

---

# *A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA E A HERMENÊUTICA FILÓSOFICA DE M. HEIDEGGER*

---

*Fernando Rangel Alvarez dos Santos<sup>1</sup> e Lucas Baffi Ferreira Pinto<sup>2</sup>*

**Resumo:** O presente estudo buscou investigar como as relações entre Direito e Economia podem ser objeto de uma interpretação segundo a hermenêutica existencial de Martin Heidegger. O ponto de partida foi o uso da análise econômica do direito, destacando-se que a atividade econômica tem como agente o ser humano, e, podendo as decisões econômicas individuais serem interpretadas, buscando-se a essência do ser. A metodologia envolveu a análise do discurso utilizada por Direito e Economia associada à ontologia existencial de Heidegger. Os resultados revelam um distanciamento entre direito e economia, principalmente quando se trata no âmbito individual e, mais ainda da condição de possibilidade da hermenêutica ontológica.

**Palavras-chave:** Direito e economia; hermenêutica ontológica; essência; fundamento

**Abstract:** The present study sought to investigate how the relations between Law and Economics can be object of an interpretation according to the existential hermenêutico of Martin Heidegger. The starting point was the use of economic analysis of law, emphasizing that economic activity has the human being as an agent, and that individual economic decisions can be interpreted, seeking the essence of being. The methodology involved the analysis of the discourse used by Law and

---

<sup>1</sup> Doutorando do Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito da Universidade Veiga de Almeida (Bolsista PROSUP). Mestre em Direito pela UNESA (2007). Especialista em Direito Civil e Processual Civil (2001) pela UNESA e em Direito Corporativo pelo IBMEC (2015). Advogado. E-mail: frangel2005@gmail.com

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Especialista em Direito e processo do trabalho pela Universidade Estácio de Sá. Professor do Centro Universitário Serra dos Órgãos. Advogado.

Economics associated with the existential ontology of Heidegger. The results reveal a distancing between law and economics, especially when it comes to the individual scope and, even more so, the possibility of ontological hermeneutics.

**Keywords:** Law and Economics; ontological interpretation; essence; foundation

## **INTRODUÇÃO**

O estudo das relações entre Direito e Economia (*Law and economics*) vem se intensificando desde os idos dos anos 50, quando tais estudos se iniciaram. A abordagem inicial voltava-se mais para o estudo do Direito e sua relação com a eficiência do sistema, não se limitando a intervenção no domínio econômico, ou mesmo qualquer outro aspecto macroeconômico. Contudo, atualmente, mesmo os mais tradicionais teóricos de *Law and economics* não isolam neste viés a relação dos campos de estudo, mas sim nas causas e conseqüências das normas jurídicas e decisões judiciais na atividade econômica, da mesma sorte, como a atividade econômica se desconecta das regras jurídicas. Enfim, o estudo se tornou bem mais amplo.

A hipótese pesquisada é a seguinte: é possível interpretar as normas de direito econômico sob o enfoque da hermenêutica existencial de Martin Heidegger? Para tanto, temos como objetivo geral investigar na relação entre direito e economia a possibilidade de se interpretar de acordo com a essência dos fatos e não do texto jurídico. Por objetivos secundários pretende-se explicar a hermenêutica ontológica de Martin Heidegger, bem como tentar expressar a ideia da essência nos fatos econômicos.

A metodologia utilizou as fontes bibliográficas das obras de Martin Heidegger e dos teóricos de *Law and economics*, buscando verificar na análise do discurso formal do Direito em oposição à ontologia fundamental que procura o fundamento.

Os resultados apontam para a possibilidade do uso a hermenêutica fundamental na interpretação dos fenômenos jurídicos, mesmo que examinados pelo enfoque da análise econômica do direito.

Justifica-se a pesquisa, pois a relação entre Direito e Economia está cada vez próxima e a interpretação, sob a hermenêutica ontológica de Martin Heidegger neste campo de estudo, é bastante inovador no Direito.

## 1 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO - FUNDAMENTOS E EVOLUÇÃO

O estudo da relação entre Direito e Economia<sup>3</sup> firmou-se nos Estados Unidos da América do Norte<sup>4</sup> desde os anos sessenta e sua confluência acabou por firmar-se em nova disciplina da Teoria Jurídica.

Richard Posner<sup>5</sup> explica o alcance atual da análise econômica do Direito:

*O âmbito de sua matéria se tornou amplo, chegando mesmo a abranger tudo. Explorando os avanços na economia de comportamento extramercado, a análise econômica do direito se expandiu muito além de seu foco original em defesa da concorrência, tributação, normatização de serviços públicos, finanças empresariais e outras áreas de normatização explicitamente econômica; enquanto, dentro desse universo, ela se expandiu para incluir áreas como direito das coisas e direito contratual, direito previdenciário, transações garantidas e direito falimentar e, notadamente, direito de propriedade intelectual, uma área em especial, com rápido crescimento e significado econômico.*

Observa-se que a abrangência é muito maior do que as normas atinentes à intervenção no domínio econômico, ou mesmo as normas da Constituição da República que tratam da matéria financeira do Estado.

