration and Form” de Lon Fuller no pensamento de DUNCAN KENNEDY, vide “From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller’s Consideration and Form” – disponível em [Microsoft Word - From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy . \(duncankennedy.net\)](https://duncankennedy.net) (acesso em 31.12.2020). Neste artigo, Kennedy explica as origens e influências da teoria de Fuller no seu pensamento, em particular como incentivou o modelo de fundamentação jurídica das “considerações contraditórias” (*conflicting considerations*), ou seja, de que cada regra representa uma escolha na forma como se resolve uma questão política. A resolução das questões políticas traduz-se no balanço entre considerações contraditórias e na escolha da solução preferível. No artigo referido, Duncan Kennedy demonstra como se evoluiu historicamente do positivismo para o modelo das considerações contraditórias ou conflitantes e como as considerações formais, substantivas e institucionais estão subjacentes na resolução de conflitos de direito privado e no discurso argumentativo utilizado no direito moderno.

Antes de mais, o autor analisa as várias dimensões formais das regras, distinguindo entre (i) realizabilidade formal e o seu oposto, ou seja, princípios ou política, (ii) generalidade e particularidade das normas legais e, ainda, (iii) formalidades e as regras destinadas a deter comportamentos ilegais ou incorretos. Realizabilidade formal é um termo emprestado por Rudolf Von Ihering para descrever o grau de regulação atribuído a cada norma legal. Ihering utilizava o exemplo da determinação da capacidade legal pela referência única à idade como definição formal da realizabilidade da responsabilidade.

No lado oposto à realizabilidade formal, encontram-se os princípios que se referem diretamente a um dos objetivos substantivos da ordem jurídica, como por exemplo, o princípio da boa fé, da justiça, do enriquecimento sem causa, da razoabilidade. A aplicação de um princípio requer que o juiz analise os factos de uma situação particular em função dos fins ou valores sociais prosseguidos pelo princípio. Às duas grandes vantagens das regras formalmente realizáveis, i.e., o limite da arbitrariedade e a segurança jurídica, corresponde um custo, dado que envolvem o sacrifício da precisão no alcance dos objetivos subjacentes às regras. A título exemplificativo, supondo que a razão de se criar uma classe de pessoas incapazes é a convicção de que as pessoas imaturas não têm capacidade de agir livremente, ao fixar-se a idade de maioridade aos 21 ou aos 18 anos está-se a incapacitar muitas, mas não todas as pessoas a quem falta essa capacidade, e poderá estar-se a incapacitar algumas que a possuem. Com efeito, para os defensores das regras é preferível este tipo de arbitrariedade ou incerteza do que aquele que resultaria da decisão de uma autoridade de aplicar o princípio do livre arbítrio diretamente aos factos do caso concreto.

A segunda dimensão formal comumente utilizada para descrever normas legais distingue entre generalidade e particularidade, dependendo do âmbito de regulação da norma. O amplo âmbito de regulação da regra ou do princípio é uma tentativa de abranger o maior número de situações diferentes imagináveis nas quais uma questão substantiva

poderá surgir e aplicar-se.

Finalmente, a terceira dimensão formal das regras legais distingue as formalidades daquelas que visam impedir comportamentos ilícitos. Enquanto que, no caso das formalidades, as regras ou institutos jurídicos têm como objeto a regulação e facilitação da ordem jurídica privada, tendo como fim a garantia de que, primeiro, as partes sabem o que estão a fazer e, segundo, o juiz saberá o que as partes pretenderam, tendo, por isso, função de proteção e prova – como é o caso do regime da forma dos contratos ou dos requisitos da proposta e da aceitação –, há outros institutos jurídicos cujo objetivo é o de impedir as pessoas de praticarem determinadas atividades que são moralmente erradas ou de alguma forma socialmente indesejáveis. É o caso das leis criminais em que, por exemplo, a incriminação do homicídio visa impedir homicídios. Note-se que, às vezes, não é fácil distinguir claramente estes dois tipos de regras, como, por exemplo, sucede no caso das regras que definem o incumprimento contratual ou responsabilidade extracontratual e fixam os danos indemnizáveis, as quais estão numa zona mista entre as formalidades e regras que punem atos ilícitos ou, pelo menos, que causam danos. As regras referidas, tendo um conteúdo substantivo limitado, bem como funções de proteção e prova limitadas, visam essencialmente facilitar a ordem jurídica privada e facilitar as escolhas conscientes de cada ator privado.

Note-se que as três dimensões formais das diretivas legais são independentes e podem entrecruzar-se. Pode haver regras gerais e particulares, assim como princípios gerais e particulares, bem como referirem-se a formalidades ou visarem impedir comportamentos ilícitos. Ora, não há dúvida que a doutrina das regras é comum a vários autores de diversos tempos e lugares e que as noções de regras ou princípios, bem como a ideia de que a escolha entre ambos tem um amplo espectro de consequências, são úteis e importantes no desenho dos institutos jurídicos, não sendo sequer incompatíveis.

Diferentemente de uma linha de investigação designada “contextualização”, que analisa a escolha da forma legal especificamente nas situações particulares em que o legislador opera e aceita os valores e visões do universo como dados, cujas consequências investiga, seja numa vertente de “engenharia social” (que visa definir princípios que guiem o legislador na escolha entre regras ou princípios), seja numa perspetiva das “ciências sociais” (que assentam a análise nos efeitos legítimos e ilegítimos da escolha da forma legal), Duncan Kennedy prefere uma segunda linha de investigação que ignora as questões referidas, como a de saber como as regras e os princípios funcionam na realidade prática. O objetivo desta segunda linha de investigação é o de relacionar as posições pró-regras e pró-princípios com a própria regulação da sociedade e, em particular, com o próprio conteúdo substantivo das normas legais, i.e., com os valores e as visões do universo que devemos adotar (“forma como substância”). O método adotado por Duncan Kennedy designa-se de método dialético, estruturalista, historicista ou método das contradições, o qual apresenta uma natureza mista pessimista e otimista, já que se, por um lado, a ideia de que há conflitos irresolúveis entre os nossos valores e formas de compreensão do mundo é uma realidade, por outro lado, há ordem e sentido para descobrir mesmo na contradição, processo de descoberta esse que é bom em si mesmo e muito útil, podendo mesmo dizer-se que é essencial. Através do método referido, procede-se à análise das vantagens das regras ou dos princípios como meios, o que implica uma escolha entre diferentes conjuntos de valores e visões do universo. Duncan Kennedy apresenta, assim, o seu argumento em dois passos: um para demonstrar a dicotomia entre individualismo e altruísmo e para relacionar a questão formal e a respetiva distinção entre regras e princípios com a escolha substantiva entre essas posições; outro para traçar a evolução histórica e analítica do conflito entre as duas grandes posições referidas.

2. A evolução histórica do conflito substantivo individualismo vs. altruísmo

No presente artigo, de forma profunda e muito interessante, Duncan Kennedy procede à distinção dos traços essenciais de duas atitudes ou visões sobre a vida e o mundo – individualismo e altruísmo –, que não assenta em posições firmes e rígidas, mas simplesmente em dois modos retóricos de argumentar e defender as melhores soluções para as questões substantivas subjacentes à sociedade e à ordem jurídica, analisando a evolução deste conflito historicamente para se compreender as oscilações e evoluções do discurso e das ideias entre estes polos, bem como as principais justificações para as mesmas. Deste modo, o objetivo último do autor é, antes de mais, o de quebrar a ideia de que o direito e o discurso jurídico são autónomos do discurso moral, económico e político¹³ – o que, em si mesmo, não é inovador, tendo sido prosseguido por diversas gerações de pensadores – e, sobretudo, agora inovadoramente, demonstrar que há uma ordenação e lógica na forma utilizada nos debates sobre “política” após o abandono da ideia de neutralidade, e que há uma ligação entre forma (utilização de regras ou princípios) e substância (fins prosseguidos) na moral, economia, na política e na resolução judicial dos conflitos de direito privado.

¹³ Afastando-se, assim, do pensamento positivista anterior, nomeadamente de HEBERT LIONEL ADOLPHUS HART, *The Concept of Law*, 2.ª edição Oxford: Oxford University Press, 1994. Neste ponto, Duncan Kennedy aproxima-se de Ronald Dworkin, para quem a filosofia política, moral e jurídica constituía um todo coerente e integrado entre si, afirmando a ideia de independência e unidade do valor. Cfr. RONALD DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts, London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, cuja tradução em português se encontra em *Justiça para Ouriços*, tradução de Pedro Elói Duarte, Coimbra, Almedina, 2012 e *Law's Empire*, London, Fontana Press, an imprint of Harper Collins Publishers, 1986, entre outras. No pós-positivismo, surgiram vários autores que defendiam a ligação referida entre o direito e as vertentes moral, económica e política.

