

TEMPO, PESSOA E AGREGADO NA RELAÇÃO JURÍDICA

Diogo Leite de Campos^{*}

As concepções tradicionais sobre a relação jurídica esquecem três dimensões desta: o tempo, a pessoa e o agregado social. Pretende-se capturar o futuro num só momento, o da celebração do contrato. é preciso introduzir o tempo (*contrato aberto*). Olvidam-se as qualidades das pessoas, decisivas no momento da celebração do contrato e à medida que o tempo decorre. As pessoas tornam a relação jurídica mais aberta (*contratos relacionais*). Há que acentuar a dignidade da pessoa e os seus direitos, que a tornam insusceptível de ser objecto do direito de outrem (*relações de associação*).

Não se leva em conta e deve levar-se, o espaço social em que a relação se insere (a relação jurídica no agregado).

TIME, PERSON AND AGGREGATE IN THE CONTRACT

The traditional conceptions on contracts forget three important factors in their structure: the time, the person and the social aggregate. They pretend to capture the future in a single moment, the contract signature.

There is a need to introduce the factor time (*open contract*).

They ignore the qualities of the human being, that are decisive in the moment of the contract celebration, but also during the contract execution (*contracts of relation*).

Human being dignity and his wrights are putted a side. The dignity of the human being protects this one against other intervenient power (*contracts of association*).

^{*} Professor Catedrático de Direito. Doutor em Direito (Un. Coimbra). Docteur d'État en Droit (Un. de Paris II).

It should be taken into account the social space where the contract is celebrated and executed (contract in the social aggregate).

Palavras-Chave / Keywords: Agregado – Aggregate. Contrato – Contract. Contrato a favor de terceiros – contract on benefit of a third person. Eficácia externa das obrigações. Pessoa – Person. Relação – Relation. Relação de associação – Relation of association. Tempo - Time

INTRODUÇÃO



As concepções tradicionais sobre a relação jurídica esquecem três dimensões desta: o tempo, a pessoa e o agregado social.

Pretende-se capturar o futuro num só momento, o da celebração do contrato, através de um contrato completo, tudo prevendo, com base no qual tudo se pode resolver, e imutável.

Depois, as pessoas parecem fungíveis, meros objectos. Esquecem-se as suas qualidades pessoais, a sua maneira de ser decisiva no momento da celebração do contrato e de crescente importância à medida que o tempo corre.

Mas a pessoa também é esquecida em outra perspectiva. Para as concepções tradicionais a pessoa é tão “*objectivada*” que caminha, ela ou o seu comportamento, para mero objecto do negócio jurídico. Não se fazendo caso da dignidade da pessoa que a torna insusceptível de sujeição a outra. Assim, há que afastar a noção de direito subjectivo, enquanto poder.

Finalmente, as relações jurídicas aparecem como meras “*linhas*” que ligam dois sujeitos; quando as relações são plurilaterais configuram-se como “*multilineares*”. Não se faz caso do espaço, do agregado social em que os sujeitos se integram e que é afectado pela relação jurídica; sendo sobretudo afectados

os que mais “*próximos*” se encontram. E sendo estes que, por sua vez, podem afectar a relação.

I.

O TEMPO

1. TEMPO: O CONTRATO INCOMPLETO.

As doutrinas correntes (clássicas) da obrigação e do contrato esquecem, o mais das vezes, uma dimensão fundamental das relações: *o tempo*. Quando se introduz esta dimensão na relação, a perspectiva que se tem desta é alterada completamente, pois o futuro é totalmente imprevisível. Não se pode cristalizar o futuro numa previsão (necessariamente) situada no tempo, como é um contrato.

Assim, há que deixar este contrato “*aberto*”, “*incompleto*”, para se ir adaptando ao decurso do tempo que vai revelando novas necessidades e novos pressupostos a serem objecto de consensos sucessivos das partes. Neste sentido, só um contrato em aberto – e qualquer contrato que estabeleça uma relação que se prolongue no tempo é necessariamente aberto – só assim será “*perfeito*”.

Aliás, o tentar regulamentar tudo encontra desde logo o obstáculo da maior ou menor equivocidade dos conceitos.

Nesta matéria saliento o contributo decisivo de Ian MacNeil¹.

II.

PESSOA

2. OS CONTRATOS RELACIONAIS.

¹ Deste Autor, e por todos, The many futures of contracts, South California Law Review, 1974.

A outra dimensão que tem sido esquecida é a consideração das pessoas, da maneira de ser das partes. Os contratos são pensados preponderantemente em termos de “*impessoalidade*”, principalmente com base no seu texto, como se servissem para quaisquer pessoas ou quaisquer interesses. O que é escasso.

Neste âmbito saliento o profícuo trabalho feito por Ian MacNeil e outros, que conduziu aos *contratos abertos ou incompletos* a caminho dos contratos relacionais².

Nesta sequência, há que ir um pouco mais longe do que a mera consideração do tempo. Há que ver também as pessoas enquanto centros de valores, titulares de direitos da personalidade que impedem que haja poderes de uma sobre a outra, ou seja, um direito subjectivo. Associando-se (e não subordinando-se) os sujeitos de Direito com vista à prossecução em comum de fins comuns.