Ou seja, a análise econômica do Direito, não visa somente a busca da eficiência do sistema, mas sim analisar, por meio das ferramentas da teoria econômica (Teoria dos custos, do valor, vantagem comparativa, etc.) o impacto que tais a norma jurídica pode ter no campo econômico, bem como o possível entrave que uma norma jurídica pode criar para a atividade econômica.

<sup>3</sup> Buchanan (2007, p. 483) destaca importância do estudo de Direito e Economia nos dias atuais: “One of most interesting development in American higher education over the past decade has been the emerging recognition by lawyers that an understanding of elementary principles is a vital component in their professional equipment.” Em tradução livre: “Um dos mais interessantes desenvolvimentos do ensino superior americano na última década foi o emergente reconhecimento, pelos advogados de que uma compreensão dos princípios elementares é um componente vital no seu equipamento profissional.”

<sup>4</sup> Salama (2010, p. 16) explica a origem do movimento Direito e Economia: “Surgiu nos Estados Unidos, nas Universidades Chicago e Yale, o movimento se espalhou primeiro pelos Estados Unidos, depois pelo mundo. Desde os anos 1980, a disciplina vem ganhando cada vez mais visibilidade nos países da tradição de Direito Continental, inclusive no Brasil. Já há um bom tempo existem na Europa diversos centros onde a pesquisa em Direito e Economia está em estágio avançado, e já existe considerável acervo bibliográfico em Direito e Economia produzido por acadêmicos de países da tradição do Direito Continental. A disciplina Direito e Economia tem por origem a economia política e realismo jurídico.

<sup>5</sup> Richard Posner é um dos principais teóricos da Análise Econômica do Direito. Foi Juiz do Tribunal Federal do da Segunda Instância da 7ª Região e professor da Escola de Chicago. É autor de “Direito, Pragmatismo e Democracia”, dentre outras obras que revê os conceitos do pragmatismo clássico, trazendo para o que ele chama de ‘pragmatismo cotidiano’.

Cooter e Ulen (2010) tratam da análise econômica de institutos do direito privado, tais como os contratos, responsabilidade civil etc. Por exemplo em uma relação jurídica contratual, o elemento confiança é fundamental para que todas as promessas avençadas sejam cumpridas. Cooter e Ulen (2010, p. 248) explicam como o chamado ‘dano’ contratual pode ser recompensado:

*Quando uma parte deixa de cumprir o que prometeu, a vítima poderá pedir um remédio ao tribunal. Os remédios jurídicos se enquadram em três tipos gerais: remédios jurídicos definidos pelas partes, remédios jurídicos impostos pelo tribunal e de execução específica. Por exemplo: um contrato de construção poderá estipular que a construtora pagará US\$ 200 por cada dia de atraso na entrega do prédio. Em vez de determinar um remédio jurídico específico, o contrato poderá estipular um processo de reparação.*

A confiança está sendo medida em termos econômicos. Tal é a mesma lógica das operações financeiras quando celebram contratos de mútuo, como também na formação do preço do ‘prêmio’ dos seguros, em que há uma investigação por questionário dos comportamentos do segurado, dentre outros fatores, avaliando a confiança. É possível notar, que mesmo com toda a estruturação financeira das atitudes humanas, principalmente em relação aos produtos e serviços do mercado, a sua característica da essência humanista não se afasta de seu contexto.<sup>6</sup>

A economia não é mais estudada somente por meios estatísticos e matemáticos<sup>7</sup>, mas também pela análise dos comportamentos, e, neste sentido, percebe-se que, por vezes, decisões econômicas, mesmo que individuais não respeitam a ‘racionalidade econômica’, demonstrando assim que a natureza humana influi mais do que se imagina no fluxo econômico.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Pinheiro (2005, p. 9) discorre sobre a relação entre Direito e Economia, destacando o papel do advogado neste cenário, lembrando os valores embutidos nas regras: “O campo de atuação do jurista passou a se constituir eminentemente por dispositivos de cunho gerencial, de matérias que envolvem interesses econômicos. Ora, o Direito não pode deixar de perceber que o seu papel e, por consequência do advogado, por si só, serve senão para criar regras de comportamentos que tutelam a atividade humana, que tenham, em algum momento, valor moral e econômico.” Repare que mais adiante trataremos da essência humana, ressaltando que o valor não é faz parte do ser. É importante para ética, moral, mas não se relaciona com a essência do “Ser”, isto é, a ideia trazida aqui serve para mostrar que as normas, ao

<sup>7</sup> Milagres (2006, p. 15), ao tratar da análise econômica do direito, expõe ideias neste sentido: “Hoje, muitos dos economistas trabalham, até mesmo, com psicólogos, matemáticos, biólogos, antropólogos, para estabelecer uma ciência econômica que tenha relação com a vida real, observada a acentuada perspectiva de funcionalidade social.”