Delineando o conteúdo ideal do individualismo, a sua base é a ideia de autossuficiência, de que há uma distinção marcada entre interesses individuais e os dos outros e de que é legítima a preferência pela prossecução dos interesses individuais, embora se aceite a necessidade de respeitar algumas regras que permitem a coexistência com os interesses dos outros. Assenta, igualmente, na ideia de que não é necessário repartir os ganhos ou as perdas, tendo cada indivíduo o direito de beneficiar dos seus próprios esforços e a lei um papel de reconhecer e impor direitos, bem como de estabelecer alguns limites para respeito dos direitos dos outros. Por seu turno, a essência do altruísmo reside na crença de que cada indivíduo não deverá preferir acentuadamente a prossecução dos seus próprios interesses em detrimento dos interesses dos outros, mas incentiva à partilha na distribuição de bens e ao sacrifício, por vezes implicando a alteração do curso dos eventos em detrimento próprio para minimizar as perdas de outros. Ao mesmo tempo, o altruísta acredita que não é possível levar esta lógica ao extremo, que é necessário e desejável que exista uma esfera de autonomia no âmbito da qual cada um é livre de ignorar as dificuldades dos outros ou as consequências dos seus próprios atos no bem-estar dos outros.

A verdade é que, tanto o individualismo, como o altruísmo encontram caminhos profundos na história, os quais Duncan Kennedy analisa e separa em três fases, desde o período pré-guerra civil de 1800-1870 ao individualismo clássico, entre 1850 e 1940, até ao pensamento jurídico moderno, de 1900 até ao presente.

Após o pensamento jurídico do século XVIII, em que o direito positivo equivalia ao direito moral divino entendido através da razão e da revelação, o sentido de conflito entre sistemas de pensamento emergiu no início do século XIX. Entre 1800 e 1870 (período pré-guerra civil), o individualismo não surgiu como uma ética em confronto com a do altruísmo, mas como um conjunto de argumentos pragmáticos em conflito com a ética em geral, ou seja, como uma “política” que estava em contraste com a moral. Surgiu a distinção entre a perfeição e imperfeição das leis, sendo que a explicação para esta imperfeição era

marcadamente individualista, já que a imposição de elevados parâmetros de conduta na área de responsabilidade contratual e extracontratual, originando elevados danos, desencorajava o desenvolvimento económico, enquanto que a defesa da necessidade de certos limites morais para obrigar à adoção de determinados comportamentos corretos eram fins claramente altruístas. Assim, o início do século XIX é marcado pela prioridade da ética e da moral, aspirando-se a uma ordem jurídica próxima da divina, embora esse ideal fosse muito difícil de alcançar, pelo que foram aceites algumas imperfeições consistentes com o individualismo para, ainda que impedindo o puro egoísmo, se promovesse o crescimento económico.

No que se refere ao período entre 1850 e 1940, o pensamento jurídico moderno preocupou-se com “políticas competitivas”, julgamentos de valor conflitantes e a ideia de uma ordem jurídica intencional, mas uma grande diferença foi o total desaparecimento dos argumentos religiosos. Mais importante, a situação moderna ficou marcada pelo triunfo do que Kennedy designa de individualismo clássico no pós-guerra civil, que não só representou uma mudança retórica do anterior tom altruísta, mas também a recusa de que o altruísmo é relevante para as teorias jurídicas básicas. O individualismo clássico rejeita a ideia de que as regras particulares representam um compromisso *ad hoc* entre política e moral altruísta, e afirma que as regras representam uma solução global, principal e consistente para problemas éticos e práticos da ordem jurídica. A posição clássica pode resumir-se em três proposições quanto à própria definição de responsabilidade: i) necessidade de existência de uma área de autonomia individual e de liberdade no âmbito da qual não há responsabilidade pelos efeitos nos outros; ii) o que se traduz, no direito privado, em apenas duas fontes de legitimação de responsabilidade, uma com base na culpa, incluindo negligência, e outra com fundamento nos contratos e, finalmente, iii) a ideia de que os conceitos de culpa e vontade livre para contratar geram, de acordo com um processo dedutivo, regras jurídicas definidoras dos limites e conteúdo dos deveres

decorrentes de responsabilidade civil contratual e extracontratual. As restrições ao puro egoísmo não são concessões ao altruísmo, mas decorrem da moralidade individualista da autossuficiência, da teoria económica individualista da competição livre e da filosofia política individualista dos direitos naturais, os quais determinam os limites que as pessoas buscam para tratar os interesses dos outros com igual importância que os próprios. As teorias individualistas desta metade do século XIX assentam na ideia de que, tanto o direito privado, como os limites que impõe, protegem a vontade individual livre. É também comum equiparar a última parte do século XIX ao concetualismo, ou seja, à possibilidade de deduzir a definição de limites e de conteúdo da responsabilidade dos conceitos gerais basilares, como por exemplo o de liberdade.

Finalmente, o pensamento jurídico moderno (1900 até ao presente) iniciou-se com a rejeição do individualismo clássico, afirmando que este falha em demonstrar que o espírito das instituições jurídicas é individualista e que é possível deduzir as regras jurídicas concretas de conceitos como liberdade, propriedade ou segurança da integridade física. O pensamento jurídico moderno põe em causa a ideia de que qualquer questão substantiva possa ser resolvida apenas com base nos conceitos, bem como entende que, em qualquer situação fática, encontram-se ideias contrárias e situadas nos dois polos da discussão individualismo vs. altruísmo. Por outro lado, dada a ambiguidade dos conceitos e a impossibilidade de deduzir regras jurídicas dos mesmos, há que recorrer a outras formas de decidir judicialmente os casos concretos, relevando também a visão moral, económica e política dos juízes sobre o caso. Assim, moralidade e política reaparecem nas discussões modernas no lugar dos princípios e da lógica. A questão é que a moralidade já não é inequivocamente altruísta, mas encerra em si conflitualidade. Acresce que também a política não surge com cariz unicamente individualista, juntando-se ideias como coletivismo, regulação, bem-estar social, entre outras para além da teoria económica do *laissez-faire*. Com a morte do concetualismo, surge uma nova fase do conflito entre individualismo e

altruísmo, em que ambas as posições surgem em paridade.

No direito privado, a fase moderna do conflito cobre três questões principais em debate, a que Kennedy chama, arbitrariamente: comunidade vs. autonomia, regulação vs. facilitação e, ainda, a dicotomia paternalismo vs. autodeterminação. A primeira questão dicotómica versa sobre o conflito relativo à extensão da partilha e do sacrifício para salvaguarda do interesse do outro, na ausência de acordo ou outra manifestação de vontade, em que a posição individualista defende uma maior limitação das obrigações de partilha e sacrifício e a posição altruísta defende uma expansão da rede de responsabilidades e também a liberalização das causas de escusa. A segunda questão em debate, o binómio regulação vs. facilitação, refere-se ao uso do poder de negociação como determinante na distribuição dos bens pretendidos e na alocação de recursos para diferentes usos, em que a posição individualista defende que os juízes devem reduzir ao mínimo as limitações ao uso do poder económico e a posição altruísta defende que as limitações existentes representam uma tentativa de justiça distributiva que os juízes devem fomentar. Por fim, a terceira dualidade – paternalismo vs. autodeterminação – inclui as situações referidas no tópico anterior, ou seja, o poder de negociação das partes, mas em situações de erro de uma das partes, e não de conflito. Na verdade, os debates referidos demonstram que inexistente uma resposta totalmente satisfatória quer pela via do individualismo, quer pela do altruísmo. Em síntese, para Kennedy, a transição do individualismo clássico para o pensamento jurídico moderno dá-se pela quebra dos limites concetuais entre o núcleo central afirmado pelo individualismo clássico, que aderiria firmemente aos polos autonomia, facilitação e autodeterminação, e a periferia, que no individualismo clássico constituía os limites necessários e excepcionais à liberdade, passando a encontrarem-se em situação de paridade.

3. Da afinidade eletiva¹⁴ entre forma e substância nos argumentos morais, económicos e políticos na resolução de litígios de direito privado à ampla disputa entre individualismo e altruísmo

Duncan Kennedy afirma que há uma articulação umbilical entre a dimensão formal das regras e dos princípios e a dimensão substantiva do individualismo e do altruísmo, quer nos argumentos morais, quer quanto aos argumentos económicos, quer ainda no campo dos argumentos políticos na resolução judicial de conflitos no direito privado. Além disso, o autor pretende demonstrar a ampla disputa entre individualismo/regras e altruísmo/princípios que tem marcado as várias fases conducentes ao confronto moderno entre as premissas contraditórias que marcam estas duas diferentes posturas. Para estabelecer a ligação intrínseca referida, o autor refere que é necessário proceder à investigação, do ponto de vista do individualismo e do altruísmo, da influência efetiva das decisões de direito privado na vida económica, social e política, bem como da forma que o juiz adotou para que a sua decisão contribuísse para esse efeito, determinando cuidadosamente o grau efetivo de realizabilidade formal e generalidade da regra ou

¹⁴ Apesar de remontar a séculos anteriores e a diferentes contextos em que a expressão foi utilizada, o conceito de “afinidade eletiva” ocupou um lugar importante na obra “clássica” de Max Weber, em que o autor analisa a relação complexa e subtil entre duas formas sociais, a *ética protestante* e o *espírito do capitalismo*, como forma de ir além da perspetiva tradicional em termos de causalidade e de contornar o debate sobre a primazia do “material” ou do “espiritual”. O autor estabelece analogias profundas entre uma ética religiosa e comportamento económico, baseando-se na análise da realidade na Holanda, na Inglaterra e nos Estados Unidos do século XVII ao XIX. *Apud* LUCAS AMARAL DE OLIVEIRA E MARIANA TOLEDO FERREIRA, “Sobre o Conceito de «Afinidade Eletiva» em Max Weber”, *Plural*, Revista de Pós-graduação em Sociologia da USP, São Paulo, v. 17.2, 2011, pp. 129-142, que corresponde à tradução portuguesa de LÖWY, Michael, “Le concept d’affinité életive chez Max Weber”, *Archives de Sciences Sociales des Religions*, Paris, n.º 127, 2004, pp. 93-103. WEBER, Max, *L’étique protestante et l’esprit du capitalisme*, Paris: Gallimard, 2004.

princípio em causa, tarefa que é extremamente difícil e para a qual o artigo do autor visa ser um primeiro passo.

