



RONALD DWORKIN: A APLICAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO CONCEPTUAL E DA UNIDADE DO VALOR NA ARBITRAGEM E NA DETERMINAÇÃO DAS PARTES NUMA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

JOANA GALVÃO TELES
Doutoranda em Direito
Investigadora do CEDIS

RESUMO

O presente artigo visa, em primeiro lugar, uma análise e aprofundamento da teoria jurídica de um dos mais relevantes filósofos do século XX, Ronald Dworkin, a qual não pode, segundo o próprio, ser desligada e analisada sem ser de modo integrado na filosofia política e moral em que se insere, pelo que começar-se-á pelo desenho da teoria da justiça, da moral e da ética como um todo coerente, identificando o lugar ocupado pelo direito e o modo como se relaciona com os outros departamentos do valor, teoria esta que assenta e que visa demonstrar a independência e a unidade do valor. Na sua teoria jurídica, Dworkin parte da crítica ao positivismo para construir um conceito de interpretação conceptual e para defender uma conceção de direito como integridade, que é aquele que resulta da melhor interpretação dos conceitos, a mais adequada e justificada, de acordo com a prática e experiência, e coerente com todo o sistema em que se integra e com os fins que visa prosseguir. Subsequentemente, proceder-se-á à relação da teoria e dos conceitos de

Dworkin com a atualidade, sublinhando a sua relevância atual na conceção de Estado de Direito Democrático que domina o mundo ocidental, em particular que vigora em Portugal, bem como com as áreas de arbitragem e direito material dos contratos, nas quais pretendo investigar e elaborar a tese de doutoramento.

PALAVRAS-CHAVE

Justiça; Moral; Ética; Independência; Unidade do valor.

ABSTRACT

This article aims to analyse and deepen the legal theory of one of the most relevant philosophers of the twentieth century, Ronald Dworkin. According to Dworkin, the legal theory must not be disconnected or analysed outside the context of the political and moral philosophy in which it is inserted. Thus, it is relevant to start by the design of the Dworkin's theory of justice, theory of moral and theory of ethics as a coherent whole, so that it is possible to identify the place that the legal theory has, and the way it relates to each department of value. This whole theory is based on, and aims to demonstrate, the independence and the unity of value. In his legal theory, Dworkin starts from the critique of positivism to build the concept of conceptual interpretation and sustain a new concept of law as integrity. His theory constitutes the best interpretation of the relevant concepts; it is the most fit for purpose and substantiated, in accordance with the practice and experience, and coherent in the whole system and with the overall purposes that it aims to pursue. Finally, I will connect the theory and concepts developed by Dworkin with the present context, stressing their present-day relevance in the conceptions of Democracy and the Rule of Law that prevail in the western world (in particular in Portugal), as well as with the relevant areas of the law – arbitration and contracts substantive law – in which I will investigate and elaborate the doctoral thesis.

KEYWORDS

Justice; Moral; Ethics; Independence; Unity of value.

I. Introdução: delimitação do tema, o autor Ronald Dworkin e o contexto histórico e teórico do seu pensamento

O presente artigo visa, primeiramente, uma análise e um aprofundamento da teoria jurídica do autor norte-americano Ronald Dworkin, que é um dos mais importantes e originais filósofos da política, da moral e do direito do séc. XX e cujo pensamento marcou a atualidade. Seguindo o pensamento e metodologia do autor, a teoria jurídica do mesmo não pode ser analisada, na sua integridade, sem ser incluída no todo coerente da filosofia política e moral em que o autor a insere, demonstrando exatamente o lugar que ocupa. Assim, após um desenho introdutório das principais linhas biográficas e do percurso profissional do autor, bem como da contextualização histórica e teórica do seu pensamento, procederei à análise dos conceitos fundamentais da filosofia política, moral e jurídica como um todo coerente assente na unidade de valor, essencialmente com base na última obra do autor *Justice for Hedgehogs*¹, para, em seguida, focar a sua teoria jurídica, em particular os conceitos de interpretação conceptual e de direito como integridade defendidos pelo autor. Subsequentemente, após uma breve referência à relação entre a teoria estudada e a atualidade, procederei a uma exposição do interesse e utilidade que a mesma tem no estudo e aprofundamento das áreas temáticas a que dedicarei a tese de doutoramento, em particular a arbitragem e o direito dos contratos, em particular a determinação do âmbito subjetivo da convenção de arbitragem, ou seja, das partes na arbitragem.

Ronald Dworkin² nasceu em 1931 em Providence, Rhode Island, e morreu em 14 de fevereiro de 2013, em Londres. Nasceu numa família judia, tendo tido um percurso académico sólido e exemplar. Graduou-se em 1953 em filosofia na Universidade Harvard, tendo sido aluno de W.O. Quine, John Rawls, que o inspirou principalmente na sua filosofia política, entre outros relevantes filósofos. Depois, estudou no Magdalen College da

¹ 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.

² RONALD DWORKIN, Wikipedia, disponível em [Ronald Dworkin - Wikipedia](#) e RONALDO PORTO MACEDO JÚNIOR, “Ronald Dworkin – teórico do direito”, Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito, Edição 1, abril de 2017, disponível em [Ronald Dworkin - Teórico do direito \(pucsp.br\)](#).

Universidade Oxford, onde contactou com o filósofo britânico Johan Langshaw Austin, que desenvolveu uma grande parte da atual teoria dos atos de discurso. Obteve o *Masters* em Yale em 1956 e o LLB (*Bachelor of Laws*) na Harvard Law School em 1957. Mais tarde, atuou como assistente do juiz Learned Hand da *United States Court of Appeals for the Second Circuit Court of Appeals*, com quem manteve uma relação de proximidade, que o influenciou como jurista. Foi aprovado no exame da ordem em 1959 (*New York Bar Association*), tendo trabalhado por mais dois anos como advogado associado no famoso escritório de advogados *Sullivan and Cromwell*. Em 1962, iniciou a sua carreira académica em Direito na Yale Law School, onde permaneceu até ter sido indicado como sucessor de H.L.A. Hart para a cátedra de jurisprudência em Oxford. Depois de se reformar em Oxford, Dworkin foi professor de *Jurisprudence* na University College London e professor de direito e filosofia em New York University. Dworkin recebeu em 2007 o Holberg International Memorial Prize e, em 2012, o Balzan Prize em Teoria do Direito. De acordo com uma pesquisa do *The Journal of Legal Studies*, Dworkin foi o segundo mais citado autor americano em direito no século XX. Para além da qualidade literária da sua escrita, expunha e argumentava de forma muito clara mesmo sobre temas complexos, combinando a reflexão filosófica e a intervenção política, sendo comentador de temas políticos e jurídicos, particularmente sobre a política judicial do Supremo Tribunal norte-americano, muitas vezes no jornal *The New York Review of Books*³.

Na sua obra, pode distinguir-se, uma primeira fase, sobretudo dedicada ao direito, em que Dworkin parte da crítica ao positivismo, analisa o modo de decidir dos juizes e constrói a sua teoria jurídica, em *Taking Rights Seriously* (1977)⁴, *A Matter of Principle*⁵ (1985) e *Law's Empire* (1986)⁶ e uma segunda fase, com maior influência na dimensão política, em *Life's Dominion: An Argument about Abortion and Euthanasia* (1993), *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution* (1996), *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality* (2000), *Is Democracy Possible Here: Principles for a New Política*

³ Cfr. Por exemplo, RONALD DWORIN, *The Supreme Court Phalanx: The Court's New Right-Wing Bloc*, *The New York Review*, Nova Iorque, 2008.