Esta dimensão conduz, como vamos ver, às *relações de associação*³.

Aprofundemos esta matéria.

3. DOS CONTRATOS RELACIONAIS ÀS RELAÇÕES DE ASSOCIAÇÃO.

Ian MacNeil, como referi, veio defender a existência de uma categoria de contratos, os contratos de relação (ou relacionais) perante a outra categoria, a dos contratos instantâneos (ou “*discretos*” – “*discret contracts*”). Prolongando-se os primeiros no tempo e exigindo, por isso, evolução através de contínua e próxima colaboração entre as partes. Esgotando-se os outros

² Vd. Boisman, Corinne, Les contrats relationnels, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2005.

³ Vd. Campos, Diogo Leite de, As relações de associação, (Um Direito sem direitos), 2011, Coimbra, Almedina.

num momento.

Não me parece poder negar-se o interesse da distinção elaborada por MacNeil e que este vê espelhada em características muito significativas dos contratos. Nomeadamente na medida em que põe em causa uma teoria da relação jurídica tradicional, indiferente às pessoas, centrada nas coisas, e acabando por reduzir as pessoas a coisas, objecto de relações jurídicas.

Julgo porém que a distinção não se pode centrar na menor ou maior duração do contrato, mas sim no comprometimento, no empenhamento pessoal das partes⁴.

É esta circunstância que exige uma nova teoria (geral) da relação jurídica (e do próprio Direito) para estes contratos. Há que libertar as partes do poder, que não necessariamente da autoridade (ético/jurídica), da contraparte. O direito subjectivo enquanto poder de autoridade, de um sobre o outro, ou sobre um comportamento do outro, tem de ser afastado do campo contratual.

A distinção estará entre os contratos que impõem obrigações, direitos e deveres e que são os contratos sobre as coisas; e os contratos que criam relações de associação, os contratos entre pessoas dotadas e cercadas de direitos (da personalidade) intransponíveis. Pessoas que transformam tais relações, não no diálogo amo-sujeito, poder-dever, mas no diálogo, na concertação entre pessoas iguais, em que o direito subjectivo e a obrigação desaparecem para dar lugar ao dever jurídico e à pretensão. Em que não há poder (embora possa e deve haver autoridade, ética, social, funcional, etc).

Não são relações retiradas do Direito, mas relações extirpadas do poder enquanto núcleo activo da relação.

O tipo das relações de associação é o casamento (ou a união “*more uxorio*”) em que há um comprometimento total de cada um dos cônjuges, tutelado pelo Direito, integrado por deveres jurídicos e éticos - a que só pode corresponder liberda-

⁴ Como pretende Boisman, Corinne, ob., cit., esp. pags.188 e segs.

de/responsabilidade. E não direitos a impor o que é, naturalmente, íntimo e inalienável. Também aqui se integram, em graus variáveis, a relação de parentesco, as associações, as sociedades, o mandato etc., em diversos graus.

Todas estas relações são jurídicas, tuteladas pelo Direito. Mas o comportamento não é imposto pela força pública. Sendo o desvio antijurídico sancionado “*ex post*”.

Nos contratos de relação é caracterizante o “*intuitu personae*”⁵. A qualificação dos contratos como “*intuitu personae*” envolve duas características principais: as obrigações que decorrem do contrato são rigorosamente pessoais aos contratantes; e estes últimos não as podem transmitir.

Contudo, não se pode concluir que um contrato de relação é um contrato concluído com “*intuitu personae*” e que um contrato impessoal é um contrato não concluído “*intuitu personae*”. Com efeito, o mandato parece ser um contrato relacional. Mas se for celebrado com uma agência imobiliária para vender ou comprar um bem, será um contrato impessoal.

Por outro lado os contratos de concessão não são necessariamente “*intuitu personae*”, embora se trate de contratos de relação.

A pessoa de, ao menos, uma das partes é primordial nos contratos concluídos “*intuitu personae*”. Assim, as partes não são intermutáveis, pelo menos uma delas não pode mudar facilmente. Aliás, um contrato não pode tornar-se “*intuitu personae*” depois da sua celebração, contrariamente ao que se passa quanto aos contratos relacionais que podem ser impessoais no momento da sua conclusão e tornar-se relacionais seguidamente ou vice-versa.

É este um primeiro passo decisivo no percurso que se segue.

⁵ Boisman, Corinne, cit., p. 188 e segs.

III.

A PESSOA COMO SEDE DE VALORES – OS CONTRATOS DE ASSOCIAÇÃO.

4. A EVOLUÇÃO DOS CONTRATOS DE RELAÇÃO PARA AS RELAÇÕES DE ASSOCIAÇÃO.

McNeil, nos quadros da ciência jurídica anglo-saxónica, não foi mais longe do que a criação dos contratos de relação. Assinalando-lhes algumas características perante os “*discret contracts*”. As principais das quais estarão no relacionamento directo das pessoas em prejuízo da relação sobre as coisas – e também no comum interesse na realização dos fins do contrato, na importância indispensável e essencial que cada uma das pessoas e as suas necessidades têm na economia do contrato.