Duncan Kennedy deteta e estabelece uma forte analogia entre, por um lado, argumentos utilizados pelos advogados para defender uma estrita interpretação da regra e aqueles invocados para que o juiz construa uma regra substantiva individualista e, por outro lado, entre argumentos que visam o “relaxamento” do rigor na aplicação de um regime legal e aqueles oferecidos para defender uma solução substantiva altruísta na resolução do conflito. Esta analogia é facilmente observável no âmbito do argumento moral, já que o individualista assenta a sua conduta na autossuficiência, pelo que a previsibilidade e certeza da existência de uma regra rigidamente aplicável permite antecipação de resultados e uma decisão consciente de atuação. O argumento é ainda mais forte quanto às formalidades e às regras que visam implementar políticas substantivas, uma vez que, se estiverem claramente definidas por regras rígidas, não haverá razão para, mais tarde, se alegar que as desconheciam ou que não aceitam os seus efeitos. Por sua vez, o argumento de “relaxamento” para conversão de uma regra rígida num princípio implicará uma enumeração de todos os fatores particulares da situação que poderão mitigar a falha de inclusão ou exclusão de situações devidas, bem como a consideração do objetivo substantivo prosseguido pela regra para compreender se a mesma se deve ou não aplicar ao caso concreto. O resultado final é o de existir um dever moral de o privado beneficiário da inclusão ou exclusão devida renunciar a uma vantagem que decorre de uma decisão errada e danosa causada por uma incapacidade de outra pessoa. Mesmo que, pela aplicação da regra rígida, a vantagem fosse concedida, entende-se que, considerando todos os fatores concretos do caso, a mesma não deverá moralmente ser atribuída.

No que se refere ao argumento económico, a homologia referida é um pouco mais difícil de compreender, mas Kennedy demonstra-a partindo, primeiro, da análise abstrata da estrutura análoga dos argumentos formais e substantivos e, depois, explicando como a

mesma se verificou historicamente na prática. Após demonstrar que a posição individualista prefere o não-intervencionismo estatal na economia para atingir resultados pré-determinados, pois atingirá maior sucesso através de limitadas intervenções que apenas criem uma estrutura de mercado em que os privados atuam mais livremente, em que haverá maior tolerância à violação do dever altruísta e se encorajarão as transações em geral, demonstra como regras rígidas, em menor quantidade e previsíveis são mais aptas a prosseguir os fins referidos de forma segura para os agentes, exponenciando o crescimento económico. Kennedy demonstra como as regras prosseguem os mesmos fins do individualismo (analogia estrutural) e, ainda, como as regras caracterizaram o individualismo económico e uma instituição intelectual mais ampla, o clássico “*laissez-faire*”. Além disso, Duncan Kennedy explicita como o moderno altruísmo surgiu, em grande medida, da crítica da teoria do “*laissez-faire*” e dos princípios em que o mesmo se baseava. O ataque altruísta à teoria referida negava a neutralidade dos resultados da negociação no âmbito do regime legal subjacente, afirmando que os primeiros dependiam largamente do segundo. Mais uma vez, e dirigindo-se à sua essência, os argumentos substantivos e formais altruístas são idênticos: a ação legislativa, administrativa e judicial assente num conhecimento detalhado das circunstâncias particulares de cada caso permite atingir objetivos paternalistas e regulatórios sem paralisar as energias económicas privadas. O Estado deve intervir diretamente para prosseguir o interesse público em vez de confiar na combinação de regras contratuais e reguladoras da propriedade e da atividade privada para produção de maximização social. Em termos substantivos de legislação, o altruísta rejeita a necessidade defendida pelo individualista de tolerar desigualdades no poder de negociação e outros abusos de deveres altruístas entre amplos grupos sociais. O argumento económico a favor dos princípios é o de que é possível impor determinados valores substantivos tanto nos casos concretos, como em geral, sem as desastrosas consequências que os individualistas preveem.

Finalmente, no confronto dos argumentos políticos, o *slogan* da dicotomia é entre direitos e poderes. Para os individualistas e advogados das regras, os princípios são inconsistentes com os direitos fundamentais dos cidadãos num estado democrático. Há duas vertentes do argumento: o argumento da competência institucional nos termos do qual os juízes não têm o equipamento necessário para determinar as consequências prováveis das suas decisões para o padrão total da atividade social e, portanto, devem restringir-se apenas à aplicação das regras gerais; e o argumento do “jogo das questões políticas”, segundo o qual há uma distinção radical entre a atividade de seguir regras e aplicar princípios, sendo que estes últimos se referem diretamente aos valores substantivos e fins da comunidade, envolvendo juízos de valor, os quais são inerentemente arbitrários e subjetivos, devendo por isso ficar reservados ao legislador e ao voto da maioria. Os dois argumentos referidos conduzem à conclusão final de que os juízes não devem fazer mais do que formular e aplicar regras gerais formalmente realizáveis, sendo ambos os argumentos tipicamente individualistas, defensores da passividade e não-intervenção dos juízes perante a violação do dever altruísta. Paralelamente, existe o argumento substantivo de que os juízes não devem tentar impor princípios elevados de deveres altruístas, dado não terem conhecimento nem legitimidade democrática para o fazerem, sendo a tese central dos conservadores modernos que atacam o ativismo judicial quer no direito público, como no direito privado. Os argumentos formais e substantivos políticos são, por isso, equivalentes.

As formas modernas dos argumentos políticos referidos da competência institucional e do jogo das questões políticas são invenções do altruísmo do pré-II guerra mundial, mais do que o individualismo, o que Duncan Kennedy explica historicamente no seu artigo. O autor fundamenta que, apesar da clássica teoria do recurso judicial ter nascido do individualismo clássico e da respetiva visão do papel dos tribunais como aplicadores das regras, e apesar de os altruístas atacarem a posição individualista clássica, nomeadamente

o concetualismo, com base quer em fundamentos históricos, quer analíticos, os altruístas aceitam a dicotomia individualista entre funções legislativas e judiciais. O passo crucial do argumento altruísta é o seguinte: considerando que a constituição incorpora ideais individualistas e altruístas e que o impacto da lei nesses ideais é obscuro, a questão da respetiva validade é política e, por isso, inapropriada para ser judicialmente determinada, sendo inerentemente legislativa. Apesar de os altruístas defenderem intervenção na economia, também se manifestam contra a intervenção dos tribunais nos casos que envolvam um conflito entre individualismo e altruísmo. Duncan Kennedy acaba por concluir que, no direito privado, os argumentos da competência institucional e do jogo das questões políticas apresentam um carácter distintivamente individualista, em que a criação de regras privadas pelos tribunais tem lugar precisamente em áreas marginais do sistema jurídico em que não é clara ou sequer existente uma vontade do legislador e os juízes são chamados a preencher uma lacuna, resolver uma contradição ou harmonizar uma doutrina antiga com perceções novas. Nos casos referidos, os juízes não devem usurpar o poder e funções legislativas, não devendo ilegitimamente tentar implementar objetivos substantivos da comunidade relativamente ao individualismo ou ao altruísmo.

Por fim, Kennedy afirma que têm entretanto surgido duas grandes tentativas de ajudar os juízes a saírem do impasse referido, sendo eles a afirmação de uma imanente e apolítica racionalidade na ordem social ou um imanente consenso moral entre os cidadãos e a ideia de que, se os juízes deixam todas as questões distributivas da justiça para a legislatura, restará uma ciência racional da alocação de recursos que poderá servir como claro guia para criação marginal de leis. O caminho proposto corresponde a uma rejeição “parcial” dos dois argumentos da competência institucional e do jogo das questões políticas. A nível formal, há ecletismo sobre quando se deve usar regras e quando se deve usar princípios, já que às vezes é melhor que os juízes apliquem diretamente as regras e fins da ordem jurídica aos factos concretos e outras vezes será preferível que distinga claramente quando

está a aplicar regras ou quando está a criá-las.