⁴ RONALD DWORIN, *Taking Rights Seriously* (1977), Cambridge, USA: Harvard University Press, 1977.

⁵ RONALD DWORIN, *Uma Questão de Princípio*, tradução de Luís Carlos Borges, São Paulo, Martins Fontes, 2000.

⁶ RONALD DWORIN, *Law's Empire*, London, Fontana Press, an imprint of Harper Collins Publishers, 1986.

Debate (2006) e *Justice in Robes* (2006).⁷ Finalmente, na sua obra *Justice for Hedgehogs* (2011), o autor reúne, num todo coerente, a teoria política, moral e jurídica, conforme se demonstrará.

Conforme referido, Dworkin parte da crítica aos fundamentos do positivismo em geral, tomando por base o livro *Conceito de direito*, de Hart (1962)⁸, num dos seus mais citados artigos “O modelo de regras I” (1967)⁹, em que critica a “tese das fontes sociais do direito”, a que Dworkin chama de “tese do pedigree”, segundo a qual o fundamento da validade da norma reside, em última instância, numa questão de facto; a “tese da convencionalidade”, segundo a qual o critério de validade das normas jurídicas assenta numa regra de reconhecimento que é “aceite convencionalmente”, ainda que através das práticas nos tribunais; e a “tese do carácter descritivo da teoria do direito”, segundo a qual a tarefa da teoria do direito é descrever o direito independentemente de qualquer tipo de consideração valorativa ou moral. De acordo com o positivismo, há uma obrigação de proceder de determinada maneira quando existe uma regra jurídica que o determine, devendo os juízes aplicar as regras e as obrigações que delas se extraem, sendo que, quando a regra for vaga ou indeterminada, os juízes têm discricionariedade para agir, devendo, nos casos difíceis, criar uma nova regra¹⁰. Dworkin critica a ideia de direito no positivismo como sistema de regras, que esquece o importante papel dos princípios, e que é, aliás, contrária à prática, já que os princípios são utilizados no discurso dos tribunais e operadores do direito, sendo eles que permitem a natureza argumentativa e interpretativa do direito e nos quais se denota a natureza moral da argumentação jurídica.

Às críticas de Dworkin ao positivismo, em *Taking the Rights Seriously*, que depois foram aprimoradas em *Law's Empire*, sucederam-se respostas também críticas por parte dos positivistas, que se dividiram em dois grupos, intensificando-se assim o debate técnico-jurídico de natureza metodológica que dominou as décadas entre 1980 e 2000. De um lado, mantinham-se os positivistas, divididos entre “inclusivistas” (ou *self positivists*) como Hart,

⁷ MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, “Recensão de Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, e Londres, 2011, xi+506 pp.”, in *Concorrência & Regulação*, Ano II, n.º 7/8, Julho-Dezembro, 2011, pp. 519-526.

⁸ HEBERT LIONEL ADOLPHUS HART, *The Concept of Law*, 2.ª edição Oxford: Oxford University Press, 1994.

⁹ Artigo incluído na coletânea de ensaios publicados em *Taking Rights Seriously* (1977), Cambridge, USA: Harvard University Press, 1977, pp. 14-45.

¹⁰ HEBERT LIONEL ADOLPHUS HART, *The Concept of Law*, 2.ª edição Oxford: Oxford University Press, 1994, pp. 322 e ss.

Jules Coleman, Will Waluchow, entre outros, que não aceitaram a caracterização dworkiniana do positivismo, e “exclusivistas” (ou *hard positivists*), como Joseph Raz, que, por exemplo, aceitou parcialmente a crítica e teoria de Dworkin, bem como a importância dos princípios, mas que apontou que o seu erro foi considerar que os princípios são vinculantes “como direito” dotado de autoridade, considerando-os antes parâmetros extrajurídicos frequentemente usados¹¹; de outro lado, situavam-se interpretativistas como Dworkin, jusnaturalistas contemporâneos, como John Finis, Robert George e teóricos da razão comunicativa, como Jürgen Habermas, Robert Alexy e Klaus Günther, todos eles conjuntamente e usualmente designados de “pós-positivistas”¹². Foi, neste contexto de debate metodológico e de alteração linguística do direito que Dworkin desenvolveu a sua teoria do direito. Subsequentemente, como para Dworkin a finalidade ou o valor do Direito é a política¹³, dedicou os seus esforços a desenvolver uma teoria da justiça e a reconstruir uma filosofia política integradora e estruturante do direito.

No presente artigo, debruçar-me-ei, essencialmente, sobre as obras *Justice for Hedgehogs* e *Law's Empire* de Dworkin, sublinhando as principais linhas e conceitos da sua teoria, podendo, assim, servir de base teórica para a análise de alguns temas atuais, bem como para a tese de doutoramento que se referirá à arbitragem como meio de resolução de litígios acordado entre as partes e à determinação das partes numa convenção de arbitragem.

¹¹ JOSEPH RAZ, Legal principles and the limits of law, in *Ronald Dworkin and contemporary jurisprudence*. Marshall Cohen (ed.) Towota, USA: Rowman and Allanhd, 1983, pp. 73-78 *apud* RONALDO PORTO MACEDO JÚNIOR, “Ronald Dworkin – teórico do direito”, Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito, Edição 1, abril de 2017, disponível em [Ronald Dworkin - Teórico do direito \(pucsp.br\)](http://pucsp.br).

¹² RONALDO PORTO MACEDO JÚNIOR, “Ronald Dworkin – teórico do direito”, Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito, Edição 1, abril de 2017, disponível em [Ronald Dworkin - Teórico do direito \(pucsp.br\)](http://pucsp.br).

¹³ RONALDO DWORKIN, *Uma Questão de Princípio*, tradução de Luís Carlos Borges, São Paulo, Martins Fontes, 2000, pp. 241 e ss e *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts, London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, pp. 327 e ss; RONALDO PORTO MACEDO JÚNIOR, “Ronald Dworkin – teórico do direito”, Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito, Edição 1, abril de 2017, disponível em [Ronald Dworkin - Teórico do direito \(pucsp.br\)](http://pucsp.br).

II. Justiça para Ouriços: a filosofia política, moral e jurídica como um todo coerente assente na unidade do valor

Como referido, e apesar de ter sido a sua última obra, impõe-se começar pela análise de *Justice for Hedgehogs*, na qual Dworkin desenvolve o seu projeto ambicioso de reconstruir uma filosofia política integradora, apresentando a sua ideia de liberalismo igualitário, que concilia a ideia de igualdade com responsabilidade individual, que integra e cria uma interdependência entre diversos conceitos e teorias: uma teoria da justiça (com influência de John Rawls como teoria das instituições reguladoras da sociedade), uma teoria da moral (de como devemos tratar os outros) que está diretamente relacionada e inclui a teoria do direito (que Dworkin considera um ramo da moralidade política), e também uma teoria da ética (teoria sobre como se deve viver bem). É um projeto ambicioso e notável, não apenas pelo fim último de alcançar o conceito de “dignidade indivisível”, em que prossegue dois objetivos, “o de estabelecer a independência do valor, mas também o de encontrar, pelo menos, um modelo tosco para a unidade do valor”¹⁴, ou seja, se a revolução de Galileu “fez o mundo seguro para a ciência (...). Agora a questão é se e como o mundo da ciência pode ser seguro para o valor”, ou seja, tornar o valor autossustentado¹⁵, como também pelos diversos temas da sua obra teórica que percorre e reexamina de forma minuciosa, como a sua teoria da interpretação, da objetividade, do direito e, em especial, ao seu argumento da unidade dos valores, conciliando e integrando todas as suas teorias num todo global e coerente¹⁶. Daí nasce também o título da obra, que defende “uma grande e antiga tese filosófica: a unidade do valor”¹⁷. O seu título remete para uma frase de um antigo poeta grego, Arquíloco, tornada célebre por Isaiah Berlin, segundo o qual “a raposa sabe muitas coisas, mas o ouriço [ou porco-espinho] sabe uma coisa muito importante”. Segundo Berlin, e apesar das divergências sobre o seu significado, estas palavras querem

¹⁴ RONALD DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts, London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 417.

