DOI: <http://dx.doi.org/10.17793/rdd.v3i5>

Equipe Editorial

Editor-Chefe

1. [Dra. Angela KRETSCHMANN](#), CESUCA - RS., Brasil

CONSELHO EDITORIAL

1. [Dra. Karin Grau KUNTZ](#), Coordenadora Acadêmica do IBPI - Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual, Alemanha
2. [Dr. Marcos WACHOWICZ](#), UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ - UFPR
3. [Dra. Angela KRETSCHMANN](#), CESUCA - RS., Brasil
4. [Dra. Jaqueline Mielke SILVA](#), Imed, Cesuca, Ajuris
5. [Dr. Leonel Pires OHLWEILER](#), TJRS

COMITÊ EDITORIAL - AVALIADORES CIENTÍFICOS

1. [Dr. José Calvo González](#), Universidade de Málaga
2. [Dr. INGO WOLFGANG SARLET](#), PUC/RS, Brasil
3. [Dr. Manuel David MASSENO](#), UNIVERSIDADE DE LISBOA; INSTITUTO POLITECNICO DE BEJA, PORTUGAL
4. [Dr. Ielbo Markus Lobo DE SOUZA](#), University of Manitoba - Canada, Canadá
5. [Me. Paula de Jesus Martins](#), CESUCA, Brasil
6. [Me. José Antônio Gerzson LINCK](#), CESUCA, Faculdade Inedi
7. [Me. Renato SELAYARAM](#), CESUCA, Brasil
8. [Profa. Ana Luíza Júlio](#), Cesuca, Brasil
9. [Me. Emerson de Lima PINTO](#), UNISINOS, UNILASALLE, CESUCA
10. [Me. Fabiane SIMIONI](#), UFRGS, CESUCA
11. [Guilherme De Oliveira FELDENS](#), Mestre, Coordenador Adjunto do Curso de Direito - CESUCA, Brasil
12. [Dra. Kelly Lissandra BRUCH](#), CEPAN/UFRGS, Brasil
13. [Me. Marcelo Almeida SANT'ANNA](#), CESUCA, Faculdade Inedi
14. [Me. Ney Wledemann Neto](#), AJURIS - Cesuca, Brasil
15. [Dra. Paula Pinhal DE CARLOS](#), UNIRITTER, Canoas, RS
16. [Me. Roberta Magalhães GUBERT](#), UNISINOS, CESUCA
17. [Me. Rogério Moreira Moreira Lins PASTL](#), CESUCA, Faculdade Inedi, Brasil

Sumário

[PREFÁCIO AO NÚMERO 5 \(VOL. 3\) DA REVISTA DIÁLOGOS DO DIREITO - OBRA O MERCADOR DE VENEZA, DE SHAKESPEARE](#)

[PDF](#)

Angela KRETSCHMANN, P. 01 A 07

[1. MERCADOR DE VENEZA: HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E SUA FUSÃO DE HORIZONTES ENTRE A OBRA DE ARTE E O DIREITO](#)

[PDF](#)

Emerson Lima PINTO, Vanessa Steigleder NEUBAUER, P. 08 A 26

[2. MERCHANT OF VENICE AND ITS LEGAL DIMENSIONS](#)

[PDF \(English\)](#)

Nese KIZIL, P. 27 A 33

[3. SOBRE DIREITOS E A HUMANIDADE DO DIREITO N'O MERCADOR DE VENEZA](#)

Renato SELAYARAM, P. 34 A 43

[4. OS LIMITES JURÍDICO-MORAIS DE CONTRATAR EM "O MERCADOR DE VENEZA"](#)

[PDF](#)

Fabio Caprio Leite de CASTRO, Ney WIEDEMANN NETO

44 A 52

[5. SHYLOCK: A PERSONIFICAÇÃO DO CONFLITO MORAL ENTRE A SOCIEDADE DE ECONOMIA LIBERAL E A REPRESENTAÇÃO DO PODER DO DINHEIRO](#)

Paula de Jesus MARTINS, P. 53 A 60

[6. A CLÁUSULA PENAL APOSTA NO CONTRATO DE FIANÇA A TÍTULO DE GARANTIA DO CONTRATO DE EMPRÉSTIMO NA MODALIDADE DE MÚTUO, A PARTIR DA OBRA DE SHAKESPEARE, O MERCADOR DE VENEZA](#)

[PDF](#)

Antônio Maria Rodrigues de Freitas ISERHARD

61 A 67

[7. FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS NA OBRA "O MERCADOR DE VENEZA": UMA LEITURA A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS](#)

[PDF](#)

Clarissa Santos LUCENA, Jaqueline Mielke SILVA, P. 68 A 92.

[8. A JUSTIÇA ACIMA DO MOVIMENTO DO CETRO](#)

[PDF](#)

Guilherme de Oliveira FELDENS, P. 93 A 102

[9. A EXPRESSÃO "UMA LIBRA DE CARNE" NA OBRA O MERCADOR DE VENEZA: METÁFORA OU LITERALIDADE? EIS A QUESTÃO!](#)

[PDF](#)

Ângela KRETSCHMANN, Celso Augusto Nunes da CONCEIÇÃO P. 103 a 116

[10. SHYLOCK E O PECADO CAPITAL DA USURA](#)

[PDF](#)

Maritza Maffei da SILVA, P. 117 A 138

DOI: <http://dx.doi.org/10.17793/rdd.v3i5.554>

PREFÁCIO AO NÚMERO 5 (VOL. 3) DA REVISTA DIÁLOGOS DO DIREITO - OBRA

O MERCADOR DE VENEZA, DE SHAKESPEARE

O quinto número da Revista Diálogos do Direito, da Faculdade Inedi, do CESUCA traz como locus de reflexão a obra O Mercador de Veneza, de William Shakespeare. A obra recebeu o maior número de votos do corpo docente da instituição, e a partir da votação, conforme é anunciado na revista, segue-se o convite para que os interessados da comunidade acadêmica submetam artigos que tenham como mote o debate travado na obra sob um novo ponto de vista jurídico.

Essa forma de proceder têm trazido uma grande aceitação da parte da comunidade acadêmica, que durante um semestre dialoga e prepara os artigos que serão submetidos para avaliação cega por pares, seguindo-se o processo de apreciação segundo as regras da Revista para a publicação. O quinto número apresenta novamente um excelente número de artigos e professores participantes, novamente, também do exterior, como a Dra. Kizil, da Turquia.

A obra de Shakespeare permitiu uma releitura profunda sobre vários aspectos jurídicos, alguns inusitados, como o leitor poderá constatar em sua leitura. Trouxe uma nova luz sobre o próprio modo como a obra pode ser revisitada, além de trazer para o diálogo inúmeras outras temáticas, que de alguma forma ou de outra, dialogam em torno da obra, tantas centenas de anos após seu lançamento. Como exemplo, observe-se o modo como a teoria de Aristóteles sobre equidade aparece no artigo da professora Kizil, e como a teoria aristotélica de classificação de indivíduos aparece no artigo do prof. Selayaram. E a riqueza que as duas abordagens nos proporciona.

O primeiro artigo que inaugura o número 5 da Revista é do professor Emerson de Lima Pinto e Professora Vanessa Steigleder Neubauer. Os autores abordam a obra a partir da própria natureza da obra de arte, refletindo acerca das interfaces com a Filosofia e o Direito. Nesse contexto enfrentam a possibilidade de ofensa aos direitos e garantias fundamentais e a dignidade da pessoa humana, a partir da hermenêutica de Hans-Georg Gadamer – na análise do conflito que decorre da inexecução contratual e da respectiva execução da cláusula penal estabelecido no contrato de empréstimo. Com isso oportunizam ilustrar a problemática de proteção da dignidade da pessoa humana mediante o reconhecimento de posições jurídico-subjetivas fundamentais, chamando atenção para o papel que hoje cabe aos órgãos estatais garantir.

¹ Professora e Coordenadora do Curso de Direito do Cesuca, Mestre em Direito pela PUC/RS, Doutora em Direito pela Unisinos/RS, Pós-doutora pelo Institut für Information-, Telecommunication- and Media Law (ITM), Münster, Alemanha. E-mail: angelak@cesuca.edu.br

Os autores ressaltam as possibilidades do uso de princípios metodológicos abertos, e que oferecem diversas perspectivas ao investigador, e fim de tornar o diálogo mais dinâmico nosso utilizam o instituto da Lei Federal N°. 9.099/95 – é uma questão pungente, que versa sobre as condições que levaram à definição de crime de menor potencial ofensivo e sua eficácia – e a formação de uma linguagem comum, teórica, que se transformam em “fala autorizada”, por si só já clareia os perigos da superficialidade das abordagens, como sugerem os autores. Daí porque com razão, chamam atenção para a questão de que o jurista, “para ser aceito no monastério dos sábios, deverá escrever e falar a partir do reconhecimento de alguma comunidade cultural-política e científica que lhe outorgue legitimidade acadêmica ou política”. E a partir daí iniciam um extraordinário link da obra de Shakespeare com a hermenêutica contemporânea e crítica do direito – e o papel dos juristas marginais na construção de um discurso autêntico, e que preencha silêncios igualmente forjados pela linguagem “oficial” que se esconde por detrás da ideia de “segurança jurídica”.

Afinal, como ressaltam, a produção de sentido é mais fácil quando o interlocutor possui a fala autorizada uma vez que pertence ao monastério dos sábios – e o jurista não redescobre o verdadeiro sentido da lei, mas cria o sentido que lhe convém dependendo do papel que exerce e do momento que vive e da necessidade que têm a sua frente... Daí a necessidade de desvendar a fala dos doutores com a crítica hermenêutica.

Já o trabalho da Professora Nese Kizil, da Universidade de Kemerburgaz, de Istambul destaca que a peça de Shakespeare deve ser examinada no discurso da literatura relevante, porém, também deve ser examinado legalmente para desenvolvimento da lógica jurídica. Saliencia assim, desenvolve no seu texto, que é adequado apresentar uma paráfrase da peça, antes de que se ingresse nos aspectos legais do Mercador de Veneza. A autora de Istambul destaca que através da peça, conceitos como dinheiro, poder, posição, amor, comércio e justiça são questionados dentro de uma relação tensa e cômica envolvendo negócios entre cristãos e judeus, e de acordo com muitos críticos, Shylock perde de uma forma injusta, como resultado de um jogo de palavras. Retomando conceitos de Aristóteles, a autora conclui que não retirar a libra de carne do corpo de Antonio, e não tratar Shylock com discriminação, pelo fato de ser judeu, ou seja, não confiscando sua propriedade porque agrediu um cristão, seria uma forma mais justa e equânime de resolver a questão.

O terceiro artigo que abre o número 5 da Revista Diálogos do Direito é do professor Renato Selayaram, e procura analisar os aspectos jurídicos da clássica obra de Shakespeare e a complexa relação entre seus personagens, abordando especialmente a influência do direito e da moral, e reforça a tensão existente entre justiça e legalidade, com suas diferentes nuances, especialmente Shylock, como refere: “um dos personagens mais atraentes do teatro de todos os tempos”. Concentra-se, ademais, no que chama de “um giro espetacular de 180 graus”, de

Portia, disfarçada do advogado Bassanio, que se a princípio traz em seu discurso a defesa do pacto, ao final, derruba todos os dogmas para reforçar a impossibilidade do contrato. Mas o professor Renato Selayaram vai além, adentra na questão da classificação humana e hierarquização, cara até hoje à humanidade, destacando que Shylock, sendo o marginalizado, e aceitando o gesto de marginalização-diferenciação, que o exclui, utiliza-se dessa própria exclusão para a legitimação para sua pretensão de vingança.

O quarto texto é dos professores Fábio Caprio Leite de Castro e Ney Wiedemann Neto, que examinam a peça buscando destacar, com base na obra de Shakespeare, os limites morais do direito de contratar. Os autores destacam as várias dimensões jurídicas e vários contratos que se destacam na peça: a do testamento e do casamento, do estatuto dos estrangeiros, do direito processual, ainda que se sobressaia, entre todas, a e que está no “coração da discussão”, como dizem, citando François Ost, é o contrato de mútuo e a sua cláusula penal, e destacam a precedência histórica de outras situações a ela semelhantes, como a própria pena de Talião, e ainda, a Lei das XII Tábuas, para depois desnudarem sua invalidade à luz dos preceitos contemporâneos, especialmente os direitos humanos, constitucional e direito civil (artigo 13) – mas não menos importante, também os princípios contratuais. SE por um lado no princípio poderia valer a vontade das partes, agora o que mais garante a justiça é a análise da boa-fé objetiva. De todo modo, os autores destacam que a perda de Antônio, na época, é de ser discutida, uma vez que Veneza revelava-se importante centro mundial de seguros, e portanto, muito provavelmente as cargas estavam seguradas.

Os autores aprofundam a análise filosófica da questão recorrendo às reflexões de Michael Sandel: somos donos de nós mesmos? Vale a pena fazer a leitura do artigo e sorver a forma como de um outro modo a questão vem a ser abordada, pois o autor auxilia também na reflexão sobre os limites morais do mercado “livre”.

A seguir, o artigo da professora Paula Martins busca provocar o leitor, como diz a autora, a “identificar e reconhecer a crítica narrativa que Shakespeare faz ao personagem Shylock, resultado de uma não aceitação social da atividade comercial de empréstimo de dinheiro,” – este um fenômeno social também contemporâneo, ainda que já legalmente aceita dentro de certos limites. A autora traça uma trajetória histórica da abusividade da prática dos juros no Brasil, até chegar à Emenda Constitucional n. 40, de 29 de maio de 2.003, que suprimiu o § 3º do art. 192 da Constituição Federal, que originariamente limitava os juros a 12% ao ano. A autora questiona a legitimação moral e ética “para que alguém não possa fazer livre uso e destinação de seus bens, sua propriedade particular? Como o direito surge, emana, de uma determinada sociedade. É local e temporal. Ou representa o pensamento daquele grupo ou não terá eficácia?” Por fim, conclui que talvez a repressão legal à prática desta atividade

específica pelo particular “nada mais é que a representação legal de um sentimento coletivo de aversão.”

Com muita sensibilidade a autora também enfrenta a personificação dos personagens que são acusados dessa cobrança tão repudiada: *“Nos textos e autores citados, os personagens que personificam este mal são judeus; isso, por si só, mereceria um aprofundamento nas suas razões, se a frequência com que esta religião ligada à atividade do mútuo mercantil representa um fato notório e, somente por isso, os personagens normalmente são judeus. Ou, se há uma conteúdo de ofensa e repúdio étnico do escritor.”* E sugere que talvez a explicação do vínculo da questão ao povo judeu esteja ligado à “eterna diáspora deste povo, fato que tornaria bem mais ágil a transferência patrimonial entre os Estados”, mas ressalta que os próprios textos literários são de data anterior aos conflitos, pelo menos, aos mais importantes. Vale a pena fazer a leitura do artigo para compreender a dimensão e profundidade da reflexão da autora.

O sexto artigo é de autoria de Antônio Maria de Freitas Iserhard, que destaca que “a leitura de uma obra não denota um significado unívoco. Há várias leituras de um mesmo texto. E cada leitura é uma releitura” – e assim a leitura da obra sugere as mais diversas leituras e releituras. O autor apresenta uma análise sobre a cláusula penal aposta no contrato de fiança a título de garantia do contrato de empréstimo na modalidade de mútuo, com vistas a uma contribuição à hermenêutica jurídica na arte de interpretação, integração e aplicação do direito dos contratos, a partir da obra de Shakespeare, O Mercador de Veneza. Destaca, entretanto, as demais leituras possíveis: a leitura sob a ótica religiosa torna perceptível a (in)tolerância, pois o mutuante e o fiador são, respectivamente, judeu e cristão; outra leitura é semiológica, pois o personagem em que se traveste de Pórcia, como diz o autor, “esgrima com maestria a semiologia, numa abordagem sintática, semântica e pragmática, com os usos lingüísticos emotivo e cognoscitivo”. Ressalta as diversas significações que um texto apresenta, os símbolos utilizados na linguagem jurídica, que “se ressentem de incompletudes”, em face dos conceitos indeterminados utilizados na linguagem jurídica, como diz o autor: “uma linguagem natural, por isso mesmo apresenta vagueza e ambigüidade” – reforçando assim a importância da análise hermenêutica.

O sétimo artigo é das professoras Jaqueline Mielke Silva e Clarissa Lucena, e apresentam de forma riquíssima a obra literária no contexto da teoria dos sistemas, que indicam, revela-se “importante instrumento de observação da cláusula geral da função social dos contratos, na medida em que permite um olhar diferente, sofisticado, para a resolução de conflitos entre os sistemas sociais, isto é, para além do subsistema do Direito.” No tratamento histórico dado ao tema, ressaltam que “a figura contratual é tão importante, que a própria noção de sociedade e Estado originam-se nela”, e que o princípio da obrigatoriedade dos contratos, *pacta sunt servanda*, é corolário lógico da autonomia da vontade, uma vez que as partes

estabelecem cláusulas livremente devido a ela, até que a noção tradicional da liberdade de contratar e da força obrigatória dos contratos entra em crise no século XX.

Desde a formação dos primeiros códigos, fechados, completos e acabados, através dos quais se pretendia prever e determinar todos os fatos da vida social, até a percepção de que essa não era possível, voltou-se para uma concepção mais aberta do sistema jurídico, em especial a partir da passagem do Estado Liberal para o Estado Social, reinando a era da descodificação, e o Código Civil deixou de ser o centro da ordem jurídica para dar lugar à Constituição. Os códigos, de todo modo, sobreviveram, agora com nova roupagem, em especial trazida pelas cláusulas gerais, ressaltando a função social da propriedade e do próprio contrato. Essa abordagem permitiu que às autoras chegassem à análise da teoria dos sistemas, como destacam, é possível ir além dessa concepção, através da teoria dos sistemas sociais autopoieticos como uma possibilidade de reflexão privilegiada de toda a teoria geral dos contratos, desde a sua formação, assegurando-se a manutenção da relação contratual.

Na sequência o artigo do professor Guilherme de Oliveira Feldens analisa a relação entre Direito e justiça focando sua análise no próprio julgamento do judeu Shylock. O texto esmiúça alguns detalhes dos principais discursos proferidos pelos personagens em tribunal, e com isso submete-os a uma análise fundamentada na moral e justiça, mas em especial “o discurso de Pórcia no tribunal, no qual a personagem defende a compaixão como um sentimento necessário aos homens”, e verifica a relação de tal discurso com o fundamento da moral determinado por Schopenhauer e seu contraste com os juízos morais normativos característicos do pensamento jurídico moderno. Nesse sentido o sugestivo título Quando a misericórdia tempera a justiça em *O mercador de Veneza* por si só já é um convite para a leitura cuja aceitação é praticamente obrigatória, e na sequência aproxima a abordagem do discurso de Pórcia da tese sobre o fundamento moral proposto por Schopenhauer, a crítica de Tugendath ao fundamento moral de Schopenhauer, que o autor entende como julgamento incompleto. Reforça assim a importância de uma correta compreensão dos textos de Schopenhauer, principalmente porque “os principais filósofos do Direito parecem ignorar as construções teóricas de Schopenhauer”, e nesse sentido, também se distanciam do discurso de Pórcia, “segundo o qual no cumprimento da justiça (lei), nenhum de nós vai encontrar a salvação”.

Ao final, o texto dos professores Celso Augusto da Conceição e Ângela Kretschmann revisitam o final da obra de William Shakespeare em *O Mercador de Veneza*, sob o ponto de vista de uma análise linguística, e seu aspecto semântico: a metáfora do termo “uma libra de carne”. A partir daí, o personagem que provocou toda a questão jurídica envolvendo a lei e o poder, Shylock, pôde se utilizar desse recurso linguístico na contra-argumentação das determinações de Portia (ou Pórcia, dependente da tradução) na cena do juízo, não para seu

benefício, mas para diminuir a penalidade imposta. Os diálogos reescritos com a roupagem semântica pró-réu levam o leitor a uma nova reflexão.

É importante reforçar a cada nova edição que a Revista Diálogos é resultado de um Projeto de Pesquisa que iniciou com o propósito de chamar de Jardim o momento em que os professores do Curso de Direito se encontram para conversar e debater uma obra literária, e tornou-se representação do desejo de encontro e diálogo de experiências, vivência transdisciplinar, e partilha, convívio e aprendizagem, sendo a ideia de Jardim inspirada na proposta dos filósofos gregos do epicurismo, um lugar muito privilegiado, e raro, de liberdade, ou, na proposta dos estoicos, que ensinavam nos “pórticos” de Atenas, uma busca de serenidade.

Em última análise, tem em vista primeiramente a construção de um espaço verdadeiramente livre para o diálogo, porém, possibilitado pela escolha de obras literárias que se revestem de um instrumento, ou ao menos um convite, para o diálogo entre os pares. Outros detalhes sobre o projeto que originou esta publicação podem ser encontrados no lançamento da Revista, com o seu número 1, ou mesmo no projeto de pesquisa que deu origem a esta revista, na página do Curso de Direito.

Fica aqui o convite aos nossos leitores, a riqueza dos artigos que foram submetidos, e aprovados nas avaliações para receberem a publicação na Revista, com certeza, provocará no leitor o desejo de revisitar a peça de William Shakespeare, O Mercador de Veneza, e quem sabe, essa nova experiência de leitura não trará novamente novos destaques e novos textos que também enriquecerão a cultura jurídica, uma vez que a reflexão do Direito, aliada à Literatura, traz sempre a sensibilização do leitor, do pesquisador, do autor, e o desejo de levar adiante seus questionamentos e conclusões. Desejo uma boa leitura a todos.

Cachoeirinha, 30/12/2013.

DOI: <http://dx.doi.org/10.17793/rdd.v3i5.533>

1. MERCADOR DE VENEZA: HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E SUA FUSÃO DE HORIZONTES ENTRE A OBRA DE ARTE E O DIREITO

1. MERCHANT OF VENICE: PHILOSOPHICAL HERMENEUTICS AND THE FUSIONS OF HORIZONTS BETWEEN THE ART AND THE LAW

Emerson de Lima Pinto²
Vanessa Steigleder Neubauer³

Resumo: Esse texto envolve a natureza da obra de arte, por uma análise à esta peça clássica de Shakespeare, a qual representa e suas interfaces com a Filosofia e o Direito. A possibilidade de ofensa aos direitos e garantias fundamentais e a dignidade da pessoa humana surge em nossa reflexão a partir do fio condutor que a hermenêutica filosófica gadameriana oportuniza no processo de hermenêutica que envolve a solução do conflito decorrente da inexecução contratual e da respectiva execução da cláusula penal estabelecido no contrato de empréstimo. O Estado- Juiz é demandado a fim de equacionar a lide e, ao que tudo indica, a transação torna-se difícil uma vez que Shylock demonstra uma irascível disposição para composição. Assim este estudo bibliográfico aproximando os conceitos da Hermenêutica Filosófica de Gadamer a literatura de Shakespeare e ilustra a problemática aqui discutida a do princípio da dignidade da pessoa humana possibilita que por meio dele busque-se a proteção, mediante o reconhecimento de posições jurídico-subjetivas fundamentais, contra novas ofensas e ameaças à própria dignidade humana buscando concretizar o programa normativo do princípio da dignidade da pessoa humana que incumbe aos órgãos estatais garantir e, no Mercador de Veneza é garantido a Antônio e, talvez, negado à Shylock.

Palavras-chave: Filosofia. Direito. Hermenêutica. Interpretação

Abstract: This text involves the nature of the art of work, by an analysis of this Shakespeare's classic piece, which represents its interfaces with Philosophy and Right. The possibility of offense to the rights and fundamental guarantees and the human person's dignity arises in our reflection starting from the conductor wire that Gadamer's philosophical hermeneutics provides opportunities in the hermeneutics process that involves the solution of the conflict arising from the contractual nonperformance and from the respective execution of the penal clause established in the loan contract. The Judge-State is respondent in order to equate the deal and, as everything indicates, the transaction becomes difficult since that Shylock shows an irascible disposition for composition. Thus this bibliographic study, approximating the concepts of Gadamer's Philosophical Hermeneutics to Shakespeare's literature and illustrates the problematic here discussed to the principle of the human

² Especialista em Ciências Penais PUC/RS, Mestre Direito Público /UNISINOS, Advogado, Doutorando em Filosofia/UNISINOS, professor de Direito Constitucional no Cesuca, Unilassale e Unisinos. E-mail: epinto@unisinos.br

³ Doutoranda em Filosofia pela UNISINOS, possui graduação em Artes com especificidade em Dança Licenciatura plena UNICRUZ, Pós graduação em Dança Cênica UDESC, Pós graduação em Psicopedagogia Clínica e Institucional UNICRUZ, Pós graduação em Mídias da Educação UFSM, Mestre em Educação nas Ciências UNIJUI, integrante dos Grupos de Estudos Condorcet e Heidegger UNIJUI. Atualmente docente da Universidade de Cruz Alta- UNICRUZ. E-mail: neubauer7009@hotmail.com

person's dignity and allows by its means to search the protection, by the recognition of subjective-juridical fundamental position, against new offenses and threats to the own human dignity searching to concretize the normative program of the human person's dignity that's delegated to the state agencies to guarantee, in the Merchant from Venice is guaranteed to Antônio, denied to Shylock.

Keywords: Philosophy. Right. Hermeneutics. Interpretation

Introdução:

O Mercador de Veneza versa sobre um conflito muito interessante surgido entre Shylock e Antônio. Para diversos críticos literários esta obra foi produzida por volta de 1594 numa Inglaterra permeada de preconceitos. Não que tal característica humana tenha desaparecido, infelizmente. A trama é permeada de segredos e traições. Com diversos romances que se impõe na trama e se constituem por meio de ardil dos personagens centrais (Porcia-Bassânio; Jessica-Lorenzo; Nerissa e Graziano). Mas o tema central gira em torno de um empréstimo conferido por Shylock a Antônio que buscou o avaro agiota para que Bassânio pudesse resolver alguns de seus empreendimentos. A amizade de Antônio a Bassânio coloca-o sob grande risco uma vez que uma das cláusulas envolvem o fato de que se o empréstimo não for quitado no prazo definido Shylock poderia exigir um quilo de carne de Bassânio. A razão de ser dessa estranha condição para o empréstimo remonta a cizânia, o desprezo e o preconceito recíproco. A trama de William Shakespeare fornecerá em seu curso ainda maiores razões para alargar seu ódio.

Nossa análise envolve a natureza da obra de arte que esta peça clássica de Shakespeare representa e suas interfaces com a Filosofia e o Direito. A possibilidade de ofensa aos direitos e garantias fundamentais e a dignidade da pessoa humana surge em nossa reflexão a partir do fio condutor que a hermenêutica filosófica gadameriana oportuniza no processo de hermenêutica que envolve a solução do conflito decorrente da inexecução contratual e da respectiva execução da cláusula penal estabelecido no contrato de empréstimo. O Estado- Juiz é demandado a fim de equacionar a lide e, ao que tudo indica, a transação torna-se difícil uma vez que Shylock demonstra uma irascível disposição para composição.

A palavra hermenêutica, observa Gadamer em *Verdade e Método*, vem carregada por uma longa tradição, mas sua intenção não é desenvolver uma doutrina da arte como sistema de regras artificiais, mas sim pensar o que fazemos o que deveríamos fazer e no que nos

acontece além do nosso querer e fazer dentro de uma perspectiva filosófica. Sua questão não é negar o caráter imprescindível do trabalho metodológico da construção da obra, mas perpassar esta questão tomando consciência de algo que está encoberto ou ignorado pela disputa dos métodos. Todo aquele que faz a experiência da obra de arte acolhe em si a plenitude dessa experiência, e isto significa que a acolhe no todo de sua autocompreensão, em que a obra significa algo para ele. A compreensão abarca a experiência da obra de arte e ultrapassa todo historicismo no âmbito da experiência estética. Assim, o movimento do ato de compreender não pode ser restrito ao desfrute reflexivo, estabelecido pela diferenciação estética. A universalidade do aspecto hermenêutico não se guia pela arbitrariedade. E a experiência da obra de arte sempre ultrapassa, de modo fundamental, todo horizonte subjetivo da interpretação, tanto para quem faz a obra como para quem a recebe. O discurso de uma obra, desvinculada de sua realidade de ser, sempre de novo experimentada contém algo de abstrato.

Uma antiga figura divina, exposta em um templo não para um desfrute estético da reflexão, hoje podemos encontrá-la em um museu moderno, ela ainda leva consigo o universo da experiência religiosa da qual procede, tal como ela se nos apresenta hoje. Isso significa que esse seu mundo pertence também ao nosso mundo e o universo hermenêutico que abarca ambos.

ROHDEN chama a atenção para a utilização dos princípios metodológicos abertos, que não conduzem a uma síntese única e absoluta, mas que oferecem diversas perspectivas ao investigador e explora o fato de que: *a concepção de jogo, melhor que o método analítico, dialético, sintético, conserva e explicita de modo mais autêntico o acontecer do princípio da experiência hermenêutica ao conjugar num mesmo movimento ser e tempo?* O conceito de hermenêutica nesse contexto refere-se à mobilidade fundamental da *presença*, a qual perfaz sua finitude e historicidade abrangendo o todo de sua experiência de mundo. O movimento da compreensão é abrangente e universal e reside na natureza da própria coisa. A compreensão não é um modo de comportamento do sujeito, mas o modo de ser da presença a qual perfaz a finitude.

II - A fala autorizada: O quem diz?

Quando abordamos o pensamento jurídico, não podemos olvidar o que se sucede em outras áreas do pensamento humano no que tange à necessidade de uma fala autorizada que nos apresente caminhos a serem percorridos. Contudo, em se tratando de doutrina jurídica, estamos diante da fala que nos indica relações de poder, as quais poderemos ou não ratificar.

Em nosso país, a fala autorizada vem impregnada de mais símbolos do que lhe deveria ser permitido. Os doutrinadores têm incorporado, ou lhes tem sido atribuído, características do Rei Midas e, diversamente de seu toque, mas de suas palavras, a tudo tem convertido em ouro. Infelizmente, acreditamos que, em muitos casos, diferentemente da vontade dos próprios doutrinadores, seu pensamento tem sido sorvido como o único possível, o que tem produzido uma anorexia na reflexão jurídica nacional.

“Há, na verdade, um conjunto de crenças e práticas que, mascaradas e ocultadas pela *communis opinio doctorum*, propiciam que os juristas conheçam de modo confortável e acrítico o significado das palavras, das categorias e das próprias atividades jurídicas — o que faz do exercício de sua profissão, numa riqueza reprodutiva a partir de uma intrincada combinatória entre conhecimento, prestígio, reputação autoridade e graus acadêmicos.”

De fato, a fim de tornar mais dinâmica nosso diálogo sobre o tema utilizaremos na doutrina pátria o instituto da Lei Federal N°. 9.099/95 e, quando da sua edição diversos autores nacionais se manifestaram, sobretudo a respeito da concepção mais geral da Lei, inclusive, vários deles comentaram a integralidade dos artigos e conteúdo. Quando procuramos abordar a totalidade de uma obra, incorremos no risco de não analisarmos, de forma radical, alguns institutos que, simplesmente, denotam uma ruptura no pensamento tradicional. Em momento anterior, quando analisamos a transação pena procuramos desnudar criticamente aquele instituto e, agora, passamos a tencionar as condições que levaram à definição de crime de menor potencial ofensivo e sua eficácia. A doutrina oficial reproduziu o texto legal e não desvendou as razões que utilizou ao fixar em 01 (um) ano como pena abstrata, a fim de que seja utilizado tal privilégio. No entanto, como curiosidade, cabe transcrever um exemplo de consolidação de posição referente a matéria ora examinada. Trata-se de trecho transcrito da obra de GRINOVER que simboliza a fala autorizada:

“São autores dos comentários ora publicados - que se restringem às disposições atinentes aos Juizados Especiais Criminais - três dos integrantes do Grupo de Trabalho que apresentou o Anteprojeto, ora transformado em lei, ao Deputado Michel Temer (...) Trata-se de Ada Peliegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes(...) Acresce-se aos mencionados autores acima o Juiz Luis Flávio Gomes, penalista e estudioso dos aspectos penais da justiça consensual, sobre o qual já tem livro publicado.

O preconceito latente em fragmentos do texto refletem uma irracionalidade e

intolerância muito presente naquele momento histórico. Sobre a construção do sentido comum teórico e da fala autorizada, transcrevemos trecho de obra de WARAT que nos auxilia a compreender que o texto de Shakespeare vai além de preconceitos religiosos.

BASSANIO – Se for do seu agrado almoçar conosco...

SHYLOCK – Sim, para sentir o cheiro da carne de porco e comer da morada para onde o profeta nazareno, exorcizou o demônio. Eu me permito comprar de vocês, vender para vocês, falar com vocês, passear com vocês e assim por diante, mas não vou nunca comer com vocês, ou beber com vocês, nem rezar com vocês. Quais são as novas Rialto? Quem vem aí?

Entra Antônio.

BASSANIO – Este é o Signor Antônio.

SHYLOCK - (a parte) – Ele parece muito com o coletor de impostos que fosse humilde! Detesto o sujeito por ser um cristão, mas ainda mais porque, assim humilde e simplório, ele faz empréstimo de graça e reduz a taxa de juros aqui para nós em Veneza. Se eu conseguir pegar ele de jeito, então alimento á larga o meu velho rancor contra ele. Ele odeia nossa sagrada nação judaica e me insulta a mim, até mesmo lá onde os mercadores costumam se reunir, e ofendes as minhas boas ofertas e o meu bem merecido e suado sucesso, que ele chama de ganhos acima dos juros. Amaldiçoada seja minha tribo, se eu conceder perdão a esse sujeito! (Grifo nosso)

O jurista, para ser aceito no monastério dos sábios, deverá escrever e falar a partir do reconhecimento de alguma comunidade cultural-política e científica que lhe outorgue legitimidade acadêmica ou política. Shakespeare nos auxilia a compreender melhor os limites da hermenêutica jurídica contemporânea e sua aplicação ao Direito Constitucional e a proteção aos direitos fundamentais. Segundo WARAT, no caso da comunidade científica, é impossível penetrar nela, converter-se em um de seus emissores autorizados, se não se fala (ao menos como ritual de iniciação da língua oficial do Estado), se não se aceitam os padrões epistemológicos: “que a cultura científica dominante impõe”. Nesse sentido, a verdade é sempre uma palavra do Estado.

O cerceamento do pensamento marginal é realizado pela censura significativa, onde não é permitido o escoamento de uma reflexão que se diferencie do *status quo* ou pelo normalizado pelo *establishment*, e, no que tange ao direito, os doutores que fazem da lei que encontram em espaço vazio seu lugar de poder, portanto, local que lhes permite legitimidade e autoridade ao abrigo do cientificismo e do juridicismo.

“O cientificismo como crença vital do sentido comum teórico do

juridicismo, que impregna os saberes da lei para desfazer o carregar jurídico de todas as ciências do homem, quer dizer, desvincula-as das assinalações mitológicas da visão de mundo que introduz simbolicamente o homem na lei". (...) o abrigo do juridicismo e do cientificismo fingimos analisar, sem proibições, a sociedade industrial e suas instituições, servimos, como produtores, os saberes do Estado. (...) O juridicismo também; é responsável pelos mecanismos de solenização da palavra, dando assim base para a reprodução da função dogmática. (...) o juridicismo, então legitima o discurso que contém o oráculo do poder, legitima o funcionamento social da lei, como uma palavra enigmática, que demanda a presença de glosadores sacraizados."

Faz-se necessário (re)pensar o processo de absorção conceitual que impregna os diversos operadores jurídicos quando da reflexão dos novos dilemas apresentados no Direito e, como abordaremos no próximo item, a ousadia de refletirmos sobre a realidade dada de forma crítica e propositiva. Segundo WARAT, "É preciso mostrar a lei como montagem de ficções, que permitem a vigência de um sistema teatral de interpretações. Também nos dias de hoje, decidir um processo é exercer os poderes do artista julgar é uma arte política", e, esse é o destino de um escrito vivo como suporte de poder de seus pontífices: estes simulam interpretar para garantir seu poder.

Hoje, A fala marginal conquista de espaços institucionais, presente aos juristas marginais impõe-se desvendar os signos de poder apresentados pela cultura oficial e (re)pensar a melhor forma de comunicações com vistas a formar e informar os demais operadores jurídicos. A hermenêutica não encontra seus limites no modo de ser extra-histórico, como no matemático ou no estético. A questão da qualidade estética está nas leis da construção e dispõe de um nível de formulação que ultrapassa as barreiras de procedência histórica e de presença cultural. Pode-se questionar o sentido que a qualidade representa ante a obra de arte, uma possibilidade independente de conhecimento, assim como todo o gosto não é desenvolvido apenas formalmente, mas formulado e cunhado como este.

Sobre o processo secularizado de verdades e sua iconoclasta discursiva, WARAT trabalha no sentido de (des)mitificar essa realidade virtual em que são dotados de legitimidade os novos sábios ou de fato como se apresentam após a vida monástica da qual ressurgem os novos sábios da modernidade: "O discurso canônico opera sobre esta realidade censurando estabelecendo um território de fantasmas onde se terá a convicção absoluta de que todos os casos particulares encontrarão necessariamente seu lugar no conjunto classificatório. Assim, o discurso canônico preserva o funcionamento institucional da lei contra as rupturas de seu equilíbrio e o que os juristas chamam pomposamente de segurança jurídica."

Em sua busca ROHDEN demonstra o conteúdo, fraco e limitado de que é composto é aquela forma de conhecer que absolutiza um jogo de linguagem e desvincula-o das demais perspectivas filosóficas.

A hermenêutica filosófica, na verdade, por possuir a pretensão de articular lógica e ontologia, historicidade e cientificidade, verdade e método, é que é, sob nosso ponto de vista, o pensamento autenticamente “forte” dada sua amplitude e coerência entre ser e pensar.(...) O modelo estrutural lógico-ontológico do jogo é lógico por um lado porque possui regras fixas, válidas universalmente, sem as quais ele não ocorreria. As regras de cada jogo, com suas exigências próprias, são explicáveis e reconhecidas universalmente. Por outro lado, o jogo é ontológico porque nele o sujeito é envolvido como um todo, não apenas do ponto de vista do conhecimento — como um espectador que examina um objeto à distância — mas porque, nele, o jogador ao jogar realiza uma experiência e revela seu ser?

Um discurso socialmente válido, portanto, deverá romper com o caráter canônico e sacral que possui o pensamento jurídico atual, assim como analisar concretamente, de forma aberta, o conceito de “segurança jurídica”, e seu caráter eminentemente político, em diversas situações extremamente ideológicas.

“Finalmente quero insistir, deixando claramente registrado, que a visão de mundo jurista desenvolve sua função censora apelando a um pensamento mágico-teológico, como variações do conceito ilusório de Deus: uma montagem de ficções transcendentais sobre a Sociedade, o Estado e o Direito. Isto permite uma projeção dos laços afetivos que vinculam os homens com Deus, como elemento operador de nossas representações sobre a Sociedade, O Estado e o Direito. Assim, estaríamos diante de três sistemas de representações que realizariam o que é impossível ao desejo do Homem. Em outras palavras, o juridicismo mantém viva a magia do pensamento religioso e desta forma o poder, que se exerce sobre a sociedade, goza o benefício de uma obediência incondicional.”

Romper com uma visão mística do Direito, mais do que uma questão de postura, significa dotá-lo de sentido revolucionariamente novo. Com a formação tradicional, torna-se muito árida a função de (re)definir paradigmas adequados à sociedade de massas que resolva ou decida os conflitos macrosociais ou transindividuais.