Assim, Kennedy ilustrou que a dimensão dicotómica de regras vs. princípios é uma quarta instância do conflito individualismo vs. altruísmo, para além das restantes já mencionadas: comunidade vs. autonomia, regulação vs. facilitação e paternalismo vs. autodeterminação. Independentemente do estatuto que o conflito individualismo vs. altruísmo ocupou ao longo dos últimos cem anos, a verdade é que atualmente assume posições marcadamente paralelas nas premissas em conflito, refletindo, para além de uma disputa moral e prática, um conflito mais profundo sobre a natureza da humanidade, da economia e da sociedade.

Assim, enquanto premissa fundamental do individualismo, é afirmada a existência de áreas em que os atores (grupos ou indivíduos) têm total discricionariedade (total liberdade) para prosseguir os seus fins (objetivos, valores, desejos, interesses) sem observar o impacto das respetivas ações nos outros, distinguindo-se regras, por um lado, que definem as esferas de liberdade ou discricionariedade e, por outro, que governam as atividades de cooperação dos atores. Uma ordem totalmente individualista será a combinação de regras reguladoras da propriedade e regras sobre contratos. Na visão individualista, vigora a ideia de arbitrariedade dos valores, existindo pouca base para os discutir. As pessoas entram em grupos no intuito de atingir fins que pré-existem, por isso o grupo é um meio ou instrumento dos seus membros, o que sucede também com o Estado. Se o Estado é apenas um meio para atingir valores, e se todos os valores são inerentemente arbitrários e subjetivos, as únicas instituições estatais legítimas são facilitadoras. Neste sentido, por vezes o Estado também pode ser um instrumento de luta contra outros que desejam reter e prosseguir os fins desfavoráveis. Na teoria individualista, o juiz é um simples aplicador das regras e as regras são diretivas cujos fundamentos são sempre factos e nunca valores. Diferentemente do individualismo clássico, assente nas regras formalmente realizáveis e nos conceitos, o individualismo moderno aceita que o concetualismo falhou, mas não deixa

o juiz totalmente livre e continua a defender uma presunção racional a favor da não intervenção, baseada nas premissas fundamentais liberais. No individualismo, o juiz deve mover-se para respeitar a autonomia, para facilitar em vez de regular, para evitar paternalismo e favorecer a realizabilidade formal e a generalidade nas suas decisões.

Por sua vez, como premissas fundamentais do altruísmo, o contraprograma utópico da justiça altruísta é o coletivismo, consistindo a justiça em ordenar de acordo com fins partilhados. O Estado e os juízes estão destinados a desaparecer à medida que todos sentem a sua irmandade, sendo preferível a aplicação de princípios judiciais em relação a um regime de regras. Os juízes são necessários, os árbitros um melhoramento e os mediadores uma evolução ainda melhor. O altruísmo nega a arbitrariedade e a subjetividade dos valores, defendendo que cada um compreende os seus objetivos e os dos outros num estado de evolução, progresso ou retrocesso, inseridos numa ideia de irmandade universal. Bons juízes são aqueles que criam e desenvolvem valores, não apenas os que resolvem mais eficientemente os litígios. O altruísmo nega a possibilidade de o juiz aplicar as regras sem olhar para os resultados, tendo conceitos próprios de certeza e eficiência que incluem o desenvolvimento moral da sociedade. Para os altruístas apenas se pode alcançar a verdadeira liberdade de forma coletiva, através da autodeterminação do grupo.

Deste modo, Duncan Kennedy conclui que a consciência dos pressupostos alternativos (em boa verdade, heterotópicos) existentes é um passo essencial, pois, na verdade, os defensores de ambas as atitudes acabam por defender ideias comuns aos dois polos, evoluindo-se para um entrecruzamento das duas. Conclui, assim, que há uma afinidade eletiva, na retórica do direito privado, entre individualismo e uma preferência por regras e entre altruísmo e uma opção por princípios, demonstrando uma forte analogia entre as dimensões formal e substancial por assentarem nos mesmos argumentos morais, económicos e políticos. No entanto, mesmo a ideia referida não fica fora do contexto de

compromissos necessários no âmbito de uma economia mista e de um estado de bem-estar social burocrático. Na prática, a escolha entre regras e princípios é muitas vezes instrumental aos objetivos substantivos e é necessário avaliar o significado dos princípios no âmbito da estrutura substantiva em que estão inseridos. Kennedy sublinha que o espaço trazido pelo altruísmo, ainda que possa dar lugar à oposição a uma ordem social opressiva ou à ideologia dominante, permite abrir espaço para o desenvolvimento da justiça para um estágio superior ao do individualismo, principalmente no direito privado.

III. A estrutura cristalina do pensamento jurídico: a relação entre forma e substância de acordo com Jack Balkin

Como seguidor do LCS, também Jack Balkin defende no artigo ora em questão¹⁵ que o pensamento e o argumento jurídicos têm uma estrutura cristalina, comum e replicável em diversas áreas do direito e da doutrina. Para o autor, se se analisar o pensamento jurídico, não como um sistema coerente de ideias¹⁶, mas como uma série contínua de lutas entre vários conjuntos de ideias opostas, a sua estrutura torna-se clara e emerge como simples.

1. As regras jurídicas e a escolha das regras

Na esteira do ensinamento de Duncan Kennedy e dos pensadores estruturalistas –

¹⁵ JACK M. BALKIN, “The Crystalline Structure of Legal Thought”, *Rutgers Law Review* vol. 39, no. 1: 2-103, 1986, disponível em [72834857.pdf \(core.ac.uk\)](https://www.core.ac.uk/doi/pdf/10.1080/00222878.1986.10555557). Acesso em 31.12.2020. Toda a análise e citações do autor serão, de ora em diante, feitas com base neste artigo, se nada de diferente for indicado.

¹⁶ Divergindo aqui do pensamento de RONALD DWORKIN que defende a integridade no direito, bem como a unidade de valor como critério unificador da moral, ética, do direito e da política, respetivamente, em *Law's Empire*, Fontana Press, 1986 e *Justice for Hedgehogs*, Belknap Harvard, Londres, 2011.

nomeadamente Michael Foucault, Jacques Derrida, Leonard Bloomfield, Edward Sapir, Zellig Harris, entre outros –, Jack Balkin propõe olhar para cada instituto jurídico, ou regra, como uma escolha entre uma díade de normas (“*dyad of rules*”). O autor defende que a maior parte, se não todas, as questões trazidas perante os tribunais e os legisladores podem ser compreendidas em termos de uma escolha entre um par de regras, podendo ser representadas por meio de um diagrama. Por exemplo, qual deverá ser o princípio de negligência exigido para a responsabilidade civil extracontratual, subjetivo ou objetivo? E tal esquema alternativo de escolha de regras replica-se nas várias áreas do direito.

Além desta ideia básica geral, o autor acrescenta algumas especializações da regra: primeiro, não há uma alternativa “necessária” ou “correta” para funcionar como alternativa a uma determinada regra jurídica, embora naturalmente haja alternativas que não podem ser utilizadas ou consideradas (tem de haver uma lógica subjacente à alternativa de regras a considerar); além disso, recorre a escolhas sucessivas entre pares de regras, organizadas de forma hierárquica¹⁷, através de argumentos que fundamentem essas escolhas nos vários níveis da doutrina. Por exemplo, a escolha do princípio de negligência exigido para a responsabilidade civil extracontratual entre objetiva e subjetiva pressupõe que já se escolheu a necessidade de culpa para haver responsabilidade extracontratual, tendo-se afastado a hipótese de responsabilidade objetiva (independentemente de culpa) e assim sucessivamente. Assim, Jack Balkin defende que qualquer regime jurídico aplicável se pode e deve decompor em diversas escolhas entre alternativas diádicas de regras, que assim se vão metamorfoseando em subdoutrinas ou subregras. Um ponto a que regressarei.

¹⁷ Cfr. também ALEXANDER SOMEK, “From Kennedy to Balkin: Introducing Critical Legal Studies from a Continental Perspective”, Citation 42 *U. Kan. L. Rev.* 759 1993-1994, p. 775 disponível em [\(3\) \(PDF\) From Kennedy to Balkin: Introducing Critical Legal Studies from a Continental Perspective | Alexander Somek - Academia.edu](#). Acesso em 31.12.2020.

2. A dicotomia entre individualismo e “comunitarismo” (que o autor refere como “comunalismo”) e os argumentos legais cuja estrutura se baseia na oposição referida

Tal como Kennedy, Jack Balkin identifica a dicotomia que considera ser a mais importante entre duas atitudes opostas no pensamento jurídico e moral, as quais se reconduzem a duas visões contraditórias da responsabilidade humana na sociedade: individualismo vs. comunalismo (termo que doravante usarei, embora tenha dúvidas). Além disso, Jack Balkin identifica e classifica as formas de argumentos mais comuns no pensamento jurídico, demonstrando como algumas delas assentam na dicotomia entre individualismo e comunalismo ou, pelo menos, se relacionam com essa dicotomia para, finalmente, explicar como a ideia de estrutura cristalina opera no pensamento jurídico e no desenvolvimento da doutrina jurídica. No entanto, fá-lo de uma forma diferente, embora com afinidades estruturais fortes com a perspetiva de Kennedy.