¹⁵ *Idem*, pp. 417-419.

¹⁶ *Idem*, pp. 1-19 e 417 e ss.

¹⁷ *Idem*, p. 1.

transmitir que a raposa, com toda a sua manha, pode ser vencida por uma defesa única do porco-espinho¹⁸. Com efeito, segundo Berlin, esta metáfora pode explicar a diferença entre pensadores e até entre seres humanos em geral, em que, num lado, estão aqueles que relacionam tudo com uma visão central, unificadora, sistemática, mais ou menos coerente a partir da qual tudo compreendem, pensam e sentem e, no outro lado, estão aqueles que prosseguem muitos fins, muitas vezes não relacionados e, por vezes, até contraditórios. Com efeito, diferentemente de Berlin, Dworkin abraça a ideia de unidade do valor, que é a base da sua teoria filosófica, uma crença e uma proposta de um modo de vida¹⁹.

Numa breve referência à organização da obra, refira-se que, na Parte I, Dworkin defende a ideia de verdade na moral, afastando-se do ceticismo interno, aquele que critica a ideia de moral com base em juízos morais, e do ceticismo externo, aquele que assenta em ideias ou argumentos de segunda ordem ou externos sobre a moral. Dworkin pretende defender que é possível encontrar verdade e objetividade na moral. Na parte II, o autor pretende demonstrar que a moral é um conceito interpretativo e recupera os seus conceitos de interpretação em geral e interpretação conceptual para os aplicar à moral. Nas partes III e IV, Dworkin desenvolve os conceitos de ética e de moral, sendo que a primeira refere-se à forma como nós devemos viver e a segunda ao modo como devemos tratar os outros. Finalmente, na parte V, o autor aborda os conceitos de política e direito, passando a referir-se a direitos.

Dworkin começa por afirmar que há uma verdade objetiva sobre o valor, defendendo a independência metafísica do valor e que a moralidade e outros departamentos do valor são filosoficamente independentes. Uma teoria substantiva do valor deve incluir, e não esperar por uma teoria de verdade no valor²⁰. A política é coerciva: não podemos assumir responsabilidade quer enquanto governadores, quer como cidadãos, a menos que os princípios com base nos quais agimos ou votamos sejam objetivamente verdadeiros. Não podemos defender uma teoria da justiça sem defender também uma teoria da objetividade moral. Dworkin reinterpreta o princípio de Hume no sentido de que qualquer argumento que apoie ou rejeite uma afirmação moral deve incluir ou pressupor outras afirmações ou

¹⁸ MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, “Recensão de Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, e Londres, 2011, xi+506 pp.”, in *Concorrência & Regulação*, Ano II, n.º 7/8, Julho-Dezembro, 2011, pp. 519-526.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ RONALD DWORKIN, *Justiça para Ouriços*, p. 36.

assunções morais. Não há distinção entre moralidade e questões sobre a moralidade.

Se não há argumentos de segunda ordem ou externos, verdades meta-éticas sobre o valor, o regime da independência do valor estrutura-se com base na interconexão entre os diferentes conceitos e departamentos. Dworkin defende que os nossos juízos morais são interpretações dos conceitos básicos morais e que testamos essas interpretações, integrando-as num regime maior do valor para verificar se são adequadas (*fit*) e justificadas (*justified*) pelas melhores conceções que temos dos outros conceitos. Nesta abordagem, devem incluir-se todos os nossos conceitos morais e políticos. Para Dworkin, a moralidade como um todo é um conceito interpretativo.

Deste modo, a fim de permitir fundamentar os objetivos de verdade e de integração no todo, Dworkin considera que os conceitos como a moralidade, e também a igualdade, a liberdade, a democracia e o direito, são conceitos interpretativos. Nós partilhamos os conceitos em questão, não porque concordamos com os critérios que identificam esses conceitos, mas porque partilhamos a sua função como conceitos interpretativos. Para Dworkin, a interpretação refere-se às práticas sociais e experiências nas quais os conceitos figuram. Utilizamos os conceitos para descrever valores, mas, às vezes, discordamos sobre o que os valores são e como devem ser expressos. Por outras palavras, discordamos porque interpretamos de forma diferente as práticas e os valores. Dworkin defende que a interpretação de uma particular conceção de um valor político como igualdade ou liberdade deve assentar nos valores subjacentes. Os conceitos políticos devem ser integrados entre si, uns com os outros. Este facto confere uma importante parte do caso da unidade do valor. Dworkin sugere uma teoria geral da interpretação assente no valor.

Com base nestes pressupostos, Dworkin desenvolve uma teoria da ética para responder à questão de saber como se deve viver bem, a qual assenta em dois princípios do individualismo ético, que noutros contextos, por exemplo na teoria da justiça, surgem como princípios políticos. O primeiro é o princípio do autorrespeito, de acordo com o qual cada pessoa deve levar a sua vida a sério e deve aceitar que é objetivamente importante a forma como se vive; o segundo é o princípio da autenticidade, segundo o qual cada pessoa deve levar a sua responsabilidade ética a sério, devendo insistir no direito, e exercer o direito de tomar decisões éticas para si próprios. Por sua vez, Dworkin aplica também à moral, que responde à questão de como devemos tratar os outros, os mesmos conceitos de interpretação, verdade interpretativa e independência da moral e da ética relativamente à

ciência e metafísica para a construção de conceitos morais e da moral pessoal, nomeadamente os nossos deveres de auxiliar os outros e de não lhes provocar dano, e os deveres especiais dos relacionamentos, como a amizade. Dworkin assenta na teoria de Kant de que não podemos respeitar a nossa própria humanidade a menos que respeitemos a humanidade dos outros.

Finalmente, para fechar o ciclo, Dworkin refere-se à necessidade de reconhecer um departamento distinto do valor: a moral política. A ética analisa o modo como as pessoas gerem a sua responsabilidade de viver bem, a moral pessoal concentra-se naquilo que cada indivíduo deve às outras pessoas e a moral política, pelo contrário, estuda aquilo que todos nós devemos aos outros enquanto indivíduos, quando agimos em nome dessa pessoa coletiva artificial, passando a falar-se de direitos, designadamente direitos políticos, entre os quais se distinguem os direitos legais e onde se incluem os direitos humanos, considerados fundamentais. Os direitos são vistos como trunfos dos indivíduos contra a maioria, que têm como contrapartida deveres da coletividade em geral. Assim, no âmbito da teoria da justiça, Dworkin explica os seus conceitos de igualdade, liberdade, democracia e direito. No que se refere à igualdade, Dworkin defende dois princípios que devem ser adotados por qualquer poder político legítimo: o princípio do igual respeito pelo destino de qualquer pessoa sujeita a esse poder e o princípio pelo total respeito pela responsabilidade e direito de cada pessoa para decidir por si própria como faz algo valioso da sua vida. Dworkin defende que toda a distribuição de recursos deve ser justificada com base nos dois princípios referidos. Assim, o autor rejeita uma economia política baseada no *laissez-faire*, assente num mercado totalmente livre, pois não respeita o princípio de igual respeito por todos. Dworkin rejeita, também, uma ideia de igual distribuição de recursos de acordo com a ideia de bem-estar, já que falhará no objetivo de respeitar a responsabilidade das pessoas de fazer as suas próprias escolhas e de fazer algo valioso com a sua própria vida. Dworkin propõe uma teoria da justiça distributiva baseada na igual distribuição de recursos, no qual as pessoas são também responsáveis pelas suas próprias escolhas. Quanto à liberdade, e contrariamente à tese de Berlin da inevitabilidade do conflito entre esta e a igualdade, Dworkin defende uma teoria em que liberdade e igualdade não estão em conflito. Dworkin distingue liberdade total, que é simplesmente a capacidade de fazer o que se quiser sem qualquer constrangimento político, da liberdade substancial que é aquela parte da liberdade total que o governo não pode restringir. Baseado nesta distinção, o autor rejeita o direito