A ponto de uma Autora mais recente afirmar que o contrato de relação se caracteriza pela importância decisiva que as qualidades de cada uma das partes têm para a outra que não celebraria o contrato se não fosse com essa pessoa, pois só a colaboração com essa permite o cumprimento do contrato⁶.

Pode, porém, ir-se mais longe.

Daí que tivessem sugerido derivações diversas da concepção de McNeil, como o solidarismo em França e em outros ordenamentos jurídicos. Não indo além do acentuar de características bem conhecidas da teoria geral dos contratos, nomeadamente a que afirma que os contratos não podem servir de instrumento de predação sobre outrem, mas de instrumento de colaboração⁷.

Mas servia de chamada de atenção para a necessidade

⁶ Foi esta afirmação de Boisman, Corinne (já mencionada) que me fez pretender ir mais longe, por outra via, e definir a categoria de relações de associação.

⁷ Vd. Campos, Diogo Leite de, Contrato a favor de terceiro, 2009, Coimbra, Almeida, afirmando ser esta a função do contrato, e do contrato a favor de terceiro em especial.

de rever – e reformar - a teoria geral dos contratos. E julgo que uma nova visão distinguirá entre os que implicam numa relação entre pessoas e os que têm coisas por objecto. Ou, mais em geral: distinguir entre as *relações de pessoas* enquanto *relações de associação* e as relações sobre as coisas, transaccionando-as, usufruindo-as ou detendo-as.

Penso que há que acentuar uma lição: já referida: a teoria geral dos contratos – a própria teoria geral da relação jurídica - está a fraccionar-se entre as relações de pessoas (que designamos mais tarde *relações de associação*) e as relações sobre coisas.

5. AS RELAÇÕES DE ASSOCIAÇÃO.

A actual teoria do Direito, especialmente a teoria da relação jurídica, parece inadequada aos contratos de associação, contratos entre pessoas enquanto tais, empenhadas “*pessoalmente*” na relação. O Direito e os Autores pensam tanto nas coisas que as pessoas acabam situadas como objecto da relação.

A evolução da sociedade, do Estado de Direito e das representações sobre a pessoa humana abriram o espaço necessário para as relações de associação.

Vamos distinguir a nova perspectiva do Estado e do Direito como fontes, não tanto – ou cada vez menos – de injunções e de sanções, mas de promoção e de agregação da sociedade através de referências gerais.

Depois, passamos à invasão do Direito pelos direitos, pela consideração da autonomia da pessoa humana revestida e dos seus direitos (da personalidade), não como objecto mas como sujeito de Direito (de cada caso).

6. O ESTADO ORGANIZADOR, PROMOTOR E REFERENCIAL.

O Estado de hoje (“*pós-moderno*”) já não é o Estado dos “*poderes*”, das sanções, das ordens a que se obedece sem discutir.

Antes de mais, assume uma função “*promocional*” através das “*sanções positivas*”, dos incentivos, das recompensas que não visam (directamente) punir os actos socialmente indesejáveis, mas promover os socialmente desejáveis⁸.

Depois, prossegue tal finalidade através de normas de organização que visam promover a associação concertada entre indivíduos e organizações prossequindo fins comuns.

Finalmente, actua cada vez menos por imposições, ordens ou castigos. E mais por associação dos indivíduos e das organizações à roda de referências comuns de carácter ético-social.

A família, as sociedades, as associações, as organizações políticas estão “*reguladas*” por normas de organização – não por normas de conduta – que permitem e promovem valores ético-jurídicos e sociais.

Há que afastar a concepção do Direito como (só) estabelecendo conexões entre obrigação/coacção/sanções.

Não podemos menosprezar a importância que o “*mero*” imperativo ético ou social e as recompensas de toda a ordem a ele associadas têm no cumprimento das normas.

A ordem jurídica só é possível se as normas, na esmagadora maioria dos casos, forem cumpridas espontaneamente, sem receio da polícia ou dos tribunais.

E temos também de relevar o ingrediente social, mais ou menos institucionalizado como a doutrina, a jurisprudência, os costumes, etc., na formação do Direito.

Finalmente, a acção do governo da “*polis*” não é tanto criar imperativos, aplicar sanções, mas reunir os cidadãos à roda de referências éticas, sociais e económicas, promovendo a

⁸ Vd. Bobbio, Norberto, Da estrutura à função, (trad. em port.) Manole, p.2.

sua promoção pelos cidadãos. As normas imperativas - nomeadamente as que impõem, ou impunham, obrigações – têm-se transformado em relações de associação, na dependência da vontade dos cidadãos, dotadas de sanções reduzidas e “*externas*” a elas, como é o caso do Direito da família.

7. O CAMPO DAS RELAÇÕES DE ASSOCIAÇÃO.

A pessoa (as pessoas) tem de estar no centro da relação.

Há que evitar a transformação da pessoa (“*I-You*”)⁹ à qual é devida uma relação de amor, num objecto (“*it*”) dos interesses dos outros. Transformando-se o I-You em I-It – ao contrário do preceito de Kant de que se deve tratar a humanidade, na nossa pessoa como nas outras, como um fim e não como um meio; e também contra o preceito fundamental do ser humano, de amar os outros como a si mesmo, transformando o próprio “*I-You*” em “*nós*”. Ao contrário do natural adensamento do mundo do “*nós*” (feito de muitos I-You), pretende-se expressar o mundo do “*it*”, do “*Eu-vós*”, com um Eu dominante predando os “*vós*”. Em que o Eu não vê o outro¹⁰. Cada vez mais afastado do “*encontro total*” que deve caracterizar pais e filhos, em que o “*You*” é visto como o “*ser completo de cada um*”¹¹.