Relativamente à dicotomia entre individualismo e comunalismo, a mesma encerra o debate sobre o âmbito da responsabilidade individual perante os outros na sociedade, a qual surge no todo que é o direito. No fundo, é o reverso do problema da definição do âmbito próprio da liberdade individual na sociedade. Uma posição individualista procura minimizar e atenuar as responsabilidades e deveres dos indivíduos perante os outros na sociedade, enquanto que uma posição comunalista busca enfatizar e estender as responsabilidades e deveres individuais perante o outro. Assim, para o autor, em cada dupla de regras para se proceder a uma escolha, o lado “esquerdo” da díade corresponde a uma escolha de regra comunalista, que aumenta a responsabilidade perante os outros na sociedade, enquanto que a opção do lado “direito” representa uma escolha de regra mais individualista, ou seja,

que reduz o âmbito de responsabilidade perante os outros¹⁸. Tal como para Duncan Kennedy, para Jack Balkin a divisão dicotómica entre individualista e comunalista reflete uma profunda diferença de posições quanto aos relacionamentos individuais com os outros na sociedade, correspondendo a duas posições filosóficas opostas, que se contradizem e estão simultaneamente presentes na nossa consciência moral. De resto, manifestam-se em cada decisão moral ou jurídica, em particular na decisão sobre a regra jurídica a aplicar.

Na pureza dos princípios, o individualismo defende que não há um imperativo moral obrigatório para além da livre escolha do imperativo moral, que não deve haver sanção, expectativa ou comandos para que um indivíduo seja responsável perante outros, a não ser que o mesmo tenha tido conhecimento disso e consentido ou aceite. Deste modo, para o individualista, a legislação válida, os deveres vinculativos e que devem ser executados deverão ser apenas aqueles que o próprio indivíduo aceitou. A conceção individualista de dever determina a conceção individualista de liberdade. A liberdade, nos termos do individualismo, é o exercício da vontade individual sem limites, restrições, imposições ou deveres perante os outros, não devendo o indivíduo ser responsável pelos efeitos das suas escolhas nos outros. A posição no polo oposto ao individualismo será o comunalismo, no qual os imperativos morais são vinculativos, visto refletirem a vontade da comunidade¹⁹. Os membros da comunidade devem fidelidade aos seus costumes, ideais e objetivos. Todos os membros da comunidade têm deveres e responsabilidades perante os outros membros da comunidade. Os deveres e obrigações não são resultado de uma escolha, mas preexistem ao indivíduo. A realização individual apenas é possível através da partilha de valores e de objetivos na comunidade. Um indivíduo apenas é verdadeiramente livre quando pode partilhar os benefícios da comunidade e gozar da proteção e segurança que

¹⁸ Na minha opinião, a utilização da palavra comunalismo em vez de comunitarismo resulta da opção e associação da conceção de comunitarismo com a esquerda política, e não também com a direita política.

¹⁹ Um conceito da *volonté general*, que tão polémica tem sido, sobre que Jean-Jacques Rousseau discorreu na obra Do Contrato Social em 1762.

a pertença à comunidade oferece. Na medida em que todos os membros da comunidade são responsáveis perante cada um, são responsáveis pelas consequências das suas ações perante os outros, assim como pelas consequências das suas escolhas pessoais. A título de exemplo, o sistema do direito criminal é relativamente comunalista, já que os indivíduos que violarem os princípios básicos comunitários são responsáveis perante a comunidade pelas consequências dos seus atos, devendo submeter-se a um julgamento público e à respetiva pena.

Jack Balkin também defende que individualismo e comunalismo não são posições com uma agenda como os partidos políticos, mas sim orientações opostas. “Tal como liberdade e dever são dois lados da mesma moeda, que não podem existir um sem o outro, também o individualismo e o comunalismo são visões da sociedade reciprocamente dependentes; a total rejeição de uma das visões resulta na destruição da outra”^{20 21}.

Quanto às estruturas recorrentes dos argumentos jurídicos, Jack Balkin identifica e classifica sete tipos diferentes de argumentos jurídicos mais comuns, desenvolvidos por advogados, juízes, legisladores e autores²², procedendo ao desenvolvimento detalhado dos três primeiros tipos para demonstrar como encerram a dicotomia individualismo vs. comunalismo e como a escolha entre estes dois tipos de argumentos pode ser realizada, em particular nas áreas de responsabilidade extracontratual e de direito criminal.

²⁰ JACK M. BALKIN, *The Crystalline Structure of Legal Thought*, *Rutgers Law Review* vol. 39, no. 1: 2-103, 1986, disponível em [72834857.pdf \(core.ac.uk\)](https://www.core.ac.uk/doi/pdf/10.2139/ssrn.72834857), p. 16. Acesso em 31.12.2020.

²¹ Neste sentido, a contradição em Balkin tem uma conotação Hegeliana, implicando que a total negação de uma visão conduz à destruição da outra. Cfr. ALEXANDER SOMEK, “From Kennedy to Balkin: Introducing Critical Legal Studies from a Continental Perspective”, *Citation 42 U. Kan. L. Rev.* 759 1993-1994, p. 778 disponível em [3\) \(PDF\) From Kennedy to Balkin: Introducing Critical Legal Studies from a Continental Perspective | Alexander Somek - Academia.edu](https://www.academia.edu/38111111/From_Kennedy_to_Balkin_Introducing_Critical_Legal_Studies_from_a_Continental_Perspective_Alexander_Somek). Acesso em 31.12.2020.

²² i) Argumentos de responsabilidade moral e deserto; ii) Argumentos de direito moral, jurídico ou político; iii) Argumentos de política social e de utilidade social; iv) Argumentos de realizabilidade formal e substantiva; v) Argumentos de competência institucional e autoridade; vi) Argumentos de equidade e vii) Argumentos de precedente ou de “*stare decisis*”.

3. A estrutura cristalina do argumento jurídico para Jack Balkin e a crítica a Duncan Kennedy

Jack Balkin defende que os debates sobre o conteúdo das regras jurídicas têm uma estrutura semelhante, independentemente da área do direito e do nível de complexidade doutrinária, a qual assenta numa estrutura cristalina de escolha entre díade de regras. No entanto, salienta que nem todas as oposições se podem reconduzir à dicotomia entre individualismo e comunalismo, como por exemplo os argumentos relativos ao recurso judicial, os quais chamam à colação a dicotomia relativa à competência institucional entre legislador e tribunal.

No seguimento do pensamento de Duncan Kennedy, Balkin refere-se e desenvolve uma das mais comuns dicotomias no argumento jurídico entre “realizabilidade formal” e “realizabilidade substantiva”, que se refere ao grau de administrabilidade de uma regra. Uma regra é melhor escolhida quanto mais fácil for aplicá-la. A dicotomia em questão assenta na oposição entre, de um lado, o desejo de segurança, previsibilidade e facilidade de aplicação das doutrinas jurídicas, por apresentar menos problemas de prova (“realizabilidade formal”) e, do outro lado, o desejo de uma solução substantiva justa (“realizabilidade substantiva”). Diferentemente de Duncan Kennedy, Jack Balkin entende que os argumentos de realizabilidade formal suportam, por vezes, a posição individualista e, outras vezes, a posição comunalista. Balkin critica Kennedy, afirmando que não há uma identidade ou analogia entre realizabilidade formal e individualismo e/ou entre realizabilidade substantiva e comunalismo ou altruísmo, e que tal analogia não é, aliás, consistente com a análise da lei. Por exemplo, a responsabilidade objetiva é uma regra formalmente mais realizável que o princípio de diligência da pessoa razoável aplicável na responsabilidade subjetiva e, portanto, o argumento de realizabilidade formal está alinhado

aqui com o argumento comunalista. Para Balkin, os argumentos de realizabilidade formal e substancial flutuam entre as posições individualistas e comunalistas, alterando as suas alianças conforme a escolha particular de regra em causa, e não de acordo com a sua maior ligação à posição individualista ou comunalista. Contudo, Balkin reconhece que, no direito privado contratual, as escolhas correspondem muitas vezes à inexistência ou existência de dever ou de obrigação, pelo que correspondem muitas vezes às posições individualista ou comunalista.

Assim, Balkin retira que uma das consequências da estrutura cristalina do pensamento jurídico é a de que o alinhamento dos argumentos com os dois lados de uma determinada escolha doutrinal é contextual, ou seja, a regra é escolhida em função da oposição que lhe é apresentada, podendo variar consoante o nível da doutrina em que se esteja. Acresce que a natureza contextual da escolha das regras doutrinárias depende também da forma como a oposição à regra é recebida e compreendida, ou seja, depende do contexto factual e institucional em que a escolha entre regras é feita.