<sup>8</sup> Neste sentido, Sandel (2012, p. 50) ao tratar de uma nova visão da ciência econômica descreve o seguinte: “Ultimamente, contudo, muitos economistas abraçaram um projeto mais ambicioso, porque a economia

## **1.1 Escassez e decisões econômicas**

Tradicionalmente a economia é definida com ciência que tem por objeto a escassez. Mullainathan (2016, p. 23) em estudo sobre o efeito da escassez na vida contemporânea e no cotidiano explica seu sentido econômico: “Quando contamos a um colega economista que estávamos estudando economia, ele comentou, ‘Já existe uma ciência da escassez. Vocês devem ter ouvido falar. Chama-se economia.’” Paralelamente ao sentido econômico da escassez, o citado estudo examina como aquela influencia nas decisões econômicas, principalmente cotidianas, que revelam o que ele chama de ‘largura de banda’, ou seja, a possibilidade de o ser humano decidir no contexto da escassez, ou seja, os efeitos desta considerando a condição humana. Diz Mullainathan (2016, p. 99): “A escassez não apenas nos leva a fazer empréstimos demais ou deixar de investir. Ela nos deixa deficientes em outros aspectos da vida. Ela nos torna mais bobos, mais impulsivos.”

Aqui se constata que nem sempre os instrumentos de política econômica podem trazer os efeitos necessários, se não considerar os aspectos comportamentais, ou seja, a natureza humana. Esta pode ser investigada na sua essência, algo que será tratado mais adiante.

## **1.2 Economia comportamental e decisões irracionais**

A economia tradicional sempre pautou as escolhas, ou mesmo decisões, econômicas na racionalidade, ou seja, as escolhas seriam feitas de acordo com uma lógica que preconiza vantagem econômica, por exemplo, no momento da aquisição de bens e serviços.

Ocorre vem se desenvolvendo uma nova corrente na ciência econômica, a economia comportamental, que refuta a ideia de que as decisões são pautadas por uma racionalidade que só considera a vantagem econômica. Tal corrente sustenta que são possíveis decisões irracionais sob o ponto de vista econômico. Neste sentido, explica Kahneman<sup>9</sup> (2012, p. 16):

---

oferece, sustentam eles, não apenas um conjunto de percepções sobre a produção e consumo de bens materiais, mas também uma ciência do comportamento humano.”

<sup>9</sup> Daniel Kahneman é professor de psicologia da Universidade de Princeton e a pesquisa acima mencionada o fez ser laureado com o Prêmio Banco da Suécia em Ciências Econômicas (Prêmio Nobel) junto com Amos Tversky em 2002.

*Os cientistas sociais da década de 1970 aceitavam amplamente duas ideias sobre a natureza humana, Primeiro, as pessoas são, no geral, racionais e suas opiniões normalmente são sólidas. Segundo, emoções como medo, afeição e ódio explicam a maioria das ocasiões em que as pessoas se afastam da racionalidade. [...]. Documentamos erros sistemáticos na opinião de pessoas normais, e localizamos esses erros no projeto do mecanismo cognitivo, mais do que num desvirtuamento do pensamento pela emoção.*

Ariely (2000, p. 38) na mesma linha de Kahneman, isto é, da economia comportamental, ressalta aspectos que chama de irracionais para as decisões, nos seguintes termos:

*Minha observação complementar é a de que não somos só irracionais, mas previsivelmente irracionais – que nossa irracionalidade ocorre da mesma maneira, repetidamente, seja quando agimos como consumidores, empresários ou estrategistas, entender como somos previsivelmente irracionais é o ponto de partida para aperfeiçoar nossas decisões e modificar para melhor nosso modo de vida.*

A ‘irracionalidade’ tratada revela um aspecto importante da condição humana que é são as emoções, que, por sua vez, se inserem na essência do ser. Observe-se que não se aborda nenhum aspecto moral, de valoração, pois, como será examinado mais adiante: “o esforço extravagante, de se provar a objetividade dos valores, não sabe o que faz.” (HEIDEGGER, 1967, p. 78)

## **2 DIREITO E A HERMENÊUTICA ONTOLÓGICA**

A possibilidade de interpretação do Direito, a partir de uma hermenêutica, que não a tradicional, neste caso, a hermenêutica existencial de Heidegger importa em desfazer algumas questões tradicionais e herméticas da hermenêutica tradicional. A primeira delas é não estabelecer a relação jurídica em que haja um sujeito e um objeto a ele relacionado, pois nesta lógica, estar-se-ia mantendo uma relação entre ‘ser’<sup>10</sup> e ‘ente’, quando

---

<sup>10</sup> Os conceitos de ‘ser’ e ‘ente’ são bem explicados por Leonardi (2017, p. 35) nos seguintes termos: “O ente, segundo Heidegger, é tudo o que pode fazer parte da vida e das ocupações do homem situadas no tempo. O ser é o homem e suas experiências. [...] As experiências adquiridas durante a vida são responsáveis pela construção do ser, seu *modus vivendi* determina e justifica suas ações e reações. A partir do estudo destas experiências de vida, torna-se possível a compreensão do ser.

