# XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

## HERMENÊUTICA JURÍDICA

**ADRIANA SILVA MAILLART**

**RENATA ALBUQUERQUE LIMA**

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente –** Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

**Conselho Fiscal:**
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

**Secretarias:**
**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

H553

Hermenêutica jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Adriana Silva Maillart; Renata Albuquerque Lima– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-575-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34

---

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

# XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

## HERMENÊUTICA JURÍDICA

---

## Apresentação

Os artigos publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho de Hermenêutica Jurídica I, durante o XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, realizado em São Luís-MA, entre os dias 15 a 17 de novembro de 2017. O evento é promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI em parceria com a Universidade Federal do Maranhão – UFMA, por meio do seu Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça.

Os trabalhos apresentados abriram caminho para uma importante discussão, em que os operadores do Direito puderam interagir em torno de questões hermenêuticas, levando-se em consideração o momento político, social e econômico vivido pela sociedade brasileira, em torno da temática central – DIREITO, DEMOCRACIA E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA. Referida temática apresenta os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica terão que enfrentar, bem como as abordagens tratadas em importante encontro.

Na presente coletânea encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de avaliação por pares. Dessa forma, os 4 (quatro) artigos, ora publicados, guardam sintonia com a interpretação da Ciência do Direito.

Dessa forma, as autoras Elayne Auxiliadora de Freitas Calsavara e Cláudia Maria Borges Costa trabalharam a temática “Fractalidade, sistema do direito positivo e teoria da norma jurídica: uma associação possível?”, em que são estudadas as ideias da Geometria Fractal proposta por Benoit Mandelbrot, assunto o qual se insere no campo da Teoria da Complexidade.

Já Claudine Rodembusch Rocha e Henrique Alexander Grazzi Keske, com o artigo “O pensar hermenêutico como não dualidade separativa do fenômeno jurídico enquanto o próprio operar do círculo da compreensão” visam aplicar o círculo hermenêutico como condição de possibilidade de compreensão do fenômeno jurídico enquanto este se perfaz como forma própria de ser do próprio ser-no-mundo.

Cristiano Roberto Campelo e Jaime Meira do Nascimento Junior, na pesquisa intitulada “Princípios e regras como estrutura normativa à luz da Constituição da República Federativa

do Brasil de 1988: conceitos, distinções e chaves hermenêuticas” estudam a perspectiva dos princípios como balizadores das decisões judiciais, apresentando a distinção entre regras e princípios, bem como os conflitos e colisões fundamentados na teoria de Robert Alexy.

E, por último, Matheus Pereira da Silva faz uma análise hermenêutica das decisões judiciais da operação lava-jato, mais detidamente o caso de quebrar o sigilo telefônico do ex-presidente Luís Inácio “Lula” da Silva e o afastamento do cargo de presidente da Câmara dos Deputados Eduardo Cunha.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração, desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores:

Profa. Dra. Renata Albuquerque Lima - UVA

Profa. Dra. Adriana Silva Maillart - UNINOVE

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

# UMA ANÁLISE HERMENÊUTICA DAS DECISÕES JUDICIAIS DA OPERAÇÃO LAVA-JATO: OS CASOS LUIS INÁCIO “LULA” DA SILVA E EDUARDO CONSENTINO CUNHA

# A HERMENEUTICAL ANALYSIS OF THE JUDICIAL DECISIONS OF THE LAVA-JATO OPERATION: THE CASES LUIS INÁCIO "LULA" DA SILVA AND EDUARDO CONSENTINO CUNHA

**Matheus Pereira Da Silva**

**Resumo**

Busca-se analisar as decisões judiciais da operação lava-jato, mais especificamente o polêmico caso da quebrar do sigilo telefônico do Ex- presidente Luís Inácio “Lula” da Silva e o afastamento do cargo de Presidente da Câmara dos Deputados Eduardo Cosentino Cunha. Para isso nos primeiros tópicos buscar-se-á trabalhar o arcabouço teórico que servirá de critério para análises dos casos concretos. Também avaliar-se-á a teoria que é ideal para uma teoria decisão que seja mais adequada para os atuais anseios do direito.