Jack Balkin defende a existência de um “enigma doutrinal” que consiste na sucessiva aceitação e rejeição de idênticas formas de argumentação em diferentes níveis da doutrina. Trata-se de um enigma resolvido pelo juiz, na medida em que não é previsível, apenas com base na análise das escolhas precedentes, a escolha a que se irá chegar no final, que argumentos serão aceites e serão rejeitados. O autor entende que há uma estrutura dialética do pensamento jurídico em geral, ou seja, que existe um contraprincípio para cada princípio e que é a referida contradição que cria diversas estruturas cristalinas e o próprio enigma doutrinal que conduz à escolha da regra aplicável. Assim, o caminho da análise do pensamento jurídico passa por conhecer e identificar a natureza conflituante da nossa consciência moral e jurídica. As ferramentas de argumentação que usamos são, por natureza, dialéticas. Daqui se retira a natureza estruturalista da análise de Balkin já que o autor propõe que as relações entre os argumentos para as diversas escolhas de regras

partilhem uma estrutura comum. O enigma doutrinal e a estrutura cristalina do pensamento sugerem que os argumentos usados para defender as escolhas de regras são indeterminados no âmbito que provam.

Cada argumento prova demais e nenhum argumento é definitivo ou “mata” o debate. Os argumentos ganham significado no contexto da escolha de regra na qual são empregados nas posições em que se opõem.

Finalmente, o facto de ser possível construir argumentos para defesa de qualquer posição não significa, porém, que todas as regras sejam igualmente boas, justas e corretas. Neste sentido, a persuasão jurídica e, em geral, a persuasão moral é um exercício útil e essencial para a civilização e um antídoto para a destruição.

Assim, os sistemas jurídicos e princípios de conduta moral são defendidos pelas ferramentas dos argumentos morais e jurídicos, assentes numa estrutura dialética da nossa consciência moral, as quais, embora imperfeitas, são as únicas ferramentas que temos. Balkin conclui que, num sistema de pensamento jurídico e moral, a contradição é inevitável e essencial, quer porque reflete a essência do pensamento, quer por ser necessária ao desenvolvimento das nossas intuições morais e jurídicas.

IV. Semelhanças e diferenças entre Duncan Kennedy e Jack Balkin

Da análise detalhada dos pensamentos dos dois autores à luz também do contexto biográfico e profissional dos mesmos, retira-se que, na sua grande maioria, as premissas de que partem, de que o pensamento moral e jurídico encerra em si mesmo uma contradição de ideias e visões opostas da realidade, o método estruturalista, dialético ou método das contradições utilizado e as conclusões a que chegam são, essencialmente,

comuns. Com efeito, ambos concluem que a antinomia, e a consciência de que o pensamento moral e jurídico é em si contraditório, são essenciais para a compreensão e evolução da sociedade e do mundo, bem como que há duas grandes atitudes e visões, uma mais individualista e outra mais comunitarista (embora, como se referiu, Kennedy lhe chame “altruísmo” e Balkin “comunalismo”) e que a escolha das regras a aplicar está diretamente relacionada e deve ser feita de acordo com os fins morais, económicos e políticos que se pretendem prosseguir na resolução de conflitos, não sendo uma escolha neutra (crítica da neutralidade e do objetivismo), mas sim um debate de argumentos carregado de escolhas substantivas entre visões opostas da sociedade e do mundo. Com efeito, pode dizer-se que o pensamento de Jack Balkin, em particular o enigma doutrinal que constrói, corresponde a um aprofundamento maior do pensamento de Kennedy. O que se compreende melhor ainda se se tiver em conta que os dois autores, com catorze anos de idade de diferença, mantiveram uma relação académica de amizade, em que Duncan Kennedy foi orientador de doutoramento de Jack Balkin e em que partilharam o mesmo movimento dos CLS, mantendo sempre uma intensa cordialidade e intimidade nos seus relacionamentos.

Quanto às diferenças que se detetam nos seus pensamentos, há que salientar, desde logo, uma diferença qualitativa relevante quanto à descrição e caracterização mais específica do conteúdo dos polos opostos que configuram o conflito entre individualismo e altruísmo, para Duncan Kennedy, e comunalismo, para Jack Balkin, a qual se denota e explica, essencialmente, pelas diferentes posições políticas dos autores. Dos seus pensamentos e textos, retira-se que Duncan Kennedy defende uma visão do mundo e da sociedade mais à esquerda²³, com preferência por uma posição maioritariamente altruísta,

²³ Cfr. TOR KREVER, CARL LISBERGER E MAC UTZSCHNEIDER, “Law on the Left: a Conversation with Duncan Kennedy” 0 *Unbound* 1 (2015), disponível em [Law_on_the_Left.pdf_\(duncankennedy.net\)](http://Law_on_the_Left.pdf_(duncankennedy.net)). Acesso em 31.12.2020.

que poderá conduzir a uma sociedade melhor, e um sentido mais crítico do individualismo associado ao liberalismo, enquanto que Jack Balkin situar-se-á mais ao centro, numa posição mais liberal²⁴ que Duncan Kennedy, tendo uma postura marcada por uma maior flexibilidade e relatividade que o pensamento mais rígido, rigoroso e fiel aos princípios defendidos de forma fundamentada e firme de Duncan Kennedy. Além disso, outra diferença significativa que resulta, inclusive, numa crítica de Jack Balkin a uma das principais conclusões alcançadas por Duncan Kennedy, consiste em que este autor defende que há uma forte analogia e ligação entre, por um lado, individualismo e regras gerais e formalmente realizáveis e, por outro lado, entre altruísmo e princípios, explicando-as historicamente e focando-se essencialmente na resolução de conflitos de direito privado, enquanto que Jack Balkin rejeita esta associação, defendendo que as regras e princípios são aptos a desenvolver e prosseguir quer fins mais individualistas, quer fins mais comunais, não se verificando essa consistência na lei. Com efeito, e para além de estarem em causa polos dicotómicos que se têm vindo a entrecruzar cada vez mais ao longo do tempo, a referida diferença nas conclusões alcançadas pode explicar-se, em grande medida, pelo facto de Duncan Kennedy se especializar e focar na área da resolução de conflitos de direito privado, enquanto Jack Balkin é um autor que se dedica e foca preferencialmente em áreas de direito público, como o direito constitucional ou o direito criminal, nas quais o funcionamento e a aplicação da relação entre forma e substância é diferente, dado também serem marcadas em diferentes graus pelos fins morais, económicos e políticos que se pretendem prosseguir.

Como resulta do exposto, as características e contextos de Duncan Kennedy e Jack Balkin referidos permitem uma compreensão mais clara e enquadrada dos pensamentos destes dois grandes autores da teoria jurídica americana que influenciaram o pensamento

²⁴ Cfr. [Balkinization](#).

jurídico em todo o mundo, incluindo na Europa, bem como a identificação e compreensão, de um lado, das semelhanças e continuidades, e do outro, das diferenças e divergências entre ambos. Em particular, o facto de serem membros do movimento do CLS, tendo uma relação académica e de amizade, defendendo, porém, posições políticas diferentes e prosseguindo especialidades do direito em áreas distintas, permite a interpretação, o enquadramento e a análise comparativa das teorias em questão.

V. Forma e substância na arbitragem

O tema que proponho aprofundar na tese de doutoramento incidirá na área da arbitragem comercial, internacional e doméstica, e no entrecruzamento da área do direito referida com a do direito material dos contratos, em particular nos negócios jurídicos existentes na arbitragem, desde logo, a convenção de arbitragem, i.e., o acordo das partes mediante o qual estas submetem qualquer litígio decorrente de determinada relação contratual ao meio de resolução de litígios que é a arbitragem. Com efeito, quer internacionalmente, quer nas diversas legislações nacionais, a arbitragem internacional e doméstica tem sido reconhecida e consagrada como meio de resolução de litígios alternativo à jurisdição dos tribunais estaduais, que permite respeitar e cumprir o princípio e direito fundamental de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva. Em particular, em Portugal, tem-se entendido que a arbitragem e outros meios de resolução alternativa de litígios estão contemplados no âmbito e como meios suscetíveis de concretizar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva previsto e consagrado no artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa (de ora em diante, abreviadamente designada

“CRP”)²⁵, assim como os tribunais arbitrais também se encontram expressamente previstos nos artigos 202.º e 209.º da CRP²⁶.

A arbitragem é o meio alternativo de resolução de litígios, que tem o seu fundamento na autonomia contratual, pelo qual a decisão de um litígio é confiada a um tribunal arbitral composto por um ou mais árbitros escolhidos pelas partes e, uma vez proferida, é vinculativa para as mesmas. Assim, é usual dizer-se que a arbitragem é contratual na sua origem, privada na sua natureza e adjudicatória na sua função²⁷.

Deste modo, considerando que a tese se situará no âmbito das áreas da arbitragem e do direito dos contratos, as teorias jurídicas sobre o pensamento e argumentação jurídicos relativas à relação entre forma e substância do Direito, ora em análise, serão muito relevantes e darão perspetiva e enquadramento ao modo de pensar, qualificar e interpretar a arbitragem, bem como o regime jurídico aplicável ao referido método de resolução de litígios.

Se, por um lado, a arbitragem tem um fundamento essencialmente individualista na autonomia contratual das partes, em que estas têm uma ampla margem de negociação e

²⁵ Constituição da República Portuguesa, de 2 de abril de 1976, na sua redação atual (última alteração: Lei Constitucional n.º 1/2004, de 24 de julho).