geral de liberdade e defende a existência de vários tipos de direitos à liberdade com diferentes fundamentos: o direito à independência ética, o direito à liberdade de expressão, ambos decorrentes do princípio da responsabilidade individual, o direito ao devido processo legal e o direito de propriedade, resultantes do princípio de igual valor de cada pessoa. Neste sistema de liberdades individuais, liberdade e igualdade surgem como integradas e cada um dos conceitos depende da solução do mesmo problema. Não podemos resolver que liberdade determinar sem também decidir qual o regime de propriedade e de igual oportunidade está de acordo com o princípio de igual respeito por todos. Por sua vez, o conceito de democracia proposto por Dworkin também evita outro suposto conflito entre valores políticos, entre, por um lado, liberdade e igualdade e, por outro, o direito de participar, como igual, no governo ou a designada liberdade positiva. O conflito existe quando a maioria vota um regime fiscal injusto ou a negação de liberdades fundamentais. Dworkin responde a essa questão, distinguindo diversas concepções de democracia, designadamente uma concepção maioritária ou estatística daquela a que chama concepção de parceria, segundo a qual, numa comunidade verdadeiramente democrática, cada cidadão participa enquanto parceiro igual, o que implica mais do que ter um voto igual, significando ter uma voz igual e uma parte igual no resultado. Segundo esta concepção de parceria que Dworkin defende, a própria democracia requer a proteção desses direitos individuais à justiça e à liberdade que, por vezes, se diz que são ameaçados pela democracia. Relativamente ao direito, diferentemente de outros filósofos políticos que insistem no conflito entre justiça e direito, Dworkin rejeita este conflito e defende uma concepção de direito que o vê, não como um sistema rival de regras que podem entrar em conflito com a moral, mas sim como um ramo da moral. Segundo Dworkin, para que a sugestão seja plausível, é necessário enfatizar aquilo a que se pode chamar justiça processual, a moralidade da governação justa, bem como do resultado justo. Dworkin insere o direito como um ramo da moral política, que, por sua vez, é um ramo de uma moral pessoal mais geral, que, por seu turno, é um ramo de uma teoria mais geral do que é viver bem. Considerando esta conclusão, pode parecer que é fácil a integração dos conceitos políticos do autor. Pelo contrário, o autor tem de submeter cada concepção política ao teste da convicção. Ao longo do livro, Dworkin argumenta que, “na moralidade política, a integração é uma condição necessária de verdade”, ou seja, que as concepções somente serão convincentes se *realmente* se ajustarem.

III. O império do direito, a interpretação conceptual e o direito como integridade

Conforme referido, Dworkin parte da crítica ao positivismo, principalmente defendido por Hart e Austin, entre outros, identificando o erro filosófico que está na raiz dessa teoria semântica, a que chama de “agulhão semântico”, designadamente a ideia de que o direito é uma questão de facto histórico e que apenas pode haver desacordo empírico, i.e. sobre factos, porque apenas se pode discutir e argumentar quando todos aceitam os mesmos critérios para decidir se e quando uma afirmação sobre o direito é verdadeira. Dworkin associa o “agulhão semântico” com a incapacidade das teorias de direito referidas de reconhecerem os desacordos teóricos, já que os positivistas exigem que os fundamentos do direito sejam determinados por consenso, i.e., por um facto no mundo. Para Dworkin, o positivismo fracassou na explicação do significado das controvérsias jurídicas por ter sido vítima do referido “agulhão semântico”. Através da análise de alguns casos concretos, Dworkin coloca a questão do estatuto teórico das controvérsias no centro do debate sobre o conceito de direito. Para Dworkin, o direito não pode ser entendido somente como um facto, nem com base apenas nas suas fontes sociais, mas sim à luz de princípios e das fontes morais, tendo uma natureza interpretativa. Dworkin distingue o conceito de proposições jurídicas de fundamentos do direito, sendo que estes garantem as condições de verdade daquelas. Dworkin dá o exemplo da proposição jurídica de que “os motoristas não podem circular nas rodovias da Califórnia a mais de 65 milhas por hora”, que tem como condição de verdade a existência de regras válidas que disciplinem a circulação naquele Estado, os quais seriam os fundamentos de direito. Dworkin distingue diferentes tipos de desacordos jurídicos na resolução de um caso: os desacordos empíricos, quando há divergência sobre a efetiva ocorrência de determinado facto (por exemplo se aquela lei foi efetivamente promulgada na Califórnia) e os desacordos teóricos que dizem respeito, não aos fundamentos do direito, mas sim ao que deve ser considerado fundamento do direito, ou seja, sobre o que deve ser o direito. Dworkin propõe um conceito de interpretação construtivista para evitar cair neste erro, o qual, numa perspetiva prática, conduzia ao esvaziamento da dimensão moral política da teoria do direito.

Dworkin analisa o conceito de interpretação em geral e não apenas da lei, comparando com a interpretação na arte, na literatura, em outras áreas. A teoria da interpretação decorre de uma prática de ordem mais elevada de usar conceitos interpretativos. Se o direito é um conceito interpretativo, impunha-se a construção de um conceito de interpretação. Uma interpretação construtiva consiste em impor um propósito a um objeto ou prática com vista a torná-lo como o melhor exemplo possível da forma e do género a que ele pertence. Interpretação é o processo de observar a prática social ou o objeto e propor um valor para a prática ou o objeto descrevendo um esquema de interesses, objetivos ou princípios que estão para além desses práticas e objetos. Para o autor, o sentido do Direito deve ser interpretado ao abrigo da intencionalidade e finalidade nele pressupostos. Tal não significa que o intérprete pode interpretar uma prática da maneira que quiser. A história e o regime de uma prática ou objeto restringe as interpretações disponíveis da mesma. A interpretação criativa, numa visão construtiva, é uma matéria de interação entre intenção e objeto. A interpretação varia consoante o contexto na medida em que diferentes atividades envolvem diferentes princípios de valor ou sucesso. Por exemplo, a interpretação artística difere da interpretação científica, apenas porque medimos o sucesso nos trabalhos artísticos por diferentes princípios daqueles que utilizamos para as explicações do fenómeno físico. Após o desenvolvimento do conceito de interpretação em geral e noutros campos, Dworkin redefine a interpretação construtiva num instrumento adequado para o estudo do direito como prática social. Distingue três etapas na interpretação: i) uma etapa pré-interpretativa, na qual é necessário identificar as regras e os princípios adotados para delinear o conteúdo possível de uma prática (designa-se “pré-interpretativa” pois, mesmo nesta fase, é necessário um certo tipo de interpretação); ii) uma fase interpretativa, na qual o intérprete acorda uma justificação geral para os principais elementos da prática identificada na fase pré-interpretativa, que consistirá num argumento explicativo da razão pela qual uma prática daquele regime geral existe e se concretiza; note-se que a justificação não tem de se adequar a todos os aspetos da prática, mas aos suficientes para o intérprete ser capaz de considerar que está a interpretar aquela prática e não a criar uma nova; finalmente, iii) há uma fase pós-interpretativa ou reformadora, na qual ele ajusta o seu sentido sobre o que a prática realmente necessita para melhor servir a justificação que aceitou na fase interpretativa. Dworkin defende que o juízo interpretativo das pessoas será uma questão de “ver” as dimensões de uma prática social, um fim ou intenção nessa prática e a

consequência pós-interpretativa dessa intenção ou fim. O procedimento de interpretação não afastará a controvérsia, que é inevitável, relativamente às dimensões da prática que todos interpretam e, ainda mais, quanto à melhor justificação dessa prática.