“Os silêncios significativos do discurso jurídico mostram os lugares em que o discurso manifesto do direito expressa, em forma negativa, as idéias que não quer aceitar. O não saber histórico é, no fundo, um não querer saber.” (...) “A conquista de espaços institucionais unicamente servem para garantir uma revolução cultural que precisa ser feita por pequenas ondas moleculares de resistência. Trata-se de uma revolução molecular institucionalmente protegida. Contando com uma quota de

poder institucional, os movimentos sociais desenvolvem sua capacidade de articulação.”

Por fim, os juristas marginais têm como imperativo moral a conquista de espaços institucionais (Advocacia, Academia, Magistratura e Ministério Público) ou mesmo a construção política do ordenamento jurídico (executivo ou legislativo), a fim de que possam preencher os “silêncios significativos” com concepções diversas do pensamento baseado no modo de produção liberal-individualista.

III - Hermenêutica Jurídica: O processo de (re)construção.

No momento em que novas figuras jurídicas são inseridas no ordenamento jurídico naturalmente é necessário a manifestação de seus operadores sob pena de que os institutos tornem-se inócuos. Entretanto, esse processo de construção de um sentido, que não olvidamos é necessário, se dá de forma celeremente ideológica e ao mesmo tempo procurando travestir-se de um bem comportado tecnicismo jurista que se utiliza de um discurso asséptico e retoricamente neutro.

Não podemos ignorar que o Direito, assim como a Religião, utiliza-se de simbolismos (dogmas) que lhe permite manter-se de forma oculta e, às vezes, sub-reptícia atrás de um tecnicismo que esconde projetos de poder que são da própria essência da Ciência Jurídica - (Controle Social). E, nesta linha segue o pensamento de WARAT:

“Respaldado na funcionalidade de suas próprias ficções e fetiches, a ciência do direito nos massifica, deslocando permanentemente os conflitos sociais para o lugar instituído da lei, tornando-os, assim, menos visíveis (...) As chamadas “ciências jurídicas” aparecem, assim, como um conjunto de técnicas de fazer crer com as quais se consegue produzir a linguagem oficial do direito que se integra com significados tranquilizadores, representações que tem como efeito impedir uma ampla reflexão sobre nossa experiência sócio-política. Idéias dispersas e efeitos fabuladores que contêm omissões intencionais sobre o saber jurídico, a lei e o poder. Nesse sentido a linguagem oficial do direito determina uma multiplicidade de efeitos dissimuladores (...) em segundo lugar quero me referir a falta de esclarecimento, pela ciência jurídica, do caráter mitológico de sua racionalidade subjacente. O pensamento jurídico omite manifestar-se sobre os modos em que a gramática de produção, circulação e recepção de seus discursos desvincula as verdades que constrói de sua realidade política “

Se esse entendimento encerrar dogmaticamente as diversas possibilidades

hermenêutico estaremos diante de uma perspectiva deveras limitada de efetivação dos mecanismos (des)penalizadores da Leis Cíveis e Criminais. E, nossa jurisprudência, no mínimo, por prudência deverá atender a aplicação das medidas despenalizadoras as penas concretamente aplicadas sejam ou não previstas em crimes cujo procedimento especial. O dilema de *Doge* e dos *Magníficos Lordes de Veneza* que terão de realizar o julgamento da questão que poderá implicar numa flagelação física por decorrência do contrato está muito distante de nosso Judiciário brasileiro contemporâneo uma vez que até mesmo as penas corpóreas estão eliminadas em nossa ordem jurídica por ocasião da Constituição brasileira de 1988, contudo, mantemos a ilusão acerca da segurança jurídica:

ANTONIO – O Doge não pode impedir o cumprimento da lei; porque existem os benefícios de que gozam os estrangeiros conosco aqui em Veneza; uma vez não se cumprindo a lei, caia em descredito a justiça no nosso Estado; uma vez que o comercio e os lucros da cidade acolhem igualmente todas as nações. Agora vá. Essas dores e essas perdas me abateram tanto, que mal vou ter uma libra de carne amanhã para meu sanguíneo credor. Embora, carcereiros, vamos. Queira Deus Bassânio chegue a tempo de me ver pagando a dívida; é só isso que me importa.

Não podemos permitir passivamente que sobre a pena abstratamente cominada seja estabelecido um rigoroso processo de interpretações que procurem uniformizar os julgamentos de forma a impedir outras possibilidades hermenêuticas que venham por via transversa afastar os Direitos e Garantias Fundamentais do desviante. Devemos evitar que seja consolidada a visão de que reações meramente simbólicas ocultem a formação de dogmas jurídicos, pena abstratamente cominada, que mais adiante obstaculizam a construção de um Direito Penal Humanitário e de um direito civil que possa afligir sanções físicas como nesta obra da literatura e, por essa razão, a solução de Porcia travestida de Juiz melhor reconduziu o problema a uma espécie de nova condição e, sua hermenêutica, nos parece filosófica:

PORCIA – Espere um minutinho, tem mais uma coisa. A promissória não prevê que te aposses do sangue do mercador. As tuas palavras dizem expressamente “uma libra de carne”. **Então, pega a tua promissória e pega a tua libra de carne, mas, ao fazer o corte, se tu derramares uma única gota de sangue** cristão, tuas terras e todos os teus bens serão confiscados pelas leis de Veneza a passarão a ser propriedade do Estado.

GRACIANO – Ah, que juiz honrado! Preste atenção, judeu...que juiz erudito!

SHYLOCK – Tu mesmo podes ver o texto da lei. Pois, como tu clamavas por justiça, podes estar seguro de que tu terás mais justiça do que querias. (Grifo nosso)

A universalidade do ponto de vista hermenêutico não tolera restrições, como também não trata da multiplicidade dos interesses históricos que se reúnem na Ciência e na História. A interpretação “correta” significa necessariamente que a compreensão faça a mediação entre a História e a atualidade. Assim sendo, desde o princípio da construção da obra organiza-se um processo de historização da mesma interligada à tradição e à capacidade de observação que estrutura suas possibilidades discutíveis de interpretações.

Na obra em questão acontece intuitivamente a urgência indispensável de hierarquização dentre os princípios instituídos constitucionalmente (Leis da Cidade de Veneza), considerando o princípio da dignidade da pessoa humana, como o princípio de maior importância dentre os existentes, já que para a aplicação do direito, deve-se avaliar, primeiramente, se a dignidade da pessoa humana será respeitada. Neste sentido é a compreensão de SARLET: “Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á lhe negando a própria dignidade”.

A consciência hermenêutica só existe sobre determinadas condições históricas, para que possa se formar a consciência expressa da tarefa hermenêutica de apropriar-se da tradição, cuja essência consiste em continuar transmitindo naturalmente aquilo que é transmitido, e possa ser questionado. Nas questões da consciência histórica, todavia, é preciso que haja um distanciamento da atualidade diante de toda tradição histórica; a compreensão converteu-se numa tarefa precisa de distanciamento metodológico.

O Estado atrai para si a mística da racionalidade da lei e do saber jurídico, assim como o monopólio de sua aplicação, de tal sorte que reprocessem essas normalizações e espriam pela sociedade a necessidade de que o Estado represente os próprios desejos desta. O Estado passa a identificar a vontade e os desejos da sociedade como se todos esses sentimentos fossem uma coisa só. Perfeito! Esse aparelho normalizador está a serviço do establishment, ao mesmo tempo é desejado pelo submetido. O fetichismo, estabelecido pelas normas jurídicas que dissolvem na lei todas as dimensões do poder do Estado, reveste-se de um sentido, que dá a impressão da existência de uma ordem natural (a obrigatoriedade). E, neste caso agiu impulsionado por um artilheiro de Porcia, por meio de falsidade ideológica é verdade, mas, buscando garantir o direito fundamental à manutenção da integridade física e impedindo que o indivíduo abdicasse de seus direitos humanos (que neste caso afirmou-se originariamente, pois, estamos no século XVI com Shakespeare e no ocidente do século XXI).

Retomando, os efeitos produzidos com a promulgação da Lei Federal N°. 9.099/95 importante destacar a assertiva realizada por Alberton, “Para configuração das infrações de competência do juizado Especial Criminal, considera-se o máximo da pena abstratamente cominada para o tipo, levando-se em consideração as causas de aumento e diminuição da pena, estejam previstas na parte geral ou especial do Código Penal onde encontramos a figura da conciliação e transação em nosso direito penal atual. Quando abordamos o processo de produção do sentido jurídico formulado pelo establishment não podemos realizar uma discussão parcial, ou seja, em nosso caso concreto, o sentido que é atribuído pelo monastério dos sábios do conceito de crime de menor potencial ofensivo. O instituto jurídico fundador da Lei Federal 9.099/95 não passa de mais uma manifestação real de exercício de poder de dogmática jurídica.

Verificamos que a produção de sentido é mais fácil quando o interlocutor possui a fala autorizada uma vez que pertence ao monastério dos sábios e o sentido produzido deixa de ser abstrato quando alcança efetividade através da jurisprudência. Portanto, como não surgem vozes com capacidade de denunciar o processo simbólico de consolidação de um poder “científico”, o modo como o poder se realiza através desse perverso processo de produção de sentidos é manifestado por SANTAELA.

“Resumindo: o real não é transparente e dele não se faz uma leitura imediata; a abstração não espelha o real, porém, dele se apropria cognitivamente, isto é, modifica de modo particular o objeto, apropriado; a produção científica não é por si mesma uma prática material, ao mesmo título simbólico de consolidação de um poder científica não é por si mesma uma prática material, ao mesmo título que a prática produtiva econômica que transforma a natureza, pois, o pensamento não trabalha diretamente com o concreto, mas com representações mentais desse mesmo concreto”.

Sobre o processo de produção de sentido e o papel que o jurista assume diante desta situação é analisado por STRECK que, inclusive, desnuda o modelo interpretativo que busca o correto sentido ou um sentido em si da dogmática jurídica.

O processo de produção de sentido não pode, pois, ser guardado sob um hermético segredo, como se sua holding fosse uma abadia do medievo. Isto porque o que rege o processo de interpretação dos textos legais é as suas condições de produção, as quais, devidamente difusas e oculta (da) s, aparecem - no âmbito do discurso jurídico - como se fossem provenientes de um lugar virtual ou de um lugar fundamental (...) O elo (imanência) que vinculava significante e significado está irremediavelmente perdido nos confins da viragem lingüística ocorrida no campo da filosofia. (...) Daí que, pelo processo interpretativo, o jurista não reproduz ou descobre o verdadeiro sentido da lei, mas cria o sentido que mais convêm a seu interesse teórico e político. Nesse contexto, sentidos contraditórios podem, não obstante, ser verdadeiros. Em outras palavras, o significado da lei não autônomo, mas heterônomo. Ele vem de fora e é atribuído pelo interprete (...) Não é temerário dizer que a

dogmática jurídica sofre ainda de uma compulsiva lógica da aparência dos sentidos, que opera como uma espécie de garantia de obtenção. Há uma constante busca do correto sentido, um sentido dado, um sentido em si, enfim, uma espécie de sentido primevo. “

A hermenêutica não é uma verdade empírica, nem uma verdade absoluta - é uma verdade que se estabelece dentro das condições humanas do discurso e da linguagem. A hermenêutica é, assim, a consagração da finitude. Portanto, torna-se fundamental a utilização da hermenêutica crítica a fim de desvendar a fala dos doutores e, principalmente, de que local político-jurídico surgem formulações que rápida e habilmente preenchem as lacunas” e definem as “antinomias” ou mesmo decidem a “forma correta” com que devemos interpretá-las.

A autorizada doutrina nacional esclarece que crime de menor potencial ofensivo é aquele com pena não superior a um ano, pois assim foi definido por lei. O sentido produzido pelos doutrinadores ao interpretar a Lei Federal N° 9.099/195 informa como devemos interpretar seus institutos e como são avançados seus efeitos. Contudo, no que tange a reprecinação de crimes descriminalizados de fato para o nosso ordenamento jurídico, bem como os diversos problemas processuais oriundos da Lei dos Juizados Especiais Criminais (transação penal e suspensão condicional do processo) dão conta da existência de um silêncio significativo.

A hermenêutica filosófica está direcionada para a construção de um futuro e para uma realidade em mudança uma vez que de sua mera interpretação (??). A referida hermenêutica é caracterizada pelo uso de diretrizes formais, isto é, pela ideia reguladora de um verdadeiro consenso.

“A hermenêutica crítica está virada para o futuro e para a realidade em mudança, em vez de sua mera interpretação (...) a primeira assenta sua base de sustentação na existência de um consenso de apoio dado pela e através da linguagem os novos conhecimentos são adquiridos com base nos preconceitos que se submetem aos processos de aprendizagem durante a fusão de horizontes”. Já a hermenêutica crítica, continua, é caracterizada pelo uso de diretrizes formais, isto é, pela ideia reguladora de um verdadeiro consenso. “

A Hermenêutica Crítica desvenda o fetiche construído pela dogmática jurídica no que concerne as normas recusando a ideia de que existem normas que apenas por sua existência possuem eficácia plena, contida ou limitada. O processo de produção de sentido é realizado pelo hermeneuta/interprete conhecedor da hermenêutica crítica de forma a adjudicar um

sentido transformador ou emancipador. Objetivamente, a hermenêutica crítica não exclui inteiramente a realização de mediação que caracteriza a hermenêutica filosófica, no entanto, sua característica central é, por obvio, a compreensão dialógica.

Os setores identificados com um projeto progressista de sociedade que aponte num sentido de construção de um Estado Social a partir do Estado Democrático de Direito procura por dentro de o Direito entender, influir e, às vezes, (re)definir na construção de um sentido dessa produção discursiva. A interpretação deve ser vislumbrada como um processo aberto com a finalidade de construção de diversas possibilidades e alternativas diversificadas, inclusive, contrariando a ideologia da subsunção, ampliando a integração com a realidade, sendo pluralista e desafiando o establishment dos círculos de interpretes tradicionais. Os hermeneutas críticos devem apropriar-se da Hermenêutica Constitucional com o intuito de garantir e consolidar direitos e garantias previstas na Constituição Federal procurando dar-lhes efetividade. Assim agindo estará o jurista orgânico e crítico se utilizando de potente referencial teórico com o objetivo de transformação do Direito, do Estado e da própria sociedade.

A consciência histórica efetual será como que a oposição argumentativa da situação hermenêutica. Não há situação hermenêutica que se desenvolva como ponto de início para avaliar determinados temas, não há consciência hermenêutica, com situação hermenêutica, se não existe uma consciência histórica efetual que dizer uma consciência de que nós somos determinados pelos fatos históricos, pois, a compreensão do ser é limitada por uma história, pela história do ser que limita a compreensão. Esses fatos históricos, por um lado, é um peso que limita a nossa compreensão, mas, de outro lado, analisados, reconsiderados e interpretados passa a ser o próprio impulso fundamental do desenvolvimento da compreensão. Nesse sentido, acoplada na idéia da consciência histórica efetual está uma idéia que nos liga à situação hermenêutica.

Esta atmosfera em que se movimenta a hermenêutica torna-se um novo ambiente para um acontecer da verdade no acontecer da história do ser. Mas esta outra cena não para a hermenêutica do ambiente crítico. Haveria muitas articulações para serem mostradas aqui, mas em parte elas aparecerão no que segue, pois, na obra “O Mercador de Veneza” vivemos a experiência intensa uma vez que jogamo-nos no fenômeno da compreensão impregna não apenas toda a referência humana de mundo, mas apresenta uma validade própria também no terreno da Ciência, resistindo à tentativa de ser transformado em método da Ciência. As ciências do espírito acabam confluindo com as formas de experiência que se situam fora da Ciência, tais como experiência a filosófica, a experiência da arte e a experiência da própria

História, nas quais se manifesta uma verdade que não pode ser comprovada com os meios metodológicos da Ciência.

O fato de experimentarmos a verdade numa obra de arte, o que não se alcança por nenhum outro meio, fortalece a necessidade de advertência à consciência científica de reconhecer seus limites. Os estudos sobre hermenêutica que partem da experiência da arte e da tradição histórica procuram analisar o fenômeno hermenêutico em toda sua envergadura. Importa reconhecer nele uma experiência de verdade, que não deve só ser justificada filosoficamente, mas que seja ela própria uma forma de filosofar. Assim sendo, a hermenêutica que se refere não é uma doutrina de métodos das ciências do espírito, mas a tentativa de entender o que são na verdade as ciências do espírito, para além de sua autoconsciência metodológica, e o que as liga ao conjunto de nossa experiência de mundo.

Neste sentido, por simetria, em HESSE evidencia-se que o próprio texto constitucional deve dispor sobre a importância que determinada norma deverá obter no ordenamento jurídico: “O Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional.”

O modo como experimentamos o mundo uns aos outros, a forma como compreendemos as tradições históricas, as ocorrências naturais de nossa existência e de nosso mundo, envolvem um universo hermenêutico que nos abre para o mundo, e, os costumes de linguagem e de pensamento que se formam para o indivíduo na comunicação circundante diante da tradição histórica exercem função primordial para a hermenêutica da arte. É a consciência crítica que deve acompanhar o filosofar responsável, colocando os costumes de linguagem e de pensamento que se formam para o indivíduo na comunicação com seu mundo circundante diante do fórum da tradição histórica, da qual todos fazem parte.

Nós só sobrevivemos nesse ambiente se conseguirmos romper com a trivialidade de supormos que um dia iremos sair da história do ser que nos determina, da cultura que nos envolve. Não podemos sair inteiramente; mas podemos sair através do processo da interpretação, através dos processos que a hermenêutica nos oferece. O que acontece é que a hermenêutica justamente nos dá uma consciência crítica na medida em que ela forma a nossa consciência histórica e nos permite assumir uma situação determinada, o mais possível transparente em um momento determinado, através de fusão de horizontes e na dileção de horizontes, de maneira que não fiquemos presos a um conjunto de preconceitos dos quais não libertamos inteiramente como seres históricos e tácticos.

Reconhecer no estranho o que é próprio, familiarizar-se com ele, é movimento fundamental do espírito, cujo ser é apenas o retorno a si mesmo a partir do ser - outro. Cada

indivíduo em particular que se eleva do seu ser natural a um ser espiritual encontra no idioma, no costume, nas instituições de seu povo uma substância prévia de que deve apropriar, como o aprender a falar. Nesse sentido, cada indivíduo está sempre a caminho da formação e da superação de sua naturalidade, na medida em que o mundo está crescendo é formado humanamente em linguagem e costumes. Acentua-se que nesse seu mundo que um povo deu-se a existência.

IV - A teoria dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana

De modo diverso a Veneza do século XVI onde a obra se desenvolve onde o liberalismo primitivo daquela sociedade afirma-se com a figura dos príncipes governando principados, modernamente, constatamos que diferença significativa se pode constatar no Estado Democrático de Direito é a subordinação à Constituição. O princípio da supremacia e da estabilidade da Constituição institui que a Lei Fundamental do Estado se encontra na parte mais elevada da ordem jurídica, de modo a evitar antinomias normativas, sob condição de nulidade da norma inconstitucional. Todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas na medida em que se integrarem com as normas da Constituição que se institui como forma a declarar os direitos e representa a imprescindibilidade desses direitos serem concretizados, bem como, a política adotada pelo Estado.

Recordemos que mesmo na Europa, apenas com a declaração de 26 de Agosto de 1789 surge obstáculo às violações aos direitos naturais do homem subjacente ao lema revolucionário que afirmava três princípios essenciais: liberdade, igualdade e fraternidade, seguindo a sequência histórica da sua institucionalização, manifestando-se em diversas dimensões, e, na esteira da evolução da proteção ao indivíduo e, posteriormente, ao cidadão, Ana Maria D'Ávila Lopes aborda a positivação dos direitos fundamentais:

“A positivação dos direitos fundamentais é produto de diversas lutas e conquistas pelo reconhecimento da sua capacidade para assegurar as diversas exigências da sociedade. A positivação é, pois, um longo processo, que começou há mais de um século e que ainda continua porque, enquanto existir sociedade, novas reivindicações surgirão, exigindo sua regulação jurídica, não apenas como forma de garantia, mas como forma de organização social.”

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal

e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais. Cabe destacar que, o reconhecimento dos direitos fundamentais se deu de forma gradativa, através de um processo cumulativo, de complementação, e não alternativamente.

Os direitos fundamentais de 1ª dimensão surgem na primeira metade do século XVIII concomitantemente com a concepção do Estado Liberal, foram os primeiros direitos do homem a serem positivados são os direitos de liberdade, tem por titular o indivíduo/cidadão, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdade ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Esses direitos têm por atributo fazer parte dos direitos que fazem resistência ao Estado enquanto produtor de abuso e violência. E, conforme Bonavides, sobre os direitos de 1ª geração: *“Os direitos da primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.”*

A dignidade da pessoa humana está assegurada em nossa Constituição em seu art. 1º, inciso III, e, também, está implícita em outros dispositivos, como, quando trata do fator econômico tem por objetivo promover a todos uma existência digna, quando refere na ordem social. Não obstante, a temporalidade, estar presente na garantia a dignidade uma vez que variáveis historicamente por força das concepções paroquiais e temporais predominantes, os direitos fundamentais integram em cada ordenamento jurídico positivo um conjunto mais ou menos extenso de prerrogativas subjetivas geralmente entendidas como “pressupostos jurídicos essenciais da existência digna de um ser humano completo”. A dignidade da pessoa humana na compreensão de COMPARATO: *“Ora, a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita.”*

A dignidade da pessoa humana prevê mais do que um direito fundamental protegido, pressupõe a existência de outro bem fundamental a ser preservado. A dignidade humana como não pode ser concedida única e exclusivamente, eis que ela pressupõe outro direito fundamental, já que não é e nem poderá ser, ela própria, um direito fundamental, portanto, não poderá por si só ser concedida pelo ordenamento jurídico. É um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais

e infraconstitucionais. A dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. E, conforme o Immanuel Kant, citado por Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana consiste na: “concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano, considerando esta (a autonomia) como fundamento da dignidade do homem, além de sustentar que o ser humano (o indivíduo) não pode ser tratado- por ele próprio-como objeto.”

A dignidade da pessoa humana torna-se possível, quanto concretização, a partir de um modelo de Estado Democrático de Direito, conforme Norberto Bobbio:

“Da concepção individualista da sociedade, nasce a democracia moderna (a democracia no sentido moderno da palavra), que deve ser corretamente definida não como o fazia os antigos, isto é, como o “poder do povo”, e sim como o poder dos indivíduos tomados um a um, de todos os indivíduos que compõem uma sociedade regida por algumas regras essenciais, entre as quais um fundamental, a que atribui a cada um, do mesmo modo como a todos os outros, o direito de participar livremente da tomada de decisões coletivas, ou seja, das decisões que obrigam toda a coletividade.”

No processo hermenêutico, mesmo na hermenêutica jurídica tradicional a função instrumental integradora e hermenêutica do princípio, na medida em que este serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não somente dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico tem sido adotada com uma certa regularidade nas sociedades ocidentais. Como começamos esse trabalho aqui com questão de linguagem, penso que é importante expor esta questão de Gadamer com relação ao problema da linguagem. A compreensão e a interpretação estarão ligadas à linguagem.

A inserção de um direito na esfera dos direitos fundamentais demonstra a intensidade com que o direito será preservado, tendo por base a proteção da dignidade da pessoa humana. Poderão ocorrer níveis diferenciados de preservação de direitos e garantias levando-se em consideração a importância do princípio a ser protegido. Os critérios para a análise da aplicação dos princípios são três: cronológico, hierárquico e de especialidade. Um dos critérios utilizados para resolução de conflitos envolvendo direitos fundamentais consiste em estabelecer hierarquias prévias e rígidas entre os bens protegidos constitucionalmente.

Portanto, no Mercado de Veneza a solução do conflito, no que se refere a Antônio, preserva seus direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana, que in

caso, têm relação indissociável, mesmo nas ordens normativas onde a dignidade não está expressa, não poderá por esta razão, concluir-se que não estará presente a observância desse princípio na medida em que se está assegurando os direitos fundamentais por meio de uma hermenêutica singular.

V - Considerações finais:

A dignidade da pessoa humana, como valor superior se afirma não somente dentre os direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica em Veneza do século XVI e, mais fortemente, em nossa Constituição atual que confere compromisso aos direitos fundamentais devido ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana, eis que a pessoa é considerada essência e fim da sociedade e do Estado. A dignidade da pessoa humana foi elevada como fundamento de nosso Estado Democrático de Direito, cabe frisar que a Constituição caracteriza-se por seu atributo de cunho compromissário e dirigente, podendo-se considerá-la como a Constituição da pessoa humana.

Por fim, a interpretação não é um meio de produzir compreensão, mas de abarcar o conteúdo do que se compreende ali. A arte possibilita a comunicação em sua essência totalizante, num sentido mais amplo de reflexão e autonomia, pensando em seus processos de circundação ontológicos, historizados e de tradição, mediatizados por interpretar os sujeitos e as suas consciências históricas percebendo-se como sujeitos de um jogo, que se faz por ele mesmo em seu contexto de ser. Assim, a hermenêutica filosófica envolve os campos da arte de contemplar sua essência. Gadamer em *Verdade e Método* traz questões que negam e ampliam os conceitos usuais de interpretação das coisas e do mundo, além de nos fazer pensar sob outras perspectivas questões relacionadas ao ensino da arte. O princípio da dignidade da pessoa humana possibilita que por meio dele busque-se a proteção, mediante o reconhecimento de posições jurídico-subjetivas fundamentais, contra novas ofensas e ameaças à própria dignidade humana buscando concretizar o programa normativo do princípio da dignidade da pessoa humana que incumbe aos órgãos estatais garantir e, no Mercador de Veneza é garantido a Antônio e, talvez, negado à Shylock.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova Edição. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 1999.
- COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- GADAMER, Hans-Gerg. **VERDADE E MÉTODO: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 4. Edição. Editora Vozes. 2002
- GRINOVER, Ada Pellegrini (col.) **Comentários a Lei Federal 9.099, de 26.09.1995. In. Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.
- LOPES, Ana Maria D'Avila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislador**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.
- MOLINA, Antônio Garcia-Pablos. & GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 2 edição. Ver. E ampliada. Revista dos Tribunais, 1996.
- ROHDEN, LUIZ. **Hermenêutica Filosófica: Entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem**. São Leopoldo, RS: Editora: Unisinos. 2002
- SHAKESPEARE, William; tradução Beatriz Viégas-Faria. **O mercador de Veneza**. Porto Alegre, RS: L&PM. Edição POCKET. 2012
- SANTAELLA, Lúcia. **Práticas Semióticas**. In: Produção de linguagem e ideologia. São Paulo, Cortez, 1996,
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, conteúdo e significado da noção de dignidade da pessoa humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.p.87.
- STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Coleção Filosofia 40. EDIPUCRS. Porto Alegre: 1996,
- STRECK, Lênio Luiz. **Tribunal do Júri: Símbolos e Rituais**. 2 edição — Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993.
- _____. **Hermenêutica e dogmática: aportes críticos acerca da crise do Direito e do Estado**. In. Cadernos de Pesquisa do Curso de Mestrado em Direito Unisinos. Porto Alegre, Ed. Unisinos, 1997.
- WARAT, Luis Alberto. **O monastério dos sábios: o sentido comum teórico dos juristas**. In: Introdução Geral ao Direito 1. Porto Alegre, Fabris, 1995
- (Artigo recebido em 12/11/2013 e aceito para publicação em 27/12/2013)**

DOI: <http://dx.doi.org/10.17793/rdd.v3i5.548>

2. MERCHANT OF VENICE AND ITS LEGAL DIMENSIONS

2. O MERCADOR DE VENEZA E SUAS DIMENSÕES LEGAIS

Nese Kizil⁴

Resumo: O trabalho do renomado poeta britânico e escritor Shakespeare deve ser examinado no discurso da literatura relevante, porém, também deve ser examinado legalmente para desenvolvimento da lógica jurídica. Nesse sentido é adequado parafrasear a peça, antes de mergulhar no aspecto legal do Mercador de Veneza.

Palavras-chave: Mercador de Veneza, legalidade, contratos

Abstract: Renowned British poet and writer Shakespeare's work should be perused in the relevant literature discourse, but it should also be examined legally to develop the legal mind and logic. Before dipping into the legal aspect of Merchant of Venice, it would be appropriate to paraphrase the play.

Keywords: Merchant of Venice, legality, contracts.

Renowned British poet and writer Shakespeare's work should be perused in the relevant literature discourse, but I believe it should also be examined legally to develop the legal mind and logic. Before dipping into the legal aspect of Merchant of Venice, it would be appropriate to paraphrase the play. Aside from a couple of exceptions, Latin comedies revolve around a young boy's troubles in love affairs.

In Latin comedies, the young lover has a companion, apart from the trusted crafty slave, who helps him in romance or any straits he experiences. In Merchant of Venice, Antonio almost faces death to help his dear friend Bassanio.

⁴ Professor Assistant, Faculty of Law, Public Law Section, University of Kemerburgaz, Istanbul, Turquia. E-mail: kizilnese@gmail.com

All of his vessels playing the high seas and short of cash, Antonio uses his reputation in Venice to borrow three thousand ducats from the Jewish moneylender Shylock, whom he used to post insults, in the hope of sending his friend Bassanio to his lover Portia. Shylock adds a clause to the contract stating that in case Antonio cannot pay the debt, he would cut a pound of meat (about 450 gr.) from Antonio's body (any part of his body Shylock wants). In time, news of Antonio's sunken vessels arrive the shore.

The noble trader cannot pay his debt, and Shylock, inflicting his hatred for Christians and the loss of his daughter, gets back at Antonio. He starts to cry out 'I want my right, I want what says on the contract' and blusters in the streets of Venice. During the trial, Antonio evades punishment thanks to the wits of his defense lawyer.

In fact, the lawyer is Bessanio's lover and the receiver of a heritage, Portia, who attends the court in disguise. She defends that the contract says only meat and not blood. Therefore, Shylock is supposed to retrieve the meat he has right to without spilling any blood. The law states that if blood is shed, Shylock's property will be confiscated due to bleeding a Christian. As a result, Shylock gives up his right on the contract. However, Shylock's property is confiscated anyway based on the fact that he attempted a Christian's life. He is left to the mercy of Antonio. Antonio forgives Shylock if he converts to Christianity.

Throughout the play, concepts such as money, power, position, love, commerce, justice are questioned within the fun and tense relations of Christian and Jewish business world. According to most critics, Shylock loses his case in an unfair manner, as a result of word play. Thus, aside from his daughter and money, he goes through a third loss. According to the verdict, not only Shylock loses the money he lent to Antonio, but also a part of his property is taken over by the government as a fine.

Unless contrary to the Laws of Venice, a contract can be done in any subject; but is there really a legitimate contractual agreement here? Is there a debtor-creditor relationship based on a legitimate agreement between Antonio and Shylock? We can answer these questions within the limits and freedom of making contracts. 'The Liberty of Contract' is an important principle in the acts of Law of Obligations. According to this principle, the people who want to make a contract can freely (with their free will) decide whether to make/not make a contract, can determine the subject, type, adverse parties, the amount of the contract, and can end or change a contract. The contracting parties, in the world of law, can create contract types and contents which are not specified in the law.

The ample scope The Liberty of Contracts provides is somewhat contracted by the limitations of the law. Articles 26 and 27 of the Turkish Law of Obligations' restrictions are as follows:

1 -) Illegality

Contracts cannot be contrary to the statutory clauses that are specified as a mandate or prohibition in the law. In other words, people cannot make contracts on matters that are contrary the statutory clauses. Consequently, the contracting parties cannot enable a contract that is contrary to the imperatives and prohibitions of the law.

2 -) Breach of public order

Based on this principal cause, the contracting parties must pay attention to not to include any clauses that are contrary to public order and peace in the contracts. Otherwise, such a contract will not be valid.

3 -) Violation of the Personal Rights

In case there are clauses contrary to personal rights in contracts, the Liberty of Contract's limitations are breached. Accordingly, even with the consent of one's abdication (waiving) of personal rights, one cannot be a party to such a contract which holds clauses contrary to personal rights. In the same way, no one can make a contract that harms the integrity of the body or restricts the capacity to act. Also, on the economical integrity of a person, rights that are tightly linked to the personality (such as business secrets, the freedom to work) are considered as personal rights and therefore, are contrary to the Liberty of Contract.

4 -) Violation of Public Morality and Decency

Contracts whose contents or aims are contrary to the morality of the public are not considered legally valid. Paying a fee for extramarital affair or leasing an estate to anyone who wants to engage in prostitution is legally invalid due to the violation of morality.

5-) The Impossibility of the Performance

The impossibility of the performance decided by the contracting parties means it is not possible for anyone to act upon the performance. Therefore, it is objectively impossible.

According to Roman Law which also resources the Continental Europe Law, there are some performances in obligations which should be "obligatio." For the performance to be considered legal, there exist some order clauses. These include,

1 -) "In order for the obligation to be valid, the performance should not be impossible. According to the Romans, the debt does not occur on the impossible subject. "Res extra Commercium (sacred objects) do not constitute obligation in a contract. Because it is impossible.

2 -) "Performance cannot be contrary to law or morality. Obligations do not occur in cases of bribery and murder." In this context, the contract between Antonio and Shylock is invalid with absolute nullity because of the clause in case of default in payment. In the execution of the clause, Antonia dies. It can be thought that even though Shylock appears to be securing his money, his real intention is to kill the other party.

Shylock has been repeatedly and openly humiliated by Antonio because he is a Jew. Times change and Antonio needs Shylock's help. Shylock's concern is not an assurance of his money; Shylock is an angry man who has waited for his time to avenge Antonio. Thus, even though there is a liberty of obligation in Venice Law to make a contract on any matter, it can be interpreted that Shylock's main goal was not to guarantee his money but to intervene to Antonio's right to live. This situation brings up the right to live and right to personal immunity of the protected person.

The most fundamental right is the right to live. The right to live is a human's right and right to personal immunity represent the nonintervention to the physical and mental integrity, and not to torture anyone. Within these rights, it is indisputable to say that the clause on the payment default is illegal and malevolent. Even though Antonio consents to these terms, based on the 'no one can do a legal action which destroys bodily integrity or restricts the capacity to act' mandate, Antonio's actions should be considered invalid.

Finally, I would like to mention the concept of justice according to our current positivist conception of law. Positive law is a set of particular legal rules regulating the relations in a society (especially in a state) in a particular time, but positive law investigations should consider the historical structures as well as comparisons of other country laws and whether the needs of the society are complemented by the current regulations.

Merchant of Venice probes the justice system, the philosophical aspects of law and its acts through a humorous perspective. Shylock's quotations of 'The pound of flesh, which I demand of him, Is dearly bought; 'its mine and I will have it. If you deny me, fie

upon your law! There is no force in the decrees of Venice. I stand for judgment: answer; shall I have it? ' make the law enforcement people desperate.

How much law does Portia's defense constitute even though she is no lawyer and presents herself one? Yet, in the essence of it, it is not possible to retrieve the meat without spilling blood. Therefore, Portia's defense is not valid; it is not a real defense within the law frame.

Law does not only consist the wording of the law, but the aim of the article also matters. When there exists questions about the wording of law, meaning where there are gaps, it can be interpreted. There might be more than one interpretation method such as literal, free and historical interpretations. Within historical context and that period's medicine, no part can be cut off the body without the result of death. Therefore, it is impossible to act upon this clause. Portia's defense is more than an intelligent judgment.

According to Aristotle, it is not enough for justice to treat everybody equally. A justice system is fair when it can protect the weak. Thus, even though Shylock seems like the weak one by claiming his debt, Antonio is the real weak since he dies when the debt is collected. As a result, not performing the clause on the contract is more just; however it is clearly meddlesome and devoid of justice when Shylock does not collect his debt and becomes a debtor due to religious differences. The play both develops on property rights and debtor-creditor relationship and focuses on religious discrimination.

By undertaking all these concepts via humane values, the play deepens with humor, criticism and philosophical layers. Justice is precise in recognizing everyone's right. In this context, not retrieving a piece of meat from Antonio's body and not treating Shylock in this manner (by discriminating him because he is Jewish, and confiscating his property because he attempted against a Christian) would be a correcting regulation that is more just.

Let's not forget that the best and just positive justice system embodies humane values. Law protects people, justice and ethical values. Like in all of his plays, Shakespeare develops our thinking, forensic and philosophical perspectives while pushing us to be more careful in creating legal principles that define human relationships.

REFERENCES:

Üzmen, E. (n.d.). Shakespeare'in Venedik taciri oyunu ve Latin komedisi (Shakespeare's play of Merchant of Venice and Latin Comedy) (p. 5). Retrieved September 2013, from <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/26/992/12091.pdf>

http://tr.wikipedia.org/wiki/Venedik_Taciri

<http://www.kitapyurdu.com/kitap/default.asp?id=447044>

<http://www.turkhukusitesi.com/showthread.php?t=9601>

(Artigo recebido em 19/11/2013 e aceito para publicação em 30/12/2013)

DOI: <http://dx.doi.org/10.17793/rdd.v3i5.551>

3. SOBRE DIREITOS E A HUMANIDADE DO DIREITO N'O MERCADOR DE VENEZA

3. ABOUT RIGHTS AND THE HUMANITY OF RIGHTS IN THE MERCHANT OF VENICE

Renato Selayaram⁵

Resumo: O artigo procura analisar os aspectos jurídicos da clássica obra de Shakespeare e a complexa relação entre seus personagens. A influência do direito e da moral, vislumbrando suas diferentes nuances, especialmente Shylock - um dos personagens mais atraentes do teatro de todos os tempos.

Palavras-chave: direito, contrato, moral, literatura

Abstract: El artículo analiza los aspectos legales de la clásica obra de Shakespeare y la compleja relación entre sus personajes. La influencia de la ley y moral, al ver sus diferentes matices, especialmente Shylock - uno de los personajes más atractivos del teatro de todos los tiempos.

Palabras-clave: Ley, convenio, moral, literatura.

I. Introdução

A base de uma sociedade civilizada consiste no respeito ao direito. O que sempre me fascinou n'O Mercador de Veneza⁶ é o fundo legal da obra. Tanto no início da trama - a celebração de um contrato – como a sua resolução – o debate jurídico em um tribunal sobre sua validade ou não, permitem analisar a obra do ponto de vista jurídico e exercitar o uso de alguns institutos legais, para além da ficção.

O enredo gira em torno de dois personagens principais: um judeu rico e usurário, e uma mulher – a tolerante e apaixonada Portia, os quais representam dois dos grupos mais discriminados na época, judeus e mulheres. Devemos recordar que no momento em que o bardo escreveu esta peça, foi executado o médico pessoal da rainha Elizabeth I, o hispano-judaico Rodrigo Lopez, acusado, sem provas, de tentar envenenar a rainha

⁵ Advogado, Pós-graduado na Academia de Direito Internacional de Haia, Especialista em Ciências Políticas, Mestre em Direito, Professor no Cesuca. E-mail: selayaram@hotmail.com

⁶ SHAKESPEARE, William. O mercador de Veneza. Trad. de F. Carlos de Almeida Cunha e Oscar Mendes. São Paulo: Abril S.A. Cultural e Industrial, 1979, págs. 280-367.

britânica a pedido de Filipe II, rei espanhol. Sua execução em 07 de junho de 1594 em Tyburn provocou uma onda de anti-semitismo no país.

De modo geral, a comédia narra como Bassanio, um jovem de ascendência ilustre mas sem fortuna, procura o amor de Portia, uma órfã rica que só se casará com o pretendente que decifre o enigma das três caixas – uma de ouro, outra de prata e outra de chumbo - de acordo com o testamento de seu falecido pai, e escolha aquela que contém o retrato da jovem. Para tanto, poder participar do evento, é necessário que pague a importância de três mil ducados, dinheiro que não possui e solicita a Shylock, o agiota. Quem se obriga pelo empréstimo é Antonio, o mercador de Veneza do título, amigo de Bassanio e responsável pela obtenção do empréstimo por sua capacidade econômica, e ao contrário deste, um comerciante proeminente, sendo acordado que a devolução do montante obtido será em três meses, prazo estimado por Antonio para a chegada dos navios com mercadorias encomendadas a Veneza e assim saldar a obrigação. Para formalizar o crédito, assina um contrato, ante um Tabelião, estipulando que o não reembolso do montante tomado, na data e local estipulados, o credor – Shylock - pode tomar uma libra de carne, aproximadamente quatrocentos e cinquenta gramas, do devedor.