**Palavras-chave:** Lava-jato, Sigilo telefônico, Afastamento do cargo, Decisões judiciais, Hermeneutica jurídica

**Abstract/Resumen/Résumé**

It seeks to analyze the judicial decisions of the lava-jato operation, more specifically the controversial case of the breaking of the secrecy telephone of the Excellency Luís Inácio "Lula" da Silva and the removal of the position and the arrest of President of Parliament Eduardo Cosentino Cunha. For this in the first topics we will seek to work on the theoretical framework that will serve as a criterion for analyzing concrete cases. We will also evaluate the theory that is ideal for a decision theory that is better suited to the current desires of law.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Lava-jato, Telephone confidentiality, Removal from office, Judicial decisions, Legal hermeneutics

## Introdução

O objetivo geral desse trabalho é analisar, primeiramente, os aspectos filosóficos da hermenêutica jurídica para depois, baseado no arcabouço teórico anterior, fazer uma análise do discurso para ver se as decisões da operação Lava-Jato tiveram um caráter subjetivista (relativista) ou foram criativas obedecendo ao limite interpretativo devido.

No tópico um será abordado os aspectos históricos e teóricos da filosofia da essencialista, da consciência e da linguagem para definir qual a teoria filosófica mais condizente nos dias, ou seja, quais linhas filosóficas foram superadas e qual prevaleceu. No tópico dois será analisada qual teoria da decisão jurídica está em consonância com a teoria filosófica mais atual, discutida no primeiro tópico. No tópico três será analisada as decisões judiciais e discutir se estas tem caráter objetivista da filosofia essencialista; subjetivista, própria da filosofia da consciência, ou linguística, criativa, mas obedecendo aos limites interpretativos.

A metodologia da pesquisa será qualitativa, ou seja, estudo de casos, porém, também será qualitativa com um amplo arcabouço teórico. A exposição teórica servirá para elaborar parâmetros para fazer uma análise crítica das decisões judiciais. O trabalho consiste em discutir quais os limites da interpretação do texto legal e se optando por uma interpretação *contra legem e* quais critérios utilizados para essa decisão. A importância do debate vem em uma época em que se discutem os supostos abusos interpretativos do judiciário brasileiro.

## 1. DA FILOSOFIA ESSENCIALISTAS ATÉ A FILOSOFIA DA LINGUAGEM: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A HISTÓRIA DA FILOSOFIA

Esse percurso histórico é importante para estabelecer qual o marco teórico-filosófico ideal para uma teoria da decisão do direito, pois as teorias filosóficas se renovam partindo das falhas e equívocos epistemológicos anteriores por vezes até superando-os. Cada momento histórico será estudado detalhadamente em três tópicos que de certa forma ajudará a formar o corpo teórico para a análise de casos da Lava-Jato. Mas pode resumidamente estabelecer o que significou cada época para ficar mais compreensível:

A filosofia essencialista investiga a coisa (realidade) em si. Não é um conhecimento baseado em dados empíricos, ou seja, “[...] dados conhecidos diretamente pela experiência sensível ou sensorial, mas nos puros conceitos formulados pelo pensamento puro ou pelo

intelecto" (CHAUÍ, 2003, p.181). É um conhecimento completamente abstrato sem necessariamente estar ligado ao real. Este distingue a o mundo das "aparências" do "ser". Esta se centra nos objetos (no conhecimento objetivo) sem interferência do sujeito (CHAUÍ, 2003).

O essencialismo terá como adeptos Platão que admitirá a existência de dois mundos"[...] o mundo sensível da mudança, da aparência, do "devir" dos contrários; e o mundo inteligível da identidade, da permanência, da verdade, conhecido pelo intelecto puro, sem nenhuma interferência dos sentidos e opiniões" (CHAUÍ, 2003, p.185). Já Aristóteles não acreditava na existência de dois mundos, mas em um único mundo, ou seja, no *devir* "[...] cujo modo de ser se caracteriza por nascer, viver, mudar, reproduzir-se e desaparecer" (CHAUÍ, 2003, p.189).

No período medieval vieram Santo Agostinho e Tomás de Aquino que de certo modo eram herdeiros de uma tradição essencialista, porém, com um viés centrado no Cristianismo. Para Agostinho as ideias são imutáveis, como também pensava Platão, pela "[...] as quais estão contidas na inteligência divina" (REALE; ANTISERI, 2003, p.111). E estas ideias eram conhecidas através da alma racional, "[...] mas aquela que é santa e pura, ou seja, aquela que tem olho são, claro e sereno" (REALE; ANTISERI, 2003, p.111). Tomás de Aquino privilegia o ente em relação a essência e este faz a distinção entre ente lógico e real.