Para Dworkin, as diferentes teorias gerais do direito correspondem a diferentes interpretações gerais da respetiva prática judicial. Consequentemente, Dworkin identifica três concepções de direito: o convencionalismo, o qual encontra a melhor interpretação na ideia de que os juízes descobrem e executam convenções legais especiais; o pragmatismo, que encontra a melhor interpretação nas diferentes histórias dos juízes como arquitetos independentes do melhor futuro, livre da exigência inibidora de que têm o dever de agir consistentemente de acordo com determinado princípio; e o direito como integridade, que é o conceito de direito proposto e defendido pelo autor.

Dworkin defendeu uma terceira concepção de direito, que uniu doutrina e decisão jurisdicional, já que o conceito de direito não depende de convenções especiais ou de cruzadas independentes, mas de interpretações refinadas e concretas da mesma prática jurídica. O autor começa por distinguir dois princípios de integridade política, sendo eles um princípio legislativo, que requer ao legislador que crie um conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que instrui que a lei seja entendida, na medida do possível, como coerente. O princípio jurisdicional de integridade instrui os juízes para identificarem os direitos e deveres legais, na medida do possível, no pressuposto de que todos foram criados por um único autor – a comunidade personificada – expressando uma coerente concepção de justiça e equidade. De acordo com o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se as mesmas decorrem de princípios de justiça, equidade e direito ao processo legal devido que prosseguem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. Assim, para Dworkin, os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis através da procura, entre um determinado conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres dos indivíduos, da melhor interpretação construtiva da estrutura política e da doutrina jurídica da respetiva comunidade. Tal interpretação inclui convicções sobre adequação e justificação. As convicções sobre adequação conduzem a que uma interpretação de uma parte do direito deve cumprir esse requisito para ser eleita ou estar entre as eleitas, afastando todas as interpretações que não sejam plausíveis. Os casos difíceis surgem, para cada juiz, quando o teste referido não distingue ou discrimina entre duas ou mais interpretações de

determinada lei ou linha de casos. Nesse caso, o juiz tem de escolher entre várias interpretações elegíveis, perguntando qual justifica, a uma melhor luz do ponto de vista da moralidade política, a estrutura de instituições ou decisões da comunidade. Com efeito, as suas próprias convicções morais e políticas estão diretamente envolvidas na decisão. A decisão do juiz refletirá, não apenas as suas opiniões sobre justiça e equidade, mas uma ordem mais elevada sobre como esses ideais se devem comprometer ou integrar quando competem. Dworkin explora e demonstra como um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade, o juiz Hércules age, pensa e interpreta de forma a decidir os casos difíceis de acordo com o que, em cada momento, é a solução de direito como integridade, nomeadamente como aplica a *common law*, as leis e a Constituição. O juízo de integridade visa identificar qual é a interpretação que, considerados todas as práticas e aspetos, cria o melhor registo jurídico possível da comunidade do ponto de vista da moralidade política.

Conforme referido, e fazendo agora a ligação com a obra *Justice for Hedgehogs*, Dworkin insere o direito num esquema integrado do valor. Na medida em que o conceito de direito é interpretativo, impõe-se partir da identificação das práticas políticas, comerciais e sociais em que o conceito figura. As práticas referidas assumem que cada pessoa tem, entre outros direitos políticos, direitos com especiais características, os direitos legais, que são exequíveis numa instituição política jurisdicional, que são os tribunais. Por outras palavras, constrói-se o conceito de direito – com base nos fundamentos necessários para suportar uma ação judicial para exercer um direito nesse sentido – através da procura da justificação das práticas referidas integradas numa mais ampla rede de valor político. Na verdade, para Dworkin, construímos uma teoria do direito como construímos uma teoria de outros valores políticos, como a igualdade, a liberdade e a democracia. Qualquer teoria do direito, compreendida nesta forma interpretativa, será inevitavelmente controversa. Dworkin integra o conceito doutrinal de direito como um ramo da moralidade política, sendo que a questão mais difícil de responder é a de como se deve distinguir o direito da restante moralidade política. Qualquer resposta plausível centra-se no fenómeno da institucionalização. Cumpre distinguir duas classes de direitos e deveres políticos. Os direitos legislativos são aqueles que visam que os poderes de quem faz as leis na comunidade sejam exercidos de uma determinada forma, por exemplo para criar e administrar um sistema público de educação; os direitos jurídicos são aqueles que as

peças podem exercer coercivamente, sem qualquer intervenção legislativa adicional, nas instituições políticas jurisdicionais, ou seja, nos tribunais, como por exemplo um direito que é conferido com base num contrato às partes e que, se não for cumprido, pode ser exercido no tribunal. Assim, Dworkin distingue teorias políticas e teorias do direito, em que a filosofia geral política trata, entre outros, dos direitos legislativos, e a teoria do direito trata os direitos jurídicos, mas é, em qualquer caso, uma teoria política que procura uma resposta normativa para responder a uma questão normativa política: em que condições as pessoas adquirem direitos e deveres genuínos que são imediatamente exequíveis, através de instituições jurisdicionais, em vez das instituições legislativas. Embora a adequação histórica sobre a legislação e talvez o papel da convenção social deva ser parte de qualquer resposta responsável, em qualquer nível de abstração, a medida, porém, em que esse papel é exclusivo é que é objeto de contestação. O positivismo argumenta que a conduta e atos históricos são exclusivamente decisivos para responder à questão de saber que direitos jurídicos as pessoas têm. O interpretativismo oferece uma resposta diferente, na qual os princípios de moralidade política têm um papel relevante.

IV. Relevância atual da teoria de Dworkin, em particular a aplicação da interpretação conceitual assente na unidade de valor na arbitragem, nomeadamente na determinação das partes na arbitragem

A teoria da filosofia política e moral e, incluída nela, a teoria do direito de Dworkin está ainda hoje muito presente na atualidade, nomeadamente na ideia de Estado de Direito Democrático que se consagra e vive em diversos Estados ou união de Estados, principalmente no mundo ocidental, como por exemplo em Portugal e na União Europeia, em que se visa a integração e assimilação entre, por um lado, direitos fundamentais e Estado de Direito e, por outro lado, democracia e Estado democrático [vide artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa (“CRP”), os direitos humanos consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos (“DUDH”) em 10 de dezembro de 1948, por

meio da Resolução n.º 217A(III)²¹, em convenções internacionais sobre direitos humanos – Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (“PIDCP”) ²² e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (“CEDH”) ²³, na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (“CDFUE”), entre outros instrumentos quer internacionais, quer nacionais de outros Estados]. Embora haja outras teorias diferentes, e ainda que por vezes, possam variar um pouco os respetivos contornos, a posição referida de integração entre direitos fundamentais de um Estado de Direito e democracia tem sido dominante na linguagem política do mundo ocidental, sendo entendido que os direitos fundamentais são condições para a democracia, como defendia Dworkin²⁴. Esta tese da integração fundamenta-se na ligação interna entre Estado de Direito e democracia que é, antes de mais, normativa, mas também empiricamente verificável, já que a democracia é uma característica dos Estados de Direito verdadeiros e modernos, como consequência do princípio da dignidade da pessoa humana de todas as pessoas, donde decorrem exigências de igualdade e liberdade individuais, de igual participação política dos indivíduos e, por outro lado, em que os direitos fundamentais funcionam como fundamento e também limites ao poder legislativo e político da maioria, limites esses que estão consagrados constitucionalmente e têm de ser atendidos quer pelas entidades públicas, quer pelas entidades privadas²⁵. Neste sentido, e utilizando uma expressão de Dworkin, os direitos fundamentais são trunfos contra a maioria, que cada indivíduo, no seu igual valor, pode exercer²⁶.