O *dasein* é a compreensão do ser através do tempo e do mundo. A ocupação cotidiana, o ente com o que o homem se ocupa, leva a compreensão ou não de seu ser.

A essência humana, ‘*dasein*(ser-*ai*)’, ‘ente’, ‘ser’, somente pode ser questionada a partir do tempo [...].”

na hermenêutica existencial, “o direito não pode ser pensado como ‘objeto’, mas sim a reflexão do direito deve possibilitar um pensamento que tome a sério o direito, convertendo-o na reflexão sobre a sua própria essência e sobre o modo em que ele tem de conceber-se e revelar-se.”<sup>11</sup>

## 2.1 Hermenêutica Ontológica e Fenomenologia

Martin Heidegger, filósofo oriundo da Escola da Fenomenologia de E. Husserl<sup>12</sup>, distingue dois elementos básicos para sustentar a hermenêutica ontológica, ou seja, o ser, que segundo o próprio: “De fato, o ser não pode ser concebido como ente...”<sup>13</sup> do ente, descrevendo a seguinte situação: “Todo mundo compreende: ‘o céu é azul’, ‘eu sou feliz’ etc. Mas essa compreensão comum demonstra incompreensão. Revela que um enigma que já está sempre a priori em todo ater-se e ser para o ente como ente.”<sup>14</sup> Ou seja, para a compreensão da questão jurídica, há que se separar aquele que é destinatário da norma jurídica, do que realmente existe no mundo real<sup>15</sup>. Trata-se em verdade de uma superação do conceito ôntico do dever ser contido na norma. A ontologia fundamental pode auxiliar a interpretar, neste caso específico, as estruturas econômicas e o sentido destas na norma, mas não do ponto-de-vista normativo, mas sim do que a linguagem jurídica representa para o ser humano.<sup>16</sup>

Interpretar as questões examinadas pela análise econômica do direito segundo uma hermenêutica filosófica demanda a libertação de um sistema

---

<sup>11</sup> Mello (2014, p. 25)

<sup>12</sup> Mello (2006, p. 11) explica a evolução histórica da fenomenologia: “A história da fenomenologia nasceu com Husserl, no século XIX, inspirada nos trabalhos científicos de Bernhard Bolzano e Franz Brentano, e, a partir da fenomenologia husserliana, surgiram várias escolas fenomenológicas...”

<sup>13</sup> Heidegger (2005, p. 29)

<sup>14</sup> Op. cit. (2005, p. 29)

<sup>15</sup> O que foi nominado por ‘mundo real’ deve ser aproximar da ideia de mundo de Heidegger (1971, p. 58): “Mundo como totalidade não ‘é’ ente, mas aquilo, a partir do qual, o ser-á dá a entender a que ente pode dirigir-se seu comportamento e como se pode comportar com relação a êle. [...] O mundo tem o caráter fundamental de em-vista-de... e isto no sentido originário de que é êle que primeiramente oferece a possibilidade interna para cada, ‘em-vista-de-ti’...”

<sup>16</sup> Nas próprias explicações de Heidegger (2000, p. 34) sobre a distinção entre o ‘ser’ e o ‘ente’, encontramos espaço para a discussão da ontologia fundamental no campo das ciências: “O ser é sempre o ser de um ente. O todo dos entes pode tornar-se, em suas diversas regiões, campo para se liberar e definir determinados setores de objetos. Estes, por sua vez, como por exemplo a História, natureza, espaço, vida, presença, linguagem, podem transformar-se em temas e objetos da investigação científica. A pesquisa científica realiza, de maneira ingênua, e, a grosso modo, um primeiro levantamento e uma primeira fixação dos setores dos objetos.”

normativo tradicional.<sup>17</sup> Pelas situações acima apresentadas, constata-se que a análise econômica tem como substrato conhecimentos de uma ciência que trata dos fatos em si. Não se questiona aqui a racionalidade ou não das decisões, mas sim a existência da escassez de bens e seus consectários de fato. A preocupação com a economia comportamental, e neste caso, podemos ligar os aspectos emocionais com o ‘ser-aí’ de Heidegger, ou seja, os comportamentos humanos que decidem ‘racional ou irracionalmente’ as ações econômicas encontram-se em um contexto de historicidade, ou seja, é um ‘acontecer’ do ser na sua complexidade social, cultural, econômica. O direito tem que caminhar em direção à essência do ser.

A relação entre Direito e economia, para ser eficiente socialmente, ou seja, voltada para os interesses da sociedade para qual se dirigem as normas, deve ser pautada na hermenêutica que retira o foco do ente (resultados econômicos, eficiência do sistema) para voltar-se para o ‘ser’ na sua condição existencial. Como afirma Mello (2014, p. 66): “É o direito dito a partir do ser do ente (questão de ultrapassagem). Neste sentido é possível afirmar que direito não é, mas dá-se direito.”<sup>18</sup>

A interpretação da ontologia fundamental é mais profunda que a da economia ou mesmo da análise econômica, daí o seu sentido mais amplo, pois o tempo neste contexto é quadrimensional, envolvendo presente, passado e futuro no chamado ‘tempo autêntico’.