Como podemos ver, estamos ante um contrato de mútuo, com data certa de devolução da soma emprestada e uma cláusula penal a favor do credor em caso de inadimplemento por parte do devedor (a libra de carne de Antonio). Do ponto de vista legal, pois, é um acordo contratual em que rege a máxima latina *pacta sunt servanda*, traduzida livremente como *o pacto é a lei entre as partes*, princípio do direito contratual ainda vigente.

Vencido o prazo fixado no contrato, Antonio não cumpre a obrigação assumida, já que os navios com as mercadorias de sua propriedade não chegaram ao porto por haverem naufragado, sendo, portanto, incapaz de pagar a dívida. Por esta razão Shylock exige a execução da cláusula penal a seu favor por inadimplência do devedor, recorrendo ao Tribunal de Veneza em busca da tutela judicial.

Admitida a demanda ante a máxima autoridade, o Doge de Veneza, as partes são citadas para que seja dado início ao julgamento, sendo proposto antes às partes um acordo, sabedor aquele que a lei será extremamente rigorosa e que deverá ser cumprida ou a República perderá um de seus maiores bens, a segurança jurídica, o pilar básico de qualquer governo. Quem poderia confiar em Veneza se não fossem cumpridas suas próprias leis? Antonio assim o reconhece quando diz

O Doge não pode impedir o curso da lei. As garantias que os estrangeiros encontram em nosso meio, em Veneza, não poderiam ser suspensas sem que a justiça do Estado ficasse comprometida aos olhos dos mercadores de todas as nações cujo comércio fez a riqueza da cidade.

O pedido de Shylock é bastante concreto: não está fundado no pagamento da dívida, seja esta em seu valor original ou duplicada, como é proposto em conciliação, senão na execução da cláusula penal. Sua proposta é: não cumpriste com o pagamento no momento oportuno, exijo como ressarcimento uma libra de tua carne,

Shylock - Quero que as condições de meu contrato sejam cumpridas; jurei que seriam executadas. Chamaste-me de cão quando não tinhas razão alguma para fazê-lo; porém, visto que sou um cão, tem cuidado com meus dentes. O Doge me fará justiça. (...)

Até este momento a razão e o direito parecem assistir a Shylock. O Doge de Veneza se mostra impotente para negar o pedido do velho agiota sem cair em descrédito, pois a cidade vive do comércio e suas leis devem ser respeitadas para ter credibilidade ante outros Estados. Recordemos que Veneza, desde a Alta Idade Média, se tornou muito rica mediante seu controle do comércio entre a Europa e os países do Mediterrâneo oriental. Por volta de 1410, tinha um armada de 3300 navios (tripulados por 36 000 homens)⁷. E foi uma das cidades do norte da província itálica onde começou o re florescimento do direito romano, utilizado para a solução dos conflitos que surgiam como decorrência do comércio pujante da cidade.

Parece que não restava outro remédio ao mais alto magistrado da república senão executar o que estava pactuado. Eis que, neste momento dramático, Portia irrompe no Tribunal, disfarçada do jovem advogado Baltasar, a fim de assumir a defesa de Antonio⁸. No início, parece dar razão ao agiota, seguindo as regras do direito contratual e reconhecendo que todo contrato deve ser cumprido em conformidade com o estipulado ao dizer *uma libra de carne desse mercador te pertence. O tribunal te adjudica essa libra e a lei ordena que ela te seja dada. E podes cortar-lhe essa carne do peito. O tribunal o autoriza e a lei o permite.*

⁷ CAMPAGNANO, Anna Rosa. Judeus de Livorno: sua língua, memória e história. São Paulo: Humanitas, 2007, p. 41.

⁸ Baltasar/Portia se apresenta ao Tribunal de Veneza como uma espécie de *amicus curiae*, um "amigo da corte", para ajudar a lançar luzes sobre o caso, mas se trata de um engano, dado que no fundo o que busca é defender Antonio.

Mas na parte final de seu discurso, realiza um giro espetacular de 180 graus, ao assinalar que se é certo que a cláusula penal deve ser executada tal como está pactuada, não é menos certo que o contrato não prevê o derramamento de sangue do devedor para a obtenção da libra de carne nem que seja retirado um gramo a mais do que foi estipulado e muito menos ainda seja posta em risco a sua vida para o cumprimento da obrigação:

Portia - Espera um momento. Ainda não é tudo. Esta caução não te concede uma só gota de sangue. Os termos exatos são: uma libra de carne. Toma, pois, o que te concede o documento; pega tua libra de carne. Mas, se ao cortá-la, por acaso, derramares uma só gota de sangue cristão, tuas terras e teus bens, segundo as leis de Veneza, serão confiscados em benefício do Estado de Veneza.

Em outras palavras, a cláusula penal a favor de Shylock é inexecutável, pois se trata de uma impossibilidade jurídica, e é uma impossibilidade legal porque colide com regras de ordem pública de caráter imperativo que protegem a vida e a saúde das pessoas. Antonio é cidadão veneziano e, por extensão, cristão velho (ou cristão-puro, conceito ideológico que pretendia designar o segmento majoritário das populações), tendo direitos garantidos pelo Estado, os quais estão acima do que foi acordado. O que Balthasar/Portia demonstra com seus argumentos jurídicos é que a cláusula penal é ineficaz desde o início e é nula de pleno direito por violar disposições de ordem pública que cuidam da integridade física da pessoa.

Mais do que o famoso monólogo do agiota, quando ele diz que *Um judeu não tem olhos? (...) Se nos cortam, não sangramos? Se nos fazem cócegas, não rimos? Se nos envenenam, não morremos?*, o intenso debate jurídico entre os personagens faz desta passagem de O Mercador de Veneza, um dos destaques da literatura universal, do ponto de vista jurídico.

II. O perigo da hierarquização

N'O Mercador de Veneza, sem dúvida o trabalho mais jurídico de Shakespeare, observamos o surgimento de uma impressão digital de incompreensão lamentavelmente repetida, com crueldade extrema, no curso da história ocidental: a perda de perspectiva no cumprimento do mandato, o estabelecimento de um olhar valorativo do ordenamento positivo - percepção nada ingênua que necessariamente segrega no ato de sua imposição aquilo que uma determinada pessoa ou grupo é e não o que faz.

Em sua necessidade de expor o óbvio - o judeu é um homem, os cristãos também o são - Shylock, o marginalizado, aceita o gesto de marginalização-diferenciação, que o exclui e, a partir de então, encontra na exclusão que lhe é imposta, a legitimação para sua pretensão de vingança. Enquanto sua humanidade não seja aceita pelo ordenamento jurídico vigente, não se lhe pode exigir respeito à humanidade dos outros.

Como em tantos outros lugares na Europa, em Veneza, aqueles que professavam a fé judaica eram circunscritos aos limites de um gueto, os portões da cidade os excluíam, quando a noite chegava os portões eram fechados com cadeados. Um muro de pedra manifestava, assim, o limite da legitimidade.

Como vemos, de todos os homens, o direito escolhia alguns para serem seus sujeitos, no exemplo utilizado aqueles que participavam do credo cristão, e estabelecia um espaço de marginalidade comum a todos aqueles que não fossem seu objeto.

Toda classificação expõe uma ordem hierárquica e traça ao menos uma linha divisória. Aceita e repele, acolhe e desconhece, divide e, no mesmo ato, estabelece o limite fora do qual se estende o império da alienação e da diferença.

Podemos observar que ao longo da história o estabelecimento de limites na atribuição de legitimidade, sempre arbitrária e ofensiva, faz com que, conforme mostra Shakespeare, os marginalizados, deslustrados pelo direito, terminem por assumir os mesmos parâmetros que serviram para justificar sua exclusão.

O outro, os outros, não serão mais do que aquele ou aqueles que se atrevam a expor, desde a perspectiva de quem estabelece a classificação, uma absoluta falta de pertencimento. Desse modo, a sua mera existência como um estranho, importa a prévia adoção de um ponto de vista: não existe classificação possível se não houver, previamente, um classificador, quem detenha ou usurpe a faculdade de dividir, de impor-se como representante do núcleo de diferenciadores. Nada mais visível desta face do que o *status quo* vigente na Idade Média, sob o ponto de vista Senhor e servo, Nobre e vassalo.

Bobbio diz que a violência pode ser direta ou indireta. É direta quando atinge de maneira imediata o corpo de quem a sofre. É indireta quando opera através de uma alteração do ambiente físico no qual a vítima se encontra, como, por exemplo, o fechamento de todas as saídas de um determinado espaço, ou através da destruição, da danificação ou da subtração dos recursos materiais. Em ambos os casos, o resultado é o

mesmo: uma modificação prejudicial do estado físico do indivíduo ou grupo que é alvo da ação violenta.⁹

*À paz perpétua*¹⁰, obra Kantiana, é, na realidade, a meta a ser atingida por meio do respeito e exercício dos princípios e normas estabelecidos nesse fictício tratado de paz. O adjetivo *perpétua* diferencia o tratado em questão dos tratados de paz habitualmente firmados, que não passam de meros armistícios que cuidam de regular a melhor forma jurídica para a cessação das hostilidades entre os inimigos¹¹.

O caso que aqui estamos tratando, nos mostra que a arbitrariedade oculta-se por trás de uma divisão ontológica: reconhecer somente a alguns os direitos que são comuns a todos os seres humanos. Aos demais, vale dizer, Shylock, são atribuídos direitos reconhecidos como inumanos. Admitir que certos direitos sejam assim reconhecidos importa negar-lhes sua existência como direitos.

O homem, pelo fato de integrar o gênero humano, é detentor de dignidade, a qual é qualidade ou atributo inerente a todos os homens, decorrente da própria condição humana, o que o torna credor de igual consideração e respeito por parte de seus semelhantes¹².

A meu juízo, o Direito Fundamental do homem é o direito à sua realização integral como ser humano. Qualquer das suas dimensões que se pretendesse amputar estaríamos negando sua condição de ser humano.

III. Direito e moral

A moral é, como o direito, um sistema objetivo de normas que tem por missão ordenar a conduta do homem. Existem inegáveis relações entre um e outro sistema. Uma norma tipicamente jurídica, como a que ordena não roubar e pune a quem rouba é, ao mesmo tempo, uma norma moral. Outra norma de direito, a que afirma que as obrigações assumidas devem ser cumpridas, é também um preceito moral¹³.

⁹ BOBBIO, N.; PASQUINO, G.; MATTEUCI, N. Dicionário de política. 7ª ed. Brasília: UNB, 1995, p. 1291-1292.

¹⁰ A obra *À paz perpétua* foi escrita pelo filósofo alemão Immanuel Kant em 1795, cuja grande questão era como assegurar que os Estados Nacionais europeus pudessem estabelecer entre si um quadro de paz duradoura.

¹¹ ALMEIDA, Guilherme de Assis. Direitos humanos e não-violência. São Paulo: Atlas, 2001, p. 27.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

¹³ ARÉCHAGA, Eduardo Jimenez; FERRAND, Martín Risso. Introducción al derecho. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2007, p. 15. Tradução do autor.

A vida é o uso e não a produção de coisas e o escravo serve apenas para facilitar este uso. O amo é o senhor do escravo e este, pelo contrário, não é apenas um escravo para o mestre, mas lhe pertence por inteiro. Isso mostra que o escravo é, em si, o que pode ser. Aquele que por uma lei da natureza não se pertence, mas, sem deixar de ser homem, pertence a outro, é naturalmente escravo. Assim, o escravo é propriedade alheia, e a propriedade é um instrumento necessário para a existência¹⁴. Há indivíduos na espécie humana tão inferiores a outros como o corpo para a alma ou a fera para o homem¹⁵. Assim exprimia Aristóteles.

Podemos observar, na desconstrução das afirmações aristotélicas que:

1. O escravo era considerado, na sua obra, como ser humano, inobstante aceitar, o fato de pertencer a outro homem.
2. A natureza humana não implicava, por si só, sua condição de sujeito de direito. O homem-escravo, em sua condição de objeto, não era possuidor de direitos.
3. O conceito de espécie humana se achava sujeito à imposição de hierarquização, isto é, nela eram identificados homens superiores e homens inferiores.

Esta é a perspectiva que retoma Skakespeare n'O Mercador de Veneza. Muito além da valoração convencional que sobre certos comportamentos humanos se possa fazer, deixo claro entender a dignidade humana como inalienável, mesmo antes de vir a ser reconhecida por um ordenamento jurídico e, inclusive, excedendo aos limites de qualquer potestade estatal.

Toda estrutura jurídica se assenta sobre o cumprimento da palavra empenhada. As partes contratantes possuem expectativas distintas em relação ao pactuado e está implícito que devem assumir a responsabilidade de cumprir o que prometeram.

Pelo fato de a cláusula penal atentar contra a vida e a saúde do devedor, a defesa, representada por Portia, travestida de Baltasar, pede como compensação econômica a metade dos bens de Shylock em favor de Antonio, o que, no caso, pode ser interpretado como uma *reconvenção*, e que a outra metade seja confiscada em favor do Estado veneziano, pelo fato de o credor haver demandado de forma a agredir o direito vigente, as normas de ordem pública de caráter imperativo.

Poderia ser alegado em defesa do credor que o dano nunca chegou a se materializar, que Antonio nunca pôs em perigo sua vida ou saúde, em razão do fato de

¹⁴ ARISTÓTELES. Política. Tradutor: Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 16.

¹⁵ ARISTÓTELES. Política. Tradutor: Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 17.

que o credor não pode executar a cláusula penal. Entretanto, muito embora não tenha havido um dano físico, pode ser argüido que houve um dano moral. Shylock expôs Antonio a um juízo, a um questionamento sobre sua reputação, pondo seu nome e reputação ilibada de comerciante em xeque, quando o que reivindicava judicialmente era algo impossível de executar. Por consequência, o temor de Antonio de perder a vida por cumprir a cláusula lhe ocasionou um sofrimento inimaginável, merecendo um ressarcimento econômico pelo dano emocional sofrido.

Vemos na obra que existe uma tensão entre o sentido de justiça e o de legalidade. O credor funda sua pretensão literalmente no que diz a lei, ou o que foi avençado contratualmente, não importando se é justo ou injusto, não importa se é a custa da vida de um ser humano, apenas no que está pactuado. Como vemos, ao final a tensão será resolvida graças a uma burla, pois não importa quem tenha razão ou de que lado se encontra a justiça, senão quem é mais hábil para ganhar o processo.

Em diferentes trabalhos de expressão artística ou mitológica, o protagonista deve resolver o enigma que lhe é apresentado, ao custo de sua própria vida se assim não o fizer. Como na própria vida, trabalhando e selecionando a melhor de uma ou outra possibilidade de uma aposta.

A título de exemplo, lembramos duas passagens de grandes obras, da mitologia e da literatura. Ante a disputa entre as deusas Hera, Atena e Afrodite sobre quem era a mais bela, Zeus não quis ser o juiz para não descontentar as deusas, ordenando, então, que o príncipe troiano Páris, à época sendo criado como um pastor ali perto, resolvesse a disputa. Para ganhar o título de "mais bela", Atena ofereceu-lhe poder na batalha e sabedoria, Hera ofereceu-lhe riqueza e poder e Afrodite o amor da mulher mais bela do mundo. Páris optou por Afrodite, ganhando sua proteção e o ódio das outras duas deusas, contra si e contra Tróia.

Na peça *Édipo Rei*, de Sófocles, o protagonista deve decidir entre salvar Tebas descobrindo o enigma da Esfinge, que o tornaria um herói, e salvar o seu próprio destino, do qual não pode fugir. A esfinge propõe um enigma a partir de três opções:

Qual é o animal que de manhã anda sobre quatro pés, ao meio-dia sobre dois e à noite sobre três? É o homem, que na infância arrasta-se sobre os pés e as mãos; na idade adulta mantém-se sobre os dois pés; e na velhice precisa de um bastão para poder andar.

Assim, o que vemos são os personagens envolvidos na peça Shakespeariana tratando de burlar uns aos outros, valendo-se, para tanto, do direito.

Há na obra uma tensão entre o sentido de justiça e legalidade. Justiça entendida como caridade, comisseração em relação ao outro, tentando fazer com que Shylock pense de modo racional, a fim de que desista de suas pretensões sanguinárias. Em contraposição, este baseia-se literalmente no que diz a lei, ou pactuado contratualmente. Se é certo ou errado não importa, tampouco se é à custa da vida de um ser humano, mas no que está acordado; e, como podemos ver, no final a tensão entre a reivindicação de Shylock e a absolvição de Antonio será resolvida graças a um embuste: não interessa quem está certo ou de que lado a justiça se encontre, mas quem é mais hábil para ganhar o processo.

IV. Como conclusão

Finalmente, e como já foi referido por outros autores, há uma crítica social velada de Shakespeare para com os cristãos que se escondiam atrás de seu status de *herdeiros de Cristo* para tirar vantagem dos outros, neste caso dos judeus que, como Shylock, se dedicavam a um ofício condenado pela Igreja Católica aos seus fiéis. É como se que os descendentes de Abraão tivessem o *monopólio* de emprestar dinheiro a juros (um cristão só poderia emprestar uma soma em dinheiro sem cobrar juros), mas naqueles anos a proibição estava começando a ser flexibilizada pela Reforma Protestante.

Shylock pede justiça como qualquer cidadão - o que hoje denominamos *tutela jurisdicional efetiva* - com um pedido específico: que seja executada a cláusula penal e, aparentemente, lhe são abertas as portas da administração da justiça. Mas ao final, esta aparente abertura do Tribunal para ouvir seu pedido se transforma em zombaria e desapropriação (Shylock, perplexo, exclama: *Is that the law? Essa é a lei?*). O aparato legal que move o credor, em seguida, se volta contra ele. Shylock toma uma dimensão trágica no final, não só perde o juízo, mas também seus bens e sua religião, sendo forçado a se converter ao cristianismo, para evitar perdê-los todos; e até mesmo sua própria filha foge com um cristão. Por isto, este personagem da literatura é estudado e admirado, um personagem muito difícil de esquecer.

V. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Guilherme de Assis. Direitos humanos e não-violência. São Paulo: Atlas, 2001.

ARÉCHAGA, Eduardo Jimenez; FERRAND, Martín Risso. Introducción al derecho. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2007.

ARISTÓTELES. Política. Tradutor: Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, N.; PASQUINO, G.; MATTEUCI, N. Dicionário de política. 7ª ed. Brasília: UNB, 1995.

CAMPAGNANO, Anna Rosa. Judeus de Livorno: sua língua, memória e história. São Paulo: Humanitas, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SHAKESPEARE, William. O mercador de Veneza. Trad. de F. Carlos de Almeida Cunha e Oscar Mendes. São Paulo: Abril S.A. Cultural e Industrial, 1979.

(Artigo recebido em 13/12/2013 e aprovado para publicação em 30/12/2013)

DOI: <http://dx.doi.org/10.17793/rdd.v3i5.540>

4. OS LIMITES JURÍDICO-MORAIS DE CONTRATAR EM “O MERCADOR DE VENEZA”

4. THE LEGAL AND MORAL LIMITS OF CONTRACTING ON "The MERCHANT OF VENICE"

Fábio Caprio Leite de Castro¹⁶

Ney Wiedemann Neto¹⁷

Resumo: O texto examina a peça “O Mercador de Veneza”, de William Shakespeare, e a sua atualidade, numa aproximação entre o Direito e a Literatura, com foco nos limites morais do direito de contratar.

Palavras-chave: “O Mercador de Veneza”. William Shakespeare. Direito. Literatura. Liberdade. Contrato.

Abstract: The text examines the work "The Merchand of Venice" by William Shakespeare, and its actuality, a rapprochement between Law and Literature, focusing on the moral limits of the right to contract.

Keiyords: "The Merchand of Venice" William Shakespeare. Law. Literature. Liberty. Contrattc.

1. Introdução

O Mercador de Veneza, peça considerada pela crítica como uma das “altas comédias” de William Shakespeare,¹⁸ recebeu ao longo do tempo inúmeras interpretações. A personagem marcante da peça é o judeu Shylock, que domina a cena ao exigir o pagamento de uma dívida por meio de uma libra de carne. Essa temática não era desconhecida do público inglês à época em que a peça foi escrita, entre 1596 e 1597. Harold Bloom refere o infeliz caso do médico da Rainha Elizabeth, o judeu português convertido ao cristianismo, Dr. Lopez, que foi falsamente acusado de tentar envenená-la, sofrendo a pena de enforcamento e esquartejamento.¹⁹ O caso teria motivado Christopher Marlowe em 1593-1594 a colocar em cena o dramaturgicamente

¹⁶ Advogado. Doutor em Filosofia pela Université de Liège (Bélgica). Professor da Faculdade de Filosofia da PUCRS e da Faculdade de Direito da Uniritter. E-mail: facaprio@hotmail.com

¹⁷ Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Mestre em Poder Judiciário, FGV Direito Rio. Professor do Curso de Direito da Faculdade Inedi CESUCA, Cachoeirinha-RS. E-mail: neyneto@cesuca.edu.br

¹⁸ BLOOM, Harold. *Shakespeare: a invenção do humano*. Tradução de José Roberto O'Shea. Rio de Janeiro: Objetiva, 2000, p. 222-245.

¹⁹ *Idem*, p. 222-223.

bem sucedido Judeu de Malta, cuja personagem central, Barrabás, poderia ser comparada a Shylock.²⁰

Regressando ainda alguns anos, Bárbara Heliodora menciona “A balada da crueldade”, de Geruntus, anterior a 1590, e “O orador”, coletânea de orações, dentre as quais está “De um judeu, que queria, por uma dívida, obter uma libra de carne de um cristão”²¹. Marilise Rezende Bertin²², por sua vez, sublinha que era usual o fato de contos serem reaproveitados para o teatro por outros autores, numa forma de releitura. Refere que havia uma novela que reunia essa parte do enredo e a outra, da disputa da mão de uma bela dama, na história de Gianetto, na coletânea italiana “Il Pecorone”, possivelmente organizada por Ser Giovanni Fiorentino, duzentos anos antes de Shakespeare.

Quanto à linha de construção das comédias shakesperianas, considera Bertin²³ que o ponto principal não se limita somente às relações entre famílias e amigos. Nesta obra, o autor analisa as relações da sociedade de um modo muito próximo. O mote é uma rede de obrigações construída no âmbito de um povo, que vai mais além de comercializar bens e acumular dinheiro. Tudo é emprestado e cobrado. A obra também aborda a questão do preconceito religioso com relação aos judeus. Eles não podiam exercer o comércio e por isso cobravam juros sobre o dinheiro que emprestam. Viviam isolados da sociedade. Havia uma revolta silenciosa dos judeus, que é representada por Shylock. Há um confronto, na peça, entre Antônio, o mercador cristão, e Shylock, onde cada um enfatiza a justiça segundo os seus interesses próprios.

Da análise desta marcante comédia, para fins de aproximar as relações entre o direito e a literatura, colocaremos em destaque o aspecto da multa prevista no contrato de empréstimo entre Shylock e Antônio. Trata-se de examinar, a partir de uma leitura jusfilosófica, a problemática envolvendo a escandalosa cláusula segundo a qual o credor poderia extrair um pedaço de carne do corpo do devedor, em torno de meio quilo, o equivalente a uma libra, se houvesse inadimplência. O aspecto fundamental de nossa análise está em questionar se é juridicamente e moralmente admissível essa espécie de pacto. O tema, aliás, mostra-se atualíssimo. As discussões sobre os limites morais do mercado estão na pauta do dia nos debates e estudos de filosofia do direito.

²⁰ *Idem*, p. 223. Embora a temática fosse conhecida, Harold Bloom assevera que a questão judaica, nos termos da modernidade, era desconhecida por Shakespeare. Apenas cem ou duzentos judeus, a maioria presumivelmente convertida ao cristianismo, viviam em Londres. Isso porque, como assevera Bloom, os judeus haviam sido, de certa maneira, expulsos da Inglaterra em 1290 e só retornariam a ela quando da revolução de Cromwell.

²¹ SHAKESPEARE, William (1564-1616). *O mercador de Veneza: peça em cinco atos*. Tradução de Barbara Heliodora. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 8.

²² BERTIN, Marilise Rezende. *O mercador de Veneza/William Shakespeare*; tradução e adaptação de Marilise Rezende Bertin. São Paulo: Sipione, 2010, p. 6.

²³ *Idem*, p. 6.

2. O Problema Jurídico – os limites da cláusula penal

Podemos perceber na peça várias dimensões jurídicas, como a do testamento e do casamento, do estatuto dos estrangeiros, do direito processual, mas a principal de todas, que está no “coração da discussão”, como enfatiza François Ost, é o contrato de mútuo e a sua cláusula penal.²⁴

Na circunstância inaugural da peça, Antônio arrisca-se a ter uma libra de carne cortada de seu corpo para conseguir o dinheiro para financiar a corte de Bassânio a Pórcia. No diálogo travado, por ocasião do pedido de empréstimo, Shylock faz a sua proposta, dizendo que o fazia apenas por brincadeira. Na verdade, conforme surgirá no decorrer da trama, ele dissimulou sua real intenção e desejo, de que o devedor não conseguisse quitar a obrigação e que a multa fosse executada.

Transcrevemos o trecho da proposta feita por Shylock, na Cena III do Ato I:

*Shylock: Eu a mostrarei,
Se for comigo ao notário e lá selar
Um compromisso simples que dirá
(Por brincadeira) que se não pagar
Em certo dia e local a soma ou somas
Mencionadas na nota, a multa imposta
Fica arbitrada numa libra justa
De sua carne alva, a ser cortada
E tirada da parte de seu corpo
Que na hora da escolha me aprover.²⁵*

Antônio, o mercador que dá nome ao título da peça, aquiesceu sem titubear, não porque esse tipo de penalidade pudesse ser admitida como normal, mas pelo excesso de confiança que depositava no retorno de seus navios mercantes, os quais lhe trariam os recursos para quitar a obrigação com folga e antecipadamente. Chegando a notícia de que os seus navios haviam afundado, Shylock dá início ao processo para ver cumprida a pena estipulada.

Cabe questionar se uma cláusula como esta, proposta por Shylock, tem algum precedente histórico. Seguindo a orientação de François Ost, começaremos por um exame da lei de talião e pela Lei das XII tábuas.²⁶ A lei de talião encontra a primeira formulação no Êxodo e posteriormente no Levítico e no Deuteronômio. Os comentadores talmúdicos criticam as

²⁴ OST, François. “Le marchand de Venice: Le pari et la dette, le jeu et la loi”. *Les Cahiers de Prospéro*, Vol. nº 1 – Faire langage-image I – Shakespeare et le droit, Shakespeare en Images, 2010, p. 63.

²⁵ SHAKESPEARE, William (1564-1616). *O mercador de Veneza: peça em cinco atos*. Tradução de Barbara Heliodora. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 32.

²⁶ OST, François. “Le marchand de Venice: Le pari et la dette, le jeu et la loi”. *Les Cahiers de Prospéro*, Vol. nº 1 – Faire langage-image I – Shakespeare et le droit, Shakespeare en Images, 2010, p. 60.

interpretações cristãs dessas passagens, pois elas revelam muito mais uma busca da compensação equilibrada do dano, mais frequentemente financeira, a ser quantificada em cada caso diante do tribunal rabínico. No Levítico (19,18), encontramos a proibição da vingança e a exigência de não guardar rancor contra o próximo. A uma primeira vista, a cláusula de Shylock não parece encontrar amparo na tradição judaica.

A partir de outra importante fonte, a Lei das XII tábuas, que é o primeiro corpo do direito civil romano, encontramos na terceira tábua uma relação de regras para os devedores inadimplentes, das quais destaca-se a seguinte: “Depois do terceiro dia de feira, que ele seja cortado em partes. Se lhe é retirado mais do que o devido, que isso se faça sem punição”. Aí está provavelmente a passagem que pode ter inspirado Shakespeare, segundo a leitura de François Ost.²⁷ No entanto, também é importante lembrar que, ao que tudo indica, esta regra não chegou a ser efetiva, tendo sido discutida desde a Antiguidade. Ou seja, os textos legais da tradição judaica e da tradição romana não comportam uma justificação da referida cláusula.

Além disso, temos de lembrar que, na época de Shakespeare, a Corte de Chancelaria liberava em muitos casos os devedores das penalidades pecuniárias estipuladas nos contratos e uma nova literatura aparecia para criticar o formalismo jurídico.²⁸ Podemos ainda nos perguntar se Shakespeare tinha algum conhecimento do direito veneziano e, ao que tudo indica, o seu conhecimento era apenas aproximativo. Contrariamente ao caso de Antônio, as embarcações venezianas eram muito bem seguradas. Ao final do séc. XIV, Veneza tornou-se o principal centro mundial do seguro marítimo.²⁹ Certamente, portanto, já na época de Shakespeare, uma cláusula penal exigindo pagamento em libra de carne não encontrava guarida jurídica. Não havendo nenhuma possibilidade de sustentação real dessa cláusula, o estereótipo Shylock parece suscitar um curioso sentimento de inversão, reforçado por uma impressão de negação da realidade, como indaga François Ost, acerca da injusta e atroz pena imposta ao médico da Rainha Elizabeth, o Dr. Lopez: “como se o público elizabetano tivesse necessidade de descarregar sobre um odioso Shylock imaginário um enorme sentimento de culpabilidade reprimida”.

Trazendo para o contexto atual, caso tivéssemos de avaliar esta cláusula, a nossa interpretação é de que ela contraria direitos humanos, direitos constitucionais fundamentais e direitos civis. No campo dos direitos humanos, destaca-se a proteção da dignidade e proteção nos art. I e V da Declaração de Direitos Humanos da ONU (1948). Assim determina o art. V: “Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”. No âmbito do sistema jurídico brasileiro, a previsão desta cláusula penal viola a

²⁷ *Idem*, p. 61.

²⁸ *Idem*, p. 61.

²⁹ *Idem*, p. 62.

Constituição da República, que garante o respeito à dignidade da pessoa humana no seu art. 1º, inc. III, como preceito fundamental. Ainda, como afirma Judith Martins-Costa, há na Constituição Federal a previsão de princípios que conduzem ao fim preciso do art. 3º, I – a *sociedade solidária* – o que se estabelece pela relação íntima entre mercado e solidariedade social.³⁰

Além disso, identificando a transformação paradigmática operada pela concepção da obrigação como processo, podemos afirmar, na esteira de Judith Martins-Costa, que o direito obrigacional deixa de estar baseado exclusivamente no dogma da vontade, passando a se fundamentar na boa-fé objetiva.³¹ É evidente que o contrato assinado já com a finalidade prévia de aplicar uma penalidade brutal atenta contra a boa-fé esperada nos contratos, contrariando a sua função social.

No campo infraconstitucional, o próprio Código Civil Brasileiro dispõe em seu art. 421 que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da *função social do contrato*, colocando limites na liberdade dos contratantes. E o contrato com a multa em questão viola direito indisponível, da personalidade. Na dicção do art. 13 do Código Civil é defeso, salvo por exigência médica, o ato de dispor do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes.

3. O Problema moral – os limites do mercado

O segundo movimento de nossa análise consiste em avaliar a estipulação da cláusula penal do contrato entre Shylock e Antônio desde uma perspectiva filosófica. Tomaremos como base de nossa reflexão a contribuição do renomado professor de filosofia da Universidade de Harvard, Michael J. Sandel³², que no seu curso “Justice” levanta importantes questionamentos acerca dos limites morais do mercado. Muitas discussões sobre justiça envolvem o papel dos mercados. O livre mercado é justo? Existem bens que o dinheiro não pode comprar – ou não deveria comprar? Caso existam, que bens são esses e o que há de errado em vendê-los? São discussões entre liberdade (filosofia libertária) e bem-estar social (filosofia utilitarista) que Sandel traz à baila, para quem certos bens e práticas sociais são corrompidos ou degradados se implicarem alguma transação com dinheiro.

³⁰ MARTINS-COSTA, Judith. “Mercado e solidariedade social entre Cosmos e Taxis: a boa-fé nas relações de consumo”. MARTINS-COSTA, Judith (Org.) *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 620.

³¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 394.

³² SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. 4ª. ed. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, pp. 77-131.

Sandel levanta a questão a respeito do consentimento comprometido. Tem a ver com a questão sobre as condições nas quais as pessoas fazem escolhas. Nossas escolhas são livres se não estivermos sob excessiva pressão (por exemplo, por necessidade financeira) e se estivermos razoavelmente informados sobre todas as alternativas. No exemplo da pela em comento, o mercador Antônio, no afã de ajudar seu amigo que necessitava do dinheiro, não avaliou de modo lúcido os riscos que estava correndo ao anuir com a multa cominada por Shylock.

Além disso, existem certas coisas que o dinheiro não deveria comprar. Isso nos traz o segundo questionamento: somos proprietários de nós mesmos? Para avaliar se Antônio poderia dispor de meio quilo de carne do seu corpo, poderíamos traçar um comparativo com a possibilidade ou não de venda de órgãos humanos para transplantes. A maioria dos países proíbe a prática. Nos Estados Unidos, pode-se doar um dos rins, mas não se pode vendê-lo. Alguns sustentam que as pessoas deveriam ser livres para vender seus rins. Opor-se a essa liberdade significa que não temos um direito de propriedade ilimitado sobre nossos corpos.

Um exemplo extremo, trazido para a reflexão por Sandel, é o caso de canibalismo consensual ocorrido em 2001, na Alemanha. Armin Meiwes queria que alguém o matasse e que o comesse. Publicou um anúncio e o acordo foi fechado com Brandes, que consumou o plano e foi condenado à prisão perpétua.

A discussão sobre o papel dos mercados é aprofundada na segunda obra de Michael J. Sandel³³, a respeito dos seus limites morais. Para o filósofo, há circunstâncias em que o mercado faz sentido e outras nas quais deveria ser mantido à distância. Nas três últimas décadas, os valores de mercado passaram a governar nossa vida como nunca. Quando a guerra fria acabou, o pensamento pautado pelo mercado passou a desfrutar de prestígio sem igual. Os mecanismos de mercado passaram a gerir a economia dos países. Os valores de mercado passaram a desempenhar um papel cada vez maior na vida social. A lógica de compra e venda não se aplica mais apenas a bens materiais, governa a vida como um todo.

Essa era começou no início da década 1980, quando Ronald Regan e Margaret Thatcher proclamaram sua convicção de que os mercados, e não o governo, é que detinham a chave da prosperidade e da verdade. Prosseguiu nos anos 1990 com Bill Clinton e Tony Blair, com a convicção de que os mercados constituem o principal meio para a consecução do bem público. Essa era chegou ao fim com a crise financeira de 2008. Pôs em dúvida a capacidade dos mercados de gerir riscos com eficiência. Generalizou também a impressão de que os mercados

³³ SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, pp. 09-20.

desvincularam-se da moral e de que precisamos restabelecer esse vínculo. Alguns acham que a ganância levou a assumir riscos de maneira irresponsável e que a solução seria coibi-la.

Para Sandel, há algo maior que isso em questão: a extensão dos mercados e seus valores a esferas da vida com as quais nada têm a ver. Precisamos repensar os limites morais do mercado. Há certas coisas que o dinheiro não pode comprar. Uma sociedade em que tudo está à venda gera problemas de desigualdade e de corrupção. A vida fica mais difícil para os que dispõem de recursos modestos.

Há dois obstáculos quando se tenta repensar o papel dos mercados: o poder e o prestígio do pensamento de mercado e a animosidade e o vazio do discurso público. A crise do discurso público impede o debate sobre os limites morais do mercado. O vazio moral da política tem a ver com a não discussão de questões dos ideais. Para evitar confrontos sectários, a arena pública não enfrenta questões morais e religiosas. Isso abriu espaço para o triunfo do mercado e sua lógica.

O interesse do mercado não julga as preferências a que atende. Não discriminam entre preferências louváveis ou condenáveis. Nossa relutância em aceitar os argumentos morais e espirituais privou o discurso público de energia moral e cívica, prevalecendo a lógica do mercado. A análise dos limites morais dos mercados requer que pensemos juntos, em público, como atribuir valor aos bens sociais que prezamos. Vamos repensar o papel e o alcance do mercado em nossas práticas sociais, nas relações humanas e na vida cotidiana, é o convite que nos formula o filósofo de Harvard, em sua provocativa análise da questão.

3. Conclusão.

O contrato celebrado entre Shylock e Antonio permite a discussão sobre a força vinculante e obrigatória dos contratos, consagrado na máxima “*pacta sunt servanda*” e os limites éticos da liberdade de contratar. Embora seja necessário o respeito à autonomia privada, essa não pode prevalecer quando houver grande desequilíbrio entre os direitos e as obrigações das partes. As situações de grande necessidade ou de inexperiência do contratante, ou do perigo de grave dano que esta corra, são exemplos que permitem a revisão do que foi avençado.

Considerando a cláusula penal no contexto jurídico atual, podemos afirmar que ela feriria direitos humanos e violaria direitos fundamentais e direitos da personalidade. Além disso, no que tange ao aspecto moral, o contrato extrapolaria os limites dentro dos quais todo mercado deve ser compreendido.

Enfim, é importante reforçar que há coisas que o dinheiro não compra. Vivemos numa sociedade capitalista, com exagerado consumismo e de valorização dos bens materiais. A discussão sobre os limites do mercado e da liberdade de contratar, orientada pela temática da peça, é bastante ilustrativa e importante para se mostrar que o homem não pode se tornar mero objeto e o mercado não lhe pode tirar a sua dignidade.

4. Referências

SHAKESPEARE, William, 1564-1616. *O mercador de Veneza: peça em cinco atos*. Tradução Barbara Heliodora. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

BERTIN, Marilise Rezende. *O mercador de Veneza/William Shakespeare*. Tradução e adaptação de Marilise Rezende Bertin. São Paulo: Sipione, 2010.

BLOOM, Harold. *Shakespeare: a invenção do humano*. Tradução de José Roberto O'Shea. Rio de Janeiro: Objetiva, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. "Mercado e solidariedade social entre Cosmos e Taxis: a boa-fé nas relações de consumo". MARTINS-COSTA, Judith (Org.) *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 611-661.

OST, François. "Le marchand de Venise: Le pari et la dette, le jeu et la loi". *Les Cahiers de Prospéro*, Vol. nº 1 – Faire langage-image I – Shakespeare et le droit, Shakespeare en Images, 2010, p. 68-80.

SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. 4ª. ed. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

_____. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, pp. 09-20.

(Artigo submetido em 04/12/2013 e aceito para publicação em 30/12/2013)

5. SHYLOCK: A PERSONIFICAÇÃO DO CONFLITO MORAL ENTRE A SOCIEDADE DE ECONOMIA LIBERAL E A REPRESENTAÇÃO DO PODER DO DINHEIRO

5. SHYLOCK: THE PERSONIFICATION MORAL CONFLICT BETWEEN THE SOCIETY OF A LIBERAL ECONOMY AND POWER REPRESENTATION THROUGH TH MONEY

Paula de Jesus Martins³⁴

Resumo: O presente artigo pretende provocar o leitor a identificar e reconhecer a crítica narrativa que Shakespeare faz ao personagem Shylock, resultado de uma não aceitação social da atividade comercial de empréstimo de dinheiro, fenômeno social que se perpetua na contemporaneidade, ainda que tal atividade seja legalmente aceita.

Palavras-chave: empréstimo de dinheiro, juros, usura.

Abstract: The present article is meant to cause the reader to identify and recognize the critical narrative that Shakespeare does to the Shylock character, result of a social non acceptance of the commercial activity of lending money, social phenomenon that perpetuates itself nowadays, even though such activity is legally accepted.