²⁶ JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª edição revista, atualizada e ampliada, Wolters Kluwer e Almedina, maio 2010, pp. 433; cfr. também J.J. GOMES CANOTILHO – VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 410. Os últimos autores citados consideram que, sendo o acesso ao direito integrante do princípio material de igualdade e do próprio princípio democrático, o artigo 20.º da CRP “não pode ser interpretado como consagração de um *Estado judiciário* ou *Estado de Justiça*, entendido como um Estado em que o direito se realiza apenas através do recurso aos tribunais ou através da solução judicial de litígios. O direito de acesso aos tribunais ou o direito à via judiciária é uma das dimensões – porventura a mais importante – mas não é a única de um direito de acesso ao direito”. Embora os autores não o refiram expressamente, parece que, como consequência lógica desta afirmação, todos os meios de resolução alternativa de litígios em relação aos tribunais judiciais estarão naturalmente incluídos na materialização do direito fundamental em questão, em particular a arbitragem e os tribunais arbitrais, os quais estão consagrados constitucionalmente (artigos 202.º e 209.º da CRP).

²⁷ Cfr. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Almedina, 2018, p. 119 e ss.; GARY BORN, *International Commercial Arbitration*, 3rd Edition, Kluwer Law International, 2020, p. 7 e ss.

escolha dentro de certos limites constitucionais e legais, desde logo, de se excluírem do poder jurisdicional dos tribunais judiciais estatais e, subsequentemente, quanto a diversos elementos que constituirão a arbitragem, tais como os árbitros, as regras aplicáveis ao processo, as regras aplicáveis ao mérito, a sede da arbitragem, a língua da arbitragem, etc, por outro lado, detetam-se igualmente alguns traços típicos de comunitarismo na arbitragem, tais como: a ideia de dividir custos e partilhar benefícios da escolha comum de um meio alternativo de resolução de litígios, entre os quais se identificam a neutralidade, o conhecimento especializado dos árbitros e a celeridade; a necessidade de participação de boa fé na arbitragem e de encontrar consensos para resolver os problemas que surjam de modo a permitir que a arbitragem chegue ao fim de forma válida e eficiente; bem como, ainda, a flexibilidade e adaptabilidade do processo arbitral e os amplos poderes dos árbitros nessa matéria para se encontrarem as soluções mais adequadas e especificamente desenhadas para cada caso concreto (*tailored-made process*). Como também tem sido discutido na doutrina, se, por um lado, a arbitragem nacional e internacional tem uma natureza privada, assente na origem contratual e na seleção dos árbitros que não são juízes, por oposição à justiça pública do Estado, por outro lado, também prossegue e contribui para a prossecução de fins e do interesse públicos na medida em que é um meio de resolução de litígios com efeitos jurisdicionais, retirando determinados tipos de litígios dos tribunais públicos, contribuindo para a segurança e certezas jurídicas necessárias ao desenvolvimento económico e social dos Estados, tendo uma função social relevante, donde decorre a necessidade de se sujeitar a alguns limites e controlo estatais para que seja legítima e eficaz, revelando uma natureza mista²⁸. Com efeito, ao Estado caberá assegurar que a arbitragem cumpre determinados requisitos e garantias básicas de tutela jurisdicional efetiva e que respeitem o princípio do processo equitativo para que se

²⁸ RALF MICHAELS, "International arbitration as private and public good" in *The Oxford Handbook of International Arbitration* editado por Thomas Schultz and Federico Ortino, Oxford University Press, p. 399-420.

cumpram os direitos fundamentais nesta matéria e que seja um meio de resolução de litígios legítimo, deixando, ao mesmo tempo, ampla margem de autonomia às partes e ao tribunal arbitral para prosseguir os fins de resolução de litígios a que se propõem e do modo como entendem mais adequado.

Ora, se atentarmos ao regime jurídico da arbitragem, quer internacional, quer doméstica, o mesmo é constituído essencialmente por princípios ou *standards*, os quais funcionam como limites ao poder de disposição das partes, existindo algumas regras jurídicas supletivas que podem ser adotadas ou afastadas pelas mesmas²⁹. As partes têm ampla autonomia para escolherem as regras que querem fixar, para as alterar e/ou para, inclusivamente, criarem regras específicas para o caso concreto, existindo, aliás, uma panóplia de regulamentos de arbitragem aprovados e que vigoram nas instituições arbitrais internacionais e domésticas que foram surgindo pelo mundo fora³⁰, aplicáveis nas arbitragens institucionais, assim como regulamentos-modelo que podem ser adotados pelas partes nas arbitragens *ad hoc* (ou seja, que não beneficiam de apoio administrativo de uma instituição arbitral)³¹. Note-se que, mesmo quando existe uma regra mais rígida, como por exemplo aquela que estabelece que a convenção de arbitragem apenas vincula as partes que a assinaram e não quaisquer outros terceiros não-signatários, têm sido desenvolvidas doutrinas assentes em princípios como a boa fé, a proibição do abuso de

²⁹ Em Portugal, as regras gerais sobre arbitragem voluntária encontram-se estabelecidas na Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa, aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro.

³⁰ A título exemplificativo, *vide* Regulamento de Arbitragem CCI (“Câmara de Comércio Internacional”) que entrou em vigor em 1 de janeiro de 2021, disponível em [2021 Arbitration Rules - ICC - International Chamber of Commerce \(iccwbo.org\)](https://www.iccwbo.org/resources/publications/2021-arbitration-rules-icc-international-chamber-of-commerce/); Regulamento de Arbitragem da LCIA (*London Court of International Arbitration*), que entrou em vigor em outubro de 2020, disponível em [LCIA Arbitration Rules](https://www.lcia.com/2020-arbitration-rules/); Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa, de 1 de março de 2014, disponível em [Regulamento de Arbitragem 2014.pdf \(centrodearbitragem.pt\)](https://www.centrodearbitragem.pt/pt/regulamento-de-arbitragem-2014.pdf), cujo teor está a ser revisto e atualizado, existindo já um projeto de alteração em [Regulamentos de Arbitragem Reviso Novembro 2020.pdf \(centrodearbitragem.pt\)](https://www.centrodearbitragem.pt/pt/regulamentos-de-arbitragem-revisao-novembro-2020.pdf).

³¹ Cfr. Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL, com as revisões feitas em 2013, disponível em [Regulamento Uncitral pages.pdf \(justica.gov.pt\)](https://www.uncitral.org/uncitral/index.php?id=about&menuitem=regulamento-uncitral-pages.pdf). Último acesso em 27.01.2021.

direito ou fraude à lei, a segurança jurídica, o levantamento da personalidade jurídica, etc, que têm de ser respeitados para estender a eficácia subjetiva da convenção de arbitragem a partes que não assinaram a convenção de arbitragem, de modo a alcançar solução mais justa e eficiente para o litígio.

Deste modo, e sem prejuízo de um maior desenvolvimento que a investigação e tese de doutoramento propiciarão, apesar da origem individualista da vontade das partes, a arbitragem prossegue fins quer individualistas, quer também comunitaristas, sendo essencialmente regulada por princípios e visando a prossecução dos fins últimos de resolução do litígio pretendido pelas partes, dentro da moldura legal e do controlo formal final a que a decisão arbitral está sujeita para ser reconhecida e executada na ordem jurídica nacional e internacional. Assim, comprova-se na arbitragem um entrecruzamento entre as duas visões individualismo vs. comunitarismo que os autores em questão apontam como inerente à realidade, bem como a relevância e ligação funcional entre forma e substância para a prossecução dos fins morais, económicos e políticos pretendidos, neste caso, de reconhecer meios alternativos de resolução de litígios mais adequados às áreas do comércio jurídico em que estes são permitidos e fomentados para promover maior eficiência, adequação e justiça nas situações concretas, impondo-se a necessidade de ir conciliando as oposições existentes também nesta área do direito e de resolução de conflitos.

VI. Conclusão

Como desenvolvem detalhadamente Duncan Kennedy e Jack Balkin, e como decorre da análise contextualizada das respetivas teorias, o direito não pode ser pensado de forma totalmente autónoma ou desligada da realidade moral, económica e política em que se vive,

visando, ao invés, a prossecução dos fins últimos referidos. Com efeito, os debates jurídicos encerram, quer nas questões mais fundamentais da sociedade, quer nas mais práticas e mais livres de conotações valorativas, escolhas entre diferentes visões mais profundas que se tem do mundo e da convivência em sociedade, sendo uma delas muito marcante quer da história, como demonstra claramente Duncan Kennedy, quer da atualidade, como demonstram os debates vivos a que assistimos como o relativo à eutanásia, ao aborto, aos direitos das minorias e também às soluções que têm sido encontradas para fazer face a uma pandemia mundial nos diferentes contextos mundiais: a dicotomia entre individualismos e comunitarismos. Uma tendência mais individualista ou mais comunitarista marcará a interpretação e a escolha da regra e solução jurídica a adotar em cada questão concreta, sendo que é fundamental argumentar para justificar a referida escolha.