A filosofia da consciência dirá que a realidade em si é impossível e a única forma de conhecer as coisas é pelo sujeito. Trata-se um conhecimento subjetivo em que o sujeito do conhecimento determina as condições de realidade. O sujeito não é mais refém das essências postas nos objetos, logo, este tem um papel mais ativo (CHAUÍ, 2003, p.181). A ideia com o sujeito como protagonista do conhecimento veio com Descartes, pois para este "'Penso, logo existo', era tão firme e tão certa que nem mesmo as mais extravagantes suposições dos céticos poderiam abalá-la" (DESCARTES, 2002, pp.41-42). Ou seja, "[...] é a consciência como faculdade de reflexão e de representação da realidade" (idem) através de ideias e vontade que faz escolhas (CHAUÍ, 2003, p.197).

Depois David Hume questionou a existência do sujeito do conhecimento e das essências das coisas. Em outras palavras, "[...] substância, essências, causa, efeito, matéria, forma e todos os outros conceitos da metafísica (Deus, mundo, alma, infinito, finito, etc) não correspondem a seres, a entidades reais e externas" (CHAUÍ, 2003, p.198). Os objetos não existiam por si só e nem o sujeito do conhecimento poderia conhecer a realidade. Parecia o fim do sujeito do conhecimento, mas surgiu Kant e acabou com essa dúvida e elevou a filosofia da consciência ao seu grau máximo. Para o filósofo de Konigsberg a razão do sujeito do conhecimento era capaz de produzir um conhecimento universal e necessário dos objetos,

porém, "[...] é verdade que todos os nossos conhecimentos começam com a experiência, mas não é verdade que todos provenham dela" (CHAUÍ, 2003, p.77). A razão é uma "folha de papel" em branco que organiza todos os dados que são captados pela experiência. Os conteúdos captados da experiência são importantes na medida em que ela (a razão) seria inoperante se não existisse.

No próximo tópico irá se falar do pensamento de Heidegger e Gadamer e como ele superaram o paradigma da subjetividade e essencialista.

### 1.1. Heidegger e o "*Daisen*"

Como sabemos a hermenêutica filosófica de Heidegger concebe a linguagem como modo dizer a realidade do mundo. O objetivo de Heidegger foi, principalmente em sua obra "Ser e o Tempo", esclarecer que a "[...]compreensão do ser e o sentido do ser estar, ao mesmo tempo, envolto em obscuridades demonstra a necessidade de princípio de se repetir a questão sobre o sentido do ser" (HEIDDEGER, 2005, pp.29-30). Da filosofia grega até a filosofia da consciência a questão do ser estava em segundo plano. A metafísica clássica tratava o ser com mera objetividade, ou seja, ela não é metafísica e sim 'física'"(REALE; ANTISERI, 2005, p.208).

Conforme o pensamento de Heidegger (2005) o homem não é um simples objeto ou uma pré-sença, mas um ser-aí, ou seja, este não apenas existe no mundo, mas há possibilidade de atuar nele. De acordo com Reale e Antiseri (2005) "[...] O homem é aquele ente que se interroga sobre o sentido do ser". O mundo é um "instrumento" para o projetar humano, em outras palavras, "[...] somos capazes de dar sentido ao mundo, conhece-lo e transformá-lo" (CHAUÍ, 2003, p. 205) e por causa disso o homem é cultural, e cria o trabalho, linguagem, obras de artes, tecnologias e etc.

Heidegger dá a essa instrumentalidade o nome de transcendência. É a liberdade que o ser humano tem de se movimentar no mundo. Mas a transcendência não significa apenas a transformação do mundo pelas mãos do homem, mas também é corpo, ou seja, um mundo que não depende exclusivamente da consciência humana para existir, porque "[...] se eliminarmos as coisas, também não resta nada, pois não podemos viver sem o mundo e fora dele" (CHAUÍ, 2003, p.206).

O próprio Heidegger escreve "[...] o esclarecimento do ser-no-mundo, mostrou que, de início, um mero sujeito não 'é' e nunca é dado sem mundo. Da mesma maneira, também de início, não é dado um eu isolado sem outros" (HEIDEGGER, 2005, p.167). O conceito de

transcendência vai muito além de instrumentalidade, porque transcendência significa ser-com-os-outros. Sem o mundo o homem fica impedido de fazer projeções para o futuro. O ser-com-os-outros implica "[...] para o homem cuidar das coisas necessárias a seus projetos" (REALE; ANTISERI, 2005, p.205), pois este mundo depende da consciência e vice-versa.