Keywords: lending money, interests, usury

1. Mestres da Literatura e o Tema do Empréstimo de Dinheiro

Shakespeare é autor ímpar na literatura mundial e o a obra que se aborda neste artigo, *O Mercador de Veneza*, certamente é um dos seus trabalhos mais discutidos e analisados além dos limites da dramaturgia convencional. Observa-se que interesse tão forte na obra em questão decorre do questionamento ético o qual a trama central aborda. Este artigo

³⁴ Especialização em Direito Internacional pela UFRGS, MBA em Direito Tributário Empresarial pela FGV e Mestrado em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2003). Atualmente é professora universitária, São Judas Tadeu Faculdades Integradas e no CESUCA, Faculdade INEDI. E-mail: pauladejesusmartins@gmail.com

se propõe a dissertar sobre a atividade exercida por Shylock, um judeu que tinha como atividade produtiva o empréstimo de seu capital a juros.

O Mercador de Veneza oferece possibilidade de discussão jurídica em relação ao conteúdo do direito das obrigações - de direito civil. Ou mais notadamente do direito empresarial e cambial, focada na operação de mútuo - o empréstimo de dinheiro; a determinação e aplicação de uma estranha cláusula penal, e a necessidade de seu cumprimento ou anulação. Todos temas centrais em um Estado Democrático de Direito que tem em sua Constituição Federal os princípios do direito à propriedade privada e à livre iniciativa. Ou seja, de um Estado que recepciona princípios da economia liberal que vão conduzir toda a legislação mercantil infraconstitucional como fartamente se observa.

No entanto instiga-se ao leitor que, antes de pretender analisar estas questões tão particularmente trabalhadas no texto, focada na contratualidade mercantil, faça um retorno ao período anterior ao do contrato entabulado, mais especificamente na observação crítica da figura do detentor do capital, daquele que vive da exploração da atividade econômica de *emprestar dinheiro a juros* e como ele é percebido em seu contexto social.

A literatura é pródiga em exemplos que marcam a evolução destes institutos (iniciativa privada e propriedade particular), bem como as diferenças regionais sobre como o poder público, o Estado, trata deste tema. Ainda na atualidade diversos sistemas, por exemplo, permitem a prisão civil por dívidas, pois representa o não cumprimento em devolver o patrimônio ou parte dele ao seu legítimo proprietário. O Brasil, signatário do Pacto de San José da Costa Rica, conhecido como a “Convenção Norte Americana de Direitos Humanos” não mais o admite. Afastada tal diferença, a semelhança se encontra na forma como a sociedade reconhece esta atividade, expressa nas páginas do escritor.

No Mercador de Veneza, escrito no Séc. XVII, Shakespeare faz a apresentação de seu personagem de forma cômica, demeritória, em princípio pelo fato de “viver da renda do dinheiro”. Destacam-se fragmentos do texto para identificar a agressividade com que o escritor agride o judeu Shylock.

Maldito seja cão abominável!
E maldita a justiça que o defende!
Você quase que abala a minha fé
Para fazer-me crer, qual Pitágoras,
Que, às vezes, almas de animas penetram
No corpo humano. Seu maldito espírito
E presa de algum lobo antropofágico

Cuja alma, que escapou do cadafalso,
Entrou no ventre mau que o envolvia
Para infectá-lo, pois os seus anseios
Só podem ser de lobo esfomeado.

Contudo o autor oferece o contraponto para a licitude da atividade exercida por Shylock, e o mesmo já a havia defendido, desde o primeiro momento em que lhe haviam procurado (Shakespeare, 2011, pág.31):

Cuspiu na minha manta de judeu,
Apenas porque uso do que é meu.
Mas agora, parece, quer ajuda:
Agora chega: vem a mim, e diz:
“Shylock, hoje preciso do seu dinheiro”.

O texto é severamente crítico ao apresentar o usurário³⁵, sem poupar-lhe adjetivos demeritórios.

Mas, também outros grandes autores da literatura mundial dedicaram textos sublimes sobre o mesmo tipo de personagem e, sempre, na mesma forma de descrevê-los como criaturas execráveis, usurpadoras. A própria escória da atividade comercial.

Também Honoré de Balzac³⁶ tem como tema constante em suas obras a figura do agiota, em geral judeu, que empresta dinheiros a juros e que, por isso, é descrito como um ser mesquinho, sovina, de uma inacreditável rigidez afetiva, alheio a qualquer tipo de demonstração de emoção ou de sentimento mais elevado. Ou seja, a remuneração do capital, por si só, é atividade que denigre a imagem do seu personagem.

Em Gobseck (Balzac, 1959, pág 473) o próprio usurário dá o nome ao romance, e a descrição a seguir é do personagem prestes a se socorrer em um empréstimo de dinheiro e que vai à casa do comerciante:

³⁵ O texto trata o personagem como usurário por realizar empréstimos a juros. No Brasil, chama-se usurário ao particular que realiza tal operação praticando juros superior ao limite legal.

³⁶ Honoré de Balzac (1799/1850) Escritor francês notabilizou-se por suas agudas observações psicológicas. A sua obra maior A Comédia HUMana é formada por 95 romances, novelas e contos, que retratam a sociedade francesa da época, após a queda de [Napoleão Bonaparte](#) em 1815.

O coração batia-me com força, quando cheguei à porta da sombria casa. Lembrava-me de tudo que me dissera outrora o velho avaro, numa época em que eu estava longe de suspeitar a violência das angústas que se iniciavam na soleira daquela porta.

Fato que provoca estranhamento é o de que Balzac considera demeritória a prática da atividade mercantil de mútuo (espécie de empréstimo) do bem de capital-*dinheiro*- pela burguesia, mas reverencia a mesma prática como meio de sustentação da aristocracia, já que o trabalho pessoal não era admitido socialmente a esta classe social.

O autor destacava que imensa desgraça para o nome de uma família possuir um título de crédito protestado, ou seja, lançado no rol dos devedores. Além da pena de prisão, a qual atingia a pessoa do devedor, toda a sua família, aqueles que possuíam o mesmo sobrenome, sofriam o abalo moral em razão do parentesco com o devedor. Ou seja, a sociedade daquele século ao mesmo tempo que moralmente não aceitava a atividade mercantil do *agiota*, ainda que legalmente perfeita, também punia socialmente aquele que não cumpria com este contrato.

Também o grande romancista russo Dostoiévski³⁷, muitas vezes equiparado a Shakespear e nomeados como os dois maiores nomes da literatura, trabalhou intensamente com este tema da relação comercial credor/devedor, o protesto de títulos impagos e casos de envio para a Sibéria, em trabalhos forçados, pelo não pagamento de dívidas expressas em títulos de crédito.

Em sua obra prima, o clássico Crime e Castigo (Dostoiévski, 1993) é Alena Ivánovna que protagoniza o papel de agiota, a quem o protagonista empenha um relógio de prata que fora de seu pai, “*por uma miséria*”, pois descreve o autor que a velha usurária sabia explorar, sem dó nem piedade, os necessitados que lhe batiam à porta.

A referência poderia se estender a vários outros grandes nomes da literatura, mas, o objetivo é demonstrar que este senso comum da recepção da atividade do empréstimo de dinheiro, mesmo em Estados e época distintos, segue recebendo uma desaprovação no seio da sociedade, ainda que recepcionado pelo Direito. Ocorre que, como destaca-se abaixo, o legislador optou por dar tratamento distinto ao particular, proprietário de valor disponível para realizar tais contratos e determinada pessoa jurídica -instituição financeira- que está autorizada a realizar tais empréstimos praticamente sem limitações.

³⁷ Fiodor Mikhailovich Dostoiévski(1821/1881) foi uma das maiores personalidades da literatura russa, tido como fundador do Realismo. Entre suas obras destacam-se: "Crime e Castigo", "O Idiota", "O Jogador", "Os Demônios", "O Eterno Marido" e "Os Irmãos Karamazov".

Parte-se, então, para compreender como está regulada, atualmente, esta atividade no Brasil. E mesmo sem aprofundar o estudo em proposta de direito comparado, o mesmo se harmoniza com a legislação dos outros Estados que participam do mesmo sistema, ainda que em estágios e níveis diferentes, de uma economia liberal com intervenção estatal meramente reguladora.

2. Como o Direito Brasileiro aborda este Contrato

Vejamos: em um sistema de livre concorrência (à época da obra e também na contemporaneidade) bens de produção são aqueles capazes de produzir outros bens, agregando valores, sendo, ou não, incorporados ao mesmo no final do processo. Além de máquinas, equipamentos e a terra, a moeda também é considerada como um bem de produção e uma mercadoria(Krugman, 2007, pág 90).

Este é o determinante em um contrato de mútuo: onde aquele que possui um bem, uma determinada mercadoria que é a quantia de dinheiro o cede para outro que, por esta razão, o remunera ao final de determinado período.

Neste ponto, pode-se invocar a Constituição Federal a qual garante o direito à propriedade privada, e, por esta razão conclui-se que o dinheiro é o bem particular de cada um, fruto de seu trabalho, de outro capital, ou da combinação de ambos. Inclusive, esta é a definição de renda para fins de definição da base de cálculo da tributação do imposto de renda. Logo, o próprio Estado não faz diferenciação na licitude da renda obtida pela simples apropriação de um bem de capital ou do trabalho pessoal.

Aquele que possui um imóvel (outro bem de produção) pode fazer sobre o mesmo um contrato de locação. Neste, aquele que se utiliza do imóvel de propriedade alheia deve remunerá-lo por isto. É a contra-partida pelo uso de algo que não lhe pertence e a lei não estabelece limites ao valor dos locativos podendo ser livremente pactuado entre as partes. A “lei” que determinará o valor a ser cobrado, em percentual sobre o valor do bem imobiliário é a lei de mercado, onde a quantidade da oferta e de procura dos interessados é que selará o contrato.

Neste ponto é que se propõe uma leitura crítica acerca da fala do personagem, expressando o escritor, sobre o caráter daquele que empresta dinheiro a juros e recepção mesmo deste conteúdo moral completamente dissociado da própria normativa do comércio à época do texto e, trazida aos tempos atuais. Qual a diferença ética ou moral entre aquele que

cede o uso de um bem seu – *um imóvel*,- a outrem mediante remuneração e daquele que empresta um bem seu – *dinheiro*- a outrem mediante a mesma remuneração? No campo na normativa jurídica diferença crucial pode ser apontada.

Observe-se que o texto legal trouxe a desaprovação da prática mercantil do mútuo, entre particulares, de forma subliminar, diluída, de forma a reconhecê-la como legal, mas com restrições que a tornem praticamente inexecutáveis. O ordenamento reconhece o empréstimo entre pessoas físicas como um negócio jurídico lícito, qual seja o empréstimo mútuo em seus artigos 586 a 591 do Código Civil. O mútuo nada mais é que uma das modalidades de um empréstimo quando o objeto deste seja a moeda.

O Art. 406 do Código Civil, ao tratar de juros, diz: “Quando os juros moratórios³⁸ não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.”. Aparentemente, ao prever a convenção das partes em outro índice, parece que a lei permite que os mesmos sejam livremente pactuados entre as partes. Mas, não é o que se tem admitido tanto na legislação civil quanto penal.

Segundo a Lei da Usura, “é vedado estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal”. Considerando que, no Brasil, a taxa legal é a SELIC, ou a de 1% ao mês, devem-se observar estes parâmetros para não violar a Lei da Usura. A “agiotagem”, que é definida em lei como Usura Real, é um crime contra a economia popular que incorre aquele que realizaza empréstimo com taxa de juro superior à legalmente permitida, e não da simples relação de empréstimo entre pessoas físicas, conforme o Artigo 4º da Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951.

3. Conclusão

Do acima exposto, pode-se concluir que a atividade de emprestar dinheiro a juros não é ilicitude ou crime, desde que praticada pelo particular no limite de juros previsto. Retornando ao questionamento anterior: esta limitação não existe para as instituições financeiras nem para outra forma de empréstimo entre particulares de bens de outra natureza, que não a moeda.

³⁸ Juros moratórios nada mais é que a remuneração, a contrapartida por se utilizar bem de outra pessoa. Juros moratórios são aqueles devidos pelo atraso no cumprimento de uma obrigação pecuniária. No artigo se trata do primeiro.

Após anos de intensos debates jurisprudenciais pré e pós Constituição Federal de 1988 ficou estabelecido que não existe limitação de juros a instituições financeiras desde que não sejam abusivos. Mas, o que é abusivo? Na prática é um conceito vago e que ainda perpetua uma grande diferenciação no tratamento da pessoa física, no uso de seu patrimônio livre e desembaraçado e o da pessoa jurídica, instituição financeira.

É decisão pacífica e tem recebido redação quase idêntica o reconhecimento de que, com o advento da Emenda Constitucional nº 40 de 29 de maio de 2.003, que suprimiu o § 3º do art. 192 da Constituição Federal, perdeu sentido a alegação de que os juros estão limitados ao patamar fixo de 12% ao ano, ainda que o sistema financeiro tem por fim, não a finalidade exclusivamente lucrativa, mas a de promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade. Tal atividade e interesse são negados ao particular.

E a questão que se impõem é: Por quê? Qual a legitimação moral ou ética para que alguém não possa fazer livre uso e destinação de seus bens, sua propriedade particular? Como o direito surge, emana, de uma determinada sociedade. É local e temporal. Ou representa o pensamento daquele grupo ou não terá eficácia. Assim, pode-se sugerir que a represão legal à prática desta atividade específica pelo particular nada mais é que a representação legal de um sentimento coletivo de aversão.

A questão não é a de discutir se a limitação de juros está reconhecida em este ou aquele diploma legal do ordenamento jurídico nacional, mas, por que isso ocorre? Qual sua legitimação?

Nos textos e autores citados, os personagens que personificam este mal são judeus; isso, por si só, mereceria um aprofundamento nas suas razões, se a frequência com que esta religião ligada à atividade do mútuo mercantil representa um fato notório e, somente por isso, os personagens normalmente são judeus. Ou, se há uma conteúdo de ofensa e repúdio étnico do escritor.

Talvez a explicação mais fácil da caracterização do personagem como um judeu seria a eterna diáspora deste povo, fato que tornaria bem mais ágil a transferência patrimonial entre os Estados. Entretanto, os próprios textos literários são de data anterior aos conflitos -- ao menos os mais relevantes -- desde o êxodo o que não permite esta explicação de forma superficial.

Certamente, o cristianismo e a forma como a religião trabalha com temas da riqueza/pobreza são férteis em significados. E estes, talvez, possam contribuir para que se compreenda a gênese da não aceitação social da atividade do comércio de dinheiro, este

compreendido como uma mercadoria e ainda que recepcionado e garantido em um sistema democrático e de liberdades individuais.

Referências bibliográficas

BALZAC, HONORÉ. A Comédia Humana. São Paulo: Ed Globo, 1959.

DOSTOIÉVSKI, FIÓDOR MIKHÁILOVITCH. Crime e Castigo. Rio de Janeiro: Nova Cultura, 1993.

KRUGMAN, PAUL R. Economia Internacional. São Paulo: Pearson, 2007.

SHAKESPEARE, WILLIAM. *O mercador de veneza*. Rio de Janeiro: saraiva, 2011.

(Artigo recebido em 04/12/2013 e aceito para publicação em 28/12/2014)

DOI: <http://dx.doi.org/10.17793/rdd.v3i5.553>

6. A CLÁUSULA PENAL APOSTA NO CONTRATO DE FIANÇA A TÍTULO DE GARANTIA DO CONTRATO DE EMPRÉSTIMO NA MODALIDADE DE MÚTUO, A PARTIR DA OBRA DE SHAKESPEARE, O MERCADOR DE VENEZA

6. THE CRIMINAL BET CLAUSE ON GUARANTEE AGREEMENT AS A LOAN AGREEMENT ON WARRANTY LOAN TYPE, FROM SHAKESPEARE'S WORK, THE MERCHANT OF VENICE

Antônio Maria de Freitas Iserhard³⁹

Resumo: Este artigo apresenta uma análise sobre a cláusula penal aposta no contrato de fiança a título de garantia do contrato de empréstimo na modalidade de mútuo, com vistas a uma contribuição à hermenêutica jurídica na arte de interpretação, integração e aplicação do direito dos contratos, a partir da obra de Shakespeare, O Mercador de Veneza.

Palavras-chave: Fiança, Mercador de Veneza, hermenêutica.

Abstract: This article presents an analysis of the penalty clause in the contract of guarantee commitment under the guarantee of the loan agreement, with the aim of contributing to legal hermeneutics in the art of interpretation, integration and application of contract law, leading into account the work of Shakespeare, the Merchant of Venice.

Keywords: Guarantee, Merchant of Venice, hermeneutics

1. Síntese histórica

Versa a peça de Shakespeare sobre a amizade, o amor, a confiança, as metáforas, a vingança, o mito, a religião, a ideologia, o utilitarismo, a justiça, o direito, enfim sobre os mais variados sentimentos despertados no gênero humano. Trata-se de um empréstimo de três mil ducados, na modalidade de mútuo, feito pelo judeu Schylock à Bassânio, amigo do cristão Antônio, o qual assinou perante o notário uma letra, nota promissória, a título de

³⁹ Doutor em Direito, professor da disciplina de Direito Civil V - Contratos em Espécie, pesquisador na Faculdade de Direito, Cesuca, Desembargador do Tribunal de Justiça do RS. E-mail: aiserhard@tj.rs.gov.br

fiança, na qual se obrigava a pagar com uma libra de carne de seu próprio corpo, acaso não cumprida a obrigação principal no seu vencimento, que se daria no prazo de três meses.

Antônio, fiando-se no seu patrimônio, composto por uma frota de quatro navios mercantes, não contava com a possibilidade de não ter a soma afiançada na data aprazada, o que fatalmente acabou acontecendo, pois seus navios não retornaram a tempo de apurar a quantia prometida em garantia, o que acarretou no inadimplemento da obrigação. Por sua vez, Schylock que havia feito o empréstimo à Bassânio, sem outra condição, nem mesmo juros, para o caso de incumprimento contratual, à exceção de ter como garantia o aval na própria pessoa de Antônio, a quem o tinha por inimigo, dado na sua atividade de coletor de impostos reduzir a taxa de juros e por que emprestava de graça, o que prejudicava Schylock.

Portanto, Schylock movido pelo ódio, aceitou a multa cegado pela possibilidade de exercer pessoalmente sua vindita na pessoa de Antônio, que somente não levou adiante seu intento, mercê da habilidade jurídica do advogado Baltasar, em cujo personagem se travestiu Pórcia, a prometida em casamento de Bassânio por obra do destino pela sorte na abertura do porta jóia de chumbo determinada pela vontade testamentária de seu genitor, dado seu tirocínio jurídico e capacidade argumentativa, que não somente livrou Antônio da multa, bem como obteve uma punição para Schylock, valendo-se de uma interpretação sistemática e semiológica do direito, denunciando a própria incompletude das palavras, sua vagueza e ambigüidade, revelando o poder da linguagem do direito, a partir de um enfoque sintático, semântico e pragmático de sentido, enfim argumentando juridicamente.

2. Texto

A leitura de uma obra não denota um significado unívoco. Há várias leituras de um mesmo texto. E cada leitura é uma releitura. De modo que a leitura da obra *O Mercador de Veneza* sugere as mais diversas leituras e releituras. Neste sentido, a peça de Shakespeare ao retratar a fiança prestada pelo cristão Antônio em garantia ao empréstimo obtido por seu amigo Bassânio perante o judeu Schylock, sem condições, juros, apenas a fixação de uma multa exata de uma libra de carne a ser tirada de qualquer parte do corpo do fiador, no caso de inadimplemento da obrigação principal no seu termo, consistente no mútuo, inspira tanto uma leitura sob o ponto de vista dos direitos humanos, dado a inusitada cláusula aposta na nota promissória, em garantia do empréstimo, fazendo incidir o aval no próprio corpo do fiador, na previsão contratual de extração de uma libra de carne humana para o caso de não haver o resgate do empréstimo, o que constitui afronta à dignidade da pessoa humana, princípio reitor e fundamento do estado democrático de direito.

Se está diante de cláusula na perspectiva das transformações experimentadas na ordem constitucional dos países que adotaram os ideários das grandes revoluções, mesmo ainda que considerando o viés temporal em que escrita a peça, pelo que convém não deslembrar de que há muito o devedor e/ou fiador não responde mais com o seu corpo pelo cumprimento das obrigações, mas sim com o seu patrimônio.

Suscita ainda a leitura sob a ótica religiosa, sua (in)tolerância, na medida em que o mutuante e o fiador são, respectivamente, judeu e cristão, o que ensejaria uma reflexão sobre o dogma, a crença, o sentimento de religiosidade, o perdão, a misericórdia, o utilitarismo, etc., porquanto o que motivou o judeu a emprestar não foi o sentimento de ajuda ao próximo, tendo inclusive aliviado o mutuário do pagamento de juros, mas sim pela inescandível situação de poder contar com a possibilidade do incumprimento da obrigação no prazo azado de três meses e daí poder voltar-se contra o fiador, a que o tinha como inimigo, em razão de o garante no exercício da sua atividade de coletor emprestar de graça e reduzir os juros que o mutuante cobrava de quem obtinha empréstimo consigo.

Portanto, era a oportunidade esperada pelo judeu para dar a desforra ao cristão, impelido pelo ódio que nutria por ele e assim não cometer o perjúrio de haver jurado pelo Sabá sagrado de recolher a multa que lhe era devida. Uma outra leitura possível seria sobre os sentimentos, a amizade, o amor, a vingança, a justiça, o que leva um amigo a assumir com a própria pele a garantia de uma dívida contraída por empréstimo, ainda que sabedor das conseqüências que poderiam advir, no caso da impontualidade do pagamento. Aqui também podemos ser levado a uma reflexão sobre o dilema humano colocado por Hobbes e Rousseau se o homem é mau ou bom por natureza como, respectivamente defendem ou seja o homem é o lobo do outro homem ou o homem nasce bom e a sociedade o corrompe, esta última visão encarnada no bom selvagem de Rousseau.

Ainda outra leitura possível seria sob o prisma da semiologia, haja vista que a linguagem jurídica empregada pelo causídico Baltasar, personagem em que se traveste Pórcia, esgrima com maestria a semiologia, numa abordagem sintática, semântica e pragmática, com os usos lingüísticos emotivo e cognoscitivo, procurando infundir no relutante Schylock argumentos de índole religiosa e na medida em que tais se mostraram insuficientes não hesitou em lançar mão de argumentos jurídicos, valendo-se da hermenêutica jurídica para convencer o credor da impossibilidade de cobrar a multa na exata medida em que ela fora compromissada, atentando ainda para uma visão sistemática da ordem jurídica, denunciando que a cláusula penal como aposta, confessadamente por brincadeira, mas para dar vazão ao sentimento vingativo do judeu, estaria a atentar contra a

vida de um cidadão vienense por um estrangeiro, o que encontra punição severa no ordenamento jurídico.

Assim, nem mesmo a interpretação literal da cláusula penal se sustentou, o que revela a vagueza e a ambigüidade de que se ressentem as palavras da lei, que por serem vazadas numa linguagem pretensamente técnica, não conseguem eliminá-las. De igual maneira, demonstrou Baltazar, intérprete e aplicador da norma positivada, além do elastério da dicção da cláusula contratual, a integração que deve ser procedida quando da aplicação do direito, recorrendo a uma interpretação sistemática do direito.

Aliás, a exemplo do que já ensinara Rudolf Von Stammler, é impossível ler um artigo de lei isoladamente, pelo que se deve atentar para todo o sistema normativo. Somente a argumentação jurídica foi apta a infundir em Schylock a crença da impossibilidade jurídica de cobrar a multa tal como posta em garantia.

Enfim, uma outra leitura possível e que se nos afigura pertinente com a disciplina por nós lecionada no Curso de Graduação em Direito da Cesuca, Direito Civil V – Contratos em Espécie – é a sob o enfoque jurídico e que nos leva a refletir sobre a natureza da cláusula penal, multa, presente no contrato acessório de fiança representado pela nota promissória assinada por Antônio perante o notário na condição de garante do contrato de empréstimo, na espécie de mútuo, que o mutuante Schylock concedeu a Bassânio, amigo de Antônio.

Ora, no estudo analítico a ser empreendido sobre a referida cláusula penal, não descurando das outras leituras possíveis que tocam o presente estudo, será levado em consideração, principalmente, a leitura semiológica, na medida em que a hermenêutica jurídica da multa fixada implica em interpretar, integrar, corrigir e aplicar o direito, o que envolve os usos da linguagem emotivo e cognoscitivo, a partir de um enfoque semiológico sintático, semântico e pragmático.

Consoante emerge da leitura do texto, a obrigação principal consiste no contrato de empréstimo, na modalidade de mútuo, que o judeu Schylock faz à Bassânio de três mil ducados, para pagamento no lapso de três meses. A obrigação acessória residente no contrato de fiança, consiste no aval do próprio corpo do cristão Antônio prestado em garantia do cumprimento da obrigação principal, que foi o empréstimo de três mil ducados feito por Schylock ao amigo de Antônio, Bassânio. A multa estava assim redigida na letra, nota promissória: *se Antônio não pagar o que deve no dia previsto, no local previsto, tal quantia ou quantias como descritas na promissória, que seja a multa exatamente uma libra de sua carne clara, a ser cortada e tirada de qualquer parte do seu corpo que eu nominar.*

Prescindindo da ilicitude do objeto da prestação dado em garantia, haja vista que do ponto de vista do direito positivo hodierno tal cláusula se afigura nula de pleno direito, por se tratar de objeto ilícito, razão pela qual não pode ser vinculada ao cumprimento da obrigação principal, consistente no empréstimo efetuado, de modo que referida obrigação de dar coisa certa não produz efeitos jurídicos, pois de há muito que o devedor não responde mais com o seu corpo pelo incumprimento das obrigações, senão com o seu patrimônio, porquanto pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor, pelo que não podia mesmo o aval, a fiança, incidir sobre a própria pessoa, obrigando-o com o próprio corpo, comporta analisar o teor da obrigação acessória como se existente, válida e eficaz o fosse.

O fato é que Antônio emprestara o corpo pelo amigo Bassânio e se não fosse pela habilidade jurídica do advogado Baltasar, personagem em que se travestiu a personagem Pórcia, teria perdido o próprio corpo, pois na hipótese imaginada as leis de Veneza não permitiam o descumprimento dos pactos, para evitar o precedente e o consequente enfraquecimento do próprio comércio com os estrangeiros, por isso mesmo que o Doge, arvorado em juiz, não podia mesmo ter permitido a violação do princípio do *pacta sunt servanda*, no qual se acham insculpidos os princípios da autonomia da vontade, da liberdade de contratar e do relativismo jurídico, apesar de não ter medido esforços para suavizar a intransigente obstinação de Schylock, que nem mesmo cedera ante a oferta de nove mil ducados qual seja o dobro da quantia emprestada, após apelar para os sentimentos de misericórdia, compaixão, na espera de uma gentil posição do judeu frente ao episódio.

Animado pelo sentimento de vingança que não controla a emoção, o mutuante Schylock não aceitava os argumentos sustentados sob à luz da formação cristã. É que ao conceder o empréstimo o fez movido pelo sentimento de fatal vingança a ser executada pessoalmente contra o cristão, dado o ressentimento de ódio que nutria pelo mesmo. De maneira que mesmo os argumentos religiosos utilizados pelo advogado Baltasar não podiam mesmo ter o condão de sensibilizar a obstinação cega do mutuante, que insistia em querer cobrar a multa positivada na letra promissória. Nada parecia aplacar sua raiva e ódio sentidos contra o cristão, confessando, inclusive, que não tinha uma boa razão para apresentar que pudesse impedir de executar a cláusula penal. Aliás, havia jurado ao Sabá sagrado, quando do empréstimo, que faria cobrar a multa e nada o demoveria a tanto, usando como justificativa para não cometer perjúrio.

E assim se tornaram vãos os os argumentos cristãos usados contra o judeu. Por conseguinte, os próprios argumentos de misericórdia utilizados por Pórcia, disfarçada de Doutor Baltasar, no sentido de mitigar a justiça que o judeu pretendia perpetrar, não foram

suficientes para aplacar sua sede e fome de justiça de exigir o cumprimento da multa e o pagamento da nota promissória. Passa então Pórcia, no caso Baltasar, a assacar os argumentos jurídicos.

Pórcia, ou Baltasar, sustentou que estava previsto na letra *que seja a multa exatamente uma libra de sua carne clara, a ser cortada e tirada de qualquer parte do seu corpo que eu nominar*, portanto havia a previsão precisa de uma libra de carne humana a ser tirada do corpo do fiador, nem mais nem menos. Ademais, não previra a nota promissória o derramamento de sangue do cristão, de maneira que o judeu deveria tirar exatamente uma libra de carne do cristão, sem derramar o seu sangue. A promissória dizia exatamente *uma libra de carne*, não previa que o credor se apropriasse do sangue do mercador.

Afigurou-se, destarte, impossível juridicamente o cumprimento da cláusula acessória, tal qual positivada na letra promissória, porquanto não haver a possibilidade de imaginar a hipótese de extrair um libra de carne de uma pessoa sem uma incisão e conseqüente derrame de sangue. Poderíamos argumentar pelo abuso de direito a ser cometido, no caso de violação da disposição contratual positivada.

3. Conclusão

Atentemos que ao estipular tal cláusula não se levou em consideração para outras normas existentes no ordenamento jurídico, como aquela que previa para o derramamento de uma gota de sangue cristão, o confisco das terras e de todos os bens, que passarão ao Estado pelas leis de Veneza. Havia ainda a previsão da morte e de confisco dos bens, no caso de tirar mais de uma libra exatamente ou menos, mesmo que seja uma diferença daquilo que se estima ser o peso de um fio de cabelo.

Por aí se vê que um texto não passa uma única significação, que os símbolos utilizados na linguagem jurídica se ressentem de incompletudes, dado aos conceitos indeterminados utilizados na linguagem jurídica, que é uma linguagem natural, por isso mesmo apresenta vagueza e ambigüidade. De modo que, o que estava claro para o judeu e no claro cessa a interpretação como sustentam os dogmáticos, para Pórcia, travestida no advogado Baltasar havia lacunas que careciam de preenchimento, razão pela qual se valeu de uma interpretação sistemática do próprio ordenamento jurídico, denunciando o problema da pragmática, o qual aponta para a dificuldade de compreensão do sentido das palavras em relação aos usuários.

E é aí que radica o problema hermenêutico. Para Schylock, cegado pelo sentimento de justiça, a cláusula inserta na nota promissória satisfazia a condição sintática e semântica de

sentido, na medida em que as palavras apresentavam, respectivamente, correlação entre si e com a coisa designada, antevendo um significado unívoco. Porém, a compreensão do enunciado inserto na letra passa por uma leitura também pragmática, como aliás toda interpretação normativa, pois diz respeito à relação das palavras com os seus usuários, no caso comportando mais de um significado. E o significado da cláusula penal só pode ser buscado e apanhado, a partir de uma visão sistemática do ordenamento jurídico e não de uma norma convencional isolada.

Referências Bibliográficas

SHAKESPEARE, William. Trad. Beatriz Viégas-Faria. O mercador de Veneza. Porto Alegre: L&PM, 2009.

(Artigo submetido em 12/12/2013 e aceito para publicação em 27/12/2013)

DOI: <http://dx.doi.org/10.17793/rdd.v3i5.546>

7. A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS NA OBRA “O MERCADOR DE VENEZA”: UMA LEITURA A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS

7. THE SOCIAL FUNCTION OF CONTRACTS IN THE WORK "THE MERCHANT OF VENICE": A READING FROM THE THEORY OF SYSTEMS

Clarissa Santos Lucena⁴⁰
Jaqueline Mielke Silva⁴¹

Resumo: A teoria dos sistemas revela-se, portanto, importante instrumento de observação da cláusula geral da função social dos contratos, na medida em que permite um olhar diferente, sofisticado, para a resolução de conflitos entre os sistemas sociais, isto é, para além do subsistema do Direito. Vislumbra-se, na teoria sistêmica um repensar privilegiado de toda a teoria geral dos contratos, desde a sua formação, assegurando-se a manutenção da relação contratual, frente às constantes alterações, próprias da *pós-modernidade*.

Palavras-chave: contratos – função social – Mercador de Veneza

Abstract: Systems theory therefore proves to be an important tool for observing the general clause of the social function of contracts, to the extent that allows a different look, sophisticated, for the resolution of conflicts between social systems, because, beyond subsystem of law. One glimpses in systems theory a privileged rethink the whole general theory of contracts, since its formation, ensuring the maintenance of the contractual relationship, the face of constant changes, typical of postmodernity.

Key words: contracts – social function – Merchant of Venice

⁴⁰ Mestre em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Professora do Instituto Metodista de Porto Alegre – IPA e FADERGS. Advogada. E-mail: julisenacs@bol.com.br

⁴¹ Doutora e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS; Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS; Professora dos cursos de pós-graduação *stricto sensu* e *lato sensu* da Faculdade Meridional – IMED; Professora da Faculdade Inedi – CESUCA; Professora em cursos de pós graduação da Universidade de Caxias do Sul - UCS, Universidade de Santa Cruz - UNISC, Universidade Ritter dos Reis - UNIRITTER, Universidade de Chapecó - UNOCHAPECÓ, Faculdade IDC, dentre outras; Professora na Escola Superior da Magistratura do RS - AJURIS, Escola Superior da Magistratura Federal - ESMAFE, Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP, Fundação Escola Superior da Magistratura do Trabalho – FESDEP; Advogada no Escritório Mielke & Lucena Advogados Ltda. E-mail: jaqueline@mielkelucena.com.br

1. Introdução

Na obra “O Mercador de Veneza” de William Sheakspeare, houve a contratação entre duas pessoas, com a pactuação do pagamento de elevada soma. Em sendo verificada determinada condição, cuja ocorrência era extremamente improvável, um dos contratantes poderia exigir um quilo de carne do outro contratante.

Aquele contratante que assumira a obrigação de entregar parte de sua carne, estava tranquilo, porque a possibilidade de ocorrência da condição era bastante remota. Entretanto, a improvável condição se implementou, e o contratante com direito a um quilo de carne pretende exercer o seu respectivo direito. O outro contratante, que pactuou referida obrigação, alegou ter sido contratada a retirada de um quilo de carne, nem mais, nem menos. Em consequência, nenhuma gota de sangue poderia ser retirada, pois, estaria se extrapolando os limites do contrato. Assim, sendo impossível retirar carne sem levar junto um pouco de sangue, a prestação não teria como ser exigida.

Ao final, a peça de Sheakspeare reconhece a validade à oposição levantada pelo devedor. Evidentemente, que quem contrata um quilo de carne, também levará um pouco de sangue. A peça mostra de forma bastante nítida a importância da boa-fé objetiva e a função social dos contratos. O contrato celebrado não criou lei entre as partes, muito embora a brilhante defesa feita pelo personagem. Se de um lado, há o princípio da autonomia da vontade, o mesmo não pode prevalecer quando há grande desequilíbrio entre direitos e obrigações das partes, como por exemplo, o aproveitamento da situação de necessidade ou de inexperience da contraparte, dentre outros.

Neste sentido, o Código Civil, refere em seu artigo 421 que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, restando claro que a autonomia da vontade é delimitada pelo ordenamento jurídico. É este o escopo do presente ensaio, sendo a peça “O Mercador de Veneza”, um exemplo paradigmático.

A disciplina dos contratos alterou-se muito desde a sua concepção nascida com a “modernidade”, neste estudo denominada de clássica, correspondente ao período que se inicia ainda no século XVIII e tem seu apogeu no século XIX, através das codificações francesa e alemã. Uma análise da função social dos contratos deve necessariamente passar pelas origens do instituto nessa concepção clássica, para que seja possível avaliar as novas tendências e as perspectivas sistêmicas autopoieticas para a respectiva cláusula geral.

Nessa ótica tradicional, a figura contratual é tão importante, que a própria noção de sociedade e Estado originam-se nela. Nos séculos XVII e XVIII, emerge o chamado contratualismo, segundo o qual a sociedade nasceu do consenso (do contrato), no qual os homens renunciaram a várias liberdades, transferindo-as à sociedade e ao Estado, que passaram a exprimir a *vontade geral*. A relevância do contratualismo para o instituto contratual está no fato de tê-lo elevado à base e à justificação do ordenamento jurídico. O contrato não obriga, porque assim estabeleceu o Direito, mas porque o Direito vale enquanto procede de um contrato.⁴² Do mesmo modo, exaltou o elemento vontade e a liberdade de auto-regulamentação, que se constituíram no principal fundamento dos contratos a partir do advento da revolução burguesa e do liberalismo.

O contrato foi utilizado, historicamente, como uma função ideológica, tutelando alguns interesses determinados⁴³, mas a função social do instituto, tal como se erigiu nas codificações a partir do século XIX, está na intensificação das forças produtivas e na dinâmica das trocas, servindo à formalização jurídica das operações econômicas realizadas na prática, remetendo à idéia de operação econômica⁴⁴.

2. Princípios contratuais na teoria clássica

As duas codificações que influenciaram sobremaneira o direito contratual são a francesa e a alemã. No Código de Napoleão, surge como instrumento de transferência de direitos sobre as coisas, em especial o direito de propriedade, ou seja, como circulação de riquezas. No Código Civil alemão (BGB), o contrato surge como subcategoria da categoria geral do negócio jurídico, definido como declaração de vontade dirigida a produzir efeitos jurídicos, transformando-se a vontade em verdadeiro dogma, donde a igualdade entre as partes, em face da abstração da teoria, revela-se apenas formal.⁴⁵

Os códigos civis desse período estão centrados na propriedade, em especial na propriedade imobiliária, com caráter absoluto e individualista, no voluntarismo jurídico, na liberdade e autonomia contratual, na igualdade meramente formal.⁴⁶

⁴² SANTOS, Antônio Jeová. **Função social, lesão e onerosidade excessiva nos contratos**. São Paulo: Método, 2002, p. 32.

⁴³ Veja-se o exemplo encontrado em ROPPO, Enzo. **O contrato**. Traduzido por Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 29. O autor exemplifica a circunstância de uma lei italiana de 1919, editada sob a justificativa de acolher solicitações de emancipação feminista, silenciando quanto ao seu objetivo fundamental – as exigências do sistema capitalista que, em expansão, reclamava a eliminação de todo e qualquer obstáculo à *mais livre, segura e intensa circulação dos bens*.

⁴⁴ Idem, p. 7-9.

⁴⁵ ROPPO, Enzo. *Op. Cit.*, p. 42-45.

⁴⁶ FACHINI NETO, Eugênio. “Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado.” In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 20.

No Brasil, adotou-se a teoria do negócio jurídico, na qual se insere a figura do contrato.

A autonomia da vontade, ou autonomia privada⁴⁷, tal como concebida pela teoria clássica dos contratos, corresponde à faculdade concedida aos particulares de auto-regulamentação de seus interesses⁴⁸, revelando-se, a vontade das partes, como a única fonte da obrigação contratual⁴⁹. Além da autonomia da vontade e reflexos a ela, estão os princípios da liberdade de contratar, do consensualismo e a obrigatoriedade dos contratos.

A liberdade de contratar, na concepção clássica, consistia na liberdade de contratar ou não contratar, mas, também, abrangia a liberdade de estipular o conteúdo do contrato, apenas com algumas limitações genéricas⁵⁰. Na visão tradicional, as regras imperativas que limitam uma tal liberdade são raras e normalmente possuem o intento de proteger a vontade dos indivíduos⁵¹.

O consensualismo, por sua vez, influenciado pelo Direito Canônico, baseava-se em valores morais e religiosos e na necessidade de ser honrada e cumprida a palavra empenhada. Através dele, apenas o consentimento das partes, o mero acordo de duas ou mais vontades, bastava para a formação dos contratos.