Como um desses direitos fundamentais consagrado constitucionalmente em qualquer Estado de Direito Democrático, ou União de Estados de Direito Democráticos, figura o direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva (artigos 20.º da CRP, 8.º e 10.º da

²¹ Seguimos o texto oficial em português publicado no Diário da República, I Série, n.º 57, de 9 de março de 1978, pp. 489 e ss., através do aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros.

²² Cfr. tradução oficial do PIDCP constante da Lei n.º 29/78.

²³ A CEDH foi assinada por 12 Estados-Membros do Conselho da Europa em novembro de 1950 e encontra-se em vigor desde setembro de 1953, tendo atualmente 47 Estados aderentes, entre eles, Portugal. Em Portugal, a CEDH vigora desde novembro de 1978 através da aprovação e entrada em vigor da Lei n.º 65/78, de 13 de outubro. Note-se que a referência a “direitos do homem” por “direitos humanos” operou, finalmente, com a Lei n.º 45/2019, de 27 de junho.

²⁴ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*, Coimbra Editora, 2006, pp. 17 e ss.

²⁵ Ainda que haja diferentes teorias quanto à eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares.

²⁶ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*, Coimbra Editora, 2006, pp. 17 e ss.

DUDH, 14.º, n.º 1, do PIDCP, 6.º e 13.º da CEDH, 47.º da CDFUE, entre outros), o qual tem sido interpretado no sentido de garantir, não apenas o acesso formal a um tribunal, como também a um processo equitativo, donde resulta que implica a existência de um julgamento com observância de determinadas garantias que pretendem assegurar a justiça, antes de mais, do processo e também, ainda que indiretamente, do resultado²⁷. Ora, com base também noutra doutrina ou princípio fundamental das ordens jurídicas, nomeadamente a portuguesa, a autonomia privada²⁸, desenvolveram-se meios alternativos²⁹ de resolução de litígios, nomeadamente a arbitragem, sendo os tribunais arbitrais também reconhecidos constitucionalmente, desde que respeitem os requisitos exigidos constitucional e legalmente para o exercício da atividade jurisdicional (artigos 202.º e 209.º, n.º 2, da CRP).

A arbitragem é, então, um mecanismo de resolução jurisdicional alternativa de litígios, com base na autonomia contratual, na qual a decisão é confiada a um tribunal arbitral, composto por um ou mais árbitros e cuja decisão, uma vez proferida, é vinculativa para as partes. A arbitragem é jurisdicional nos seus efeitos, já que a convenção de arbitragem gera um direito potestativo de as partes constituírem o tribunal arbitral para a resolução de um litígio, determinando a consequente falta de jurisdição dos tribunais estaduais, como também a decisão arbitral é vinculativa, tem força de caso julgado e tem força executiva³⁰. Por sua vez, a convenção de arbitragem é o acordo entre duas ou mais partes, em regra, com forma escrita (podendo estar inserida num contrato ou constituir um documento

²⁷ JOÃO PEDRO RAMOS DE ALMEIDA PINTO-FERREIRA, *Adequação formal e garantias processuais na ação declarativa*, dissertação com vista à obtenção do grau de Doutor em Direito, na especialidade de Direito Processual, Lisboa, 2020, pp. 98 e ss.; LEONARDO V. P. DE OLIVEIRA, "Chapter 1: To What Degree Should Access to Justice Be Secured in Arbitration?", in *Access to Justice in Arbitration Concept, Context and Practice*, editado por Leonardo V. P. de Oliveira e Sara Hourani, Wolters Kluwer, Kluwer Law International, 2020, p. 2; JUAN CARLOS LANDROVE, "European Convention on Human Rights' Impact on Consensual Arbitration – An État des Lieux of Strasbourg Case-Law and of a problematic Swiss Law Feature" in *Human Rights at the Center*, Besson/ Hottelier /Merro (edit), Basileia, Genebra, Zurique, Schulthess, 2006, pp. 73-101, *maxime* p. 76.

²⁸ Embora a doutrina não seja consensual nesta matéria, a posição dominante entende que a autonomia privada é um direito fundamental consagrado constitucionalmente no artigo 26.º, n.º 1, da CRP, posição com a qual concordo.

²⁹ Alternativos em relação aos tribunais estaduais.

³⁰ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª edição de 2014, Almedina, 2018, p. 119.

autónomo)³¹, mediante o qual as partes submetem à arbitragem um litígio atual (compromisso arbitral) ou eventual (cláusula compromissória). É um negócio jurídico bilateral, ou seja, tem natureza contratual, que determina a jurisdição do tribunal arbitral, ou seja, delimita e confere jurisdição ao tribunal arbitral, que somente pode decidir os litígios nela incluídos e nos termos previstos pelas partes, sob pena de a decisão arbitral ser anulável nos tribunais judiciais estaduais ou de não poder ser reconhecida e executada noutros estados [artigo 46.º, n.º 3 a) iii) da Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa³² e artigo V, n.º 1, alíneas a) e c), da Convenção de Nova Iorque³³]. Com efeito, se, por um lado, os Estados reconhecem a arbitragem como meio de resolução alternativa de litígios de natureza privada, assente na autonomia contratual das partes, e se, por outro lado, a arbitragem consubstancia o exercício de direitos fundamentais, a mesma tem de se articular com o(s) ordenamento(s) jurídico(s) em que se insere e tem, necessariamente, de oferecer determinadas garantias para a prossecução dos seus fins, ou seja, de respeitar requisitos mínimos que lhe são impostos para que os diversos Estados lhe confirmem legitimidade, credibilidade e eficácia. Assim, as partes de uma convenção de arbitragem gozam de uma ampla margem de autonomia quanto a diversos aspetos da arbitragem, escolhendo, desde logo, a forma de resolução dos seus litígios (que implica uma renúncia à jurisdição dos tribunais estaduais), os árbitros, as regras de processo, o direito material aplicável, entre outros, desde que dentro de certos limites estabelecidos pelos Estados que não podem ser afastados pelas partes, conciliando-se assim liberdade e igualdade. Ora, é exatamente no âmbito da arbitragem – sobretudo, comercial, internacional e doméstica – e dos limites constitucionais e legais que a delimitam, bem como no exercício da autonomia contratual, ou seja, na interseção entre arbitragem e direito material contratual que lhe é aplicável, bem como dos respetivos limites imperativos que têm de ser observados, que o tema da minha tese irá incluir-se.

Em particular, uma questão que surge recorrentemente na execução de convenções de

³¹ Cfr. Artigo II, n.º 1, da Convenção de Nova Iorque e artigo 2.º da LAV portuguesa, entre outros instrumentos legislativos.

³² Aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro.