Esta evolução é contemporânea (indo muito ao seu arrepio) da introdução dos direitos da personalidade em todos os ramos do Direito, aparecendo como um ingrediente imprescindível da resolução de cada caso.

O Direito da família, aqui compreendido o Direito da filiação e da procriação, sofreu uma evolução muito profunda a partir dos anos sessenta, sobretudo pela recepção dos direitos

⁹ Utilizando expressões de Buber, Martin, I and thou, trad. ingl. de Kaufmann, Walter, “A Touchstone Book”, Simon and Schuster, New York, London, Toronto, Sidney, s.d.

¹⁰ Ao contrário da “*saudação eternamente jovem*”, física, relational do “*Kaffir*” “*Vejo-te*” – Buber, Martin, ob.cit., pág. 70.

¹¹ Buber, Martin, ob. cit., prólogo de Walter Kaufmann pág. 17.

da personalidade, no entendimento que lhes tem sido dado.

E depois, e progressivamente, os outros ramos do Direito foram influenciados sobretudo pelos direitos de segunda e de terceira geração, de carácter mais colectivista e promocional: “direito” à habitação, à saúde, ao meio ambiente saudável, etc.

Esta “conversão” do “Direito aos direitos” abriu também o espaço às relações de associação.

Dizendo melhor: é aqui que se situam as relações de associação, como relações entre pessoas, enquanto tais, empenhando na relação a sua pessoa e os seus direitos.

8. A TRANSFORMAÇÃO DA DOGMÁTICA JURÍDICA - A “CIVILIZAÇÃO” DO DIREITO SUBJECTIVO: DO PODER À COLABORAÇÃO.

A concepção de obrigação, tal como esta tem sido definida até há pouco, ainda tem muito de Savigny: “*consiste no domínio sobre uma pessoa estranha, todavia não sobre essa pessoa no seu todo (pelo qual a sua personalidade seria abolida) mas sim sobre uma conduta singular da mesma, a qual deve ser pensada como saindo da liberdade dela, submetendo-se à nossa vontade*¹²”.

Esta concepção, já ultrapassada mesmo no Direito Público, é claramente subsidiária das concepções do despotismo iluminado, de raízes hobbesianas, encontrando-se nela algum reviver do poder romano sobre a pessoa do devedor.

Há que ver antes na obrigação um organismo vivo e mutável, composto por deveres, direitos, encargos e ónus que evoluem.

Um programa em desenvolvimento que se vai ajustando até ser satisfeito o interesse do credor (ou seja: de ambas as partes). Um processo de cooperação entre ambas as partes ao

¹² Savigny, Friederich Karl von, Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts, (1851, reimp.1987), §2, I,4).

serviço de interesses na realidade comuns¹³. Não se esquecendo, nas relações sobre as coisas, o direito do credor de ver satisfeito o seu interesse.

De qualquer maneira, mais uma porta se abre para a concepção de certas relações como relações de associação, programas jurídicos flexíveis a cumprir através da colaboração entre as partes.

9. AS RELAÇÕES DE ASSOCIAÇÃO.

A minha intenção é só apontar o ómega do Direito, a sua própria extinção enquanto ordenamento estrutural e nuclearmente dependente da força. E, assim, encontrar a própria essência das relações de associação, enquanto relações entre pessoas livres, independentes mas solidárias. Sendo o contrato (só) uma “*promessa*”, é certo, mas uma promessa vinculante, jurídica, interessando à colectividade e de que esta não se vai desinteressar se a promessa não for cumprida.

Repetindo o que tenho vindo a referir, quero acentuar a essência das relações de associação: são relações (jurídicas) estabelecidas entre pessoas enquanto tais, que se empenharam “*pessoalmente*”, com o seu ser, as suas funções, as suas qualidades, na relação. Os aspectos patrimoniais virão a seguir.

O exemplo típico destas relações são as que se estabelecem no casamento (ou na união “*more uxorio*”) ou na filiação. Nestes domínios fala-se de fragilidade da garantia, de cláusulas gerais e indeterminadas a “*regularem*” as relações pessoais; devem deixar-se as relações patrimoniais para outro capítulo.

Esta característica eminentemente pessoal das relações de associação condiciona-as profundamente na sua modelação e efeitos, pois têm de estar subordinadas aos direitos das pessoas, direitos que têm de respeitar e aos quais se devem moldar.

¹³ Vd. sobre esta matéria, Silva, Clóvis do Couto e, A obrigação como processo, 1976, p.227 e segs.

Assim, um sujeito pode prometer a outro a sua capacidade de trabalho, mas o outro não adquire direito *sobre* essa capacidade ou sequer *a* essa capacidade. Se o promitente faltar ao seu dever, extingue-se o contrato, nascendo outra relação jurídica, dele decorrente mas dele independente, que será a obrigação de indemnizar (quando esta existir).