Já o princípio da obrigatoriedade dos contratos, *pacta sunt servanda*, é corolário lógico da autonomia da vontade, pois, se as partes podem livremente estabelecer obrigações entre si, uma vez obrigadas pelo contrato, este se revela lei entre as partes. “Os contratos devem ser cumpridos pela mesma razão que a lei deve ser obedecida.”⁵² Com a manifestação da vontade humana, o contrato prende e tem valor absoluto. As mudanças econômicas exigem que o contrato mantenha sua força obrigatória, sem abrir mão da autoridade que exerce entre os homens. E, como a força obrigatória dos pactos está diretamente ligada à declaração de vontade das partes, eles não atingem terceiros, operando-se exclusivamente entre os contratantes, o que se denomina princípio da relatividade das convenções, que representa fator de segurança, na medida em que ninguém ficará amarrado a um contrato, a não ser por vontade própria ou por determinação de lei.⁵³

⁴⁷ Para muitos doutrinadores, ambas possuem significado idêntico, sendo utilizadas como sinônimos, mas há quem condene essa indiscriminada utilização das expressões que, nessa concepção, possuem sensível diferença: a segunda possuiria uma conotação mais subjetiva e, a primeira, marcaria o poder da vontade de um modo objetivo. Nesse sentido, vide AMARAL NETO, Francisco dos Santos. “Autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional”. In: **Revista de Direito Civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 46, p. 7-26, 1988, p. 10. Esta questão, da distinção entre as expressões, não será aprofundada no presente estudo.

⁴⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. Coimbra: Almedina, 1994, p. 89.

⁴⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. O novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 48.

⁵⁰ VINAGRE, Marta Maria. “A outra face do contrato”. In: **Revista de Direito Civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 44, p. 102-24, 1988, p. 107.

⁵¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. Cit.*, p. 50.

⁵² RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Aide, 1998, v. I, p. 35.

⁵³ DALLAGNOLO, Dorval Baptista. “Um estudo sobre os princípios gerais do contrato civil”. In: **Revista de Direito Civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 39, p. 82-93, 1987, p. 91. Ainda sobre a relatividade das convenções, vem ela sendo questionada por doutrinadores brasileiros e até mesmo pela jurisprudência. Sobre o

Importante questão surge com a diferenciação entre vontade e declaração como elemento do negócio jurídico. Para a teoria tradicional, a declaração funcionava como o externar da vontade interna, a qual era o que realmente importava, do que resulta que, nessa concepção, uma declaração de vontade, dividida em dois elementos, declaração e vontade, esta se sobrepunha àquela. Um tal entendimento fundamenta a teoria da vontade, à qual, ainda no século XIX, contrapôs-se a teoria da declaração, para a qual, o elemento do negócio jurídico é a declaração de vontade, e não a vontade, que se apresenta apenas como a gênese da declaração, como sua causa. A declaração é, assim, condição de existência do negócio jurídico.⁵⁴ A vontade faz parte de um processo volitivo anterior ao nascimento do negócio, que ocorre apenas com a declaração.⁵⁵

Outras teorias acabam desenvolvendo-se para interpretação do negócio jurídico, no que diz respeito à vontade e à declaração: a culpa *in contrahendo*, a teoria da responsabilidade e a teoria da confiança, todas elas intermediárias entre as teorias da vontade e da declaração.

Mas a verdadeira polêmica, hoje, descolou-se daquela entre a vontade e a declaração, para uma entre voluntarismo e normativismo, entre individualismo e solidarismo.⁵⁶

Essa concepção tradicional não consegue sustentar-se na atualidade, principalmente porque, fundada em premissas desde o início equivocadas e demasiado abstratas, já nos séculos XVIII e XIX estavam afastadas da realidade.

Assim, a partir do século XX, vários fenômenos fizeram com que essa idéia tradicional do contrato entrasse em crise. Houve, assim, uma aproximação da clássica dicotomia Direito Público/Direito Privado.

3. Novas tendências da teoria contratual

Com as grandes guerras, com o desnivelamento social, com o aumento demográfico, viu-se uma modificação nas relações jurídicas, principalmente com a transformação do Estado

tema, ver FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. “A função social do contrato no novo código civil e sua conexão com a solidariedade social”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo código civil e a constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 127-50, p. 139.

⁵⁴ ANDRADE, Manuel Antonio Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**. Coimbra: Almedina, 1998, v. II, p. 126-28.

⁵⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 80-1. Ainda sobre o tema (vontade e declaração), vide BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra, 1969, t. I.

⁵⁶ MATTIETTO, Leonardo. “O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos”. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Problemas de direito civil constitucional**. São Paulo: Renovar, p. 163-86, 2000, p. 178.

Liberal num Estado Social, representando uma intervenção deste nas relações privadas. Passa-se, assim, ao dirigismo contratual, também oriundo de uma economia dirigida.

O Estado Social, ou Estado de Bem-Estar, revelou, no contrato, não apenas um instrumento de realização individual, mas relacionado ao interesse da sociedade, da coletividade.⁵⁷

Desse Estado Social que entrou em crise, desenvolveu-se, no Brasil, um novo exemplo de Estado – o Estado Democrático de Direito –, vinculado a uma Constituição, como instrumento básico de garantia jurídica, vivenciando-se, a partir daí, uma constitucionalização do Direito Civil, em especial do Direito Privado dos contratos.

Outro aspecto relevante para uma modificação da concepção contratual encontra seu fundamento no que é hoje denominado de *pós-modernidade*. Num apanhado de idéias sobre a pós-modernidade, revelam-se fundamentais algumas características gerais como a que apresenta uma sociedade atual de alta complexidade e de pluralidade, em que a comunicação e a informação exercem papel central, e que, aliadas à tecnologia (informática), são responsáveis pela redução das distâncias e do espaço, modificando a noção de tempo.⁵⁸

Frente a tantas modificações, a codificação, tal como erigida no século XIX, não mais consegue responder satisfatoriamente às questões referentes às relações contratuais, o que desencadeou um processo chamado de *descodificação* e uma reconstrução daquela sobre novas bases.

Os primeiros códigos eram fechados, completos e acabados, pelos quais os legisladores pretendiam reger todos os fatos da vida social. Não se admitia lacunas na lei, as quais, se aparecessem, deveriam ser resolvidas com base na própria hierarquia lógica do sistema, de modo a preservá-lo.

Viu-se uma abertura do sistema jurídico civil apenas a partir da passagem do Estado Liberal para o Estado Social, reinando a era da descodificação, caracterizada pela crescente edição de leis especiais, regulando todo o tipo de matéria, descentralizando a legislação civil e provocando esvaziamento da disciplina codificada.

⁵⁷ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. “Os novos paradigmas da teoria contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente”. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Problemas de direito civil – constitucional**. São Paulo: Renovar, 2000, p. 18.

⁵⁸ Sobre o tema, vide alguns autores: LYOTARD, Jean-François. **O pós-moderno**. Traduzido por Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1986; JAYME, Erik. “Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado.” Traduzido por Cláudia Lima Marques. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 759, p. 24-40, 1999; GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Traduzido por Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991; ARNAUD, André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização**. Lições de filosofia do direito e do estado. Traduzido por Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; TOURAINE, Alain. **Crítica da modernidade**. Petrópolis: Vozes, 1995; JAMESON, Fredric. **Pós-modernismo**. A lógica cultural do capitalismo tardio. Traduzido por Maria Elisa Cevalco. São Paulo: Ática, 1997.

Houve, então, um deslocamento da centralidade do ordenamento jurídico que, antes, estava no Código Civil e, agora, na Constituição. Ou seja, os Códigos perderam seu caráter de exclusividade, enquanto únicos a emanar o Direito Privado, cedendo espaço para a Constituição e para os microssistemas jurídicos.

Mas ao contrário do que se pensava, o Código continuou a existir, inclusive, passando por reformas que, no Brasil, culminaram com um novo Código Civil recentemente editado. No entanto, essa nova codificação modificou a técnica, utilizando-se de cláusulas gerais.

Referidas cláusulas gerais deram abertura e mobilidade ao sistema jurídico⁵⁹, tratando-se de uma formulação da hipótese legal que abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos⁶⁰, diretivas para a procura da norma de decisão, de uma técnica de formação judicial da regra a aplicar ao caso concreto, sem um modelo de decisão pré-constituído⁶¹. Diferencia-se dos conceitos indeterminados porque estes são indeterminados no plano lingüístico, enquanto as cláusulas gerais são indeterminadas no plano de valores. Nas cláusulas gerais, o juiz concorre para formulação da norma, enquanto que nos conceitos indeterminados limita-se a reportar ao fato concreto o elemento vago indicado na *fattispecie*.⁶²

As cláusulas gerais, então, possibilitam ao juiz uma maior possibilidade de adaptação da norma às situações de fato.

O novo Código Civil brasileiro (Lei 10.406/2002), no que diz respeito à teoria contratual, inovou com a inserção de cláusulas gerais referentes à boa-fé e à função social dos contratos.

Para muitos, a função social dos contratos já despontava como princípio na Constituição Federal de 1988, pois que a função social seria o primeiro requisito para a utilização de qualquer direito, em especial no tocante aos contratos, pois em sendo este instrumento poderoso da circulação de riqueza – e, portanto, da própria propriedade – tendo sido estabelecida a função social em relação a esta (propriedade), estende-se, também, aqueles.⁶³ Entretanto, a partir do novo estatuto civil, através da técnica legislativa da cláusula geral, a função social dos contratos adquiriu um caráter multifuncional de tipos restritivo e regulativo, cumprindo não apenas o papel de restringir a liberdade contratual, mas constituindo-se num elemento integrante do contrato.⁶⁴

A função social dos contratos passa a ser admitida para estabelecer que se cumpra o bem comum e a justiça social. Entende-se que deva concretizar o objetivo constitucional da

⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 341.

⁶⁰ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Traduzido por João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbendian, 2001, p. 229.

⁶¹ GUIDO ALPA, apud ISERHARD, Antônio Maria. “A idéia de sistema jurídico e o novo código civil: uma contribuição ao desafio hermenêutico da aplicação do direito”. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos 2001**. São Leopoldo: PPGD-Unisinos, 2001, p. 289.

⁶² MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 325.

⁶³ HORA NETO, João. “O princípio da função social do contrato no código civil de 2002”. In: **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 14, p. 38-48, 2003, p. 44.

⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.* P. 354.

solidariedade social.⁶⁵ É que os contratos devem ser interpretados conforme a Constituição, o que representa a superação da dicotomia entre o público e o privado. O contrato supera aquela expectativa “translativa-circulatória” das riquezas, devendo realizar um papel social, relativo à dignidade da pessoa humana.⁶⁶ A liberdade que permanece é uma liberdade consentida, não mais servindo para definir o sistema de Direito Privado.⁶⁷

Direito Privado e Direito Público não são mais encarados como antítese. Os princípios e valores constitucionais, tal como o princípio da dignidade da pessoa humana, migram para o Direito Privado, representando sua constitucionalização. Os direitos fundamentais passam a comunicar-se com o Direito Privado insculpido no Código. Revela-se uma incessante complementaridade intertextual entre o Código e os direitos fundamentais, em face da abertura semântica possibilitada pelas cláusulas gerais.⁶⁸

Mas é possível ir além dessa concepção, através da teoria dos sistemas sociais autopoieticos.

4. Observação da função social dos contratos a partir da matriz sistêmica autopoietica

É possível dividir a Teoria do Direito em três matrizes epistemológicas: a filosofia analítica, a hermenêutica e a pragmático-sistêmica. Para tanto, Leonel Severo Rocha utiliza-se da divisão semiótica de Carnap em três níveis: sintaxe, semântica e pragmática.⁶⁹

A sintaxe é o estudo das relações dos signos entre si, caracterizando-se por ser a teoria da construção de toda a linguagem. A semântica estuda os signos relacionados aos objetos a que se referem, tratando-se, a verdade, o seu problema central. A pragmática é a responsável pelo estudo da relação dos signos com os usuários, girando a problemática central em torno da análise dos modos de significar, usos ou funções da linguagem.⁷⁰

A filosofia analítica não é capaz de pensar uma complexidade social mais ampla. O paradigma do rigor é sua grande proposta metodológica para a ciência do Direito. A matriz hermenêutica revela-se uma derivação crítica da filosofia analítica, preocupa-se com a interpretação dos textos.⁷¹

Já a matriz pragmático-sistêmica, vai além, na medida em que analisa simultaneamente os três níveis da divisão semiótica de Carnap: a pragmática, a sintaxe e a semântica.

⁶⁵ FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Op. cit.*, p. 148-49.

⁶⁶ HORA NETO, João. *Op. cit.*, p. 46.

⁶⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. “Constituição e direito civil: tendências”. In: **Revista dos Tribunais**, v. 779, p. 47-63, p. 55.

⁶⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.* p. 76.

⁶⁹ ROCHA, Leonel Severo. “Três Matrizes da Teoria Jurídica”. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos 1998-1999**. São Leopoldo: EdUnisinos, 1999, p. 121-36.

⁷⁰ WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: SAFE, 1985, p. 40-6.

⁷¹ ROCHA, Leonel Severo. *Op. cit.*, p. 126-28.

Identificada com a *autopoiesis* de Niklas Luhmann e Gunther Teubner, torna-se ainda mais eficiente e adequada para atender à complexidade que se apresenta num mundo pós-moderno.

4.1. Elementos para uma teoria sistêmica

O Direito, na teoria social de Niklas Luhmann, é entendido como “estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas”.⁷²

São importantes os conceitos de complexidade e contingência; a primeira representada pela constante existência de mais possibilidades do que se pode realizar – excesso de possibilidades⁷³ – e, a segunda, caracterizada pela possibilidade de que as alternativas apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas.⁷⁴ Mas a contingência revela um caráter duplo, pela absorção das expectativas do outro.

As expectativas possuem a função de uma estrutura, que deve ser definida através da sua função de fortalecimento da seletividade, na medida em que possibilita a dupla seletividade – restringem o âmbito das opções e o destinatário utiliza a comunicação escolhida como fato ou premissa de sua própria seleção. Através das seleções, a estrutura limita as possibilidades de expectativas que podem resultar frustradas.⁷⁵

As expectativas podem ser normativas e cognitivas. Normativas são aquelas em que não se aceita a realidade decepcionante, não sendo abandonadas quanto alguém as transgredir. Cognitivas são aquelas que se adaptam à realidade decepcionante.⁷⁶

A estrutura do Direito para Niklas Luhmann é tridimensional: dimensão temporal – estruturas de expectativas podem ser estabilizadas contra frustrações pela normatização –, dimensão social – estruturas de expectativas podem ser institucionalizadas, ou seja, apoiadas sobre o consenso esperado de terceiros – e dimensão prática – estruturas de expectativas podem ser fixadas externamente, através de um sentido idêntico, compondo inter-relação de confirmações e limitações recíprocas. “A função do Direito reside na sua eficiência seletiva, na seleção de expectativas comportamentais que possam ser generalizadas em todas as dimensões”.⁷⁷

⁷² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Traduzido por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 121.

⁷³ NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. “Estrutura e função do direito na teoria da sociedade”. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). *Paradoxos da auto-observação*. Percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM, 1997, p. 228.

⁷⁴ LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, p. 45-6.

⁷⁵ *Idem*, p. 54-5.

⁷⁶ *Idem*, p. 56.

⁷⁷ ROCHA, Leonel Severo. *Op. cit.*, p. 130-31.

Todavia, o Direito não é apenas estrutura, possuindo caráter dinâmico, graças à sua constante função de redução da complexidade, através dos processos de identificação estrutural, possíveis pela criação de diferenciações funcionais.⁷⁸

Numa segunda fase da obra de Niklas Luhmann, ele cria a *autopoiesis* do sistema social, com um modo específico de reprodução dos próprios elementos (a comunicação) na rede recursiva das próprias operações. Em tal contexto, a sociedade constitui-se um sistema social que compreende os demais sistemas sociais (parciais ou também chamados subsistemas), e que, realizando sua *autopoiesis* através da operação da comunicação, na medida em que tem a capacidade de se auto-observar, faz com que os sistemas sociais sejam passíveis de evolução.⁷⁹

A aquisição evolutiva mais importante dos sistemas sociais ocorre sob a forma da diferenciação funcional. O sistema baseia-se, assim, na diferença entre sistema e não-sistema ou sistema/ambiente. No Direito, esse código binário apresenta-se pela forma Direito/não-Direito. É a própria noção de paradoxo, que não revela apenas uma contradição entre duas proposições, mas implica a dependência entre duas proposições que se negam, de modo que a aceitação da descrição de uma tenha como consequência a aceitação de uma descrição oposta.⁸⁰

A *autopoiesis* significa que um sistema é, ao mesmo tempo, fechado e aberto. Fechado operacionalmente e aberto cognitivamente. O fechamento é responsável pela manutenção da unidade do sistema, enquanto a abertura possibilita a observação da sua diferença constitutiva.⁸¹

A abertura não se dá através de intervenções e trocas diretas entre sistema e ambiente. Em especial, no que tange ao sistema jurídico, é preciso suplantar aquela idéia de causalidade linear, pela qual as normas jurídicas produziriam diretamente modificações sociais.⁸²

A clausura do sistema social, ou o seu fechamento operativo, quer dizer que ele se diferencia do seu ambiente pela reprodução de seus próprios elementos, a comunicação, caracterizando a sua unidade. Com essa auto-reprodução, o sistema vai autonomizando-se, através da codificação binária Direito/não-Direito, este contingente e complexo.

Conforme Gunther Teubner, o sistema jurídico só se torna autônomo quando consegue construir os seus elementos (ações, normas, processos, identidade) em ciclos auto-referenciais, atingindo o termo perficiente da sua autonomia autopoética quando os

⁷⁸ Idem, p. 131.

⁷⁹ MAGALHÃES, Juliana Neunschwander. “O uso criativo dos paradoxos do direito”. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). **Paradoxos da auto-observação**. Percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM, 1997, p. 247.

⁸⁰ Idem, p. 279.

⁸¹ ROCHA, Leonel Severo. “Direito, cultura política e democracia”. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Unisinos 2000**. São Leopoldo: EdUnisinos, 2000, p. 154.

⁸² TEUBNER, Gunther. *Op. cit.*, p. 150.

componentes do sistema, ciclicamente constituídos, se articulassem entre si, formando um *hiperciclo*.⁸³

Esse autor refere que clausura autopoietica do sistema jurídico implicará sempre a impossibilidade de se conceber o Direito como produto da evolução social como um todo, ou de localizar seus mecanismos de evolução fora do respectivo sistema. Segundo ele, para a evolução, *autopoiesis* consiste na internalização de variação, seleção e retenção. Pois bem, num estágio pré-autopoietico, as normas sociais determinam diretamente o espectro das possibilidades de variação das normas jurídicas. O processo de seleção das normas jurídicas realiza-se através de um processo de seleção social abrangente, em que elas são testadas socialmente, ganhando progressivamente reconhecimento social. A retenção de tais normas – o estabelecimento de uma tradição jurídica – resulta de um corpo de idéias partilhadas na sociedade. Já, a partir da emergência da *autopoiesis*, os mecanismos jurídicos intra-sistêmicos assumem essas funções evolutivas que podem ser estimuladas, mas jamais causadas pelo exterior. Daí que os conflitos sociais apenas estimulam os processos sistêmicos internos de formulação jurídica dos conflitos de expectativas, sendo esses processos os responsáveis pela inovação no Direito, razão por que as variações cotidianas sofridas por este não são o produto dos conflitos sociais, mas da comunicação interna do sistema jurídico. Também a seleção tramita dentro do próprio sistema, na medida em que a determinante da evolução não está na aprovação social das normas, mas na aprovação sistêmica interna, que se realiza autopoieticamente. Impõe-se, assim, um ato de seleção autônomo – como uma decisão judicial – e seus principais critérios (da seleção), são a adaptabilidade da inovação às estruturas normativas existentes (programas jurídicos) e a compatibilidade com a *autopoiesis* jurídica (o código Direito/Não-Direito). Por fim, a estabilidade das estruturas é assegurada no seu próprio seio (do sistema), garantindo a retenção das normas jurídicas, o que vem sendo realizado através de auto-referências do sistema jurídico como as decisões judiciais e as normas.⁸⁴

O ambiente, na problemática evolutiva, dá-se pela forma de processos de co-evolução de sistemas, que produzem uma influência recíproca indireta, cujo centro de gravidade estratégico é o episódio individual (que, no caso do Direito, é o processo jurídico individual), no qual as expectativas dos vários subsistemas coincidem, complementam-se ou conflituam entre si e no qual o processo de retenção opera através da aferição da compatibilidade da expectativa eleita no termo do processo de interação como várias culturas, mundividências e dogmáticas, significando a influência recíproca dos vários subsistemas. Quando nesses processos de interação concreta não se consegue conciliar os vários subsistemas (ou seja, quando as

⁸³ Idem, p. 58.

⁸⁴ TEUBNER, Gunther. *Op. cit.*, p. 115-19.

exigências funcionais desses sistemas entram em conflito), são voluntariamente introduzidos mecanismos de evolução. Daí a regulação social através do Direito Reflexivo.⁸⁵

Nesse contexto, isto é, quando as exigências funcionais dos sistemas entram em conflito, são introduzidos mecanismos de evolução. É aí que se insere o papel das cláusulas gerais, tal como a função social em relação aos contratos.

4.2. O tempo na relação contratual

Também importante para entender o papel dos contratos, assim como da lei, numa racionalidade que prega a estabilidade e a segurança jurídicas, revela-se a questão do tempo. Tal questão, trabalhada por François Ost, resulta da análise de um tempo presente, no qual se unem passado e futuro, cada um sob uma perspectiva dinâmica de ligamento e desligamento, que resulta na diferenciação em quatro “tempos instituintes”: memória, perdão, promessa e requestionamento. Os dois primeiros respectivamente ligados ao passado como ligamento e desligamento, enquanto os últimos, da mesma forma, em relação ao futuro.

A memória é social e não individual, ou seja, as recordações exprimem-se nos termos da tradição, só fazendo sentido enquanto partilhadas por uma comunidade afetiva e social. Deriva do presente, pois só é possível conservar aquilo que se reconstrói com a ajuda de dados retirados do presente e do passado próximo. Trata-se de uma disposição ativa, voluntária, na medida em que opera a partir do presente, revelando-se como uma memória fundadora. Por fim, não se opõe ao esquecimento, mas o pressupõe, na medida em que se há uma política da memória, o mesmo ocorre com o esquecimento, que se revela, da mesma forma, voluntário e não meramente espontâneo. A contribuição do Direito para a fixação da memória social está na afirmação solenizada e reiterada dos valores fundamentais da coletividade.

A tradição aparece, assim, fundamental para o entendimento da memória, possuindo dois aspectos imediatos: continuidade e conformidade. Possui três elementos: a referência ao passado – regras, princípios e procedimentos consagrados como autoridade durável –, a autoridade do presente – responsável pela seleção de uma ínfima parte que é transmitida e consagrada – e a transmissão ininterrupta desde a origem.⁸⁶ Não significa a soma de todos os passados, mas a sua constante atualização.

Para o mencionado autor, o perdão, como forma de desligamento do futuro, não pode ser compreendido como algo contrário à memória ou à tradição, mas sim, como uma memória selecionada pelo esquecimento, para bem reinterpretar o passado. O perdão quebra a relação de continuidade do passado, o que faz dele um elemento revolucionário. Ele é decisão e

⁸⁵ Idem, p. 122-25.

⁸⁶ OST, François. **O tempo do direito**. Traduzido por Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 64-5.

processo, cujos efeitos são o reconhecimento do passado, a sua resolução (cura dos traumas), decisão (ruptura) e investimento (no futuro).

Das decisões tomadas no presente, dependem muitos acontecimentos futuros, representando uma ruptura da continuidade do ser entre o passado e o futuro.⁸⁷

A lei é produzida na tentativa de prever o futuro. Já, os julgamentos, numa percepção clássica, voltam-se para o passado, na medida em que o juiz revela-se verdadeiro guardião das promessas.⁸⁸

Nisso reside a segurança jurídica, pois o juiz está limitado a decidir, repetindo uma norma preexistente. O problema é que a idéia de Direito no passado já não vale para o presente, dentro de uma lógica evolutiva, do mesmo modo que a de hoje não será a mesma do futuro.

O tempo da promessa, que liga o futuro, corresponde exatamente à função de estabilidade e segurança jurídicas, na medida em que pretende dominar o futuro, tornando-o menos imprevisível, dando-lhe um sentido normativo. Trata-se de uma forma prévia de confiança, que já era enunciada por John Locke no contratualismo (confiança mútua), que gera uma segurança de certo modo durável no futuro. O princípio da confiança deve ser encarado como o verdadeiro fundamento da força obrigatória dos compromissos contratuais, revelando-se inseparável da segurança jurídica.⁸⁹ Um futuro confiante baseado numa promessa de colaboração.⁹⁰

Nesse sentido, refere Niklas Luhmann que, nos séculos XIX e XX, intentou-se garantir o futuro como previsão.⁹¹

Enfim, o requestionamento, revela-se verdadeiro desafio, pois é preciso pensá-lo sem comprometer a capacidade de fazer e manter as promessas. É que a sociedade emergente é a sociedade do risco enorme, catastrófico, irreversível, pouco ou nada previsível, que frustra as capacidades de prevenção e de domínio.⁹² É uma sociedade de tempo real, da simultaneidade absoluta, não havendo mais lugar para a duração, a expectativa, o projeto paciente, a longa memória. A aceleração do tempo fez nascer o império do efêmero, do presente, da moda, em que a urgência é permanente, deixando de ser uma categoria extraordinária para tornar-se modalidade temporal de ação em geral. Conforme Niklas Luhmann, a moda refere-se a um fenômeno temporalmente restrito e em cujo momento de vigência determina opiniões e costumes.⁹³

⁸⁷ LUHMANN, Niklas. **Observaciones de la modernidad. Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna.** Traduzido por Carlos Fortea Gil. Barcelona: Paidós, 1997, p. 128.

⁸⁸ OST, François. *Op. cit.*, p. 189-91.

⁸⁹ OST, François. *Op. cit.*, p. 215-219.

⁹⁰ Idem, p. 313-315.

⁹¹ LUHMANN, Niklas. "El futuro como riesgo". In: BERIAIN, Josetxo (comp.). **Las consecuencias perversas de la modernidad.** Modernidad, contingencia y riesgo. Traduzido por Celso Sánchez Capdequí. Barcelona: Anthropos, 1996, p. 171.

⁹² OST, François. *Op. cit.*, p. 340-45.

⁹³ LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, p. 161-62.

A ação será mais efetiva quanto mais contextualizada e revisível for, pois a carga antes lançada para o futuro pela promessa, concentra-se no presente.⁹⁴ Os problemas não se resolvem em definitivo no presente, de onde emerge o risco da insegurança jurídica.

Também, nessa perspectiva, surge o papel da cláusula geral da função social, relacionada aos tempos do Direito – unidos, pela tomada de decisão, ao presente –, em que, diante da sociedade de riscos, tornou-se muito difícil a dominação do futuro, ocasionando a necessidade da incessante revisão dos contratos.

4.3. Duas perspectivas sistêmicas para a cláusula geral da função social

Duas perspectivas sistêmicas autopoieticas se apresentam, então, para a questão da cláusula geral da função social dos contratos: como mecanismo de um Direito em conflitos intersistêmicos e como oportunidade para o futuro.

A primeira, baseia-se no Direito como um sistema autopoietico na teoria de Gunther Teubner, que vê na cláusula geral um mecanismo capaz de solucionar esses conflitos intersistêmicos, surgidos da intervenção indireta do Direito e seus problemas.

A regulação social pelo Direito implementa-se por intermédio de dois mecanismos: informação e interferência, que asseguram a mediação entre a clausura operativa e a respectiva abertura ao meio envolvente, na medida em que o Direito, gerando informação interna a partir de seu próprio interior sistêmico, produz uma “realidade jurídica autônoma”, ou seja, sem contato com o respectivo ambiente, e, ao mesmo tempo, liga-se a ele através de mecanismos de interferência sistêmica.⁹⁵

Através da observação intersistêmica, há, na verdade, observações recíprocas entre dois sistemas fechados e autônomos. O Direito cria uma imagem do sistema observado (do ponto de vista do Direito), formulando as respectivas normas, enquanto este faz o mesmo em relação ao Direito, criando uma imagem, processando seus atos com referência a ela.⁹⁶

Uma saída para essa circularidade é, então, conforme Gunther Teubner, a interferência de sistemas autopoieticos homogêneos, resultantes do processo interno de diferenciação de um sistema autopoietico mais abrangente, interferência que possibilita o contato entre os sistemas sociais. Isso se dá através de mecanismos de interferência, que atuam como uma ponte entre os subsistemas sociais, articulando-se reciprocamente, num mesmo evento comunicativo, o que é possível, face ao desenvolvimento da comunicação como a base de

⁹⁴ OST, François. *Op. cit.*, p. 352.

⁹⁵ TEUBNER, Gunther. *Op. cit.*, p. 130.

⁹⁶ Idem, p. 160.

todos os subsistemas e do sistema social. Mas restringe-se ao caso individual, na medida em que não desencadeia efeitos estruturais gerais no sistema regulado.⁹⁷

Já o contrato, representaria um exemplo de interferência intersistêmica não apenas no nível do caso individual, pois nele coincidem sempre três ações: jurídica (altera a situação jurídica e origina novas normas), econômica (constitui ato de pagamento) e social (permanece como comunicação geral social).⁹⁸

Das interferências intersistêmicas surgem conflitos entre informação e interferência (dois mecanismos da regulação social): entre o meio envolvente construído no interior do sistema (imaginado) e as operações que têm lugar nos sistemas envolventes (reais). Nesses casos, deve ficar intacto o código do sistema (*autopoiesis* através da diferenciação Direito/não-Direito), adaptando-se o seu programa (estruturas de expectativas normativas) às auto-descrições do outro sistema, enquanto compatível com referido código. Disso emerge a alta indeterminação do programa sistêmico, no caso, o Direito.

As cláusulas gerais aparecem, então, como mecanismos internos de resolução dos conflitos entre os subsistemas sociais.

A relação contratual deve ser reformulada como um sistema autopoietico, inserido num universo com outros sistemas autopoieticos, superando a visão tradicional do contrato baseado no consenso obtido pelo acordo de vontades, pois diante dos problemas gerados pelo alto grau de diferenciação social (pela codificação binária), é preciso esforço para, através de meios jurídicos, harmonizar e coordenar as exigências sociais contraditórias manifestadas na relação contratual, esforço para assegurar a dependência das estruturas de expectativas contratuais (programas) de mecanismos regulatórios não-consensuais extremamente variados, incluindo mecanismos intervencionístico-estaduais e a respectiva coordenação no seio do próprio contrato.⁹⁹

Para adaptar o programa (estruturas de expectativas normativas/contratuais) sistêmico ao programa do subsistema, diminuindo a indeterminação gerada de tal conflito, aparece a função social como cláusula geral (como elemento não-consensual), reconstruindo internamente as exigências do meio envolvente, no próprio contrato concreto. As exigências, entendidas como estruturas de expectativas do sistema contratual nos níveis da interação (relações pessoais entre as partes contratantes), institucional (do mercado e da organização) e societário (inter-relação entre os grandes subsistemas sociais, como a política, a economia e o Direito).

A outra perspectiva autopoietica para a cláusula geral está na questão relacionada ao tempo como produção de diferença como construção de futuro.

⁹⁷ TEUBNER, Gunther, *Op. cit.*, p. 172-73 e 178.

⁹⁸ Idem, p. 184-187.

⁹⁹ TEUBNER, Gunther, *Op. cit.*, p. 231.

Na sociedade atual, pós-moderna, identificam-se aquelas questões colocadas por François Ost e sucintamente reproduzidas supra (4.2.), sobre o tempo do questionamento. Ou seja: não há mais espaço para tempos de longa duração, ou mesmo de curta duração, pois presencia-se o tempo do instantâneo, do efêmero, da moda, não havendo, portanto, espaço para projetos que exijam “tempo” para se realizarem. Foi baseada num tempo de longa duração que a legislação dos códigos, da Constituição e a própria idéia de contrato foram criadas: para durar.

Disso resulta que não é mais possível dominar o futuro, dominação identificada com o tempo da promessa e com a dogmática jurídica. Sabe-se que a lei, o contrato, a Constituição funcionam, ou têm a pretensão de funcionar, como mecanismos de controle do tempo (futuro), pois, na busca de segurança, proporcionam uma “estabilização das expectativas”, no intuito de evitar frustrações, negando o futuro.

É que os fatos consumados já não têm importância, na medida em que são irremediáveis. O que se quer é “evitar que aconteça a frustração, coisas que não estavam previstas nas nossas expectativas, porque, se acontecerem, elas são irreversíveis”. Por isso, o Direito institucionaliza expectativas de comportamento, chamadas expectativas normativas (4.1. supra), mas, ao fazê-lo, vincula o Direito ao passado, pois este passa a trabalhar numa perspectiva de repetição extremamente conservadora.¹⁰⁰

Logo, a decisão jurídica, no que tange ao papel do juiz nos conflitos pontuais que se lhe apresentam, seria o espelho da lei, da Constituição, do contrato, enfim, da repetição. Ficando apenas nessa perspectiva, estar-se-ia pensando o Direito ainda numa visão iluminista, em que ao magistrado cumpre apenas dizer a lei. Ao contrário teoria social luhmaniana propõe uma racionalidade na produção de diferença e não no consenso.

Para Niklas Luhmann, a aplicação do Direito consiste na relação variável entre programa e decisão.¹⁰¹ Para ele, programa significa “que os problemas podem ser definidos especificando-se as condições restritivas de suas soluções (“*constraints*”) e que eles são solucionáveis através de decisões baseadas nessa definição” e, além disso, “o caráter programático significa que mesmo essa definição do problema é realizada por processos decisórios e é testada também por decisões.”¹⁰²

Essa programação pode ser de dois tipos: condicional e finalística. A programação condicional é aquela cujas premissas de decisão têm a forma de causas, de informações, que estão em condições de resolver determinadas decisões, sempre que estejam presentes (“se/então”). Já a programação finalística, parte dos resultados desejados, daí procurando

¹⁰⁰ ROCHA, Leonel Severo. “O direito na forma de sociedade globalizada”. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Unisinos 2001**, p. 128-29.

¹⁰¹ LUHMANN, Niklas. **Sistema jurídico y dogmatica juridica**. Traduzido por Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 38.

¹⁰² Idem. **Sociologia do direito II**, p. 27.

encontrar os meios propícios.¹⁰³ No dizer de Leonel Severo Rocha, a programação condicional é aquela em que o decisor tem o cuidado de agir sempre como todo mundo age em situações semelhantes, o que chama de “agir dogmaticamente”.¹⁰⁴

Essa programação condicional está ligada, então, às expectativas normativas, enquanto a programação finalística diz respeito às expectativas cognitivas.

Seguindo a tese de Leonel Severo Rocha, propõe-se que a decisão, em relação ao tempo, pode ser de duas maneiras: voltada para o futuro, quando produz tempo e diferença (programação finalística), ou voltada para o passado, quando nega o tempo e enfatiza a repetição (programação condicional).¹⁰⁵

A repetição de decisões apenas contribui para a alienação do Direito, tornando muitas delas fora de contexto, diante de um longo tempo processual, por exemplo, que ao jurista pode parecer normal, mas para a sociedade atual, que deseja e espera soluções para os seus problemas através de decisões rápidas, torna-se verdadeira crise.¹⁰⁶

Apresenta-se, com isso, a idéia de *paradoxo*, da qual já se falou supra (4.1.). Ela está ligada à decisão que produz diferença. É que, se um magistrado decide diferente, utilizando-se de uma programação finalística, ou seja, deixando de lado as expectativas normativas e abrindo-se para a complexidade das expectativas cognitivas existentes na sociedade, ele mesmo, só tem competência para decidir, porque a programação condicional assim o permite ou determina. Numa mesma decisão, tem-se a programação condicional e a programação finalística, em que o magistrado só pode decidir de acordo com a segunda porque a primeira assim o permite. A decisão está, ao mesmo tempo, no passado e no futuro.¹⁰⁷ Assim, a *autopoiesis* revela-se fundamental, como um sistema simultaneamente ligado ao passado e ao futuro, simultaneamente fechado e aberto. Quer dizer que se trata de um sistema que tem, ao mesmo tempo, repetição e diferença, o que demonstra a sua superioridade e sofisticação em relação às teorias normativista – que trabalha com uma noção de sistema fechado – e hermenêutica – que lida com a idéia de sistema aberto.¹⁰⁸

O risco, que está vinculado à tomada de decisão, isto é, a uma idéia de dano futuro dela decorrente. Para Niklas Luhmann, não há decisões isentas de risco (ou omissões, que para o autor também são decisões), em razão do que não se pode ter esperança de que um maior estudo e investigações sobre o risco possam neutralizá-lo em favor de uma maior segurança.¹⁰⁹ Até porque, o responsável pela produção da diferença na valoração social do

¹⁰³ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Traduzido por Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 110.

¹⁰⁴ ROCHA, Leonel Severo. *Op. cit.*, p. 131.

¹⁰⁵ Idem, *ibidem*.

¹⁰⁶ Idem, p. 132-33.

¹⁰⁷ ROCHA, Leonel Severo. *Op. cit.*, p. 133-34.

¹⁰⁸ Idem, p. 134-35.

¹⁰⁹ LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, p. 149.

risco é o tempo, diferença que é indeterminável em seus conteúdos pelo presente. Trata-se do *risco do risco* a variação dessa valorização com o tempo.¹¹⁰

Desse modo, Niklas Luhmann encara o futuro da sociedade moderna (leia-se pós-moderna) na forma do risco das decisões, que só se pode tomar do presente. O risco assume, assim, a forma de descrição presente do futuro, já que diante dos riscos, pode-se optar entre, ao menos, duas alternativas.¹¹¹ A noção de risco está, portanto, ligada à de contingência.

Aos operadores do Direito resta, portanto, conhecer o risco, ou seja, saber que a sua decisão com relação ao futuro pode implicar uma consequência diferente daquela que havia sido pensada.¹¹²

Trazendo-se todas essas considerações para a questão das cláusulas gerais, é possível afirmar que elas possibilitam que a decisão judicial seja proferida com base nos dois tipos de programação: condicional e finalística. A programação condicional verifica-se pela própria positivação da cláusula geral, como no caso da função social e pela legitimidade conferida ao julgador. Já a programação finalística advém do preenchimento do conteúdo dessa função social. Mesmo que se considere que a função social dos contratos refira-se ao bem comum e ao equilíbrio das prestações como justiça social e remeta a sua compreensão para o texto constitucional – que nada mais é do que programação condicional – ainda assim, abre a possibilidade de que o seu conteúdo seja preenchido através de uma programação finalística.

Aqui se vislumbra uma solução para o problema enunciado por François Ost, de requestionar sem comprometer a capacidade de manter promessas, na medida em que, utilizando ambas as programações, a decisão estará conjugando a promessa e o requestionamento. Na verdade, essa solução pode ser encarada na ótica de referido autor, no sentido de que, na tomada de decisão que se dá no presente (Niklas Luhmann), estão “presentes” todas as temporalidades por ele enunciadas: a memória social, com a qual o Direito contribui para fixação mais ou menos solenizada e reiterada dos valores fundamentais da coletividade; o perdão, como elemento revolucionário, de ruptura; a promessa, que institui o futuro (como legislação e contrato), constituindo-se o juiz o seu guardião (repetição); o requestionamento, pois a decisão está exposta à permanente provisoriedade, dada pela excessiva rapidez da ação do tempo enquanto constante modificação.