Um outro conceito heideggeriano muito importante é o ser-para-a-morte. Toda e qualquer projeção (escolhas e projeto) que se faça acabará um dia, pois somos seres finitos; a morte é algo que todos os seres humanos compartilham independentemente dos rumos tomados. Mesmo que a vida seja dedicada ao trabalho, ao estudo, à riqueza ou a qualquer outra coisa, tudo chegará ao fim ou "[...] com a morte, a presença completou o seu curso" (HEIDEGGER, 2005, p.25). Assim, ainda de acordo com os ensinamentos de Heidegger:

> [...] A cura é ser-para-a-morte. A de-cisão antecipadora foi determinada como ser próprio para a possibilidade característica da absoluta impossibilidade da pré-sença. Nesse ser-para-o-fim, a pré-sença existe, total e propriamente, como o ente que pode ser "lançado na morte". Ela não possui um fim em que ela simplesmente cessaria. Ela existe finitamente. (HEIDEGGER, 2005, p.124).

Mas é no reconhecimento da finitude que se encontra a autenticidade da existência, ou seja, enfrentar a angústia da mortalidade. Para a teoria heideggeriana a linguagem "[...] estabelece limites intransponíveis ao que podemos dizer" (REALE; ANTISERI, 2005, p.209). O ente (Homem) nunca pode revelar o sentido do ente.

## 1.2 Hans-Georg Gadamer e o Circulo Hermenêutico

Quando se lê um texto o intérprete tem concepções prévias do mundo, ou seja, não somos uma tabula rasa e "[...] quem quiser ler um texto realiza sempre um projetar" (GADAMER, 2005, p.356). Esse projetar prévio é o que Gadamer (2005) chama de pré-compreensão *(Vor-verstandnis)* ou pré-juízos *(Vor-urteile)*, portanto, o resultado preliminar do sentido do texto. Porém, essa pré-compreensão está sempre sujeita a revisão, pois, "[...] a compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais inicia não forem arbitrárias (GADAMER, 2005, p.356)".

O interprete deve tomar cuidado para que o segundo resultado interpretativo não se choque com o texto ou o contexto. A interpretação é uma tarefa possível, porém, infinita e sujeita a sucessivas revisões. A interpretação textual é infinita "[...] pelo fato que uma interpretação que parecia adequada pode ser demonstrada incorreta" (REALE; ANTISERI, 2003, p.252), e possível porque, a cada vez, conforme a época histórica em que vive o

interprete e com base no que ele sabe (REALE; ANTISERI, 2003, p.253), pois pode descobrir interpretações mais adequadas para a época presente sem excluir interpretações passadas que eram aceitas para aquele determinado momento histórico.

O pré-conceito gadameriano é diferente daqueles usados pelos racionalistas clássicos e posteriormente pelos iluministas, pois para Gadamer (2005) o *Vor-verstandnis* é condição da compreensão. O filosofo alemão chega a admitir que a "[...] oposição entre fé na autoridade e uso da própria razão tem sua razão de ser" (GADAMER, 2005, p.370) e mais adiante continua, "[...] mas isso não exclui o fato de que ela pode ser também uma fonte de verdade" (GADAMER, 2005, p.370). O pré-conceito será condição de compreensão quando o texto não fará sentido algum ou quando seu sentido contraria nossas expectativas.

A Hermenêutica gadameriana vai além de atribuir o sentido ao texto e propõe uma alteridade com este. Percebe-se que Gadamer (2005) é contra com todo e qualquer tipo de interpretação "relativista", ou seja, se atribui sentido ao texto, no entanto, sem desconsiderar o que está previsto neste. Heidegger elabora um idêntico conceito que ele chama de ser-no-mundo já explicado no tópico anterior. Sobre isso, Gadamer escreve:

> [...] quem quer compreender um texto, em princípio, tem que estar disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto, Mas essa receptividade não pressupõe nem neutralidade em relação à coisa nem tampouco autoanulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes. (GADAMER, 2005, p.405).

O ato de criar sentidos na leitura preliminar do texto e posteriormente interpretá-lo de forma adequada, depois de estabelecida a alteridade textual, será chamado por Gadamer de "Círculo Hermenêutico". Gadamer (2005) também se ocupou com a interpretação textual no seu desenrolar histórico, isto é, a interpretação que um texto pode ter em determinado período do tempo. Longe de ser um "defeito" do espírito humano isto faz parte do processo de compreensão, pois o texto uma vez produzido ganha autonomia e consequentemente ganhará autonomia durante a história o que o filosófo irá chamar de história dos efeitos (*Wirkungsgeschichte*).

Gadamer (2005) discorda que exista um "transporte" do interprete presente para os padrões históricos passados para que o texto seja compreendido na sua integridade, pois é no presente que o texto antigo pode ser compreendido e isso ele dá o nome de "fusão de horizontes". Em "*Verdade e Método"*, Gadamer esclarece essa questão:

> Quando nossa consciência histórica se transporta para horizontes históricos, isso não quer dizer que se translade a mundos estranhos que nada têm a ver com o nosso; ao contrário, todos eles juntos formam esse grande horizonte que se move a partir de dentro e que abarca a profundidade histórica de nossa autoconsciência para além das fronteiras do presente. Na realidade, trata-se de um único horizonte que engloba tudo quanto a consciência histórica contém em si (GADAMER, 2005, p.402).