Se a esposa promete ao esposo ser-lhe fiel e amá-lo nas boas e nas más horas, e faltar a essa promessa, só resta ao esposo a extinção do vínculo matrimonial (e, eventualmente, um direito a indemnização posterior). O que não significa retirar tais relações do mundo do Direito. Tão só retirar a força do núcleo da relação jurídica, tornando-a só subsequente à violação.

10. A EVOLUÇÃO DA PERSPECTIVA: O DIREITO EM NÓS.

Julgo que a evolução do Direito se tem caracterizado pelos seguintes traços: primado da pessoa, anterior e superior à sociedade e ao Estado; radical igualdade de todas as pessoas, contemporânea do afirmar da sua solidariedade; autonomia da pessoa (autonomia privada) como criadora do Direito, visto este cada vez mais como um tecido de relações interpessoais reconhecidas pelo Direito; e menos como uma estrutura racional, abstracta e impositiva; decréscimo (desaparecimento?) da “soberania” do Estado, participando as pessoas na criação das normas estaduais, na sua aplicação e na resolução dos conflitos – em detrimento dos “*poderes*” estaduais legislativo, executivo e judicial.

Na sua terceira fase (e já se anuncia uma quarta fase), os direitos da pessoa aparecem com direitos colectivos das minorias étnicas, dos idosos, das crianças - “*de todos*” a “*tudo*” - a um meio ambiente saudável, por ex. Também a igualdade de oportunidades dos povos, das regiões, etc.

Talvez aqui, numa leitura superficial, não apareça nenhuma novidade. Mas aprofundando a análise, parece-me descortinar a percepção de que o que cada um e todos fazem afecta cada um e todos (“*nos*” afecta).

A dimensão do “*nós*” – em que *todos* são constituintes do *eu*, e o *eu* constituinte de todos – aparece na imensa interdependência da aldeia global. Em que o bater de asas de uma borboleta na Amazónia faz chover em Lisboa.

Devemos entender esta nova concepção do Direito nos quadros de uma antropologia aberta¹⁴ que leva naturalmente, a uma visão realista do Direito (em nós).

Mas, neste momento, interessa-nos a referência a “*nós*”, ao grupo, ao agregado social¹⁵.

IV.

O AGREGADO SOCIAL

11. AS CIÊNCIAS CONTEMPORÂNEAS E O ESPAÇO.

Qual a razão da organização “*caleidoscópica*” das grandes cidades? pergunta John Holland¹⁶. Existe nestas cidades uma “*coerência*” que se “*sobrepõe a um fluxo perpétuo de pessoas e estruturas*”¹⁷, apesar da ausência de planeamento central – ou talvez por causa desta ausência ...

Só pode estranhar esta coerência – e Holland não a estranha, antes a explica – quem continuar a pensar que a sociedade é explicável por regras matemáticas assentes no “*pressuposto da linearidade*”¹⁸.

¹⁴ Esta perspectiva assenta em Forte, Bruno, *L'eternità nel tempo*, Edizione Paoline, 1983, Milano, p. 75 ve segs., e é desenvolvida com base nesta obra.

¹⁵ Sobre o que se segue, e para maior desenvolvimento, vd., Campos, Diogo Leite de, A relação jurídica no agregado, em public.

¹⁶ A ordem oculta, trad. port., 1997, Gradiva, págs. 23 e 24.

¹⁷ Aut.ob. loc. cit.

¹⁸ Aut. ob. cit. p. 38.

O todo não é resultante da soma dos valores das partes; e a divisão do todo dá valores diferentes.

Pensou-se até há pouco – e continua a praticar-se este pensamento – que as coisas, os objectos, são independentes uns dos outros, sendo a realidade separável. Hoje caminha-se antes no sentido de não-separabilidade dos objectos.

Detenhamo-nos um pouco nesta não-separabilidade muito importante para o discurso subsequente.

Parecia possível separar, pelo pensamento, a realidade (exterior ao observador) em vários elementos distintos e localizados. É certo que estes elementos podiam interagir, mas dentro de limites que “*lhes eram assinalados*”. Havia, pelo menos, uma “*relativa*” independência mútua das coisas na realidade do mundo exterior¹⁹.

A concepção da inseparabilidade, essencial à mecânica quântica, abrange toda a matéria, mesmo a da vida quotidiana. E parece-me transponível para a sociedade humana. Alterando radicalmente a nossa perspectiva dos comportamentos colectivos, nomeadamente dos compostos por um grande número de constituintes idênticos.

Tanto na matéria exterior, como nos grupos sociais, um grande número de elementos da mesma espécie mostra comportamentos novos. Lembremos aqui o princípio da exclusão de Pauli segundo o qual dois fúmiões idênticos não se podem encontrar no mesmo estado físico. Assim, um estado colectivo deveria ser constituído a partir de estados individuais diferentes.

Voltemos à separabilidade.

Na mecânica clássica um sistema de diversas partículas pode separar-se em tantos subsistemas quantas as partículas.

Na mecânica quântica, para muitos autores, o sistema global será em princípio o único provido de propriedades físi-

¹⁹ Vd. d’Espagnat, B., “Nonseparability and the tentative descriptions of reality,” *Physics Reports*, 1984.

cas próprias, não pertinentes necessariamente a cada uma das partículas.