Concordo com a visão e enquadramento histórico de Duncan Kennedy das oscilações entre os polos deste amplo conflito individualismo vs. comunitarismo e quando conclui que cada um de nós tem em si esta divisão, assistindo-se a um entrecruzamento das orientações referidas nas diversas áreas do direito, o qual é também reconhecido e aceite por Jack Balkin. Além disso, também se denota um entrecruzamento cada vez maior entre regras e princípios, entre fins individualistas e fins comunitaristas, no direito em geral, verificando-se uma continuação da evolução histórica que Duncan Kennedy apontou como socialização do direito dos contratos e também um maior âmbito de atuação da autonomia privada no direito público, não só no direito administrativo, como por exemplo no próprio processo civil, que cada vez mais tem incorporado algumas válvulas de possibilidade de maior flexibilidade e adequação ao caso concreto, o que dá força à teoria de Jack Balkin.

Também na arbitragem internacional ou doméstica se comprova o entrecruzamento das orientações opostas referidas: apesar de, na sua essência, assentar num fundamento tendencialmente individualista de autonomia e liberdade contratual das partes, e de ser uma área em que as partes – e depois também o tribunal arbitral – têm, por excelência, ampla

margem de liberdade de escolha, desde logo, de que a resolução do seu litígio seja excluída da jurisdição dos tribunais judiciais, bem como das regras de processo, do direito material aplicável, do lugar da arbitragem, do método de seleção e nomeação dos árbitros, etc, desde que respeitem determinados limites constitucionais e legais, é também uma área moderada e equilibrada por características e fins comunitaristas. Entre estes, podem apontar-se a opção das partes em dividir custos e partilhar benefícios da escolha comum de um meio alternativo de resolução de litígios, entre os quais se identificam a neutralidade, o conhecimento especializado dos árbitros e a celeridade, a necessidade da participação de ambas as partes de boa fé na arbitragem e de encontrar consensos para resolver os problemas que surjam de modo a permitir que a arbitragem chegue ao fim de forma válida e eficiente, bem como, ainda, a flexibilidade e adaptabilidade do processo arbitral e os amplos poderes dos árbitros nessa matéria para se encontrarem as soluções mais adequadas e especificamente desenhadas para cada caso concreto (*tailored-made process*), entre outros aspetos que poderíamos indicar. Acresce que, se a arbitragem tem, por um lado, natureza privada, por outro lado, visa uma função jurisdicional e contribui também para a prossecução de fins e interesses públicos de salvaguardar a segurança e certeza jurídicas nas áreas em que é possível recorrer ao referido método de resolução de litígios, sendo relevante para o desenvolvimento económico e social dos Estados. Deste modo, e também por força da necessidade de conciliação de fins individualistas e comunitaristas nesta área da arbitragem, que se entrecruza com a área do direito dos contratos, constata-se que a arbitragem é essencialmente regulada por princípios, sendo que as regras que existem e que vêm consagradas nas leis de arbitragem têm, na sua maioria, natureza supletiva, podendo ser afastadas ou alteradas pelas partes, vigorando um conjunto de poucas regras imperativas que salvaguardam os limites constitucionais e legais que a arbitragem tem de obedecer e respeitar para que a decisão arbitral seja considerada válida, reconhecida e exequível na ordem jurídica. Mesmo relativamente às

regras rígidas estabelecidas na arbitragem, como por exemplo que a convenção de arbitragem – e, conseqüentemente, a jurisdição do tribunal arbitral e a decisão arbitral – apenas vinculam as partes, usualmente as signatárias da convenção de arbitragem, tem havido alguns casos em que, por força de princípios gerais como a boa fé, a proibição do abuso de direito ou fraude à lei, a segurança jurídica, o levantamento da personalidade jurídica, etc, que têm aceitação geral pacífica, quer internacionalmente, quer no âmbito das legislações nacionais, se tem entendido necessário estender o âmbito da eficácia subjetiva da convenção de arbitragem a partes que não assinaram a convenção de arbitragem, de modo a se alcançar uma solução mais justa e eficiente para o litígio. Ora, na medida em que a tese de doutoramento, que pretendo elaborar, incidirá sobre a análise desta questão em concreto, as teorias dos autores referidos, nomeadamente sobre as posições opostas entre individualismo vs. comunitarismo, bem como as questões suscitadas em torno da forma e sua interligação umbilical com a substância, serão fundamentais para poder tem uma visão ampla e mais profunda sobre as opções a adotar, e respetivos fundamentos, ao decidir cada situação ambígua na determinação do âmbito subjetivo da convenção de arbitragem, i.e., na determinação das partes na arbitragem.

Referências Bibliográficas

BALKIN, Jack M., “The Crystalline Structure of Legal Thought”, *Rutgers Law Review* vol. 39, no. 1: 2-103, 1986, disponível em [72834857.pdf \(core.ac.uk\)](#) (Acesso em 31.12.2020)

BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration*, 3rd Edition, Kluwer Law International, 2020

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 410

DWORKIN, Ronald, *Law’s Empire*, Fontana Press, 1986

DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Belknap Harvard, Londres, 2011

GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Almedina, 2018

HART, Hebert Lionel Adolphus, *The Concept of Law*, 2.ª Edition, Oxford: Oxford University Press, 1994

KENNEDY, Duncan, “Form and Substance in Private Law Adjudication”, *Harvard Law Review*: 1685-1778, disponível em [Microsoft Word - Form and Substance in Private Law Adjudication.doc \(duncankennedy.net\)](#) (Acesso em 31.12.2020)

KENNEDY, Duncan, “From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller’s “Consideration and Form”, 100 *Columbia L. Rev.* 94 (2000), disponível em [Duncan Kennedy Bibliography - in Reverse Chronological Order](#). (Acesso em 31.12.2020)

KREVER, Tor; LISBERGER, Carl; UTZSCHNEIDER, Mac. “Law on the Left: a Conversation with Duncan Kennedy” 0 *Unbound* 1 (2015), disponível em [Law on the Left.pdf \(duncankennedy.net\)](#) (Acesso em 31.12.2020)

MICHAELS, Ralf, “International arbitration as private and public good”, *The Oxford Handbook of International Arbitration*” editado por Thomas Schultz and Federico Ortino, Oxford University Press, p. 399-420

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.^a edição revista, atualizada e ampliada, Wolters Kluwer e Almedina, maio 2010, pp. 433

OLIVEIRA, Lucas Amaral de; TOLEDO FERREIRA, Mariana. “Sobre o Conceito de «Afinidade Eletiva» em Max Weber”, *Plural*, Revista de Pós-graduação em Sociologia da USP, São Paulo, v. 17.2, 2011, pp. 129-142, que corresponde à tradução portuguesa de Löwy, Michael, “Le concept d’affinité életive chez Max Weber”, *Archives de Sciences Sociales des Religions*, Paris, n.º 127, 2004, pp. 93-103

SOMEK, Alexander, “From Kennedy to Balkin: Introducing Critical Legal Studies from a Continental Perspective”, *Citation* 42 *U. Kan. L. Rev.* 759 1993-1994, p. 775 disponível em [\(3\) \(PDF\) From Kennedy to Balkin: Introducing Critical Legal Studies from a Continental Perspective | Alexander Somek - Academia.edu](#) (Acesso em 31.12.2020)

WEBER, Max, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Paris: Gallimard, 2004, *apud* LUCAS AMARAL DE OLIVEIRA E MARIANA TOLEDO FERREIRA, "Sobre o Conceito de «Afinidade Eletiva» em Max Weber", *Plural*, Revista de Pós-graduação em Sociologia da USP, São Paulo, v. 17.2, 2011, pp. 129-142, que corresponde à tradução portuguesa de LÖWY, Michael, "Le concept d'affinité életive chez Max Weber", *Archives de Sciences Sociales des Religions*, Paris, n.º 127, 2004, pp. 93-103

Lista de instrumentos normativos

Constituição da República Portuguesa, de 2 de abril de 1976, na sua redação atual (última alteração: Lei Constitucional n.º 1/2004, de 24 de julho)

Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa, aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro

Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL, com as revisões feitas em 2013, disponível em [Regulamento Uncitral pages.pdf \(justica.gov.pt\)](#). Último acesso em 27.01.2021

Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa, de 1 de março de 2014, disponível em [Regulamento de Arbitragem 2014.pdf \(centrodearbitragem.pt\)](#), cujo teor está a ser revisto e atualizado, existindo já um projeto de alteração em [Regulamentos de Arbitragem Reviso Novembro 2020.pdf \(centrodearbitragem.pt\)](#)

Regulamento de Arbitragem da LCIA (*London Court of International Arbitration*), que entrou em vigor em outubro de 2020, disponível em [LCIA Arbitration Rules](#)

Regulamento de Arbitragem CCI (“Câmara de Comércio Internacional”) que entrou em vigor em 1 de janeiro de 2021, disponível em [2021 Arbitration Rules - ICC - International Chamber of Commerce \(iccwbo.org\)](#). Último acesso em 11.02.2021