## **2.2 Aspectos econômicos, direito e ontologia fundamental**

Antes mesmo de tratar dos aspectos econômicos, é importante estabelecer que a aplicação do direito corresponde ao que Mello (2014, p. 59) descreve:

*Assim, o Direito e(m) verdade não está condicionado a uma qualidade de texto legal, apenas em consequência de uma proposição verdadeira ou falsa [...] O conceito de direito, no seu sentido originário, é aquele alinhado a uma verdade existencial.*<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Mello (2014, p. 62) expõe a questão, contestando a visão tradicional da metafísica ocidental (norma fundamental a priori), bem como trata do sistema normativo nos seguintes termos: “A realidade jurídica ainda é reflexo de um sistema normativo autônomo, racional, axiologicamente neutro em sua estrutura, destacando-se o princípio do individualismo liberal, a igualdade abstrata e a segurança jurídica.”

<sup>18</sup> Mello (2014, p. 66)

<sup>19</sup> Heidegger (1971, p. 36) relaciona as ideias de verdade e fundamento e as aproxima da essência: “Em cada verdade a união que separa é o que é, sempre em razão de..., isto é, como algo que se ‘fundamenta’. Na

Dentre os aspectos da análise econômica do direito, em que se pode utilizar uma hermenêutica filosófica, destacamos, como exemplo, no direito privado, o contrato e no direito público, a pena privativa de liberdade. O contrato de mútuo, por exemplo, representa uma relação jurídica de troca de valores econômicos, que certamente também representa uma situação de escassez, que numa análise mais profunda pode ter sido encetado por uma situação em que o mutuário poderia ter decidido em uma situação de irracionalidade (tal situação já foi acima explicada pelos conceitos da economia comportamental). A questão que se indaga é que as cláusulas e tratativas não podem ser interpretadas da mesma forma que um mútuo que contrai um empreendimento para ampliar suas instalações objetivando aumentar a produção. Não se trata no caso específico de interpretar no viés da defesa do consumidor, em que se pré-estabelecem valores de ‘mais forte’ e ‘mais fraco’ na relação jurídica, mas sim buscando a verdade, ou seja, teve aquela relação jurídica fundamento de direito?

Aparentemente no caso exposto, pode haver uma suposta quebra de paradigma da relação contratual, ou seja, a confiança depositada pela instituição financeira ou qualquer mutuante no mutuário seria desmontada, à título de qualquer pretexto. Não se trata disso, pois, tanto os particulares, e, principalmente as instituições financeiras, só praticam operações de crédito com mutuários que se presumem, pelas informações investigadas, ou no caso de um particular, pelo histórico do relacionamento, pessoas confiáveis.<sup>20</sup>

Sobre a essência do Direito, Mello (2017, p. 77) faz várias distinções:

*A essência do Direito não pertence originariamente à vontade do julgador e nem tampouco se reduz a um conjunto de métodos*

---

verdade reside, por conseguinte uma referência essencial a algo semelhante como fundamento. Isto leva o problema da verdade necessariamente para a ‘proximidade’ do problema do ‘fundamento’. Por isso, quanto mais originariamente nos apoderamos da essência da verdade, tanto mais urgente se tornará o problema do fundamento.” (grifos no original)

<sup>20</sup> No Brasil, a questão do conhecimento da ‘essência’ dos clientes bancários é tão relevante, que existe, não somente o cadastro de inadimplentes, como também o cadastro positivo, que pela definição do Banco Central do Brasil é “uma política pública destinada à formação do histórico de crédito de pessoas naturais e jurídicas, por meio da criação de bancos de dados com informações de pagamento de dívidas e de cumprimento de outras obrigações pecuniárias dessas pessoas.” A importância de se conhecer é tão relevante no mercado bancário e financeiro que o Banco Central do Brasil descreve como objetivo o seguinte: subsidiar a concessão de crédito, a realização de venda a prazo ou de outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro ao consulente (potencial credor), permitindo uma melhor avaliação do risco envolvido na operação. Essa melhora na avaliação do risco, por sua vez, poderá resultar na oferta de condições mais vantajosas para o interessado. (BRASIL, 2017)

*(hermenêutica metodológica), mas sim como condição de possibilidade (hermenêutica filosófica). É a reconstrução do direito a partir do como hermenêutico, ou seja, um locus hermenêutico com fincas no princípio fundante da proteção da dignidade da pessoa. É o poder ser acerca das realidades humanas e pessoais.*

*A essência do Direito está relacionada ao aberto, ao prospectivo, no sentido aclarado, desvelado. O desencobrimento do direito deve estar relacionado ao dar-se em sua forma mais originária, ou seja, a verdade. Ora, o desvelar originário da norma jurídica não está ancorado na arbitrariedade do julgador nem submissão a simples leis.*

A questão tem relação com a essência daquele que contratou, ou seja, a verdade é buscada no desvelamento do ser<sup>21</sup>. Poderiam surgir vozes discordantes, de que não há como saber, trata-se de uma questão subjetiva!! No entanto, a questão subjetiva já é analisada em diversas situações jurídicas, como por exemplo: a intenção para distinguir o dolo da culpa; a fixação do valor indenizatório de um dano moral, a imposição do dever de respeito no casamento. Enfim, as situações descritas são, em geral, interpretadas pelo aplicador da norma com parâmetros que se baseiam no 'ente' e não no 'ser'.