Repito que daqui se podem tirar influências importantes para os conjuntos sociais.

Passemos a um outro dos postulados da física tradicional: o determinismo.

Assentava-se em que era possível prever com segurança a evolução de um sistema físico a partir das suas condições iniciais.

Pelo contrário, a mecânica quântica não é determinista, dando só probabilidades dos diferentes resultados possíveis “*a priori*”.

A física e as ciências sociais dos séculos XIX e XX assentaram demasiadamente no determinismo, sobretudo as ciências sociais por influência de um mecanicismo nem sempre bem entendido.

São as flutuações incontroláveis das variáveis suplementares (ou escondidas) que explicam a não – previsibilidade dos resultados.

Ultrapassando-se a matemática de Newton e de Leibniz que assentava num mundo caracterizado pelo determinismo, pela repetição e pela previsibilidade.

Afirmou-se que conhecimento exacto, do tipo matemático e linear, das leis do movimento e do estado do universo num dado momento permitiria prever a história completa do universo. É o ponto de vista de Laplace ainda no século XVIII.

Isto não é correcto. O universo é um sistema quântico, em termos de, mesmo se o seu estado inicial e as leis fundamentais da matéria fossem dadas, só se poderem determinar probabilidades.

Aliás, mesmo que se ignorassem os problemas da indeterminação quântica, uma alteração muito pequena na situação de partida levaria a uma grande diferença na chegada. A situação inicial seria sempre conhecida só parcialmente.

Dito isto, continuamos com a dificuldade imensa de adoptar os nossos processos de pensar à mecânica quântica. O choque entre o carácter probabilístico da física quântica e a certeza da física clássica mais antiga, continua a perturbar-nos²⁰.

Também a consideração da realidade em termos de “conjuntos” e não (só) de partículas, é mais um elemento ainda não absorvido.

A realidade, a natureza, não são lineares e dificilmente previsíveis, quanto mais não seja pelo interagir de modos complexos, de factores ocultos. Os sistemas económicos e sociais desafiaram a análise matemática e a simulação.

Os sistemas sendo não lineares, pequenas alterações nas entradas podem levar a consequências desmesuradas: o bater de asas de uma borboleta em Coimbra leva três séculos depois, a uma tempestade nas Caraíbas.

Os sistemas muito complexos, à superfície, podem ser gerados por processos simples.

Integra-se aqui a teoria do “caos” que assenta em sistemas dinâmicos não lineares. Da interacção das componentes individuais emerge uma propriedade global que não era previsível a partir do que se sabia das partes componentes. E esta propriedade global repercute-se para influenciar o comportamento dos componentes.

As propriedades globais resultam do comportamento agregado dos indivíduos, voltando esse agregado a ser afectado em “ricochetes”.

Fiquemos, sem ir mais longe, com a ideia de agregado, de comportamento agregado. É este sistema complexo que produz ordem²¹.

²⁰ Vd. Gell-Mann, Murray, O quark e o jaguar, (trad. port.), Ciência Aberta, 1997, Gradiva, Lisboa, esp. págs. 296 e segs.

²¹ Para um sumário desta matéria, vd. Pagels, Heinz R., Os Sonhos da razão, Gradiva, Lisboa; McShea Arun V. Holden, ed., Manchester, Manchester University Press, 1986; Lewin, Roger, Complexidade, A vida no limiar do caos, Caminho, Lisboa.

Parece que a auto organização é uma propriedade dos sistemas genéticos complexos.

Seria “*impossível*” que a selecção material das espécies organizasse a actividade dos cem mil genes do genoma humana de modo a gerar os duzentos e cinquenta tipos diferentes de células²². Devendo recuperar-se, também em Biologia, a noção de organismo. E “*replicá-la*” para a inovação tecnológica nas sociedades industriais²³, em que à simplicidade inicial se sucede uma profusão de formas em que extremos inteiros são eliminados, sobrevivem poucas formas e a evolução se centra na sua melhoria.

Para diversos tipos de animais a sociabilidade é uma característica genética, inserida nos seus genes.

Os seres humanos, inseridos numa socialidade mais complexa têm a sociabilidade como expressão cultural, não inserida no seu código genético, mas essencial para a sua própria sobrevivência e progresso. A vida do ser humano individual é transformada qualitativamente pela situação de membro de uma entidade maior²⁴.

Nesta matéria, e no que se refere à “*querela dos universais*”, afirma-se um realismo moderado: a sociedade e o Estado também existem, mas só depois da pessoa humana.

As comunidades humanas – tal como as dos seres vivos – evoluem na direcção do limiar do caos. Mas é neste limiar que surgem novas propriedades que impedem o caos. Emerge

²² Para diversos pontos de vista, vd. Dawkins, Richard, Relojero cego, Edições 70, Kauffman, Stuart The origins of order, Oxford University Press, 1992.

²³ Vd. Para maior desenvolvimento, Gould, Stephen Jary, A vida é bela, Gradiva, Lisboa.