Quando se vincula a função social às noções de bem comum e de justiça social, presentes na Constituição, continua-se a trabalhar numa perspectiva condicional. Entretanto, quanto aos conteúdos do bem comum e da justiça social, podem e devem ser preenchidos segundo uma programação finalística. É assim que François Ost, falando no tempo do

¹¹⁰ Idem. “El futuro como riesgo”. In: BERIAIN, Josetxo (comp.). **Las consecuencias perversas de la modernidad**, p. 165.

¹¹¹ Idem. **Observaciones de la modernidad. Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna**, p. 133.

¹¹² ROCHA, Leonel Severo. *Op. cit.*, p. 136.

requestionamento, assevera sobre a provisoriedade do bem comum, que deve ser constantemente rediscutido.¹¹³

Isso, porque a modernidade trabalha com uma racionalidade do passado e a pós-modernidade, com uma racionalidade do presente, graças à instantaneidade do tempo. As cláusulas gerais mesclam as duas e, de certa forma, dão uma chance ao futuro, na medida em que proporcionam ao julgador um mecanismo para decidir diferente, voltando-se para o futuro e produzindo diferença, produzindo tempo.

Por fim, sob a ótica da decisão tomada pelo Poder Judiciário – a quem, em vista da obrigatoriedade de sempre decidir, corresponde um papel de fonte especial do Direito¹¹⁴ – não se pode deixar vencer pela questão em torno da subjetividade dos juízes, que, muitas vezes, bloqueiam o pensar através de uma programação finalística da decisão. É que não se deve pensar nos atores do Direito isoladamente, mas em conjunto. O Direito deve ser pensado como organização, ou melhor, o Poder Judiciário deve ser pensado como uma organização, como sistema voltado para a tomada de decisões dentro do Direito, não podendo ser encarado, de forma amadora, como dependente da subjetividade das pessoas ou de sua boa vontade. Deve preocupar-se com a tomada de decisões que levem em consideração a programação constitucional de repetição e finalística da produção de diferença.¹¹⁵

Assim, através do processo de decisão, possibilita-se a repetição (lei, contrato) e a produção de diferença, por uma conjugação das programações condicionada e finalística, aparecendo a cláusula geral da função social como um mecanismo que proporciona ao juiz (programação condicional, porque sua legitimidade para decidir é dada pela lei) essa programação finalística, ao preencher os conteúdos constitucionais (programação condicional) que lhe são atribuídos. Tudo isso pelo viés sistêmico da *autopoiesis*, que representa um fechamento operativo (repetição, ou seja, programação condicional) e uma abertura cognitiva (produção de diferença, ou seja, programação finalística).

Ainda em relação aos contratos, é possível vislumbrar duas situações. A primeira relativa ao momento da sua instituição, em que se apresenta numa ótica de programação finalística, identificada com a promessa, na medida em que pretende dominar o futuro, controlar o tempo futuro, dar durabilidade a uma relação. No entanto, logo atinge um segundo momento, em que se vê perante a necessidade do questionamento, em face das alterações daquele futuro que

¹¹³ OST, François. *Op. cit.*, p. 357.

¹¹⁴ LUHMANN, Niklas. “A posição dos tribunais no sistema jurídico”. Traduzido por Peter Naumann. In: **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre: Ajuris, v. 49, p. 149-168, 1990, p. 168.

¹¹⁵ ROCHA, Leonel Severo. *Op. cit.*, p. 134. François Ost, analisando três modelos de juiz (**Júpiter, Hércules, Hermes**: tres modelos de juez), assevera que o Direito, nos dias de hoje, frente a uma racionalidade paradoxal, deve apoiar-se numa teoria lúdica, relacionada à idéia de jogo. Para ele, não basta que simplesmente se faça uma superposição entre o modelo da família romano-germânica – que denomina da pirâmide ou do código e lhe atribui o juiz Júpiter – e o modelo anglo-saxão – que faz do juiz chamado Hércules a fonte única do Direito válido. É preciso mais: a racionalidade de Hermes, cuja trajetória adota a forma de uma rede, numa multiplicidade de pontos de inter-relações dos modelos anteriores.

agora já é presente e se manifesta, muitas vezes, de forma muito diferente daquela prevista ou imaginada. Daí a cláusula geral da função social revela-se fundamental, possibilitando às partes ou ao juiz, repensarem a relação contratual, novamente através de uma programação finalística, produzindo diferença e tempo e, com isso, tentando garantir uma chance para o futuro de tal relação, visando, assim, a uma revisão para manutenção do vínculo e não a uma revisão para sua extinção.

5. Conclusão

A teoria autopoiética dos sistemas revela-se, portanto, importante instrumento de observação da cláusula geral da função social dos contratos, na medida em que permite um olhar diferente, sofisticado, para a resolução de conflitos entre os sistemas sociais, isto é, para além do subsistema do Direito.

Mais do que isso. Vislumbra-se, na teoria sistêmica aqui enunciada, um repensar privilegiado de toda a teoria geral dos contratos, desde a sua formação, assegurando-se a manutenção da relação contratual, frente às constantes alterações, próprias da *pós-modernidade*.

6. Referências

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. "Autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional". In: **Revista de Direito Civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 46, p. 7-26, 1988.

ANDRADE, Manuel Antonio Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**. Coimbra: Almedina, 1998. v. II.

ARNAUD. André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização**. Lições de filosofia do direito e do estado. Traduzido por Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2000.

BECK, Ulrich. "Teoría de la sociedad del riesgo". In: BERIAIN, Josetxo (comp.). **Las consecuencias perversas de la modernidad**. Modernidad, contingencia y riesgo. Traduzido por Celso Sánchez Capdequí. Barcelona: Anthropos, 1996, p. 201-222.

BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Coimbra: Coimbra, 1969. t. I.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. Coimbra: Almedina, 1994.

DALLAGNOLO, Dorval Baptista. “Um estudo sobre os princípios gerais do contrato civil”. In: **Revista de Direito Civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 39, p. 82-93, 1987.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Traduzido por João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FACHINI NETO, Eugênio. “Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado.” In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 11-60.

FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. “A função social do contrato no novo código civil e sua conexão com a solidariedade social”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo código civil e a constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 127-50.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Traduzido por Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

HORA NETO, João. “O princípio da função social do contrato no código civil de 2002”. In: **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 14, p. 38-48, 2003.

ISERHARD, Antônio Maria. ‘A idéia de sistema jurídico e o novo código civil: uma contribuição ao desafio hermenêutico da aplicação do direito’. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos 2001**. São Leopoldo: PPGD-Unisinos, 2001, p. 281-84.

JAMESON, Fredric. **Pós-modernismo**. A lógica cultural do capitalismo tardio. Traduzido por Maria Elisa Cevalco. São Paulo: Ática, 1997.

JAYME, Erik. “Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado.” Traduzido por Cláudia Lima Marques. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 759, p. 24-40, 1999.

LUHMANN, Niklas. “A posição dos tribunais no sistema jurídico”. Traduzido por Peter Naumann. In: **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre: Ajuris, v. 49, p. 149-168, 1990.

_____. “El concepto de riesgo”. In: BERIAIN, Josetxo (comp.). **Las consecuencias perversas de la modernidad**. Modernidad, contingencia y riesgo. Traduzido por Celso Sánchez Capdequí. Barcelona: Anthropos, 1996, p. 123-53.

_____. “El futuro como riesgo”. In: BERIAIN, Josetxo (comp.). **Las consecuencias perversas de la modernidad**. Modernidad, contingencia y riesgo. Traduzido por Celso Sánchez Capdequí. Barcelona: Anthropos, 1996, p. 155-72.

_____. “La contingencia como atributo de la sociedad moderna”. In: BERIAIN, Josetxo (comp.). **Las consecuencias perversas de la modernidad**. Modernidad, contingencia y riesgo. Traduzido por Celso Sánchez Capdequí. Barcelona: Anthropos, 1996, p. 173-97.

_____. “O enfoque sociológico da teoria e prática do direito”. Traduzido por Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. In: **Seqüência**, Florianópolis: Editora da UFSC, v. 28, p. 15-29, 1994.

_____. **A improbabilidade da comunicação**. Traduzido por Anabela Carvalho. Lisboa: Vega, 2001.

_____. **La ciencia de la sociedad**. Traduzido por Silvia Pappe, Brunhilde Erker y Luis Felipe Segura. Guadalajara: ITESO, 1996.

_____. **Legitimação pelo procedimento**. Traduzido por Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

_____. Observaciones de la modernidad. Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna. Traduzido por Carlos Fortea Gil. Barcelona: Paidós, 1997.

_____. **Sistema juridico y dogmatica juridica**. Traduzido por Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

_____. **Sistemas sociales**. Lineamentos para una teoría general. Traduzido por Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Colonia San Juan Tlihuaca: Alianza, 1991.

_____. **Sociologia do direito I**. Traduzido por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Sociologia do direito II**. Traduzido por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

_____. GEORGI, Raffale De. **Teoría de la sociedad**. Traduzido por Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1993.

LYOTARD, Jean-François. **Moralidades pós-modernas**. Traduzido por Maria Appenzeller. Campinas: Papirus, 1996.

_____. **O pós-moderno**. Traduzido por Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1986.

MAGALHÃES, Juliana Neunschwander. “O uso criativo dos paradoxos do direito”. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). **Paradoxos da auto-observação**. Percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM, 1997, p. 243-77.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. O novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. “Crise e modificação da idéia de contrato do direito brasileiro”. **Revista de Direito Civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 59, p. 19-38, 1992.

_____. “Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 61-85.

_____. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MATTIETTO, Leonardo. “O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos”. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Problemas de direito civil constitucional**. São Paulo: Renovar, 2000, p. 163-86.

MORAES, Maria Celina Bodin de. “Constituição e direito civil: tendências”. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 779, p. 47-63, 2000.

NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. “Estrutura e função do direito na teoria da sociedade”. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). **Paradoxos da auto-observação**. Percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM, 1997, p. 219-42.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. “Os novos paradigmas da teoria contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente”. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Problemas de direito civil – constitucional**. São Paulo: Renovar, 2000, p. 17-54.

OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes**: tres modelos de juez. Traduzido por Isabel Lifante Vidal.

_____. **O tempo do direito**. Traduzido por Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Aide, 1988. v. I.

ROCHA, Leonel Severo. “Direito, cultura política e democracia”. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Unisinos 2000**. São Leopoldo: EdUnisinos, 2000, p. 141-57.

_____. “O direito na forma de sociedade globalizada”. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Unisinos 2001**. São Leopoldo: EdUnisinos, 2001, p. 117-37.

_____. “Três Matrizes da Teoria Jurídica”. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos 1998-1999**. São Leopoldo: EdUnisinos, 1999, p. 121-36.

_____. **A problemática jurídica**: uma introdução transdisciplinar. Porto Alegre: SAFE, 1985.

_____. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: EdUnisinos, 2003.

_____; CARVALHO, Delton Winter de. “Auto-referência, circularidade e paradoxos na teoria do direito”. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito Unisinos 2002**. São Leopoldo: EdUnisinos, 2002, p. 235-50.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Traduzido por Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

SANTOS, Antônio Jeová. Função social, lesão e onerosidade excessiva nos contratos. São Paulo: Método, 2002.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Traduzido por José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TOURAINE, Alain. **Crítica da modernidade**. Petrópolis: Vozes, 1995.

VINAGRE, Marta Maria. “A outra face do contrato”. In: **Revista de Direito Civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 44, p. 102-24, 1988.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: SAFE, 1985.

WILHELMSSON, Thomas. “Regulação de cláusulas contratuais.” In: **Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, p. 09-22, 1996.

(Artigo recebido em 09/12/2013 e aprovado para publicação em 28/12/2014).

8. A JUSTIÇA ACIMA DO MOVIMENTO DO CETRO

8. THE JUSTICE UP TO THE SCEPTER MOVEMENT

Guilherme de Oliveira Feldens¹¹⁶

“Terás mais justiça do que querias...”

William Shakespeare

Resumo. O presente artigo tem como objeto analisar a necessária relação entre Direito e justiça na obra *O mercador de Veneza* de Shakespeare. A partir do julgamento do judeu Shylock, o texto analisa os principais discursos proferidos pelos personagens em tribunal, objetivando visualizar o fundamento da moral e da justiça presente na obra.

Palavras-chave: Direito. Moral. Justiça.

Abstract. This article aims to analyze the relation between law and justice in *The Merchant of Venice* by Shakespeare. From the judgment of the Jew Shylock, the text analyzes the major speeches of characters in court, aiming to visualize the foundation of morality and justice present in the work.

Keywords: Law. Moral. Justice.

1. Introdução.

A obra *O mercador de Veneza*, além de apresentar como poucas a complexidade da natureza humana, narra uma série de fatos capazes de originar um amplo debate acerca das relações entre Direito e Justiça. Apesar do contrato firmado por Shylock e Bassânio, tendo Antônio como fiador, e a cláusula referente a seu descumprimento serem os pontos bastante

¹¹⁶ Doutorando em Filosofia do Direito pela Unisinos, Mestre em Direito, Professor de Ciência Política e Teoria Geral do Estado do Cesuca, Coordenador Adjunto do Curso de Direito do Cesuca, Professor de Ciência Política e Teoria Geral do Estado. E-mail: b2ico@hotmail.com

destacados nas análises jurídicas feitas sobre a obra, há outros inúmeros elementos capazes de gerar reflexão em relação a questionamentos fundamentais da teoria geral do Direito.

Nessa perspectiva, o presente texto pretende analisar o discurso de Pórcia no tribunal, no qual a personagem defende a compaixão como um sentimento necessário aos homens, verificando a relação de tal discurso com o fundamento da moral determinado por Schopenhauer e seu contraste com os juízos morais normativos característicos do pensamento jurídico moderno.

2. Quando a misericórdia tempera a justiça em *O mercador de Veneza*

A obra *O Mercador de Veneza* caracteriza a imposição de um novo paradigma para seu tempo. Shakespeare, antecipando a filosofia moderna, centra todo o desenvolver dessa história na ideia de vontade, concretizada em vários contratos que conduzem toda a trama.¹¹⁷ Entre esses contratos, ganhou destaque, tornando-se ponto batido nas análises jurídicas, a celebração entre Shylock e Bassânio, no qual o primeiro cede a quantia de três mil ducados, tendo Antônio como fiador. Shylock estabelece também como penalidade ao não pagamento do valor emprestado na data e local estipulados, a “retirada” de uma libra da carne de Antônio, a qual poderia ser escolhida e cortada a critério do credor¹¹⁸.

No desenvolver da trama, Antônio, cuja fortuna estava empenhada em expedições marítimas, recebe a notícia de que todas as suas embarcações foram perdidas em naufrágios, o que o impede de satisfazer a dívida assumida. Vencido o prazo, Shylock, movido pelo ódio por Antônio, requer, então, a execução da penalidade estipulada pelo descumprimento do contrato. Inicia-se, então, o processo judicial para execução da referida cláusula penal, no qual Pórcia, esposa de Bassânio, se faz passar por um jovem jurista, tentando impedir a execução da cláusula penal. Assim sendo, o julgamento caracteriza “dois lados” opostos: Shylock, clamando por justiça, invoca a lei de Veneza, exigindo que ela seja estritamente observada e, portanto, que seu direito à libra de carne seja garantido em nome da ordem e da preservação do próprio ordenamento; e Pórcia (disfarçada de Baltazar) se esforçando para desvincular a justiça com o estrito cumprimento da lei.

¹¹⁷ Entre esses outros contratos, pode-se citar a “charada” imposta pelo falecido pai de Pórcia como condição necessária para que Bassânio pudesse ter a moça; além da questão dos anéis imposta pelas mulheres em relação aos homens.

¹¹⁸ Novamente essa questão reforça o aspecto da autonomia da vontade em Shakespeare, como é possível verificar no discurso de Shylock: “O senhor vai me perguntar porque prefiro ter um peso em carne de carcaça em vez de receber três mil ducados. A isso, eu me dou o direito de não responder...digamos que é a minha vontade. Está respondida a pergunta? [...] Assim é que não tenho nenhuma boa razão para apresentar, e nem quero; a não ser a raiva alojada em mim e o firme ódio que sinto por Antônio. A esta raiva e a este ódio dou seguimento, com um processo na justiça contra ele, que a mim não traz ganho algum” (Shakespeare, 1995, p. 98).

Em busca de seu objetivo, Pórcia suplica por compaixão:

A misericórdia é uma virtude que não se pode fazer passar à força por uma peneira, mas pinga como a chuva mansa cai dos céus na terra. É duplamente abençoada: abençoa quem tem compaixão para dar e quem recebe. Poderosa nos poderosos, harmoniza-se com o monarca ao trono melhor que a coroa [...] Ela tem seu trono no coração dos reis [...] é um poder mundano que se mostra divino...quando a misericórdia vem temperar a justiça. Portanto, judeu, embora o cumprimento da justiça seja a tua argumentação, considere o seguinte: no cumprimento da justiça, nenhum de nós vai encontrar a salvação.

Assim, Pórcia tenta mitigar a argumentação de Shylock em “prol da justiça” apresentando um fundamento moral. Nesse momento, Shakespeare evidencia as várias estratégias de Pórcia em tentar desmotivar o judeu de seu objetivo, apelando tanto à uma moral normativa (fundada em obrigações) como em um discurso que coloca a compaixão como fundamento último da obrigação moral. Essa questão, de certa forma, segue em debate nas análises filosóficas relativas à moral.

3. O Fundamento da Moral em Schopenhauer

O discurso de Pórcia em defesa de Antônio, ao colocar a compaixão acima da justiça, aproxima-se da tese sobre o fundamento moral proposto por Schopenhauer. Em sua obra *Sobre o fundamento da moral*, ao expor a motivação moral, Schopenhauer a demonstrou como fato e que só a partir dela podem surgir a “justiça desinteressada” e a “caridade genuína”. Essa exposição não é sonhada ou apanhada no ar, mas algo bem real, um fenômeno diário de “participação imediata, independente de qualquer outro motivo, no sofrimento de um outro” (Schopenhauer, 1995, p. 129). Segundo o autor, para fundar a ética isto é suficiente, já que ela tem de se apoiar sobre algo existente, efetivo, “dado ou no mundo exterior ou na consciência, se não se quiser acaso admitir arbitrariamente, como alguns de meus predecessores, um princípio abstrato e dele derivar as prescrições éticas” (Schopenhauer, 1995, p. 195).

Schopenhauer, da mesma forma que Pórcia, afirma que, analisando a compaixão apenas de um ponto de vista empírico, todos se convenceriam de que para aliviar os sofrimentos aos quais a vida está exposta e para combater o egoísmo que preenche todo ser, “a natureza nada poderia ter produzido de mais eficaz do que plantar no coração humano aquele gérmen graças ao qual o sofrimento de um é sentido conjuntamente pelo outro” (Schopenhauer, 1995, p. 174). É melhor para todos a assistência mútua assim considerada do

que um mandamento geral e abstrato do dever, pois esse é incompreensível para o homem rude ao qual apenas o caso concreto significa alguma coisa (Schopenhauer, 1995, p. 175).

Porém, ao final da obra, Schopenhauer apresenta a necessidade de uma explicação metafísica, referindo-se a sua obra *O mundo como vontade e representação*. O autor, então, pergunta se relação entre o próprio eu e o alheio, que fundamenta as ações do caráter bom, se apóiam em um engano. Assim, remetendo as considerações metafísicas, Schopenhauer afirma que a multiplicidade e diferença dos seres repousa apenas diante do espaço e do tempo, sendo estes estranhos a coisa-em-si. A multiplicidade pertence “somente ao mero fenômeno e é uma e a mesma essência que se apresenta em todos os viventes” (Schopenhauer, 1995, p. 206), sendo a compaixão a base metafísica da ética, pois suprime a diferença entre o eu e o não-eu. A compaixão não é uma exigência moral, mas é o elemento de apreensão de que todas as coisas fora de mim são também vontade. Através dela o indivíduo deixa de estar submetido ao princípio de individuação.

Portanto, em Schopenhauer, não temos uma moral de obrigações. A moral não está no que cada indivíduo representa ou faz em vista dos outros, mas naquilo que é em si mesmo. Ela reflete o caráter, e precede a representação. Esse último é o campo no qual se situa a política, portanto, não há um objetivo em Schopenhauer de procurar uma obrigação moral universal da compaixão, já que não há prescrições em seu texto, mas explicação do fenômeno ético.

Schopenhauer estabelece estas argumentações da ética no Livro IV de *O mundo como vontade e representação*. Através de uma interpretação do significado ético da conduta, ele afirma que a compaixão não é uma exigência moral, mas é o nome da experiência (conhecimento intuitivo) de que todas as coisas fora de mim são também vontade e sofrem dores como eu sofro. Através do sentimento da compaixão o indivíduo deixa de estar submetido ao princípio de individuação. Para ele, as qualidades morais dos indivíduos resultam de um caráter inalterável, e a compaixão não pode ser desenvolvida pela educação moral. Ela é espontânea, não estando sujeita a regras de nenhum tipo. A virtude desinteressada não nasce do conhecimento abstrato, pois sua origem está no conhecimento imediato e intuitivo que não pode ser ensinado ou regulado, “mas deve sempre revelar-se de per si; e que para exprimir-se de modo adequado recorre não a discursos, mas aos fatos, à conduta, a toda a maneira de viver” (Schopenhauer, 2005, p.275).

Esta consideração fica clara quando se compreende o homem como manifestação da Vontade. Esta, conforme Schopenhauer, não é representação, ela é a coisa-em-si, não havendo, então, razão ou princípio que a determine. A Vontade é um impulso presente em todos os seres vivos. Ela nunca muda por uma ação exterior ou instrução (Schopenhauer, 2005, p.300). Portanto, uma ética normativa não seria eficaz. A ética em Schopenhauer,

conforme o demonstrado é descritiva, pois, a virtude não provém do conhecimento abstrato, mas do conhecimento intuitivo, o qual não pode ser comunicado, surgindo no íntimo do indivíduo, nos atos, na conduta.

A análise de Schopenhauer não tem como objetivo principal questões de juízos morais, nem a relação entre os planos individual e coletivo, característica das reflexões modernas. Dentro da abordagem total de sua obra, a compaixão não é base para um princípio de reciprocidade, mas da unidade. Na compaixão a vontade é negada, pois o homem de bom caráter percebe o sofrimento do outrem como se fosse seu, agindo de forma desinteressada. Reconhece, portanto, que a sua essência existe em tudo que vive, enquanto que o homem de mau caráter é condicionado pelo egoísmo, envolto pelo princípio de individuação, nada enxerga além do “Véu de Maia”. Esta atitude desinteressada manifestada na compaixão leva o indivíduo a caminho da redenção, a renúncia da Vontade. Assim, a ética não está marcada pela relação com os outros, pois a salvação resulta de um ato do indivíduo, e diz relação à unidade.

4. A Crítica Moderna ao Fundamento Moral de Schopenhauer.

No texto *Lições sobre ética*, Tugendhat expõe o que poderia significar fundamentar uma moral moderna, propondo uma fundamentação que não seria mais de tipo tradicional¹¹⁹. A fundamentação dos juízos morais é para este autor uma questão fundamental, sendo intrínseca à própria compreensão da moral. Tugendhat, ao ter os juízos morais como o elemento central do conceito de moral, tem na determinação normativa o fim da moral, visando tira-la de uma fundamentação transcendente.

Segundo ele, uma moral se define como “o conjunto de juízos morais de que alguém ou um grupo dispõe”(Tugendhat, 1996, p. 49). Tugendhat afirma que não há como fundamentar a moral na razão de forma absoluta, pois não existe um *ter de* absoluto, o *ter de* é sempre relativo a um querer, a um ato de vontade. Assim, ele argumenta a favor da maior plausibilidade do seu conceito moral, alegando que a sustentação de um conceito qualquer não pode pretender mais do que a plausibilidade.

¹¹⁹ Segundo Tugendhat, “temos que sustentar que o potencial de fundamentação de uma moral tradicionalista é limitado através do estabelecimento, pela fé ou pelo dogma, de um conceito de bem, e que está relacionado ao fato de a idéia de bem – de uma preferência objetiva – ser delimitada de tal maneira que propriamente entra em choque com o seu próprio sentido e com o sentido dos juízos morais. O fato de que apesar disso também hoje ainda muitos sejam da opinião de que uma moral somente pode ser fundamentada pela religião pode provir da circunstância de muitos de nós terem sido socializados desta maneira, e sobretudo da circunstância de até hoje não existir uma fundamentação não-religiosa da moral que tenha encontrado um reconhecimento universal” (1996, p. 72).

Tugendhat afirma que a moral é relativa a sanções internas vinculadas a sentimentos que expressam juízos morais (culpa e vergonha), estando presentes, na justificação dos juízos morais, elementos racionais e emocionais. Através dessa idéia de sanção interna, seria possível uma ética do dever independente de sanções externas (moral religiosa), na qual a moral faz parte da compreensão do homem como membro de uma comunidade¹²⁰. A pessoa moral é definida pela sua condição de indivíduo social, e não de simples situação de indivíduo isolado. Em Tugendhat, os sentimentos morais têm a função, do ponto de vista subjetivo dos membros cooperativos de uma comunidade moral, de assegurar a observância das normas. Portanto, a base do comportamento moral não é um conjunto de regras de ação, mas um sistema de exigências mútuas fundado em um conceito de bom, compartilhado por todos na comunidade moral ('autonomia coletiva')¹²¹.

Assim, em sua "Nona Lição", Tugendhat critica a fundamentação moral de Schopenhauer. Apesar de ambos os autores recusarem uma fundamentação tradicional da moral e de criticarem o fundamento kantiano da moral, suas teorias apresentam a "intenção" de interpretar e "corrigir" Kant. Por meio da crítica ao fundamento exclusivamente racional da moral kantiana, os dois autores colocam os sentimentos na explicação do fundamento da moral. Porém, criam perspectivas diferentes para a fundamentação de suas teses.

Dentro de tal realidade, Tugendhat na citada lição parte da posição de que o conceito de Schopenhauer não apenas não é plausível, bem como de forma alguma é um conceito moral, alegando apenas que sua insistência com a compaixão é "algo importante" (Tugendhat, 1996, p. 178). Tugendhat afirma que, na crítica a Kant, o filósofo dinamarquês além de condenar a idéia de uma pura razão prática e o discurso de um dever absoluto, "ele também condena o imperativo categórico quanto ao conteúdo, porque este residiria pretensamente sobre o egoísmo" (Tugendhat, 1996, p. 179), colocando como fundamento exclusivo da moral a compaixão.

Para Tugendhat, tal fundamento apresenta muitas dificuldades. A principal delas é que ao se desvincular a normas particulares e pensar em uma situação complexa de ação, com diversas normas simples e direitos de várias pessoas envolvidas, o fundamento de

¹²⁰ "Se um indivíduo fere um tal sistema normativo ao qual pertence, ele fere suas próprias regras, que são igualmente as regras de todos. Ele fere a todos os outros em sua capacidade de portadores dessa regra. E podemos dizer que a reação dos outros ao serem feridos dessa maneira é o que é terrível para aquele que feriu a ordem. Mas o é somente se ele se entende como membro dessa sociedade moral." (26)

¹²¹ Tugendhat afirma que "a única maneira de definir uma ordem normativa justa é pensar que os indivíduos se impuseram eles mesmo essa ordem. Uma ordem justa é uma ordem autônoma. Porém, essa autonomia não consiste, como aparece na ética de Kant, em que cada indivíduo imponha a si a ordem e o mesmo ocorra com todos os outros, mas em que os indivíduos se sobreponham e se subordinem *reciprocamente* a essa ordem. Isso pode ser chamado de autonomia coletiva (distingue-se da autonomia de uma coletividade por ser a autonomia dos indivíduos, mas dos indivíduos na coletividade). Cada um é ao mesmo tempo origem da norma e objeto da norma. (26)

Schopenhauer não oferece critério de ponderação¹²². Essa dificuldade demonstraria que o seu princípio é completamente inútil para uma ética política, na qual sempre se deve ponderar entre os interesses de muitos e entre direitos (Tugendhat, 1996, p. 181).

Segundo o autor, a ética schopenhauriana restringe-se apenas a constatar que ao lado das ações egoístas também existem as altruístas, movidas por compaixão. Portanto, isso não poderia ser chamado de moral se a compreendermos como um sistema de normas (contratualismo) e se para a moral é fundamental um conceito de bom¹²³. A compaixão seria apenas um sentimento “mais ou menos forte, que existe naturalmente e que como tal está moralmente desnorteado” (Tugendhat, 1996, p. 185), não permitindo a necessária universalização. Ela, então, não serviria como critério quando estivessem envolvidos direitos morais que não se fundamentam no sofrimento e quando estivessem, mesmo no seu próprio domínio, envolvidas várias pessoas. Concluindo tal afirmação, Tugendhat alega que é possível “que por compaixão procedamos moralmente errados: se nos deixamos conduzir exclusivamente pelo sofrimento do outro, podemos ir contra os seus outros direitos e podemos sobretudo ir contra os direitos dos outros” (Tugendhat, 1996, p. 185).

Porém, Tugendhat, ao criticar o fundamento da moral de Schopenhauer desconsidera a dimensão metafísica do autor, apresentada na obra *O mundo como vontade e representação*. Desta forma, Tugendhat faz um julgamento incompleto da concepção de moral, pois desconsidera a “explicação metafísica do fenômeno ético originário”. As análises de Tugendhat referem-se apenas à questão proposta pela Sociedade Real Dinamarquesa de Ciências de Copenhague, na qual, a partir da crítica à moral kantiana, Schopenhauer rejeita toda moral de dever e afirma a compaixão como base efetiva de toda moral. Para Schopenhauer, a questão proposta limita-se apenas ao caminho empírico¹²⁴, mas o

¹²² Segundo Tugendhat, o imperativo categórico fornece o critério para que se decida de tal maneira como qualquer um haveria de querer que se agisse numa situação desse tipo. É neste contexto que se mostram as forças do princípio kantiano, que por conseguinte, de nenhuma maneira – como entendia Schopenhauer – se deixa reduzir a um formalismo vazio, que resultaria do princípio da razão. O princípio de Schopenhauer, *neminem laede*, ao contrário, absolutamente não oferece um critério de ponderação. Nesta relação, o seu alcance não é maior do que a 2ª fórmula de Kant” (Tugendhat, 1996, p.181).

¹²³ “Para Schopenhauer desaparece o conceito de bom; o sentimento, para o qual ele apela, não é nem um sentimento pelo elemento moral, nem um sentimento moral pelos seres humanos. É um sentimento que, independente da moral, é empiricamente pré-dado e determina, por sua vez, o que deve ser visto como moral [...] A verdadeira dificuldade deste princípio é que, como já disse na quarta lição, a compaixão, enquanto sentimento natural, somente existe mais ou menos [...] Pode um tal sentimento, naturalmente pré-dado e existente em graus diversos, ser fundamento para uma obrigação?” (1996, p. 183)

¹²⁴ “Talvez se queira objetar-me que a ética nada tem a ver com o fato de como os homens efetivamente agem, mas que ela é a ciência de como *devem* agir. Mas é justo esse princípio que eu nego, depois que provei suficientemente, na parte crítica dessa dissertação, que o conceito do *dever*, a *forma imperativa* da ética só são válidos na moral teológica e que perdem todo o sentido e significação fora dela. Proponho, em contrapartida, como finalidade para a ética, a de esclarecer, explicar e reconduzir à sua razão última os modos muito diferentes de agir dos homens no aspecto moral. Por isto, resta apenas para a descoberta do fundamento da ética o caminho empírico, a saber, o de investigar se há em geral ações às quais temos de atribuir *autêntico valor moral* – que seriam as ações de justiça espontânea, pura caridade e generosidade efetiva” (Schopenhauer, 1995, p. 113).

conhecimento do mundo não se encontra restrito a representação, tendo algo que a precede. Este é um aspecto fundamental na filosofia do autor esquecido ou ignorado por Tugendhat.

A crítica de Tugendhat, segundo a qual a moral schopenhauriana não poderia ser chamada de moral se a compreendermos como um sistema de normas fica afastada, já que não há um objetivo em Schopenhauer de procurar uma obrigação moral universal da compaixão. Não há prescrições em seu texto, mas explicação do fenômeno ético. Percebe-se, que Tugendhat critica a concepção de moral de Schopenhauer de uma perspectiva normativa, justamente objeto da crítica do primeiro.

5. A caridade e o Direito

Além dessa marca, o discurso de Pórcia serve como uma perspectiva crítica ao mundo jurídico atual, pois reforça o conceito de “próximo”. Sobra visão social e realismo no texto de Shakeaspeare, já que os pressupostos sociais das relações entre os homens na sociedade moderna acabaram por tornar os próprios indivíduos objetos. O discurso de Pórcia não fica indiferente contra a coisificação, agarrando-se necessariamente no conceito de próximo, firmando uma ideia de justiça inseparável de uma compreensão da sociedade, além de uma mera doutrina interior de igualdade.

Conforme o exposto, verifica-se o desenvolvimento do paradigma da alteridade humana, deslocando a marca da existência autossuficiente do “Eu”, típica da modernidade, para o reconhecimento da importância do “próximo”. Dessa forma, o a defesa de Pórcia parece ter seu ponto de partida no reconhecimento da alteridade do outro, indo além das perspectivas da subjetividade Moderna. Verifica-se, portanto, a presença de um conceito de igualdade verdadeiro, pois afasta a suposição de que cada indivíduo depende apenas de si mesmo para se manter e de que a presença do próximo (ou do “outro”) seja completamente dispensável.

Essas ideias trazem uma forte vinculação moral à perspectiva jurídica, pois o discurso de Shakespeare mostra acima de tudo que o Direito precisa de uma justificação. Portanto, desponta o problema da legitimação da autoridade que a lei supõe. Esse problema propõe a discussão sobre a legitimidade do uso da violência ao serviço da justiça, ou de fins considerados suficientemente justos para legitimar determinadas previsões legais.

6. Conclusão

O texto de Shakespeare (exteriorizado na personagem Pórcia) apresenta uma forte vinculação com o discurso ético e jurídico de Arthur Schopenhauer. Em ambos, visualiza-se a necessidade de buscar nas relações humanas o centro referencial fundamentação da moral e do Direito. Para o filósofo, enquanto que a Moral, através da análise da conduta humana, se preocupa com a prática da (in) justiça, o Direito tem por centro de referência o sofrer injustiça.

Dessa forma, cabe a lei assegurar os direitos de todos, protegendo os cidadãos do sofrimento da injustiça causada pela ação egoísta. A prática da justiça e o não sofrer injustiça se apresentam fortemente relacionadas no fundamento moral apresentado por Schopenhauer. Esse aspecto é de vital importância para as discussões jurídicas modernas, já que os principais filósofos do Direito parecem ignorar as construções teóricas de Schopenhauer, abandonando o discurso de Pórcia, segundo o qual no cumprimento da justiça (lei), nenhum de nós vai encontrar a salvação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre o fundamento da moral*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

_____. *O mundo como vontade e como representação*. São Paulo: Edunesp, 2005.

SHAKESPEARE, William. *O Mercador de Veneza*. Trad. F. Carlos de Almeida Cunha Medeiros e Oscar Mendes. São Paulo: Martin Claret, 2007.

TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1996.

(Artigo recebido em 06/11/2013 e aceito para publicação em 12.12.2013)

DOI: <http://dx.doi.org/10.17793/rdd.v3i5.552>

9. A EXPRESSÃO “UMA LIBRA DE CARNE” NA OBRA *O MERCADOR DE VENEZA*: METÁFORA OU LITERALIDADE? EIS A QUESTÃO!

9. THE EXPRESSION “A POUND OF FLESH” IN THE “MERCHANT OF VENICE”: IS IT A METAPHOR OR LITERAL EXPRESSION? THAT IS THE QUESTION!

Ângela Kretschmann¹²⁵
Celso Augusto Nunes da Conceição¹²⁶

Resumo: Pretendendo (re)direcionar o final da obra de William Shakespeare em *O Mercador de Veneza*, sem que a trama contratual seja desfeita na sua origem, insere-se a questão linguística no seu aspecto semântico: a metáfora do termo “uma libra de carne”. A partir daí, o personagem que provocou toda a questão jurídica envolvendo a lei e o poder, Shylock, pôde se utilizar desse recurso linguístico na contra-argumentação das determinações de Porcia¹²⁷ na cena do juízo, não para seu benefício, mas para diminuir a penalidade imposta. Os diálogos reescritos com a roupagem semântica pró-réu levam o leitor a uma nova reflexão.

Palavras-chave: Uma libra de carne, Literalidade e Metáfora

Abstract: Trying to (re)direct the end of the play of William Shakespeare in *The Merchant of Venice*, preventing that the contractual plot is undone in its origin, we place the language issue in their semantic aspects: the metaphor of the term “a pound of flesh”. From this point of view, the character that caused the entire legal matter involving the law and power, Shylock, could use that language resource in the counter-argument of the determinations of Portia in the judgment scene, not for his benefit, but to decrease the penalty which was imposed. The dialogues with semantic perspective rewritten pro-defendant lead the reader to rethink the condemnation.

Keywords: A pound of flesh, Literality and Metaphor.

1. Breve sinopse da obra *O Mercador de Veneza*

No século XVI, Shakespeare escreveu a peça intitulada *O Mercador de Veneza*. Começa com Bassanio querendo cortejar Pórcia, herdeira do rico Belmont, mas está sem

¹²⁵ Professora e Coordenadora do Curso de Direito do Cesuca, Mestre em Direito pela PUC/RS, Doutora em Direito pela Unisinos/RS, Pós-doutora pelo Institut für Information-, Telecommunication- and Media Law (ITM), Münster, Alemanha. E-mail: angelak@unisinos.br

¹²⁶ Professor das disciplinas de *Português Jurídico* e *Direito e Linguagem* no Cesuca, Mestre e Doutor em Linguística Aplicada na PUCRS. E-mail: celsus@terra.com.br

¹²⁷ Ou Pórtia (Portia), dependendo de quem traduziu o texto original.

dinheiro. Então recorre ao seu amigo Antonio, que, apesar de ser rico, não consegue emprestar do seu dinheiro para o amigo porque está comprometido com investimentos em no exterior, mas resolve o problema pedindo um empréstimo de três mil ducados ao judeu Shylock. Este aguardava ansiosamente uma oportunidade para se vingar de Antonio, que o maltratava muito em função de ser cristão e Shylock um judeu, que era agiota, impondo condição fora dos padrões éticos e morais: caso o empréstimo não for pago no prazo de três meses, Antonio dará um pedaço de sua própria carne a Shylock.

O pior aconteceu: os navios de Antônio naufragaram e o deixaram numa posição desconfortável, para não dizer que a situação estava muito complicada. Bassânio fica sabendo disso por carta enviada pelo próprio Antônio. Fica desesperado e fala com Pórcia, que o tenta acalmar e pagar Shylock, que aproveita o caso e leva seu devidos à corte para que a penalidade seja reconhecida pela justiça a fim de que ele próprio possa aplicar a referida multa.

Começa aí o problema! Shylock não quer a multa financeira, quer arrancar uma libra de carne, pois seu ódio pelos cristãos, principalmente a Antônio, é muito forte.

Sabendo que ele quer mutilar o seu devedor, Pórcia resolve ela mesma fazer a defesa de Antônio na corte. Ela e Nerissa, sua dama de companhia, vestem-se de homens e vão à corte disfarçadas. Consegue argumentar para que ele não execute o seu plano, fazendo com que, além de não conseguir tirar “a libra de carne” de seu inimigo, também deixá-lo sem dinheiro.

Nesse meio tempo, Jéssica, a filha de Shylock, enamora-se com Lourenço e parte com ele levando boa parte do dinheiro do pai. Shylock fica muito mais furioso e, claro, quer uma vingança maior porque acredita que Antônio a ajudou a fugir.