A ontologia fundamental pode ser considerada como 'revolucionária' vista diante de um sistema jurídico hermético, tradicional e legalista, mas a aquela, pretende sim o desvelamento, ou seja, retirar o que está oculto.

### **2.2.1 A liberdade e o dilema do prisioneiro na Teoria dos Jogos**

O dilema do prisioneiro, situação bastante conhecida para ilustrada a Teoria dos Jogos, melhor é explicada quando se acrescenta o instituto do plea bargaining, que de forma, resumida, pode ser conceituado como a negociação da denúncia criminal em troca de uma pena menor. Ou seja, aquele que admite ter praticado o fato tem a promessa de uma pena reduzida. Ocorre que quando há dois acusados e não conhecimento por parte de nenhum dos dois do que foi negociado abre-se um leque de possibilidades, em que ambos podem ter confessado, nenhum pode ter confessado ou um

---

<sup>21</sup> Heidegger (1971, p. 37), na sua construção ontológica, insere várias ideias em sentido com a existência: "Desvelamento do ser é o que primeiramente possibilita o grau de revelação do ente. Este desvelamento como verdade sobre o ser é chamado verdade ontológica."

dos dois pode o ter feito. Sendo assim, a interpretação que se pode fazer deve considerar o Estado tem um poder na mão para retirar a liberdade de um cidadão por mais ou menos tempo, logo na uma hermenêutica da aplicação de tal pena sob o enfoque da ontologia fundamental levaria em conta a essência dos acusados, somente aplicando a pena em caso de não se alcançar tal essência. À princípio parece que distorce a questão, fazendo deslocá-la para um subjetivismo extremo, mas, se pode avaliar por outro lado, que o Estado está exercendo um papel de sacrificador do jurisdicionado ao oferecer uma declaração de culpa.<sup>22</sup>

## 2.3 Linguagem<sup>23</sup> e Hermenêutica fundamental

Segundo Heidegger “a linguagem é a morada do Ser”<sup>24</sup> e a estabelece a relação entre a linguagem e a essência, buscando a verdade nos seguintes termos: “A linguagem continua a recusar-nos a sua Essência, a saber, que é a casa da Verdade do Ser. Ao invés, ela se entrega, simplesmente como um instrumento para o domínio do ente, a nosso querer e às nossas atividades. ” Em relação ao fenômeno econômico, percebemos que a ‘essência’ está caracterizada nos fatos das atividades econômicas, que muitas das vezes está distante dos textos jurídicos, cuja tendência é voltar-se mais para o dever ser, do que para sua essência.

A linguagem jurídica<sup>25</sup>, bem como qualquer linguagem científica manifesta a expressão de poder, neste caso, dentro da perspectiva de ordenamento social por meio das normas jurídicas. Ocorre que a linguagem na

---

<sup>22</sup> Garapon (2008, *passim*)

<sup>23</sup> Ao tratar do pensamento, Heidegger (1967, p. 25) questionou a linguagem e sua interpretação: “Não obstante sejam ‘sujeito’ e ‘objeto’ títulos insuficientes da metafísica, que, desde cedo, na forma ‘lógica’ e ‘gramática’ ocidentais, se apoderou da interpretação da linguagem. O que se esconde neste processo, só hoje podemos suspeitar. Libertar a linguagem da gramática, para um contexto Essencial mais originário, está reservado ao pensar e poetizar. ”

<sup>24</sup> Heidegger (1967)

<sup>25</sup> Sgarbi (2006, p. 43) explica a importância da linguagem jurídica: “A linguagem legal, a linguagem dos juristas, as normas e proposições normativas são noções que mantém laços muito fortes. Porque a linguagem legal é a linguagem dos ‘documentos normativos’, a linguagem dos juristas, basicamente é composta por ‘metalinguagens’. Convém, por conseguinte, estabelecer-se ‘níveis de linguagem’ a par de suas ‘funções e relacioná-los:

[...] ‘Metalinguagem’, portanto, é o nome atribuído à linguagem que é utilizada para fazer afirmações sobre ou a respeito de outra linguagem.

[...] Os juristas a todo instante formulam enunciados sobre enunciados, ou seja, construções metalinguísticas, ainda que não se apercebam disso. ”

aplicação do Direito vem sendo usada como subterfúgio para não se perquirir a verdade, a essência do fundamento. Na análise econômica do direito, a questão fica muito mais evidente quando os dados são tratados sob o foco estatístico, sem, contudo, examinar no caso concreto o 'ser' envolvido na situação jurídica, e "a tensão existente entre o texto da lei e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação realizado pelo magistrado.