²⁴ Pode ser associada a esta temática, a da “*inteligência colectiva*” que sustenta (através de múltiplas vozes) que a proximidade das pessoas através das novas tecnologias da informação, tende a criar valores e modelos de comportamento comuns. Entre muitos outros, vd. Tovey, Mark (ed), Collective intelligence, creating a prosperous world at peace, 2008 Earth intelligence Network, Oakoin; Lévy, Pierre, (trad. Inglesa), Collective intelligence, Mankind’s emerging world in cyberspace, s.d., Perseus Books, Cambridge, Mass; Shirkey, Clay, Here comes everybody: the power of organizing without organizations, s.d., Penguin Books, N.Y.

uma dinâmica auto-organizativa, um “*dedo invisível*” (eu falaria do “*dedo de Deus*”) que vai promovendo a estabilidade de baixo para cima, até atingir a globalidade da Terra. Ao contrário da teoria de Darwin, a vida não é produto de uma “*série de eventos, mas o resultado de uma dinâmica comum estruturante*”.

Daqui podem tirar-se influências significativas para as sociedades humanas, mesmo para os seus aspectos “*exteriores*”.

Os cultores e práticos das ciências sociais, nomeadamente da economia e da gestão, do Direito, etc., enquadravam o seu pensamento ou a sua acção em pressupostos de previsibilidade e de linearidade, assentes numa “*linguagem*” linear. Em que se partia de um impulso inicial para um resultado final, previsível e controlável.

Este modelo mecanicista foi posto em causa pela consciência de que o mundo é não linear, complexo, marcado pela natureza e imprevisibilidade.

As organizações – empresas, Estado, por ex. – são sistemas adaptativos complexos, integrados por um sem número de agentes sempre a interagir e assim criando novos comportamentos para o todo de sistema. Nestes termos, os dirigentes políticos, sociais, societários, etc., não podem controlar/determinar as suas organizações, mas só influenciá-las numa certa direcção.

Assim se ultrapassam “*definitivamente*” as teorias que viam na sociedade um organismo/máquina e na fábrica/empresa também uma máquina na qual os trabalhadores eram definidos como unidades passivas de produção²⁵.

Os “*gestores sociais*” não devem tentar prever e controlar com muita minúcia, pois assim maior será o desvio final em

²⁵ Como queria Taylor, Frederick Winslow, em “*The principles of scientific management*” 1911. Vd. a interessante análise crítica de Friedman, D.H., *Is management still a Science?*, Harvard Business Review, Nov./Dez., 1992, p- 27.

relação às precisões. E tanto maiores quanto a complexidade dos sistema e o tempo, decorrido.

Podem “*compreender-se muito bem*” as partes; mas depois há um estudo sobre o sistema, sobre as interações das partes, tão importantes como a análise das partes.

12. O AGREGADO SOCIAL NA DOCTRINA DE RELAÇÃO JURÍDICA.

Passo à necessidade de inserir na estrutura da relação jurídica uma outra dimensão: o agregado social, o espaço (para além de tempo e da pessoa, já referidos).

É certo que está dimensão já se encontra na estrutura da relação jurídica, pela própria natureza das coisas.

Sendo as relações jurídicas relações entre pessoas, situam-se num espaço social, não no espaço restrito das partes, que é uma abstracção.

Viver é viver-com e viver-para os outros. Assim, qualquer relação “*privada*” tem uma dimensão pública e vice-versa.

Isto não significa, de modo algum, reduzir a pessoa humana à colectividade. Antes, parto do pressuposto (que não é aqui o momento de demonstrar) que a pessoa humana existe em si, como sede de valores anteriores e superiores à sociedade e ao Estado. O que não significa qualquer pressuposto individualista, por cada um, cada pessoa humana, reconhecer no outro, e em todos os outros, um outro eu. Por esta via se constituindo a sociedade humana.

Regressemos ao espaço na relação jurídica.

A relação jurídica é constituída tradicionalmente de modo tão linear que fica desligada da realidade.

Parte-se do princípio de que cada parte promove um impulso, uma declaração de vontade, por ex., que vai linearmente encontrar-se com a outra parte. Esta, por sua vez, suces-

siva ou simultaneamente, produz outro impulso dirigido à outra parte e que a atinge linearmente.

Deste modo, a relação jurídica é concebida como uma ou mais diversas “linhas” que vinculam as partes uma à outra. São linhas rectas que atingem dois pontos.

Como é do conhecimento geral, não é assim. A construção jurídica da relação intersubjectiva é tão depurada, tão racional que acaba por ser desfasada da realidade. Esquecendo-se, pelo menos, os sujeitos (a multidão de sujeitos, eventualmente) que, estando em relação com as partes, situando-se perto delas, nos seus espaços, são afectados pela relação jurídica ou podem afectá-la.

O problema de saber em que medida esse “espaço”, este “agregado”, essas pessoas devem relevante na relação jurídica, vem depois.

13. O ÂMBITO DO AGREGADO: PROTECÇÃO A TERCEIROS.

A superação da concepção linear da relação jurídica esteve, e está, na consideração de que há terceiros que podem ser beneficiados pelo contrato, mantendo-se terceiros – contrato a favor de terceiro.

Aqui ainda há um efeito directo do contrato: são as partes que quiserem beneficiar um terceiro, atribuindo-lhe um direito próprio a esse benefício.