Já no tribunal, Pórcia, substituindo o Doutor Baltazar, começa a ler o contrato em voz alta. Consegue persuadi-lo com uma manobra jurídica, mas ilegal, e fazê-lo, além de não conseguir o seu objetivo, ainda deixar metade de sua herança para Jéssica e Lorenzo. Doge perdoa Shylock.

Depois do julgamento há um problema com um anel que foi deixado pela Pórcia para Bassânio e ele não o tinha mais, mas pergunta a Antonio sobre a fidelidade de seu esposo e fica feliz porque garante que Bassânio é fiel.

No final, Pórcia conta toda a verdade a Baltazar e junta-se a Bassânio para compor com os outros dois casais, Lorenzo e Jéssica e Nerissa e Graziano para compartilhar a felicidade em conjunto.

Apesar de existirem várias traduções do livro em questão, foram selecionados dois tradutores¹²⁸ em particular, os que mais se aproximaram em termos de significação, principalmente para os objetivos deste estudo.

2. Algumas fontes históricas e precursoras da obra de Shakespeare

O autor de *O mercador de Veneza* inspirou-se na coleção de contos de Ser Giovanni, escrita em língua italiana aproximadamente em 1378, tendo o nome de *Il Pecorone*. Nela está a expressão que ele se utilizou para a penalidade que Shylock impôs a Antônio: “uma libra de carne”. Essas afirmações estão baseadas na dissertação de Bonacin (2012)¹²⁹, conforme seu excerto:

(...) Shakespeare tomou emprestada a história da penhora de uma libra de carne humana, bem como suas circunstâncias e a exigência do judeu para o seu cumprimento, e também o incidente do anel de casamento e a dama de Belmonte. Portanto, a versão mais próxima, de uma forma geral, de *O mercador de Veneza*, é, sem dúvida, *Il Pecorone*. Tal obra assemelha-se em tantos detalhes à peça de Shakespeare que se pode considerá-la a sua fonte principal.

Ainda segundo Bonacion (2012), outras versões sobre o pagamento de dívidas com parte do corpo humano, especificamente “uma libra de carne”, são encontradas em alguns contos religiosos da Pérsia e Índia, em plena Antiguidade. Ela acrescenta, em seu estudo, obras do Ocidente, que possivelmente tenham servido de inspiração para Shakespeare. Vejamos sua redação:

No Ocidente, as antigas leis romanas das Doze Tábuas deram a base legal para contos envolvendo esse tema. Conforme a Lei das Doze Tábuas, os credores, sob certas circunstâncias, poderiam dividir entre si o corpo do devedor. As histórias em torno desse assunto começaram a assumir uma forma moderna a partir do século XII, mas a primeira versão em língua inglesa do tema foi encontrada no poema *Cursor Mundi* (final do século XIII) e também tinha como credor um judeu.

Até aqui a figura do judeu é inserida em todas passagens, mas há o manuscrito *Gesta Romanorum*, coletânea de histórias medievais do século XIV, que foi traduzido por Richard Robinson dois séculos depois com duas versões em inglês, que não faz alusão a ele, contudo

¹²⁸ Beatriz Viégas-Faria (2012) e Nelson Jahr Garcia.

¹²⁹ Dissertação de Mestrado. Vide referência bibliográficas.

mantém a história da libra de carne há menção, entretanto, à figura do judeu. (BONACIN, 2012)

Outras semelhantes podem ser encontradas em *A balada da crueldade de Germutus*, *O Orador*, *The Jew* e *O Judeu de Malta*, entre outros que são objeto de estudos dessa autora.

3. O contrato e a penalidade

A partir do estabelecimento do contrato entre Bassânio, Antônio e Shylock, a história começa a tomar o rumo da pretensão que tem o judeu em se vingar da pessoa que mais lhe “judiou”¹³⁰ ao longo de seus encontros.

Essa contratação institui os valores de três mil ducados a ser pago em três meses, conforme diálogo¹³¹ entre quem precisava do dinheiro e quem emprestaria:

Shylock – Três mil ducados, pois bem.

Bassânio – Sim, senhor, por três meses.

Shylock – Por três meses, pois bem.

Bassânio – Durante os quais, como eu lhe expliquei, Antônio é o meu fiador.

Shylock – Antônio é o fiador, pois bem.

Bassânio – O senhor tem condições de me ajudar? Pode me fazer este obséquio? Poderia me dar uma resposta?

Shylock – Três mil ducados por três meses, e Antônio como fiador.

Em função de o necessitado não ter garantias pecuniárias para o empréstimo, Shylock se via diante de um momento ímpar: a possibilidade da desforra quando Bassânio disse que o seu amigo Antônio seria o fiador. Partiu para uma exigência que contrariava o direito à vida, mas que ensejava, se escrito, o cumprimento de um acordo que lhe permitiria executar o seu plano. Ele deixa claro para Antônio o porquê está fazendo essa exigência. Importante acompanhar uma parte do diálogo entre eles (Ato 1, cena III):

Shylock – Três mil ducados; é um bonito número, redondo. Três meses em doze, então deixem-me ver, à taxa de...

Antônio – Ora, Shylock, seremos então seus devedores?

Shylock – Signor Antônio, muitas e muitas vezes no Rialto o senhor me taxou disso e daquilo por causa dos meus dinheiros e das minhas taxas de juros. Sempre aceitei tudo com paciência, com um dar de ombros, pois este é o emblema¹³² de toda a nossa tribo: resignar-se, sofrer

¹³⁰ Termo originado pela antiga tradição antissemita imputada aos judeus, que hoje se caracteriza como preconceito racial no seu uso, mas que neste artigo tem o caráter didático.

¹³¹ Tradução de Beatriz Viégas-Faria (2012)

¹³² Nota da tradutora Beatriz Viégas-Faria. Os judeus de Veneza eram obrigados a usar um distintivo na forma de um “O” amarelo.

em silêncio. O senhor me chama de infiel, de cão[23]¹³³ raivoso, e cospe na minha gabardina de judeu. E tudo porque faço uso daquilo que é meu. Pois bem, agora parece que você está precisando de minha ajuda. O que acontece? Você vem a mim e diz: “Shylock, nós queremos ter dinheiros”; é o que você diz, você que jogou o seu catarro nas minhas barbas e me chutou como quem enxota um vira-lata intruso porta afora, e você vem me pedir dinheiros. O que será que eu devo lhe responder? Eu poderia perguntar: “Um cachorro tem dinheiro? Pode um cachorro emprestar três mil ducados?”. Talvez eu devesse me curvar em profunda reverência e, no tom de voz de um escravo, com a respiração suspensa e com sussurrada humildade, eu devesse dizer: “Mui justo senhor, o senhor cuspiu em mim na última quarta-feira, o senhor me enxotou em um tal dia e, de outra feita, me chamou de cachorro; e, em consideração a essas cortesias, vou lhe emprestar estes tantos dinheiros.”

Antônio – Estou a ponto de te chamar assim de novo, de cuspir em ti de novo, de te enxotar a pontapés também. Se queres emprestar esse dinheiro, empresta não como se fosse para amigos, pois quando é que um amigo toma de outro amigo a ninhada de seu estéril metal? Pelo contrário: empresta o teu dinheiro ao teu inimigo, àquele que, se for à bancarrota, tu podes com um sorriso no rosto cobrar dele a multa devida.

Shylock – Ora, veja só, como o senhor ficou irado! Meu desejo era ser seu amigo, e ter sua afeição, esquecer os insultos com que me manchou a mim, suprir suas necessidades de agora e não aceitar nem um tostão de juro pelos meus dinheiros, mas o senhor não quer me ouvir. Minha oferta é benevolente.

Bassânio – Deveras, isso seria benevolência.

Shylock – E meu desejo é provar essa benevolência. Venha comigo a um notário, me ponha o seu selo e a sua assinatura nessa letra promissória única e livre de condições... e, só por brincadeira, se você não me pagar o que deve no dia previsto, no local previsto, tal quantia ou quantias como descritas na promissória, que seja a multa exatamente uma libra de sua carne clara, a ser cortada e tirada de qualquer parte do seu corpo que eu nominar.

Antônio – Está bem, dou-lhe a minha palavra! Aponho o meu selo a essa promissória, e posso dizer que tem muita benevolência num judeu.

Nas últimas duas falas, as expressões “uma libra de carne” e “por brincadeira” sintetizam o cerne do produto de Shylock para a execução de seu plano. A primeira por se constituir, inicialmente¹³⁴, pela literalidade em função de a história da violência humana estar internalizada pela questão racial cristianismo/judaísmo; a outra, pelo seu caráter informal com o propósito de induzir a quem se submete a um acordo daquele nível a uma execução aparentemente imprópria.

¹³³ Idem. Para os judeus, os cães eram sinônimo de sujeira, imundície.

¹³⁴ Na obra, o termo assumiu a literalidade inquestionável, mas neste artigo possibilita metaforizá-la.

4. As expressões “uma libra de carne” e “por brincadeira”

Primeiramente é importante ressaltar que os estudos linguísticos estão presentes em todas as áreas. E o alerta para os problemas de tradução se faz necessário para embasamento de nosso propósito. Especificamente neste artigo, um estudo de Lacan¹³⁵, que gerou uma legião de pesquisadores de suas investidas no campo da linguagem, é apresentado por Inês Oseki-Dépré¹³⁶ em seu artigo intitulado *A tradução brasileira dos Escritos de Jacques Lacan: de uma libra de carne*. Para melhor ilustrar essa literalidade na obra *O Mercador de Veneza*, o excerto a seguir deixa o leitor, de certa forma, mais familiarizado com o tema, principalmente porque é necessária essa passagem literal para a metáfora da expressão:

Em suma, uma tradução que, nem por ser literal, se aproximaria disso o máximo possível. A segunda parte de sua exposição introduz, ainda a respeito de “re-elevante”, um paralelo com Shylock, a personagem do Merchant of Venice. Derrida gostaria, diz ele, de “introduzir (sua palavra) no mercado” na espera de “um reconhecimento de dívida”. The Merchant dá ocasião a Derrida de justificar ao mesmo tempo a introdução da palavra “re-elevante” na língua francesa e construir uma metáfora¹³⁷ sobre a tradução pois trata-se nesse caso 1) de um engajamento, 2) de uma dívida; 3) do pagamento dessa dívida (que será anulada?); 4) da impossibilidade da tradução literal, da libra de carne¹³⁸ (que corresponde a uma quantia de dinheiro mas cuja correspondência é impossível assim como é impossível a relação entre literalidade singular e a arbitrariedade do signo¹³⁹ e 5) sua conversão em sentido. Lembrêmo-nos de que Shylock é enganado por Portia (disfarçada de advogada), que ele é impelido a “perdoar” sua dívida para salvar a vida de um homem e que esse perdão acarreta na anulação de sua dívida, na perda de seus bens e na sua conversão ao cristianismo,

Para isso, a fala de Shylock no original em inglês (ato 1, cena III) é indispensável para que se possa perceber a dualidade na tradução, mesmo com sutis diferenças, garantindo que a expressão determinante para o objetivo deste estudo foi utilizada no original. Trata-se aqui do diálogo em que Shylock aceita emprestar dinheiro, mas aplica a penalidade caso não seja feito o pagamento:

This kindness will I show. Go with me to a notary, seal me there. Your single bond; and, **in a merry sport**, if you repay me not on such a day, in such a place, such sum or sums as are express'd in the condition, let the forfeit be nominated for an equal **pound of** your fair **flesh**, to be cut off and taken In what part of your body pleaseth me.

¹³⁵ Jacques-Marie Émile Lacan (1901-1981), psicanalista francês que buscou na linguística saussuriana a relação significante/significado e na antropologia estrutural de Lévi-Strauss a base de seus escritos.

¹³⁶ Universidade de Provence. Tradutora de: Jacques Lacan, *Escritos*, São Paulo, Editora Perspectiva, 1978.

¹³⁷ Nosso grifo.

¹³⁸ Idem.

¹³⁹ Idem; segundo Saussure, em seu *Curso de Linguística Geral* (1916), estabelece a relação significante/significado para o signo linguístico, em que o primeiro é a ‘imagem acústica do som’ e o segundo o ‘conceito ou ideia’ que o significante provoca.

Como foi mencionado anteriormente, as duas obras traduzidas contêm algumas diferenças de significado em função do entendimento contextual que cada um entende como mais apropriado, mas que mantêm inequivocadamente o conteúdo significativo do original, sobretudo a expressão “por brincadeira”.

Na tradução de Néelson Jahr Garcia,

Quero dar-vos prova dessa amizade. Acompanhai-me ao notário¹⁴⁰ e assinai-me o documento da dívida, no qual, **por brincadeira**¹⁴¹, declarado será que se no dia tal ou tal, em lugar também sabido. a quantia ou quantias não pagardes, concordais em ceder, por equidade, **uma libra de** vossa bela **carne**¹⁴², que do corpo vos há de ser cortada onde bem me aprouver.

e na de Beatriz Viégas-Faria,

E meu desejo é provar essa benevolência. Venha comigo a um notário, me ponha o seu selo e a sua assinatura nessa letra promissória única e livre de condições... e, só **por brincadeira**¹⁴³, se você não me pagar o que deve no dia previsto, no local previsto, tal quantia ou quantias como descritas na promissória, que seja a multa exatamente **uma libra de** sua **carne**¹⁴⁴ clara, a ser cortada e tirada de qualquer parte do seu corpo que eu nominar.

as expressões “por brincadeira” e “uma libra de carne” foram por ambos entendidas como as que correspondem às do original em inglês “in a merry sport” e “na pound of flesh”, respectivamente.

4.1 Literalidade

A literalidade da expressão “uma libra de carne” é inquestionável na obra. Não fosse assim, não seria possível aquele complexo julgamento, como também a literalidade de “por brincadeira”, que é entendida nos dois textos, segundo Houaiss (2009), por

brincadeira

substantivo feminino

ato ou efeito de brincar

1 jogo, divertimento, esp. de crianças; passatempo

2 gracejo, zombaria, piada

Ex.: *pus-lhe um apelido e ele não gostou da b.*

3 ato que se pratica por exibicionismo ou falta de juízo e que acaba mal

Ex.: *ele participou de um pega e, com essa b., acabou no hospital*

4 Uso: informal.

coisa de pouca seriedade, fácil de resolver

¹⁴⁰ Indivíduo responsável pela elaboração de documentos públicos; tabelião (Houais, 2009)

¹⁴¹ Grifo nosso.

¹⁴² Idem.

¹⁴³ Idem.

¹⁴⁴ Idem.

ver sinonímia de divertimento, jocosidade, passatempo, patuscada e zombaria

4.2 Metáfora

As metáforas são constituídas por expressões que têm seus significados diferentes dos que comumente são conhecidos nos dicionários. Seus significados são desviados do senso comum em contraposição à literalidade. Segundo Lakoff e Núñez (2000, p. 39),

Metáforas, durante muito tempo, vistas como figuras de linguagem, têm mostrado ser um processo central no pensamento do dia a dia. Metáfora não é apenas um ornamento; é o meio fundamental pelo qual o pensamento abstrato se torna possível. Um dos principais resultados nas ciências cognitivas é que os conceitos abstratos são tipicamente compreendidos, via metáfora, em termos de conceitos mais concretos.

Ferreira (2008) fez um estudo acerca das metáforas convencionais em que selecionou algumas expressões, dentre elas, *To get a pound of flesh from human beings*, em que traduz literalmente para *tirar uma libra de carne dos seres humanos* e no sentido metafórico é *explorar alguém*.

Essas relações de significado envolvendo a literalidade e a metaforização embasam a proposta deste estudo no que tange à alternativa que Shylock tinha para contra-argumentar no julgamento em que Antônio era o réu, diminuindo assim a penalidade revertida para ele própria em função da astúcia de Pórcia.

5. O julgamento: Shylock tinha alternativa

Como não foi possível o pagamento de Antônio para Shylock no prazo determinado, e também porque não interessava ao judeu qualquer valor pecuniário, e sim a multa proposta na ocasião em que deu o empréstimo a Bassânio e recebeu a nota promissória assinada com a fiança de Antônio, muito amigo de Bassânio. Com o contrato para ser executado, queria ele que a justiça fizesse jus ao que estava acordado entre eles: a multa para poder se vingar do cristão tirando “uma libra de carne” de qualquer parte do corpo do fiador.

Começa o julgamento com o Doge abrindo a sessão e já sugerindo ao reclamante para ter misericórdia do seu devedor. Ora, quando Shylock estabeleceu a multa daquele tipo, já estava com o firme propósito de derramar todo o ódio sentido pela forma com que era tratado pelo cristão Antônio, que agora estava sentado no banco dos réus.

Nenhum argumento convencia o credor para voltar atrás e receber a multa em dinheiro. Pelo contrário, Shylock exigia mais ainda que se fizesse justiça, inclusive provocando o Doge dizendo que as leis de Veneza eram uma vergonha.

Doge quase dissolveu o tribunal caso o Bellário, um erudito doutor em leis e a quem o duque mandou buscar para deliberar a questão, não chegasse a tempo para o pleito. Mas eis que chega um mensageiro com uma carta comunicando que Bellário seria substituído por Baltasar, um jovem advogado que conhecia muito bem a causa que defenderia. Na verdade, era a própria Nerissa, a dama de companhia de Pórcia, que levou a carta. As duas já tinham combinado para executarem o plano de se travestirem de homem para poder ajudar o amigo de seu esposo Bassânio. E Pórcia fazendo o papel do jovem advogado.

Enquanto isso, Graciano, amigo dos dois devedores, mantinha o discurso persuasivo para que Shylock desistisse de seu intento. Infrutíferas quaisquer investidas de quem quer que fosse. O judeu estava com ideia fixa e, de certa forma, desconfiado com o cumprimento da lei por parte de quem estava no comando do tribunal. E dizia frases fortes questionando a atuação da justiça.

Chega Pórcia e já toma o seu lugar para fazer a defesa do mercador, mas antes começa com um discurso para despertar a confiança de Shylock. Num dos diálogos iniciais, são estabelecidas as preliminares formais de identificação, ficando o judeu respondendo a todas com uma certa desconfiança.

Pórcia tenta em vão dissuadi-lo de seu propósito, mas sempre com indicativos de que estava tentando manter o seu direito de cobrar o que era devido, mesmo que não fosse moral. Ela pergunta aos devedores se querem fazer alguma proposta, no que de pronto Bassânio oferece três vezes mais o que devia, mas Shylock está irredutível. Pórcia, então, parte para a sua tática de convencimento e diz

– Esta promissória já venceu, e, por lei, segundo este documento, o judeu pode requerer a sua libra de carne, a ser cortada por ele o mais perto possível do coração do mercador. Seja piedoso: leve o triplo do dinheiro; peça-me para rasgar a promissória.

Com isso, Pórcia começa a aplicar um tipo de rabulice¹⁴⁵ e o judeu começa a se entusiasmar e responde

– Quando ela estiver paga de acordo com o seu teor. Está me parecendo que você é um juiz de muito valor, que conhece a lei, e a sua preleção foi bastante sólida. Solicito que o senhor, de acordo com a lei, da qual o senhor é meritariamente um pilar, proceda de imediato ao julgamento.

¹⁴⁵ Segundo Houaiss (2009), três significados: 1. ato, arrazoado ou procedimento próprio de rábula; rabularia; 2. palavras que nada provam ou concluem; rabularia; 3. prática desleal cometida por advogado no decorrer do processo; chicana (Rubrica: termo jurídico).

Por minha alma, juro que não há força nas palavras de nenhum homem que possa modificar minha decisão. Esta é a minha posição: quero cobrar minha promissória.

Concomitantemente a isso, Antônio clama pelo veredito, resignando-se pela perda de sua vida, mas Pórcia não lhe dava ouvidos e continuava com o seu estratagema convencendo Shylock de que se faria justiça naquele tribunal. Mais alguns breves diálogos para se confirmar a preparação para a rabulice tomar corpo:

Pórcia – Mas, então, é isto: o senhor deve preparar o peito para a faca dele.

Shylock – Ah, que nobre juiz! Ah, que excelente jovem!

Pórcia – Não há dúvidas: a significação e a intenção da lei autorizam a cobrança da penalidade que, como nos mostra esta promissória, lhe é devida.

Shylock – É a mais pura verdade. Ah, que juiz sábio e correto! Sois tão mais velho que a vossa aparência!

Pórcia – Assim sendo, o senhor pode despir o seu peito.

Shylock – Sim, o seu peito. É o que diz a promissória, não é, nobre juiz? “O mais perto possível do coração”: são essas exatamente as palavras.

Pórcia – É isso mesmo. Temos uma balança aqui, para pesar a carne?

Shylock – Tenho uma de prontidão.

Pórcia – Tenha também um médico de prontidão, Shylock, às suas custas, para estancar as feridas, para que ele não sangre até a morte.

Shylock – Isso está discriminado na promissória?

Pórcia – Isso não está discriminado, mas, e daí? Seria bom que o senhor agisse assim, por caridade.

Shylock – Não estou encontrando; não está escrito na promissória

Pórcia continua com a sua estratégia de fazer perguntas a todos, inclusive a Antônio, que diz estar preparado e pega a mão de Bassânio e lhe diz Adeus pedindo que não sofra por ele porque não está arrependido de nada e acrescenta que fez tudo por amor. Por outro lado, Bassânio diz que preferia perder tudo para pô-lo em liberdade. Pórcia diz a ele que sua esposa gostaria de ouvir isso. O próximo foi o judeu a dizer algo, tendo respostas que lhe agradavam muito:

Shylock – E são esses os maridos cristãos! Eu tenho uma filha; preferia que qualquer um da linhagem de Barrabás fosse seu marido, em vez de um cristão! Estamos perdendo tempo; peço-te que prossigas com a sentença.

Pórcia – Uma libra da carne deste mercador aqui é tua; esta corte te garante isso, e a lei te concede isso.

Shylock – Corretíssimo juiz.

Pórcia – E o senhor deve cortar a carne do peito dele. A lei permite, e este tribunal determina.

Shylock – Mui douto juiz! Que sentença! Vamos, prepare-se.

Nesta hora, Pórcia impõe a derrocada de Shylock, pois a sua rabulice se efetiva quando exige algo impossível de acontecer se a “libra de carne” for retirada:

Pórcia – Espere um minutinho, tem mais uma coisa. A promissória não prevê que te aposses do sangue do mercador. As palavras

dizem expressamente “uma libra de carne”. Então, pega a tua promissória e pega a tua libra de carne, mas, ao fazer o corte, se tu derramares uma única gota de sangue cristão, tuas terras e todos os teus bens serão confiscados pelas leis de Veneza e passarão a ser propriedade do Estado.

Graciano – Ah, que juiz honrado! Preste atenção, judeu... que juiz erudito!

Shylock – É essa a lei?

Pórcia – Tu mesmo podes ver o texto da lei. Pois, como tu clamavas por justiça, podes estar seguro de que terás mais justiça do que querias.

A partir de agora, Shylock se utilizaria de um recurso linguístico¹⁴⁶, especificamente da área da Semântica:

Shylock – Já que é assim, então vamos retomar o contexto em que foi elaborado o contrato.

Pórcia – prossiga em sua contra-argumentação.

Shylock – A multa “uma libra de carne” corresponde a uma expressão metafórica e eu quero que seja considerada como tal.

Pórcia – Sabe-se que a letra fria da lei é o que está escrito.

Shylock – As pessoas também se comunicam por metáforas, mesmo com o que está escrito.

Pórcia – Mas não é o caso.

Shylock – As metáforas são construídas na convivência das pessoas, constituindo-se como uma arbitrariedade do signo. Isso é convencional e o que se convencionou deve ser aceito.

Pórcia – A lei é outra coisa. Tem regras e vocabulário próprio.

Shylock – A língua também tem regras. Não fosse isso, não nos entenderíamos. E mais: o vocabulário é o mesmo, diferenciando-se somente no que é formal e informal.

Pórcia – Onde você quer chegar?.

Shylock – Que se entenda que a expressão é metafórica. Portanto, não vou tirar nenhum pedaço físico de carne.

Shylock começa a virar o jogo porque Pórcia precisa provar que metáfora não pode ser aceita e não consegue.

Pórcia – Prove que a expressão é metafórica e não literal.

Shylock – Simples, tenho prova testemunhal de que utilizei explicitamente a expressão “por brincadeira”.

Pórcia – “Por brincadeira” não estava escrito, o que vale é o que está na Nota Promissória.

Antônio, que estava assumindo a retirada de “sua carne”, ouvindo o seu desafeto abrir mão da violência em uma manobra semântica e vendo a possibilidade de que a rabulice de Pórcia ficou enfraquecida, deu o seu aparte.

Antônio – Sugiro que se entre em um acordo.

Pórcia – Shylock, você está abrindo mão de violentar o seu devedor?

Shylock – Sim! A propósito, Vossa Excelência se utilizou de uma metáfora para me fazer pergunta.

¹⁴⁶ As “novas falas” de Shylock doravante estarão em negrito e entre parênteses as “originais”.

Pórcia – Na língua falada é possível utilizá-la. Mas vamos ao que realmente interessa. Você não terá o pagamento de sua multa em “uma libra de carne” e nem o valor da proposta de receber três vezes o valor do empréstimo.

Shylock – Primeiramente, a metáfora interessa sim e foi com ela que consegui reverter a penalidade imposta por esse tribunal. Segundo, concordo em não me saciar do meu ódio histórico, mas não de não receber o que eu emprestei. Minha contraproposta então é receber o valor emprestado sem os juros.

Antônio, mais uma vez pede um aparte antes de a *Pórcia* se pronunciar e oferece o valor estipulado por *Shylock*.

Pórcia – Diante de tal celeuma e atendendo as partes interessadas, sentencio *Shylock* a não aplicar a sua multa mutilatória e a Antônio o pagamento do valor recebido por empréstimo sem que haja qualquer ônus de inadimplência. E está encerrada a sessão.

6. Considerações finais

Materializado um *insight* sobre como seria se “uma libra de carne” se constituísse em uma metáfora, como ficariam os diálogos na argumentação de *Pórcia* e na contra-argumentação de *Shylock*, entendemos que o exercício ficcional jurídico-semântico conseguiu atingir a proposição inicial.

Constatamos, ao longo deste ensaio, que envolveu duas áreas completamente afins, que é indispensável gerar contextos potencialmente possíveis em cada área como também hibridizá-las em função da necessidade do exercício do senso literal e metafórico constantes. Assim, poderão ser vislumbradas circunstâncias que poderão ser desambigüalizadas, se for o caso, com mais propriedade.

Especificamente quanto às expressões que constituíram o âmago deste artigo, “uma libra de carne” e “por brincadeira”, podemos inferir, sem incorrer em erro, que existe a possibilidade de o Antônio ter sido ingênuo em não acreditar que ele estivesse falando na literalidade e também de ter a consciência de que o faria, mas de que a justiça não o atenderia, constituindo assim mais um objeto de estudo pela abordagem linguístico-jurídica (ou jurídico-linguística?).

Quanto à eliminação dos diálogos finais da obra, torna-se necessário esclarecer que a possibilidade de mantê-los foi pensada, mas, diante da quantidade de que a presente peça contém e da restrição de páginas que se impõe a um artigo, convém ao leitor fazer um cotejamento dos diálogos a partir do momento em que *Shylock* não aceita a chicana aplicada pela *Pórcia*.

Fica aqui o nosso convite para suas incursões pelo universo dicotômico Direito e Linguagem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONACIN, Larissa Degasperini. *Shylock e O Mercador de Veneza: reflexões sobre questões de identidade e alteridade, ontem e hoje*. Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do Grau de Mestre ao Curso de Mestrado em Teoria Literária do Centro Universitário Campos de Andrade – UNIANDRADE. Curitiba, 2012.

DOMINIO PÚBLICO. <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000094.pdf> (acesso em 04/01/2014) -

FERREIRA, Luciana Correa. Metáfora conceitual e linguística de corpus. Pág. 156-167 (Apud Calidoscópio, São Leopoldo : Unisinos, 2008.

LAKOFF George, NÚÑES, Rafael. Where mathematics come from? New York: Basic Books, 2000. Apud Costa, Jorge Campos

SHAKESPEARE, William; tradução Beatriz Viégas-Faria. O mercador de Veneza. Porto Alegre, RS: L&PM. Edição POCKET. 2012

SHAKESPEARE, William. O Mercador de Veneza. Tradução de Nélon Jahr Garcia. Coleção Rindendo Castigat Mores. <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/mercador.html> (Acesso em 04/12/2013)

SHAKESPEARE, WILLIAM. O Mercador de Veneza. Versão em inglês. http://www.goodreads.com/ebooks/download/24128.The_Merchant_of_Venice (11/01/2014) “ou” <http://shakespeare.mit.edu/merchant/index.html>

UNIVERSIDADE DE PROVENCE . A tradução brasileira dos Escritos de Jacques Lacan: de uma libra de carne. Tradutora de: Jacques Lacan, Escritos, São Paulo, Editora Perspectiva, 1978. http://www.revista-silene.com/f/index.php?sp=comm&comm_id=72, Acesso em 05/01/2014.

(Artigo submetido em 12/01/2013 e aceito para publicação em 28/12/2013)

DOI: <http://dx.doi.org/10.17793/rdd.v3i5.574>

10. SHYLOCK E O PECADO CAPITAL DA USURA

10. SHYLOCK AND THE CAPITAL SIN OF USURA

Maritza Maffei da Silva^{147 148}

Resumo: O foco principal deste texto gira em torno de uma combinação explosiva: um mercador cristão, Antônio, pede a seu inimigo judeu, o usurário Shylock um empréstimo de 3.000 ducados, aceitando em troca, em caso de não pagamento, a extração de um pedaço de carne de seu corpo. E desde então o desenvolvimento de incidentes de desenrola em ritmo desaviador e vertiginoso.

Palavras-chaves: um Kg de carne, três mil ducados, farsa judicial

Abstract. The nuclear focus of this text falls upon an explosive combination: a christian merchant, Antonio, requires to his jewish enemy, the usurer Shylock, a loan of 3000 ducades accepting as a fine the extraction of his own flesh if the amount won't be paid at the end of the agreement, previously defined. From now on the development of the incidents are unrolled into a defiance and vertiginous rythm.

Keywords: a pound of flesh - three thousand ducades - judicial farse.

Das brumas do tempo, chega até nós a escritura teatral de William Shakespeare, 'O Mercador de Veneza', retratando um drama que canaliza emoções como as oriundas do

¹⁴⁷ Maritza Maffei da Silva, graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Santo Ângelo, Iesa, RS. Mestre em Filosofia, pela Universidade Federal de Santa Maria, UFSM, RS. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS, RS. Professora e Pesquisadora nas áreas de Hermenêutica, Filosofia Jurídica em cursos de graduação e pós-graduação. É orientadora na elaboração de monografias, dissertações e teses. Tem textos publicados em várias coletâneas. E-mail: maritzafilo@gmail.com

¹⁴⁸ Este texto foi inspirado na tese de doutorado apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, em 22 de dezembro de 2004, pela autora, sob o título: O Mercador de Veneza de William Shakespeare: Um Encontro na Encruzilhada da Literatura, do Direito e da Filosofia. O livro de mesmo nome da tese foi publicado pela editora Alternativa e teve seu lançamento em 10 de novembro de 2013, na feira do livro de Porto Alegre.

diálogo entre a lei, em seu contexto normativo; às implicações que denunciam o complexo autoritário da aplicação da justiça; e os valores éticos pervertidos que envolvem o pré-conceito e o pré-juízo, para o ângulo hipossuficiente do personagem desfavorecido na trama, o usurário judeu, Shylock.

O 'Mercador de Veneza', que fascinou juristas como Rudolf Von Ihering, psicanalistas como Sigmund Freud, pesquisadores como Wystan Hugh Auden, Fernando Díaz-Plaja, Northrop Frye, René Girard, Barbara Heliodora, Sábado Magaldi, Philip Roth, Daniel Sibony, John Dover Wilson, Frances Yates e muitos outros, nos induzem ao raciocínio que podemos abordar nesta peça desdobrando-a da literatura, interligando-a ao direito e num arremate cênico confrontar filosoficamente os descaminhos do julgamento.

As *dramatis personae* que centralizam os óbices entre vingança, e proteção seletiva, são corporificadas por Antônio, o mercador cristão, amigo do pródigo Bassânio, que necessita de dinheiro ao partir para a conquista da bela Pórcia de Belmonte, mas encontra-se falido.

Antônio está com todos seus navios em alto mar e, momentaneamente, desprovido do alto valor monetário necessário para esta empreitada. A solução que encontram para dirimir esta questão é solicitar o empréstimo de três mil ducados ao usurário judeu Shylock, pessoa hostilizada e afrontada por Antônio e pelos cristãos de Veneza, há longo tempo, a quantia deverá ser devolvida em três meses.

Processa-se o ajuste entre ambos e Shylock decide não cobrar juros, mas sim uma multa, autorizada pela lei das XII Tábuas, legislação vigorante naquela época e local. O contrato é registrado pelo notário: uma libra de carne que poderá ser cortada do local onde bem aprouver ao prestamista.

As partes se ajustam entre si, sem maiores problemas, apesar da vacilação inicial de Bassânio. Jessica, filha de Shylock, resolve fugir com seu pretendente Lourenço, ao mesmo tempo que se apropria de todo dinheiro e jóias que havia na casa paterna, o que comprova sua carência de valores morais e filiais, embora paralelamente ela esteja consciente de sua má conduta.

A trama transcorre em dois locais, Veneza e Belmonte, onde reside Pórcia, alvo do cortejo de três pretendentes que cumprindo as determinações de seu falecido genitor, devem escolher entre três cofres, o que acertar poderá desposá-la numa loteria afetiva, se errar deverá manter-se celibatário e não comentar qual o escrínio escolhido.

Os cofres são, de ouro, escolhido pelo príncipe de Marrocos, que erra; o de prata, opção do príncipe de Aragão, que também falha. Eles partem, e Bassânio chega. Ele elege o cofre de chumbo e torna-se vencedor deste pleito amoroso.

Sigmund Freud e Daniel Sibony oferecem uma possível aproximação hermenêutica-psicanalítica para o significado dos cofres, já Frances Yates procede uma abordagem cujo fio teórico repousa na tradição da cabala.

Em seguimento, há um corte epistemológico no gradual avanço do texto, visto haver desdobramentos paralelos e outras questões, que serão tangenciadas pela necessidade de primarizar seletivamente o núcleo da composição literária.

Em Belmonte, estão reunidos Pórcia, Nerissa, sua dama de companhia, Bassânio, e seu escudeiro, Graciano, quando ingressam Lourenço e Jessica acompanhados de Salânio que chega de Veneza, com uma missiva de Antônio para Bassânio contendo notícias alarmantes.

São transcorridos os três meses do contrato e os navios de Antônio em alto mar naufragaram. Ele está falido e Shylock está protestando a letra vencida e a multa. Bassânio é acometido de uma tardia crise de consciência e Pórcia pede mais informações sobre o fato.

A reação de Pórcia deixa claro que a quantia devida não a intimida e que para salvar o benfeitor de Bassânio, a dívida pode ser duplicada, quadruplicada, que ela assume a responsabilidade pelo numerário, inclusive, em vinte vezes o valor cobrado por Shylock.

O texto originário da peça deixa evidente que Antônio tem clareza sobre as nefastas consequências que podem advir da quebra do que foi ajustado entre as partes, o desrespeito ao *pacta sunt servanda* (os contratos devem ser cumpridos).

Pórcia mente que ela e Nerissa, após o casamento, irão para um retiro espiritual em um mosteiro. E escreve uma carta a seu primo Dr. Belário, que é um jurista notável que vive em Pádua, e adverte seu serviçal que deve entregar esta correspondência a ele e trazer os papéis e as roupas que ele fornecerá.

Torna-se perceptível aos leitores, que está em curso uma operação para engendrar a mentira na verdade, uma lógica perversa, eivada de minúcias paroquiais extraídas do bolso do colete devido a elementos bem pontuais, que estão indissoluvelmente ligados a Shylock, e envolvem as questões de sempre, os dilemas fundamentais das barreiras psicológicas, culturais, éticas, derivadas dos preconceitos e o mais grave, da religião.

Shylock comete um erro crucial, ele esquece que não pode haver efeitos auspiciosos em uma sociedade cristã para quem o judeu é visto como periférico, marginal, *outsider*, discriminado. Ele, ao contrário de Antônio, sendo ambos mercadores, não é protegido pela corporação afetiva dos venezianos.

O desdobramento da peça nos conduz para a discussão do contrato, dos estereótipos relativos aos judeus, da ostensiva manipulação da lei e dos descaminhos pelas trilhas da injustiça.

Nesta altura do drama de Shakespeare, torna-se oportuno ressaltar que o texto nos transporta para a cena do julgamento, ápice teatral que instaura uma posição crítico – reflexiva para perguntas cujas respostas comprometem a idoneidade ética do doge, dos magníficos e de Pórcia de Belmonte.

Shylock pertence a uma minoria perseguida historicamente. O tribunal representa o *animus hostis* dos cristãos, que formam a maioria hegemônica, os quais em momento algum, se apresentam de forma isenta.

Em cena, o agiota, diz a Antônio que só quer receber o que lhe é devido, e por ter tanta certeza nas leis de Veneza, ingenuamente crê-se respaldado pelo contrato que lhe garante o que está cobrando, tanto é que ele diz: - *O doge me fará justiça, e reafirma – Só quero o pagamento.*¹⁴⁹

Antônio, numa surpreendente profissão de fé, alerta Salarino sobre as nefastas consequências que podem advir ante a ruptura do contrato como decorrência da inadimplência que pode levar à ruptura entre as leis de Veneza, o direito dos estrangeiros e a justiça da República, pois o funcionamento do comércio e os lucros oriundos dependem basicamente do respeito ao que foi previamente ajustado e moldado pelas normas.

A etapa a seguir, trata da cena do julgamento, ato IV, cena I onde o doge, os magníficos, Antônio, Bassânio, Graciano, Salarino, Salânio e o público estão a postos, e as manifestações subsequentes demarcam o território ideológico conhecido.

A fala inicial do doge, plena de considerações tendenciosas e afrontosas, recrimina o prestamista judeu, de forma parcial e contundente, revelando os humores e a receptividade em relação ao querelante. Fica claro que o usuário ao litigar, atraiu os rancores, os ódios e a beligerância que os discriminados recebem ante a ótica oficial.

Neste predatório imaginário judaico-cristão, Shylock conserva sua dignidade, não obstante o inventário das perdas iniciarem uma contabilidade desfavorável a ele:

- a justiça perderá para a vingança;
- o judeu sem chances perante o cristão;
- a singularidade para a ostensiva força social tributada à classe dominante.

¹⁴⁹ William Shakespeare, *O Mercador de Veneza*, trad. Carlos Alberto Nunes, 2ª Ed. São Paulo; Melhoramentos, 1958, p. 158. (Doravante a referência a esta obra será convencionada da seguinte forma M.V).

- o sentimento filial sacrificado em prol da cobiça (Jessica);
- a verdade arruinada em prol da fraude;
- o velho testamento alijado por uma concepção tortuosa do novo testamento;
- o semitismo arruinado pelo antissemitismo;
- a integridade perde terreno para o engodo; enfim, cabe destacar que o cenário do tribunal deve ser alvo de uma análise dialética, para que a lide seja esmiuçada em sua origem, e em seus desdobramentos, onde sua finalização forneça argumentos contraditando a decisão final do julgamento, por iníqua, injusta, descabida e antiética.

Ao se iniciarem os trabalhos do tribunal, o doge já se manifesta atribuindo a Shylock todas as qualidades negativas de que o julga merecedor, numa evidente e clara parcialidade e antipatia tributada ao autor da ação. Ele é enquadrado como elemento inferior por sua raça, etnia, religião, costumes e profissão, e é alvo de potente animosidade. Paralelamente, Antônio passa a ser 'herói' de um processo de forçada vitimização enquanto o prestamista é chantageado para desistir de sua pretensão

Antônio, nas palavras do doge transforma-se em 'pobre mercador', o que não deixa de ser uma piada grosseira. Shylock é pressionado a receber apenas a 'metade da dívida', considerando as perdas de Antônio com seus navios.