³³ Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, concluída em 10.06.1958 em Nova Iorque, aprovada para ratificação em Portugal pela Resolução da Assembleia da República n.º 37/94, ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 52/94, publicada no Diário da República I-A, n.º 156, de 08.07.1994 e vigente em Portugal desde 16.01.1995.

arbitragem, quer internacionais, quer domésticas, é a da delimitação do âmbito subjetivo da convenção de arbitragem, ou seja, a da determinação das partes ou das relações contratuais entre as partes numa convenção de arbitragem: que entidades estão vinculadas e podem invocar uma convenção de arbitragem, seja internacional seja doméstica. Como princípio e regra geral internacional e nacional, tanto nos sistemas jurídicos de *civil law*, como nos de *common law*, e decorrente da natureza consensual da arbitragem, os direitos e obrigações previstos numa convenção de arbitragem aplicam-se apenas às partes da mesma (e não a terceiros), ou seja, a quem fica sujeito aos efeitos do acordo contratual, e as partes de um acordo escrito são, presuntivamente, os signatários do acordo referido³⁴. Ora, o princípio de que somente as partes numa convenção de arbitragem internacional ou doméstica estão vinculadas à mesma é uniformemente consagrado e reconhecido quer nas convenções internacionais, quer nas legislações nacionais, quer ainda nos regulamentos de arbitragem vigentes nas instituições de arbitragem internacionais e nacionais, bem como ainda nas decisões judiciais e arbitrais proferidas sobre o tema³⁵. Contudo, é também admitido, claramente hoje, que terceiros que formalmente não assinaram a convenção de arbitragem ou o contrato principal em que a mesma foi inserida podem, apesar disso, em alguns casos, ficar vinculados pela convenção de arbitragem. Não obstante o estatuto de não-signatários, podem ocorrer circunstâncias em que terceiros que não assinaram a convenção de arbitragem se devam considerar vinculados ou beneficiários dos termos da mesma. Acresce que, na maioria das convenções internacionais e nas legislações nacionais sobre arbitragem, não há uma regra expressa a regular a questão referida. A questão tem surgido, principalmente, em litígios pendentes nos tribunais, quer judiciais, quer arbitrais e ainda nos comentadores nesta área. Na grande parte dos casos, as situações de relações das partes com terceiros não-signatários, tratando-se de uma questão de direito material (e não de uma questão processual), têm sido resolvidas à luz das regras e princípios gerais aplicáveis em matéria de contratos, incluindo as aplicáveis no direito comercial e societário. Adicionalmente, em determinados setores, têm sido desenvolvidas regras especializadas aplicáveis apenas às convenções de arbitragem internacionais, mas com natureza excecional (estas teorias incluem a designada doutrina dos “grupos de sociedades”, as regras relativas a funcionários e empregados das empresas

³⁴ GARY BORN, *International Commercial Arbitration*, 2.^a edição, Kluwer Law International, 2014, pp.1405-1524.

³⁵ *Idem*.

e as chamadas “arbitragens coletivas”).

Embora a questão em análise aglomere, geralmente, diferentes categorias de casos de doutrinas relativas a terceiros não-signatários da convenção de arbitragem, em todos eles a questão que se coloca é a de saber se determinadas circunstâncias de facto satisfazem e devem incluir-se nos princípios legais aplicáveis na matéria para que se estabeleça quer o consentimento, real ou presumido, daquele terceiro a uma convenção de arbitragem, quer uma base não consensual para se considerar que, apesar de não a ter assinado, a convenção de arbitragem deve ser vinculativa para o terceiro em causa. Embora haja diferentes formas de abordar esta questão, parece que a melhor é a de a categorizar como uma questão de determinação do âmbito subjetivo da convenção de arbitragem, ou seja, de delimitação da jurisdição do tribunal arbitral. Nos casos em que há uma convenção de arbitragem válida, a questão é a de determinar se a relação existente entre a parte que assinou a convenção de arbitragem e a parte não-signatária é suficiente para também considerar a segunda vinculada pelo acordo referido, o que, em última instância, será uma questão de interpretação do contrato principal, incluindo a convenção de arbitragem, e dos atos das entidades em questão.

A título de exemplo, e para se ter noção das categorias de situações em que tal questão da determinação do âmbito subjetivo da convenção de arbitragem se tem colocado e é relevante, embora sejam situações heterogéneas, são as seguintes: os típicos casos de representação ou situações problemáticas relativamente a esta, os casos de ratificação, de consentimento implícito, todo o tipo de situações de transmissão ou modificação da convenção de arbitragem, por morte, entre vivos ou por extinção da pessoa coletiva que é parte na convenção de arbitragem, incluindo transmissão da posição contratual, das obrigações ou dos créditos, sub-rogação, transmissão singular de dívida, novação, que envolvam terceiros não-signatários iniciais; os contratos a favor de terceiro e a favor de pessoa a nomear, em que há terceiros beneficiários e se pode colocar a questão de saber se são, ou não, partes no contrato; as situações de garantia das obrigações e a questão de saber se a convenção de arbitragem se estende também ao credor garante que, muitas vezes, não é parte no contrato entre credor e devedor e, portanto, não se deve sujeitar à convenção de arbitragem estabelecida entre estes; além destes casos, o problema pode ser discutido, em especial na arbitragem internacional, quanto à participação no processo de sociedades em relação de grupo ou, em geral, por força do princípio da boa fé, falando-

se na doutrina e jurisprudência norte-americanas de *veil-piercing theory* ou *alter ego theory*, estando a primeira ligada a casos que se encontram no limite da fraude em que a parte signatária é, por exemplo, a única empresa de um grupo de sociedades que está em situação patrimonial debilitada, e a segunda relacionada com casos em que, embora determinada empresa apareça formalmente como parte, há outras empresas do grupo que materialmente tomaram as decisões e que são as verdadeiras partes no negócio jurídico; relacionados com estes, há casos em que a invocação da falta de forma ou da falta de determinados requisitos, a que um terceiro não-signatário deu causa, constitui abuso de direito e que, por isso, não podem ser invocados para se excluir da aplicação da convenção de arbitragem (o que, no domínio da arbitragem nos sistemas jurídicos de *common law*, em especial no direito norte-americano, é designado por *equitable estoppel* que assenta exatamente na proibição de comportamento contraditório em prejuízo de outrem), outras situações em que se coloca a questão de saber se os sócios, os membros dos órgãos da gerência ou conselho de administração de sociedades comerciais estarão incluídos nas convenções de arbitragem que vinculam as sociedades; etc. Na verdade, dado que a questão assenta em determinar que partes deram o seu consentimento ou se se deve considerar que deram o seu consentimento, acaba por se tratar de uma questão de interpretação do contrato, considerando todos os elementos decorrentes das regras gerais da interpretação dos contratos, nomeadamente o comportamento das partes. Em determinados casos, poderá ter de se aplicar também as regras da boa fé na negociação, celebração e cumprimento dos contratos para obrigar ou permitir um terceiro não-signatário da convenção de arbitragem a estar vinculado ou a beneficiar da mesma.