Ratifico o que foi já dito, não se tratar de colocar a decisão com pesos na balança dos valores para o Judiciário decidir, bem como não se trata de embutir valor na norma, mas sim de praticar, por meio da ontologia fundamental, o encontro da verdade, da essência do 'ser' naquele momento. No campo econômico, a verdade pode corresponder à associação dos fatos com os motivos que levaram aquele 'ser' a decidir daquela forma, que, como já dito não necessariamente são racionais. A linguagem do 'economês' não pode servir para disfarçar a realidade dos fatos, e, neste ponto temos expressões da linguagem que não se aproximam da verdade, como por exemplo: os recursos disponíveis não têm que ser divididos em vários tipos de receitas (correntes, líquidas etc.). As expressões dos valores em 'contas' de um balanço podem não corresponder ao verdadeiro valor que tem um 'fundo de comércio', por exemplo. Aliás, este exemplo é bem expressivo da distância que impõe a linguagem da sociedade, pois quando se questiona o que é um fundo de comércio, várias respostas são dadas com base na linguagem, prendendo-se o conceito ao 'ente' e não ao que realmente representa.<sup>26</sup>

A texto jurídico como expressão da linguagem jurídica não pode ser compreendida apenas como objeto.<sup>27</sup>

### **2.3.1 Linguística do 'ser' e do 'ente' e ontologia fundamental**

O verbo 'ser' é chamado de verbo substantivo. Enquanto ser é infinito, o

---

<sup>26</sup> Outra questão do direito brasileiro presa vinculada à hermenêutica tradicional é a presença na própria legislação civil das formalidades exigidas para um testamento, distinguindo-o inclusive, do codicilo, instituto bastante limitado nas duas disposições. No que tange à hermenêutica tradicional, o Poder Judiciário tem limitado bastante qualquer interpretação de cláusulas testamentárias que se afastem da 'vontade do testador'. Mas, questiona-se o seguinte: na essência, qual é a vontade do testador?

<sup>27</sup> Neste sentido Mello (2006, p. 159): "O que se deve buscar é o que está constantemente junto, a unidade de reunião, ou seja, o logos, o auscultar autêntico do Direito. Ainda hoje, muitos operadores do direito ouvem, de certo, palavras e discursos jurídicos e, não obstante, permanecem trancados ao que deviam ouvir. A interpretação jurídica é vista como um conjunto de métodos dissociados da ontologia da compreensão."

ente é partícipio presente, como por exemplo no verbo amar, temos amante. Para a ontologia existencial, o ser é infinito, daí decair para o modo infinitivo, ou seja, sem tempo e sem espaço. Ou seja, o ser é a essência, o que existe de mais puro.

Heidegger complementa a relação do 'ser' com a linguagem da seguinte forma: "Clareando-se, o Ser chega à linguagem. Ele está sempre a caminho da linguagem. Assim a linguagem é elevada à clareira do Ser."<sup>28</sup>

A questão da linguagem jurídica expressa a importância da busca da essência no momento da aplicação da norma jurídica. A linguagem quando não se volta para a essência, no caso econômico para os fatos econômicos, não soluciona os conflitos jurídicos. As regras postas em Direito usam de vocábulos dos diversos idiomas e criam sentidos diversos, quando mesmo não distorcem o conteúdo para não atingir a essência e a verdade. Na análise econômica, o que seria 'concentração de mercado'; 'posição predominante' de uma empresa no mercado. A interpretação buscando a essência não necessitaria de diversos instrumentos para medi-la, mas sim bastava perceber o poder que exerce tal empresa no mercado e no setor. Não se trata de desprezar a técnica, mas é não usar a linguagem, neste caso específico para não se enquadrar como dominante no mercado. Quando se faz uma interpretação a partir de critérios técnicos, isolando o fato, volta-se para a relação 'ser-ente', e não 'ser-ser'. Heidegger situa a questão das regras da seguinte forma: "Mais essencial para o homem do que todo e qualquer estabelecimento de regras é encontrar um caminho para a morada na Verdade do Ser. Pois é essa morada que assegura a experiência que propicia amparo e sustento."<sup>29</sup>

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A ontologia fundamental de Martin Heidegger se configurou em uma mudança em direção à essência da filosofia existencial, estabelecendo a relação sujeito-sujeito em substituição à clássica relação sujeito-objeto. Tal mudança pode ser muito bem aproveitada na hermenêutica jurídica na realidade hipercomplexa em que vivemos nos dias de hoje.