Ora, a pressão intimidativa fortalece a ideia de que o julgamento é uma farsa, onde o juiz atua como advogado *pro bono* e quer, *manu militari*, obrigar o usurário a agir baseado em falsas razões humanitárias, como numa ação entre amigos, onde o doge quer dispor dos bens do querelante com extrema liberdade.

Shylock baseando-se na segurança da lei, argumenta com propriedade: - *Se me negares, que com o risco seja das leis e liberdade de Veneza*.¹⁵⁰ E, acrescenta, numa evidente falta de diplomacia suas idiossincrasias e aversão em relação ao querelado. E, na amplitude jurídica, podemos dizer que o agiota não precisa justificar suas razões. O contrato lhe garante o respaldo que ele reivindica.

Bassânio inicia suas ponderações. O tempo inteiro, participantes cristãos da trama não cessam de tratar o autor da ação como o 'judeu'. O julgamento assume sua feição desigual, e a questão étnica passa a assumir ares de problema moral, sedimentando um estigma, uma nódoa definitiva.

¹⁵⁰ M. V. p. 168.

É quando Bassânio propõe dobrar a quantia que foi emprestada. Shylock não aceita. O doge lhe admoesta por não expressar piedade quanto a Antônio. O usurário, com arguta observação, lembra que os cristãos de Veneza possuem escravos que não tem os mesmos direitos dos seus proprietários, e lança a grande interrogação: - ...*dar-me-eis o meu direito?*¹⁵¹

A pendência entra as partes assume a feição de duplas visões sobre o contrato. Para Bassânio, e seus aliados, é uma mera questão financeira em que mais dinheiro dirimiria. Já para Shylock é uma situação de meridiana clareza, ao mencionar a escravidão, ele a associa como um exotismo, um paradoxo que pode ser comparado a sua cobrança pela libra de carne, que é amparado pelas leis e decretos de Veneza.

Repentinamente, o doge incide em conduta, cujos maléficos efeitos acionarão o desvirtuamento do processo, ele diz: - *Tenho o poder de dissolver a corte, se Belário, um jurista muito douto que mandei vir para estudar o caso, não puder chegar hoje.*¹⁵²

Ora, um recurso de folhetim é introduzido abruptamente, e com ele, a notícia que chegou alguém de Pádua trazendo correspondência ao tribunal. Antônio em um caso de lamentações numa crise de autopiedade por sua situação, corporifica-se como bode expiatório.

A farsa passa a se desenvolver quando Nerissa adentra no tribunal, vestida como um rapaz e usando, pasmem, insígnias de escrivão, identifica-se como mensageiro do Dr. Belário (primo de Pórcia), proveniente de Pádua e entrega ao doge uma carta. Pelo exame das circunstâncias, perceber-se-á, que Pórcia já havia engendrado um artifício para que o julgamento fosse contido em seus limites discricionários.

Shylock está fadado ao perecimento de sua pretensão, embora ele enfatize: - *Se não consegues desfazer o selo de minha letra, por gritares tanto só cansas os pulmões. Cura esse espírito, mocinho, se não queres que apodreça. Só vim aqui para impetrar justiça.*¹⁵³ A credulidade do prestamista no sistema legal de Veneza chega a ser assustadora. Como refém da desproteção jurídica ele vai padecer da represália dos cristãos, pois, totalmente carente de patrocínio legal.

O doge lê a missiva que lhe foi 'pretensamente' enviada por Belário, que lhe recomenda um jurista bem jovem e erudito que nada mais é do que Pórcia travestida como Baltasar. A partir de seu ingresso no recinto, poderíamos enquadrá-la em delito de 'falsa identidade', além de 'tráfico de influência', pois a intervenção da esposa de Bassânio só pode ser interpretada como ascendência indevida no andamento da lide.

¹⁵¹ M. V. p. 171.

¹⁵² M. V. p. 171.

¹⁵³ M. V. p. 172.

Após uma breve inquirição da jurista improvisada, sobre quem é quem, autor e réu, ela pergunta a Antônio se ele está à disposição de Shylock, ele o admite. Pórcia, então, numa sequência burlesca discursiva em prol do perdão e da clemência o que atenta claramente contra as leis do contrato entre os dois. Shylock devolve o repto e não transige com a farsante, esvaziando seu ideário poético em proveito do que ele reivindica e a lei determina.

A graça, a misericórdia e a clemência são virtudes magníficas, mas não se confundem com a justiça, onde podemos cerrar fileiras junto à concepção Aristotélica que diz, que a justiça não está nos extremos, mas sim no centro onde repousa a mediania. Uma parte não pode ficar com tudo e à outra nada restar. Graça, misericórdia e clemência podem acontecer entre iguais, mas nunca entre cristãos e judeus na Veneza isabelina.

Não obstante, Pórcia admite para Shylock, que: - ... *o severo tribunal de Veneza há de sentença dar contra o mercador.*¹⁵⁴

E, o judeu usurário reforça: - *que os meus atos me caíam na cabeça. Só reclamo a aplicação da lei. A pena justa cominada na letra já vencida.*¹⁵⁵

Ao contrário do comportamento de Pórcia de Belmonte que perante nossas leis penais poderia ser enquadrada em dois tipos, 'delito de falsa identidade' e 'usurpação de função', Shylock persiste apenas em reivindicar o que lhe é devido.

Bassânio, ciente que o público é composto de um número maciço de cristãos que lá estão para apoiar Antônio, intervém; propõe pagar o dobro da quantia emprestada, e, reforçando, oferece dez vezes o valor dos ducados, motivo do litígio. O grande amigo de Antônio, não querendo confiar na boa vontade do prestamista em aceitar o oferecido, apresenta uma pretensa solução: - *torcer a lei uma só vez, ao menos; tendes força para isso. Uma injustiça pequena cometei, para fazerdes uma grande justiça, assim frustrando no seu intento a este cruel demônio.*¹⁵⁶

Esta proposta indecorosa de Bassânio jamais seria intentada, se o oponente de Antônio fosse um cristão. A questão angular desta peça de Shakespeare é, a lei, o contrato que será desvirtuado, na sequência, Baltasar (Pórcia) contudo responde que: - *Não é possível; força alguma pode em Veneza mudar as leis vigentes. Muitos abusos, ante tal exemplo, viriam a insinuar-se na república. Não pode ser.*¹⁵⁷

Com esta fala da pretensa jurista, aclara-se que se as leis podem ser alteradas ou revogadas a bel prazer dos indivíduos, a própria estabilidade da república seria posta em risco.

¹⁵⁴ M. V. p. 174.

¹⁵⁵ M. V. p. 174.

¹⁵⁶ M. V. p. 174.

¹⁵⁷ M. V. p. 174.

Embora não parem dúvidas quanto à legalidade do ajuste, Baltasar reforça tal raciocínio, mas apela: - ... *sê compassivo; aceita triplicada a importância da dívida e permita-me rasgar o documento*.¹⁵⁸

O prestamista não aceita tal dúbio oferecimento, referendando-se nas cláusulas do contrato e nas afirmações da própria Pórcia quanto a sua garantia legal. Shylock pede então que a sentença seja proferida. Aceitando o repto, Baltasar diz a Antônio para descobrir o peito, e pergunta a Shylock se ele tem uma balança para pesar a libra de carne. Ele confirma. Ela então lhe indaga se ele trouxe um médico para acudir ao mercador. Ele responde que isso não faz parte do contrato.

Eis que Bassânio, numa surpreendente dissertação procede a uma escalação afetiva onde situa Antônio numa gradação mais elevada que sua própria esposa, e acrescenta que preferia que ela estivesse no céu para interceder por Antônio.

O fundamento legal do contrato é endossado no momento em que Pórcia profere: - *Pertence-te uma libra aqui da carne do mercador; a corte o reconhece porque a lei o permite. – E deves retirá-la justamente do peito dele; a corte o reconhece porque a lei o permite*.¹⁵⁹ A arenga judicial de Baltasar ao admitir a legalidade e a legitimidade da demanda, afasta qualquer viés de irregularidade ou vício sobre a reivindicação.

Num giro de 180 graus, Pórcia surpreende ao preludiar:

‘Um momentinho, apenas. Há mais alguma coisa. Pela letra, a sangue jus não tens; nem uma gota. São palavras expressas: “Uma libra de carne”. Tira, pois o combinado: tua libra de carne. Mas se acaso derramares, no instante de a cortares, uma gota que seja, só, se de sangue cristão, teus bens e tuas terras todas, pelas leis de Veneza, para o estado passarão por direito’.¹⁶⁰

Fica estabelecida uma aporia fisiológica, como alguém pode retirar uma libra de carne, sem que haja sangue? É impossível! Logo, foi um artifício, um estratagema para salvar o bom cristão e ludibriar o judeu.

Pórcia encampa uma parcialidade expressa que provoca em Shylock receios e intimidação. Ele tenta um recuo estratégico e reage: - *Nesse caso, concordo com a proposta: que me paguem três vezes a importância da dívida, ficando o cristão livre*.¹⁶¹

¹⁵⁸ M. V. p. 174 – 175.

¹⁵⁹ M.V.p. 177.

¹⁶⁰ M.V.p. 178.

¹⁶¹ M.V.p. 178.

A proposta do prestamista é lógica, admissível e, inclusive ela partiu de Baltasar no início do julgamento. Numa reviravolta própria do teatro, Bassânio oferece o dinheiro, mas Pórcia corta o pagamento e o adverte: - ... *só tem direito à multa estipulada*.¹⁶² A inflexibilidade da juíza ad hoc assume sua feição de vingança, submetendo-o a uma forçada vitimização.

De forma oportuna, Rudolf Von Ihering embasa seu raciocínio no seguinte posicionamento:

[...] trata-se do que disse, a propósito da injustiça feita a Shylock eu não sustentei que o juiz deveria ter reconhecido como válido o título de Shylock, mas disse que, uma vez isso feito, não podia, fora de tempo, por uma reles velhacaria esquivar-se à execução da sentença [...]¹⁶³

Pórcia prossegue sua arbitragem, perigosa ao autor da ação e recomenda que ele corte a libra de carne, mas não pode derramar sangue, nem amputar mais ou menos que o peso especificado, se a balança acusar um fio de cabelo a mais que o devido, perde a vida e seus bens serão confiscados.

Ihering retoma sua exposição ao escrever:

[...] O juiz tinha sua livre escolha ao declarar o título válido ou declará-lo nulo. Decidiu-se no primeiro sentido. Shakespeare expõe o assunto de tal maneira que é preciso admitir que esta decisão era segundo os termos do direito a única possível. Ninguém em Veneza duvidava da validade do título: os amigos de Antônio, o próprio Antônio, o doge, o tribunal, toda a gente enfim estava de acordo em admitir que o judeu tinha o direito a seu favor. É com esta confiança garantida no seu direito por todos reconhecido que Shylock reclama o auxílio da justiça e o sábio Daniel_Iho reconhece, depois de ter primeiramente tentado em vão decidir o credor que clamava vingança, a renunciar ao seu direito [...]¹⁶⁴

O comentarista não tergiversa sobre sua postura ante os fatos do tribunal. Ele aponta para o truque de Pórcia-Baltasar revelando o descaminho escolhido por ela ao sentenciar a lide, ele o vê como injusto e arbitrário. A juíza impregnada de pretensa superioridade moral o achaca inquirindo: - *Porque o judeu parou? Cobra tua dívida*.¹⁶⁵

¹⁶² M.V.p. 178.

¹⁶³ Rudolf Von Ihering. A luta pelo Direito. Trad. João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense. 1987, prefácio, p.XI.

¹⁶⁴ Id. Ib. p. XI, XII.

¹⁶⁵ M. V. p. 179.

Shylock dá-se conta dos ânimos e de sua posição vulnerável, e resolve transigir, porque sente que os ventos benéficos não estão a seu favor. Ele diz: - *Dai-me meu capital e deixai-me ir.*¹⁶⁶ Num ânimo conciliatório Bassânio quer entregar-lhe o dinheiro, mas Pórcia não permite. Ela afronta o usurário ao dizer-lhe: - *Recusou-o ante a corte, abertamente. Vai receber justiça e a letra, apenas.*¹⁶⁷

Algumas perguntas se impõem: - O que a bela de Belmonte julga ser justiça? Justiça será, portanto recusar o que a lei preceitua? Será uma forma de oficializar a vingança? É ainda Baltasar dotado de postiga identidade quem responde a Shylock quando este pergunta? - *Não recebo nem mesmo o meu dinheiro?*¹⁶⁸ Ela excede todo e qualquer comedimento ao lhe retrucar: - *Só recebes a pena cominada, que com risco próprio deves cobrar, judeu.*¹⁶⁹

Após proferir esta frase, Shylock manifesta sua intenção de retirar-se, no que é impedido por Pórcia que extravasa rancor, ao mesmo tempo em que inova o direito isabelino ao manipular uma norma cível, transformando-a em penal, e de forma impiedosa, comunica:

- Espera aí, judeu! A lei ainda tem outras pretensões a teu respeito, diz a lei de Veneza, expressamente, que se a provar se vier que um estrangeiro, por processos diretos ou indiretos, atentar contra a vida de um dos membros desta comunidade, há de a por ele assim visada, assenhorear-se da metade dos bens desse estrangeiro, indo a outra parte para os cofres públicos. A vida do ofensor à mercê fica do doge, apenas, contra os votos todos. Digo, pois que te encontras nesse caso, pois que se torna manifesto e claro que, usando de processos, indiretos, e direitos também, contra a existência do acusado intentastes. Assim, incorres na pena cominada. Agora, ajoelha-te e ao doge implora que te dê o perdão.¹⁷⁰

Pórcia num arrombo espoliativo verbaliza o ânimo do *l'esprit des corps* veneziano. A ação cível torna-se uma ação penal num passe de mágica, e este descompasso degenera na desforra. A ofensa da injustiça é tributada a Shylock.

C'est la guerre, explicita-se de uma vez e por inteiro a desrazão da parte pretensamente cristã, num *tour de force* entre o tribunal em seu jogos de poder e o direito, numa síndrome de Pilatos, que condena e procede ao esbulho de tudo que ele possui, uma amostra de força, uma jogada orquestrada que não deixa dúvida quanto à desarmonia judicial de cunho perverso. Retruca o doge para o prestamista:

¹⁶⁶ M. V. p. 179.

¹⁶⁷ M. V. p. 179.

¹⁶⁸ M. V. p. 179.

¹⁶⁹ M. V. p. 179.

¹⁷⁰ M. V. p. 179.

- Para que vejas como nosso espírito é diferente, a vida te concedo antes de ma pedires. A metade de quanto tens pertence agora a Antônio. A outra parte, a do Estado reduzida pela humildade pode ser a multa.¹⁷¹

Pórcia intervém: - *Não para Antônio; multa para o Estado.*¹⁷²

É forçoso que admitamos que o direito vigente na estrutura tempo e espaço é como se fosse o espelho social e cultural de determinada sociedade, mas às vezes o espelho se quebra e resta apenas um pequeno reflexo, fragmento de uma totalidade não mais existente.

Shylock torna público seu desconforto e seu repúdio ao que foi decidido:

Não, a vida também: não perdoeis nada. Tirais-me a casa, se a privais do esteio no qual ela se firma; da existência já me privastes, quando me deixastes sem os recursos com que me sustento.¹⁷³

Numa assombrosa reviravolta, bens e questões que nunca estiveram em jogo, passam a determinar o futuro do usurário. É a vingança em sua face mais cruel. O autor é transformado em réu e o efeito cumulativo passa a desenrolar-se num processo de objetificação do prestamista.

Antônio é inquirido por Pórcia: - *Que podes fazer por ele?*¹⁷⁴

O mercador cristão, numa versão mafiosa, de antigo réu, passa a sentenciar no mesmo processo de que era parte, e assombrosamente parte para fundamentar seu veredicto. Ele diz:

Antônio – Se meu senhor, o doge, e toda a corte quiser perdoar a multa de seus bens, satisfeito me declaro se a outra metade ele deixar comigo, que após a sua morte, ao cavaleiro restituirei que lhe raptou a filha.

Mais duas condições imponho, ainda:

Que, por esse favor, agora mesmo cristão ele se torne, e em presença desta corte ele firme um documento em que declare que, por morte, deixa todos os seus haveres para a filha e seu genro Lourenço.¹⁷⁵

¹⁷¹ M. V. p. 180.

¹⁷² M. V. p. 180.

¹⁷³ M. V. p. 180.

¹⁷⁴ M. V. p. 180.

¹⁷⁵ M. V. p. 180.

A conduta da cúpula veneziana une-se numa omertà direcionada à imolação física, psíquica e espiritual do judeu. Ordenam-lhe que abra mão de tudo que ele tem e de tudo que ele é.

Numa escalada vertiginosa, Shylock já foi despojado de metade de seus bens, e agora lhe propõem um favor tão dúbio que assume laivos de profanação, ele deve tornar-se cristão!

Esta determinação além de injusta e arbitrária, não possui consistência teológica, ela se afigura um castigo e não uma benção. Para quem sempre viveu no gueto, com sua fé, seus costumes e seu trabalho, transformar-se em alguém que nunca foi e não poderá ser, é um ultraje.

Mas é uma ordem impositiva de tal cunho, pois dotada de caráter inflexível, que a fala do doge assim demarca, quando este afirma: - *Há de fazê-lo; se não, retiro-lhe o perdão de há pouco.*¹⁷⁶

A prepotência, a arrogância da instância máxima da Veneza isabelina, mostra suas garras implacáveis. No retorno à ribalta cênica, a juíza ad hoc, Pórcia, lhe faz uma pergunta, que é a apoteose da insensibilidade atroz, a qual, pelo visto é apanágio dos bons cristãos que desfrutam em comum de um código manipulativo.

Ela interroga: - *Judeu, estás contente? Que respondes?*¹⁷⁷

Shylock – *Estou contente.*¹⁷⁸

Pórcia – *Então redigi logo a ata, escrevão da doação de bens.*¹⁷⁹

Shylock – *Peço-vos permissão de retirar-me; não me sinto disposto. À casa enviai-me a ata, para assiná-la.*¹⁸⁰

Doge – *Bem; retira-te, não deixes de fazê-lo.*¹⁸¹

Ao ultimar-se a participação do judeu prestamista na peça há um último desaforo da parte de Graciano, quando este alterca: - *Ao batizado, dois padrinhos vais ter. Se o juiz eu fosse, mais dez terias tido, para enviar-te não para a fonte, mas para o patíbulo.*¹⁸²

A partir deste ponto, a participação de Shylock na peça dramática se esvai, mas sem deixar incertezas quanto ao rumo que tomará a existência do agiota.

¹⁷⁶ M. V. p. 180.

¹⁷⁷ M. V. p. 180.

¹⁷⁸ M. V. p. 180.

¹⁷⁹ M. V. p. 180.

¹⁸⁰ M. V. p. 180.

¹⁸¹ M. V. p. 180.

¹⁸² M. V. p. 181.

Na Idade Média, somente os judeus podiam lidar com dinheiro, e pedras preciosas, em negócios que não eram autorizados aos cristãos. Somente tempos depois é que nascem as novas instituições de crédito, os bancos, que casualmente tem seu berço na Itália.

Ao se tornar cristão novo, Shylock deve sair do gueto, não conviver com os judeus, grupo a que pertencia, e cujo contato privava. Não poderia retornar a sua antiga atividade, lhe foi vedado comparecer a sinagoga cujos rituais não poderia mais frequentar. Enfim ele passa a ser um morto-vivo em Veneza.

Inúmeros autores dissecaram o texto desta encenação teatral, debruçando-se nos aspectos peculiares e especulativos que ela comporta, nem sempre compactuando com a injustiça feita no tribunal de Veneza, mas sim sendo solidário nas canhestras intervenções de Pórcia-Baltasar e do doge e dos magníficos de Veneza, em sua brutal estratégia para punir o judeu que queria receber o que lhe era devido.

A propósito, Rafael Flores, advogado e contemporâneo de Néstor Kirchner, testemunha, no best-seller de Luis Majul, sobre a atuação do ex-presidente da Argentina, quando em seus primeiros anos de advocacia. Ele afirma, que seu colega perseguia devedores hipotecários, e o fato mais ultrajante que ele assistiu, foi quando os Kirchner demandaram contra uma mulher humilde para ficar com sua única casa.

Quando este evento aconteceu, o casal Cristina e Néstor eram procuradores de uma financeira de nome Finsud, cujas especialidades eram as cobranças extrajudiciais. Era a época da circular 1050 de José Alfredo Martínez de Hoz. As taxas de juros para os créditos hipotecários chegaram a 150% e se tornaram impagáveis.

Neste contexto de desespero, o casal ficou com os pagamentos da senhora, em vez de abatê-los da dívida. Seguindo a progressão textual, eis que transcrevemos *ipsis verbis* o depoimento do advogado da parte litigante.

Fue durante 1982. La señora Aaset se lo contó a Flores y el abogado inició una demanda penal contra los Kirchner. Los argumentos que utilizó para atacarlos fueron demoledores. Rafa comparó a Kirchner con Shylock, el usurero judío protagonista central de otra obra de Shakespeare, El mercador de Venecia. Escrita entre 1594 y 1597, cuenta la historia de Bassanio, un noble pero humilde veneciano que, para cortejar a Porcia, una rica heredera, pide prestados tres mil ducados a su amigo, un comerciante llamado Antonio. Pero Antonio tiene casi toda su fortuna invertida en los barcos que posee en el extranjero. Entonces decide pedirle prestada la suma a Shylock. El prestamista accede, con una sola condición: si Antonio no se la devuelve con los intereses y en el tiempo pactado, le tendrá que dar una libra de su propia carne, la mas próxima a su corazón. Flores ganó el juicio, pero el juez lo reprendió por comparar a los

Kirchner con uno de los personajes más avaros y miserables de la historia de la humanidad.¹⁸³

Malgrado o centro desta trama propiciar diferentes visões hermenêuticas, nossa posição a respeito do *dossier* Shylock nos inclina a uma posição simpática, considerando as desventuras do usurário, o desrespeito ao que foi ajustado, a drástica exorbitância da punição que lhe foi tributada e o fato de extirparem todas as suas raízes, étnicas, religiosas, e personalísticas.

John Middleton, mencionado por Brandon Toropov e Joe Lee determina que: *Hay moralidad en El Mercader de Venecia, si bien ésta no es susceptible de formulación, ni se expresa en la obra a nivel de intelecciones más profundas.*¹⁸⁴

A questão da eticidade interliga-se a outras dimensões, cujos desdobramentos, ou radicalizam nosso posicionamento, ou transigimos a favor da confraria cristã de Veneza. É sabido que William Shakespeare escrevia para uma platéia previamente demarcada, ele, mais do que ninguém conhecia seu público, seus gostos, e inclusive os locais que ocupavam no teatro.

Wilson atenta para esses detalhes:

[...] Además, los asientos de las galerias, que tenían diversos precios, estaban ocupados principalmente por clases, gran parte de los cuales eran estudiantes de derecho, quienes, como nos lo disse uno de ellos, el poeta Donne, eran “Extraños hermafroditas, mezcla de estudio y de teatro [...]”¹⁸⁵

A vertigem da dívida que é o núcleo de ‘O Mercador de Veneza’, as questões religiosas angulam representações sobre as forças do poder, os rancores do ódio, as chamadas de vingança. Como permanecer indiferente a estes caracteres passionais? Auden, estudioso do teatro inglês no período isabelino, disserta a propósito:

La condena a la usura por parte de la cristiandad de Occidente no es comprensible, salvo en relación con la severidad general de su actitud legal, heredada del derecho romano hacia el deudor en falta. La historia de la libra de carne se basa en uno hecho

¹⁸³ Luis Majul. El dueño. La historia secreta de Néstor Kirchner, el hombre que maneja los negocios públicos y privados de la Argentina. 12 ed. Buenos Aires: Planeta, 2010, p. 26-27.

¹⁸⁴ Brandon Toropov & Joe Lee. Shakespeare para principiantes. Trad. Daniela Rodrigues Gestualdi. Buenos Aires: Era Naciente Srl, 1999.

¹⁸⁵ John Dover Wilson. El verdadero Shakespeare – Uma aventura biográfica. Trad. Ramón Alcade. Ver Técnica: Clotilde Rezzano de Martini. Buenos Aires: Eudeba, 1964, p. 39.

histórico, ya que según la Ley de las Doce Tablas, un deudor que no cumpla podía ser descuartizado vivo.¹⁸⁶

O autor acima, alerta para a existência non ficta da lei das XII Tábuas, e de sua real possibilidade de penhorar partes do corpo que permitia que o contrato entre Antônio e Shylock fosse dotado de legalidade e legitimidade. É ainda Auden que observa: *Un judío no es considerado, ni siquiera por la ley, como un hermano*.¹⁸⁷

O escritor Jimmy Breslin, ganhador do Prêmio Pulitzer, redige observando:

Shylock que significa “inescrupuloso”, como palavra tornou-se vergonhosa onde quer que o antissemitismo tenha um inimigo. Mas é difícil baní-la inteiramente, uma vez que Shakespeare a inventou para um personagem por demais memorável. Nas ruas alguém que não possa pagar o aluguel ou, muito mais importante do que isso, não tenha dinheiro para apostar, pegará um empréstimo com um Shylock. Esse cara será pago com certeza.¹⁸⁸

Deduzem-se destas palavras importantes observações, onde se coligam mito e estereótipo que nos fazem ver a importância do imaginário shakespeariano na consolidação do tipo teatral e seus desdobramentos.

Nero Blanc expressa seu enfoque, acrescentando:

Mas é exatamente isso que estamos vendo, Rosco! Estas palavras cruzadas têm tudo a ver com Pepper. Ele é um banqueiro de investimentos, certo? O príncipe mercador. Alguém que joga com negócios potencialmente arriscados. Exatamente o que Shylock fazia! Quem construiu estas palavras cruzadas está fazendo uma comparação entre os dois, e não muito delicada... E quem deixou estas palavras cruzadas para Tom mandou uma mensagem: “Você tem o dinheiro e eu tenho o que você quer”.¹⁸⁹

Shylock, mais que Antônio, ocupa um lugar cativo na literatura e no drama teatral, foi e será sempre associado à usura, um dos sete pecados capitais, embora sua angulação: um contrato de livre consentimento, uma multa proposta e aceita, ofereça atenuantes de peso para sua redenção. Retornando a Nero Blanc, lê-se páginas adiante.

Sara olhou novamente as palavras cruzadas – Estas citações são interessantes. Na 15 – horizontal, temos uma referência a

¹⁸⁶ Wystan Hugh Auden. El mundo de Shakespeare. Trad. Mirta Rosenberg. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 1999, p.88.

¹⁸⁷ Id. Ib. p. 93.

¹⁸⁸ Jimmy Breslin. O traidor: a verdadeira história da máfia americana. Trad. Débora Ginza, Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cardoso de Souza. São Paulo: Larousse do Brasil, 2008, p. 51.

¹⁸⁹ Nero Blanc. Pacto Sinistro. Trad. Vera Caput. Rio de Janeiro: Ediouro, 2005, p. 138.

RIALTO, a famosa ponte de Veneza. E isso me lembra a famosa frase de Shakespeare: “O que há de novo em Rialto?” Você conhece bem a peça O Mercador de Veneza? Concentrada no enigma que estava em seu colo, Sara não viu Belle corar.

- Sim, conheço – Ela respondeu com relutância

- Então, sabe que Shylock ofereceu um empréstimo generoso garantido pela carga preciosa de vários navios.

Sara ergueu a cabeça e encontrou o olhar de Belle.

- Mas todos afundaram antes de chegar ao porto e descarregar a mercadoria.

A jovem completou.

- E o que acontece com a filha de Shylock, a sua companheira, após o desastre?

- Ela desaparece. E o nome dela começa com J... ¹⁹⁰

Nem todos os pesquisadores formulam uma admissão tácita de mau juízo sobre a figura de Shylock, o que fortalece a discussão sobre um dilema de ordem moral. O efeito traumático é de se associar à figura de Antônio um modelo de bondade, e ao judeu a idéia da maldade personificada, quando o próprio texto da peça retrata com precisão como os fatos transcorreram.

Torna-se fundamental uma reavaliação crítica dos atos intimidatórios do tribunal, considerando-se a evolução histórico-temporal. Poderíamos analisar então os fatos transcorridos, como um crime de ódio contra o judeu minoritário. A questão do julgamento e da sentença transforma-se em um *casus belli*, motivado pelas circunstâncias bem claras na escritura do bardo inglês.

A este respeito, Berlinguer e Garrafa retomam o texto original:

O Mercador de Veneza, foi provavelmente obra de pura fantasia. A trama é conhecida. O agiota Shylock exige de Antônio, que como avalista, dê em garantia a um empréstimo de três mil ducados, obtidos para seu fraterno amigo Bassânio, o direito de apropriar-se, na falta do pagamento, de “exatamente uma libra da sua bela carne que será cortada e retirada da parte que mais me agradar do seu belo corpo”. Quando a sanção deveria ser aplicada, já que desgraças imprevistas impediram o reembolso do empréstimo, Shylock exige em juízo o pagamento estipulado. O acordo vem, porém, contestado por Pórcia que ama Bassanio e assume o papel de advogada de Antônio, apresentando o seguinte argumento: O contrato não lhe concede nem ao menos uma gota de sangue; a palavra exata é uma libra de carne. Respeite, portanto, o teu contrato e pegue a tua libra de carne; mas se cortando, derramar uma gota de sangue cristão, as tuas terras e bens serão, pela lei de Veneza, confiscadas em favor do Estado.

¹⁹⁰ Id. Ib. p. 145.

Talvez existissem, nas leis de Veneza, cláusulas de segurança contra os abusos dos agiotas, baseadas no Direito natural ou na proteção privilegiada dos cristãos. Todavia, nem as leis antigas, nem os códigos modernos também, podiam prever que a retirada de tecidos ou de órgãos fosse possível “sem derramar uma só gota de sangue”, nem teria jamais permitido, de qualquer modo, que partes de matéria humana viva, retiradas com ou sem perdas do corpo alheio, pudessem constituir-se em objeto de mercado.¹⁹¹

Os comentários acima transcritos, ressaltam a questão da libra de carne, vista porém de outro ângulo, pois abre um precedente, a possibilidade de haver uma ostensiva ‘proteção legal’ para os cristãos, o que derruba a conduta de Pórcia como um estratagema, para transformá-lo na ótica possível de uma obstaculização judicial para evitar a execução do contrato. Torna-se, assim, uma expectativa frustrada, mas abrigada em lei.

Os *lobbies* de Pórcia se instalam, então, em um limbo moral, como rinha de hostilidade pessoal que descamba para agressão étnica, na disciplinarização forçada do usurário judeu em cristão novo.

Recobrando a análise procedida por Ihering, lemos em sua abordagem quando os eventos do julgamento, onde ele recapitula suas razões:

[...] E depois, quando a sentença de Pórcia foi proferida, quando toda a dúvida sobre o direito do judeu pela própria juíza foi afastada, quando já nenhuma contestação ousa fazer-se ouvir, quando toda assembleia, inclusive o doge, está submetido à sentença inevitável, quando o vencedor, bem seguro do seu direito quer executar aquilo a que a sentença o autoriza, o próprio juiz que solenemente reconheceu o seu direito, ilude-o com uma objeção, com uma astúcia tão miserável e tão nula que nem digna é de uma reputação séria. [...] ¹⁹²

Os argumentos arrolados de forma consequente pelo jurista alemão, conduzem a um raciocínio de frustração jurídica pela manipulação tendenciosa da bela de Belmonte. Começam a fluir as provas de conjeturas que atentam contra a lisura dos fatos ocorridos. Ao incapacitar o direito que assiste a Shylock, as questões tendem a ser mal resolvidas.

Ainda é em Ihering que o capital simbólico pende para as conotações negativas do processo, que se torna um ritual de dominação, ele desmascara:

[...] Pois então há porventura carne que não contenha sangue? O juiz que reconhecia a Shylock o direito de cortar uma libra de carne do corpo de Antônio reconhecia-lhe por isto mesmo direito ao

¹⁹¹ Giovanni Berlinguer & Volnei Garrafa. A mercadoria final: a comercialização de parte do corpo humano. Trad. Isabel Regina Augusto. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2ª Ed., 2001, p. 96 – 97.

¹⁹² Rudolf Von Ihering. A luta pelo direito. Trad. João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense. 1987, prefácio, p. XI, XII, XII.

sangue, sem o qual não pode na hipótese haver carne, e aquele que tem o direito de cortar uma libra pode levar menos se quiser. O judeu vê que lhe não consentem nem uma nem outra coisa, não pode levar senão carne, nenhum sangue, e não pode cortar senão libra à justa, nem mais nem menos.

Tenho eu porventura exagerado sustentando que o judeu, se vê aqui defraudado no seu direito? Certamente tudo isso se faz no interesse de humanidade, mas a injustiça deixa por isso de ser uma injustiça? E se o fim justifica os meios, por que é que isso se reconhece somente depois do julgamento e não antes? ¹⁹³

O jurisconsulto fundamenta uma diretriz central, cujo arcabouço teórico consiste em denunciar a fraude legal que acomete o contrato em Veneza, cujas ponderações erráticas são atentatórias à justiça.

Ihering, ciente que a solução do litígio pende para um ânimo belicoso, dotado da energia instável que compromete a resolução da lide de forma irremediável, prossegue revelando os desvãos que se contrapõem em uma questão judicial mal resolvida. Ele enfatiza o dilema ético ao legitimar esta situação:

[...] um juízo poderia, com a mesma razão reconhecer a quem tivesse direito uma servidão de trânsito, mas proibir-lhe que deixasse vestígios das pegadas, sob o pretexto de que isso não fora convencionado quando se estabeleceu a servidão [...]. ¹⁹⁴

Este resíduo argumentativo desenvolvido por Ihering, situa bases enfáticas que tem grande consistência e veracidade, imbuído também de fervor ideológico. Ao construir uma lúcida oposição à vertente que defende as concepções alternativistas em relação ao duo Pórcia-Shylock, há ambivalências que se tornam execráveis, pois comprometem a isenção da lei, da justiça e da equidade.

Ao fazer profissão de fé e propagar a versão caricatural do usurário judeu, inocentamos a verduga Pórcia e condenamos a vítima da fraude, Shylock, o judeu. A bela de Belmonte, que se fez passar por Baltasar, ao responsabilizar a vítima, o faz, no simplismo de atitude, com grande apelo emocional, mas desprovida de valores éticos, ao cobrar de Shylock o comportamento desejado pelos cristãos, uma clara indução à submissão, ao aniquilamento existencial.

Ninguém obrigou Antônio a recorrer ao empréstimo de Shylock, ele o fez aceitando plenamente as condições entre eles ajustadas, embora a agiotagem não seja bem vista socialmente. Clare Longrigg adverte a este respeito:

¹⁹³ Id. Ib. p. XII.

¹⁹⁴ Id. Ib. p. 55

A usura é um labirinto sem saída. O resultado normalmente é o domínio da pessoa através da dívida. As pessoas que caem na armadilha do agiota de repente se dão conta que perderam seus direitos fundamentais.¹⁹⁵

O *Mercador de Veneza* de William Shakespeare é um impiedoso texto que funciona como um manual às avessas, pois ancorado na miríade da desfaçatez da maioria dos cristãos no tribunal, e na figura singular do judeu, Shylock.

A flagrante e estridente injustiça cometida por Pórcia de Belmonte, não pode ser dissecada no microscópio como verdade alternativa, pois passível de uma lógica esquizofrênica, cujos anteparos legais funcionam como cortina de fumaça, para a algaravia do cerimonial dos magníficos de Veneza em seu exercício da violência direcionada contra o representante da minoria, o hipossuficiente, o usurário judeu.

Podemos especular sobre a infâmia e a injúria da injustiça e da equidade, onde o autor passa ao papel de acusado e acossado quando relacionamos cenas e fatos, pois o centro vital da peça, neste texto resistente ao tempo, não pode ser relegado a um segundo plano.

Oscilamos entre a *paz mafiosa* dos cristãos, com seus cromossomos contaminados e sua *communis opinio* sobre os judeus do gueto de Veneza. A *débaçle* de Shylock é a de todo injustiçado, e o *coup de grâce* é a duvidosa chance de se tornar cristão, onde chega ao ápice do seu castigo cujas medidas coibitivas o conduzem para além do inimaginável.

Não tomamos partido de forma irresponsável ante dois posicionamentos fortes e contraditórios. Por meio deste exercício escrito são postos à disposição do leitor, todos os elementos para que possa exercer sua tomada de opinião, pois compreender as entrelinhas é um desafio para o exame das razões e consequências que ultrapassam estruturas éticas e psicológicas e posições assumidas por seus protagonistas.

A gênese que buscamos alcançar leva-nos a proceder a uma avaliação enfática e objetiva ao nos inserir dentro da obra e no confronto dos *fait divers*, para usarmos da coragem de divergir, não aderindo cegamente aos postulados dúbios desta obra tão impregnada de uma época no passado.

Shylock não só sujeito, mas também o destinatário da peça, é dotado de uma tensão interna, vital e febril, pois condenado a eterna dor psíquica, ao exílio de si mesmo. Enquanto isso, Pórcia, travestida como jurista, em meio as lantejoulas jurídicas e narcisismo exacerbado faz do delírio de sua imaginação passional, o topo de sua teia defensiva para poupar Antônio a qualquer preço.

¹⁹⁵ Clare Longrigg. *Mulheres da Máfia*. Trad. Maria Cristina Vidal Borba. São Paulo: Landscape, 2004, p. 71.

À contaminação moral da cúpula veneziana, contrapõe-se o usurário judeu, tão impoluto quanto um homem poderia ser, reforçando nossas reflexões, que ao se consagrar uma injustiça, todos nós, como seres humanos, somos atingidos e afrontados, pois qualquer forma truculenta de sentenciar à margem da equidade, produz a chegada a um ponto malogrado que nada mais é do que o luto da esperança.

Referências bibliográficas

- AUDEN, Wystan Hugh. El mundo de Shakespeare. Trad. Mirta Rosenberg. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 1999.
- BLANC, Nero. Pacto Sinistro. Trad. Vera Caput. Rio de Janeiro: Ediouro, 2005.
- BERLINGER, Giovanni & GARRAFA, Volnei. A mercadoria final: a comercialização de parte do corpo humano. Trad. Isabel Regina Augusto. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2ª Ed., 2001.
- BRESLIN, Jimmy. O traidor: a verdadeira história da máfia americana. Trad. Débora Ginza, Antônio de Paula Danesi e Gilson Cardoso de Souza. São Paulo: Larousse do Brasil, 2008.
- IHERING, Rudolf Von. A Luta pelo Direito. Trad. João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense. 1987.
- LONGRIGG, Clare. Mulheres da Máfia. Trad. Maria Cristina Vidal Borda. São Paulo: Landscape, 2004.
- MAJUL, Luis. El dueño. La historia secreta de Néstor Kirchner, el hombre que maneja los negocios públicos y privados de la Argentina. 12 ed. Buenos Aires: Planeta, 2010.
- SHAKESPEARE, William. O Mercador de Veneza, trad. Carlos Alberto Nunes, 2ª Ed. São Paulo; Melhoramentos, 1958.

TOROPOV, Brandon & LEE, Joe. Shakespeare para principiantes. Trad. Daniela Rodrigues Gestualdi. Buenos Aires: Era Nasciente Srl, 1999.

WILSON, John Dover. El verdadero Shakespeare – Una aventura biográfica. Trad. Ramón Alcade. Ver Técnica: Clotilde Rezzano de Martini. Buenos Aires: Eudeba, 1964.

(Artigo submetido em 10/10/2013 e aceito para publicação em 15/12/2013)