O contrato mantém-se uma relação linear credor-devedor; mas acrescenta-se-lhe mais uma “linha”, o direito do terceiro quanto o devedor-promissário.

Passa-se à consideração de terceiros, não visados pelo contrato, enquanto gerado pela vontade das partes em termos lineares, mas que podem ser afectados por aquele. Em virtude da relação de proximidade com as partes ou com o próprio contrato. Trata-se-ia de *contratos com eficácia protectora para*

terceiros.

Aqui já há consideração de um “*agregado*” que é afectado pelo contrato.

Mas há que ir mais longe na integração da relação jurídica no espaço social.

14. A PROTECÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA PERANTE TERCEIROS.

As doutrinas clássicas admitem muito dificilmente que um terceiro estranho à relação possa violar esta com relevância jurídica. A doutrina sobre o “*efeito externo*” das obrigações diz-nos que estas só valem entre as partes, só entre elas relevam juridicamente, criando obrigações a direitos. Terceiros não obtêm direitos dessas relações jurídicas e concomitantemente não têm (em princípio) deveres. Nomeadamente, não são obrigados a respeitar as relações jurídicas estranhas. A não ser em casos cuidadosamente médios, com carácter de excepção.

Uma visão “*realista*”, tanto da sociedade como da relação jurídica, que levou a considerar a necessidade de proteger terceiros “*contra*” o contrato, também leva a proteger a relação jurídica contra terceiros. Há que ter consciência que a relação jurídica se situa num “*meio*” que afecta e pelo qual é afectada.

Ter-se-á assim que inverter a perspectiva: a relação jurídica pode ser violada ou simplesmente afectada por terceiros. Será este o princípio geral. Mas haverá que definir, dos comportamentos que afectem uma relação, quais têm relevo suficiente para envolver uma sanção (ou uma proibição prévia) e quais os que devem ser remetidos para os meros factos sociais. Por outras palavras: assente que todos os actos, ou quase todos, podem afectar uma relação jurídica estranha, haverá, por razões de certeza e de segurança, de tipificar os que têm relevância jurídica.

Tipificação sempre em aprofundamento. Mas este espa-

ço pode ser invadido por outrem, agredindo a relação jurídica.

São estas duas dimensões que situam a relação jurídica no agregado social.

Os contratos com eficácia protectora para terceiros já reconhecem um espaço em que se move numa das partes, espaço que pode ser afectado pelo contrato.

Há que dar relevo jurídico crescente; por outro lado, às agressões externas à relação jurídica.

Esta deve ser protegida contra terceiros.

Com este percurso parece-me que as pessoas adquirem no Direito e na relação jurídica o papel central que lhe pertence.



BIBLIOGRAFIA/BIBLIOGRAPHY

Arun V. Holden, ed., Manchester, Manchester University Press, 1986.

Bobbio, Norberto – Da estrutura à função, S. Paulo, Manole (trad. em português).

Boisman, Corinne – Les contrats relationnels, Presses Universitaires d'Aix – Marseille, 2005.

Buber, Martin – I and thou, trad. Ingl. de Walter Kaufmann, a Touchstone Book, Simon and Schuster, New York, London, Toronto, Sidney, s.d.

Campos, Diogo Leite de – As relações de associação (Um Direito sem direitos), Coimbra, Almedina, 2011.

Campos, Diogo Leite de – Contrato a favor de terceiro, Coimbra, Almedina, 2009.

Darwkins, Richard, Relojoeiro cego, trad. Port, Edições 70, Lisboa.

- Espargnat, B. d', Nonseparability and the tentative descriptions of reality, "Physics Reports", 1984.
- Forte, Bruno, L'eternità nel tempo, Edizione Paoline, Milano, 1983.
- Friedman, D.H., Is management still a Science? Harvad Businne Review, Nov/Dez, 1992.
- Gell-Mann, Murray, O quark e o jaguar, trad. port., Ciência Aberta, Gradiva, Lisboa, 1999.
- Gould, Stephen Jay, A vida é bela, trad. port., Gradiva, Lisboa.
- Holland, John H., A ordem oculta, trad. port., Gradiva, Lisboa 1997.
- Kaufmann, Stuart, The origins of order, Oxford, University Press, 1992.
- Lévy, Pierre (trad. ingl) Collective intelligence, Mankind's emerging world in cyberspace, s.d., Perseus Books, Cambridge Mass.
- Lewin, Roger, Complexidade, A vida no limiar do caos, trad. port., Caminho, Lisboa.
- MacNeil, Ian, The many futures of contracts, South California Law Review, 1974.
- Pagels, Heinz R., Os sonhos da razão, trad. port., Gradiva, Lisboa.
- Saving, Friederich Karl von, Das Oligationenrecht recht als teil des heutigen römischen Rechts (1851, reimp. 1987), §2, 1,4.
- Shirkey, Clay, Here comes everybody: the power of organizing without organizations, s.d., Penguin Books, N.Y.
- Silva, Clóvis do Couto e, A obrigação como processo, 1976.
- Taylor, Frederick Winslow, The principles of scientific management, 1911.
- Tovey, Mark (ed.), Collective intelligence, Creating a prosperous world in cyberspace, s.d., Perseus Books, Cambridge Mass.