---

<sup>28</sup> Heidegger (1967, p. 96)

<sup>29</sup> Heidegger (1967, p. 95)

Na relação entre direito e economia, sob o enfoque da ontologia fundamental temos as seguintes considerações:

1) o estudo da confluência dos campos do direito e da economia, em que pese, ter evoluído muito, ainda podem ser aprimorados se, em relação ao direito as interpretações das normas e, principalmente em relação aos fatos, buscarem a essência, aquilo que Heidegger chama de “ser como destino da verdade”. Não se trata de desprezar qualquer técnica, mas não se prender a um resultado que responda somente a respostas à linguagem jurídica como forma interpretativa, mas sim com foco no resultado apresentado pela realidade;

2) a análise do fenômeno econômico não se restringe aos conceitos e teorias econômicas, mas atualmente, se examinam outras variáveis como a análise da economia comportamental. Tal análise dá importância a um aspecto muito relevante da natureza humana, ou seja, as emoções. A ontologia fundamental auxilia no estudo dos comportamentos econômicos, não só na busca dos estímulos negociais, como também na busca da essência, como foi exemplificado no nos contratos de crédito, em que a confiança é fundamental. Ou seja, a busca da verdade, do ser, da essência, e até do fundamento é um elemento que deve ser utilizado na confluência de variáveis que resultam em um ‘índice’ de confiança. Apenas não deixando de olvidar que é compreensível que a essência do fundamento não é possível de ser rigorosamente encontrada, em face do contexto de circularidade e temporalidade em que vive o ‘ser-aí’. Em outras palavras, novas técnicas jurídicas, principalmente de interpretação devem ser criadas para serem consideradas tais variáveis;

3) a linguagem jurídica tem aprisionado mais o aplicador do direito do que fornecido os benefícios da homogeneização dos comandos normativos. A ontologia fundamental auxilia no desvelamento dos verdadeiros significados jurídicos, de onde a norma pretende ordenar. A própria linguística auxilia na compreensão do relação ‘ser-ente’. Pretende-se avançar no sentido da interpretação concentrada no ser e não mais no ente, como se fosse algo que pudesse ser desconexo da realidade;

4) A análise econômica do direito não pode ser examinada como ramo do Direito ou mesmo como movimento, mas sim como instrumental

à disposição dos juristas, aplicadores do direito, legisladores, enfim, todos envolvidos no mundo jurídico, que tem por objetivo fornecer subsídios para a elaboração de normas mais próximas da realidade econômica e social onde o destinatário desta vive. E, mais ainda, na aplicação das citadas normas, também pode ser utilizada, auxiliada também pela interpretação da ontologia fundamental.

Por fim, respondendo-se à indagação proposta na hipótese da presente pesquisa, não há incompatibilidade, muito pelo contrário, há sim ampla possibilidade de se interpretar, mesmo no âmbito do Direito e Economia, por meio da ontologia fundamental, ressaltando que as normas devem estar voltadas para o Humanismo, ou seja, buscando a essência do homem.

## **REFERÊNCIAS**

- ARIELY, Dan. *Previsivelmente Irracional: as forças ocultas que formam as nossas decisões*. Tradução Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- BRASIL. Poder Executivo. Ministério da Fazenda. Banco Central do Brasil. Disponível em [https://www.bcb.gov.br/pre/bc\\_atende/port/faqcadpositivo.asp#1](https://www.bcb.gov.br/pre/bc_atende/port/faqcadpositivo.asp#1). Acesso em: 25 jun. 2017.
- BUCHANAN, James. *Good Economics. Bad Law*. Virginia Law Review, Vol. 60, No. 3. (mar. 1974)
- COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5ª edição. Porto Alegre: Bookam, 2010.
- GARAPON, Antoine e PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França: Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma Perspectiva Comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo - Parte I*. Petrópolis: Editora Vozes, 1986.
- \_\_\_\_\_. *Sobre o Humanismo*. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1967.
- \_\_\_\_\_. *Sobre a essência do Fundamento*. Tradução de Ernildo Stein. Rio de Janeiro: Livraria das Cidades, 1971.
- KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- LEONARDI, Armenia Cristina Dias. *O reconhecimento do outro através de si mesmo: a busca de uma justiça equitativa sob a concepção de Martin Heidegger*. Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região: fenomenologia e direito. EMARF. Vol. 9, nº 2 (out. 2016/mar.2017). Rio de Janeiro: TRF 2ª Região.

MELLO, Cleyson de Moraes. Direito e(m) verdade: os novos caminhos da hermenêutica jurídica. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

\_\_\_\_\_. Hermenêutica e Direito: a hermenêutica de Heidegger na (re)fundamentação do pensamento jurídico. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

\_\_\_\_\_. A essência do Direito e o desencobrimento do ser. Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região: fenomenologia e direito. EMARF. Vol. 9, nº 2 (out. 2016/mar.2017). Rio de Janeiro: TRF 2ª Região.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Direito Econômico dos Contratos. Niterói: Impetus, 2006.

MULLAINATHAN, Sendhil; SHAFIR, Eldar. Escassez: uma nova forma de pensar a falta de recursos na vida das pessoas e nas organizações. Tradução: Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Best Business, 2016.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, economia e mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SALAMA, Bruno M. Direito e Economia: textos escolhidos. Bruno Meyerhof Salame (org.). São Paulo: Saraiva, 2010.

SANDEL, Michael J. O que o dinheiro não compra. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SGARBI, Adrian. Teoria do Direito (primeiras lições). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.