Ora, após análise da teoria jurídica de Dworkin, incluída na sua filosofia política e moral, e identificadas e delimitadas as áreas temáticas em que pretendo desenvolver a tese de doutoramento, nomeadamente na interseção entre a arbitragem e o direito material dos contratos, em particular no tema da determinação do âmbito subjetivo da convenção de arbitragem, pode identificar-se de que modo é que os conceitos de interpretação conceptual e de direito como integridade defendidos por Dworkin, bem como ainda a relação do direito com a moralidade política, assente na unidade do valor, podem ser úteis e relevantes para a investigação e elaboração da tese. Desde logo, a teoria de Dworkin será relevante para a análise interpretativa e argumentativa de qual a melhor interpretação integrada que se deve fazer dos conceitos de arbitragem e do direito fundamental à autonomia privada das

partes com o direito fundamental ao princípio da tutela jurisdicional efetiva consagrado constitucionalmente no artigo 20.º da CRP, na medida em que as partes podem escolher a arbitragem e renunciar à jurisdição dos tribunais estaduais, bem como regular os aspetos relativos ao decurso da mesma de forma adequada às especificidades do caso concreto, desde que dentro dos limites constitucionais e legais decorrentes do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, incluindo o processo equitativo. Tal interpretação deve partir da análise da prática e da experiência existente para se alcançar a intencionalidade, os fins e objetivos prosseguidos com a arbitragem e, subsequentemente, ver se a interpretação é a mais adequada e que se justifica em relação ao restante sistema jurídico e conceitos em causa. Com efeito, apesar de terem algumas especificidades e diferenças no seu âmbito de aplicação e no respetivo regime de acordo com a sua própria natureza e fins, os processos nos tribunais estaduais (jurisdição pública, garantida pelo Estado) e por arbitragem (jurisdição privada, permitida, legitimada e controlada, formal e minimamente, pelo Estado) são meios jurisdicionais alternativos de resolução de litígios, que – e desde que – assentem na mesma unidade do valor, no mesmo fim último político e moral da resolução jurisdicional efetiva e justa de litígios, sendo, assim, um instrumento para o exercício dos direitos fundamentais e não fundamentais que tem de ser garantido em qualquer Estado de Direito Democrático.

Além disso, e em particular no que se refere à questão da determinação do âmbito subjetivo da convenção de arbitragem, tratando-se de situações concretas que não têm uma solução direta e expressa na lei, impondo uma interpretação das regras e princípios gerais aplicáveis em matéria de contratos, bem como de regras e princípios consagrados em determinados ramos de direito específicos, como por exemplo o societário ou comercial, e ainda a integração sistemática com os próprios princípios, regras, fins e limites da arbitragem internacional ou doméstica, considera-se que a teoria jurídica da interpretação conceptual e do direito como integridade de Dworkin, bem como a respetiva inclusão como ramo da moralidade política, que deve também ser integrada numa mais ampla teoria da filosofia política, será útil e relevante para a compreensão e análise global dos casos referidos e para a escolha e justificação da melhor solução para cada situação. Trata-se de identificar qual a melhor interpretação, que se adequa, justifica e é coerente com todo o sistema jurídico, para a determinação dos critérios com base nos quais se pode permitir validamente a aplicação ou extensão dos efeitos da convenção de arbitragem a terceiros

não signatários da mesma. Na verdade, a resposta que se der tem relevância prática muito significativa, pois está a decidir-se quem é que se vinculou ou não à submissão dos litígios a arbitragem e, portanto, renunciou à jurisdição dos tribunais estaduais, o que afeta diretamente direitos fundamentais das partes.

V. Conclusão

Para concluir, e com base nas premissas apresentadas no presente estudo, a teoria jurídica sobre a interpretação conceptual e o conceito de direito como integridade de Dworkin, incluída numa mais ampla teoria da moral e da política ou justiça, assente na unidade do valor, permitirá o desenvolvimento da base teórica sólida, e integrada num olhar mais amplo do direito ao serviço do sistema político e moral, para os temas que pretendo tratar:

- A admissibilidade e validade das soluções adotadas no âmbito da arbitragem que têm de se coadunar com o seu propósito e finalidade no âmbito da garantia de direitos fundamentais consagrados na Constituição, como a tutela jurisdicional efetiva e a autonomia privada, essenciais a um Estado de Direito Democrático, e que cumprem e se articulam com o próprio conceito de democracia de Dworkin;
- A interpretação integrada dos diversos regimes legais relevantes (direito material dos contratos, direito das sociedades, direito comercial, entre outros, e o próprio direito da arbitragem) para encontrar a melhor interpretação, no sentido de ser a mais adequada, justificada e coerente com todo o sistema jurídico, para a determinação dos critérios com base nos quais se pode permitir validamente a aplicação ou extensão dos efeitos da convenção de arbitragem a terceiros não signatários da mesma.

Referências Bibliográficas

BRITO, Miguel Nogueira de. “Recensão de Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, e Londres, 2011, xi+506 pp.”, in *Concorrência & Regulação*, Ano II, n.º 7/8, Julho-Dezembro, 2011, pp. 519-526

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously* (1977), Cambridge, USA: Harvard University Press, 1977

DWORKIN, Ronald. *Law’s Empire*, London, Fontana Press, an imprint of Harper Collins Publishers, 1986

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*, tradução de Luís Carlos Borges, São Paulo, Martins Fontes, 2000

DWORKIN, Ronald. *The Supreme Court Phalanx: The Court’s New Right-Wing Bloc*, The New York Review, Nova Iorque, 2008

DWORKIN, Ronald. *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

GOUVEIA, Mariana França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª edição de 2014, Almedina, 2018

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

JÚNIOR, Ronaldo Porto Macedo. “Ronald Dworkin – teórico do direito”, Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito, Edição 1, abril de 2017, disponível em [Ronald Dworkin - Teórico do direito \(pucsp.br\)](http://www.pucsp.br). Último acesso em 05.02.2021

LANDROVE, Juan Carlos. “European Convention on Human Rights’ Impact on Consensual Arbitration – An État des Lieux of Strasbourg Case-Law and of a problematic Swiss Law Feature” in *Human Rights at the Center*, Besson/ Hottelier /Werro (edit), Basileia, Genebra, Zurique, Schulthess, 2006, pp. 73-101, *maxime* p. 76 e ss.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*, Coimbra Editora, 2006.

OLIVEIRA, Leonardo V. P. de. "Chapter 1: To What Degree Should Access to Justice Be Secured in Arbitration?", in *Access to Justice in Arbitration Concept, Context and Practice*, editado por Leonardo V. P. de Oliveira e Sara Hourani, Wolters Kluwer, Kluwer Law International, 2020, p. 2

PINTO-FERREIRA, João Pedro Ramos de Almeida. *Adequação formal e garantias processuais na ação declarativa*, dissertação com vista à obtenção do grau de Doutor em Direito, na especialidade de Direito Processual, Lisboa, 2020, pp. 98 e ss.

RAZ, Joseph. Legal principles and the limits of law, in *Ronald Dworkin and contemporary jurisprudence*. Marshall Cohen (ed.) Towota, USA: Rowman and Allanhedl, 1983, pp. 73-78.

Lista de instrumentos normativos

Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Resolução n.º 217A(III) da Assembleia-Geral da ONU, de 10 de dezembro de 1948

Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de novembro de 1950, designada por Convenção Europeia dos Direitos Humanos, aprovada, para ratificação em Portugal, pela Lei n.º 65/78, de 13 de outubro

Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, concluída em 10.06.1958 em Nova Iorque, aprovada para ratificação em Portugal pela Resolução da Assembleia da República n.º 37/94, ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 52/94, publicada no Diário da República I-A, n.º 156, de 08.07.1994 e vigente em Portugal desde 16.01.1995

Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, aprovado pela Resolução n.º 2200ª (XXI) da Assembleia-Geral da ONU, de 16 de dezembro de 1966, aprovado, para ratificação em Portugal, pela Lei n.º 29/78, de 12 de junho

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)

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 14 de dezembro de 2007, disponível em [Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia \(europa.eu\)](http://europa.eu). Último acesso em 10.02.2021

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