Sobre o "preconceito" *(Aufklarung)* tão combatido pelo iluminismo e os filósofos clássicos, como Francis Bacon e René Descartes, foi rechaçada toda uma tradição (da Grécia ao Cristianismo) existente na época e a razão era a única capaz de chegar ao conhecimento verdadeiro. Nesse ponto Gadamer (2005) concorda com Bacon e Descartes, mas nem toda tradição ou preconceito deve ser visto de forma pejorativa. Tanto é que Gadamer (2005) usa uma palavra diferenciada para diferenciar o *Aufklarung do Vor-verstandnis* (pré-compreensão ou pré-conceito), ou seja, a pré-compreensão que nos faz chegar a verdade. Deve-se substituir nossos "ídolos" por outros melhores.

Para os iluministas existiam os preconceitos da estima humana e os preconceitos por precipitação, porém, a noção de superação dos preconceitos dos iluministas "[...] apresenta-se ela própria como um preconceito" (REALE; ANTISERI apud GADAMER, 2005, p.256) que está sujeita às condições históricas de cada época.

Prosseguindo, foi aprendido que o rompimento com o paradigma da subjetividade "[...] dá-se no século XX, a partir do que passou a ser denominado de giro linguístico" (STRECK, 2015, p.14). O sentido do mundo não seria ditado pelas essências e nem pela subjetividade, mas pela linguagem e filósofos como Martin Heidegger e Hans Georg Gadamer encabeçam o grupo de filósofos que abraçaram a filosofia linguística. Portanto, acreditamos que a filosofia da linguagem é o melhor arcabouço teórico para resolver os dilemas da atualidade e a Hermenêutica Filosófica de Heidegger e Gadamer responde a essas necessidades. Esses dilemas e necessidades também estão no direito e se acredita que a teoria da decisão deve buscar inspiração na filosofia da linguagem. O ideal é que uma teoria da decisão jurídica supere a filosofia essencialista e a filosofia da consciência. Nos próximos tópicos serão estudadas as mais variadas teorias jurídicas, do passado até os dias atuais, e ver quais representam esse ideal da filosofia da linguagem.

## 2.A HISTÓRIA DO DIREITO: O JUSNATURALISMO E O JUSPOSITIVISMO. E A TEORIA DA INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN

No início, houve um debate teórico entre o direito natural e o direito positivo. Inicialmente, o direito natural prevalecia sobre o positivo, porém, essa hegemonia, ao longo do tempo, foi se invertendo, passando a prevalecer o direito positivo. Para os gregos como também para os romanos o direito natural é universal e imutável, pois este não mudava de acordo com o tempo e lugar, porém, a lei positiva era perene. Segundo Bobbio (1995), o direito romano era um direito construído socialmente:

> [...] constituindo-se gradualmente através de um desenvolvimento secular segundo os mores, a jurisdição pretoriana (cujos resultados foram consagrados no *Edictum perpetuum*) e, sobretudo segundo a elaboração dos jurisprudentes. (BOBBIO, 1995, p.30, Grifo do Autor).

Como vimos, no tópico 1.5, a filosofia medieval é uma reelaboração da filosofia grega, logo, com relação ao direito mesma coisa ocorre a dicotomia direito natural e positivo com a diferença que um é superior ao outro. Filósofos medievais, como Tomás de Aquino, colocavam a lei divina como superior. Para Aquino existia quatro tipos de leis: l*ex aeterna, lex naturalis, lex humana e a lex divina.* De acordo com Bobbio:

> Esquecendo-nos da primeira e quarta destas categorias (a lex aeterna e a lex divina) que não nos interessam aqui, consideramos a lex naturalis e a lex humana: tais leis correspondem à distinção entre direito natural e direito positivo" (BOBBIO, 1995, p.20).

É necessário discutir o positivismo jurídico porque é uma corrente filosófica que deixa abertura para a discricionariedade judicial que é "[...] o principal inimigo da democracia" (STRECK, 2015, p.65). Como foi visto, o positivismo não conseguiu superar "[...] a filosofia da consciência pelo giro ontológico-linguistico proposta pela filosofia da linguagem" (STRECK, 2015, p.65). Escolas positivistas como a Escola da Exegese ainda trabalham conceitos como "literalidade da lei" e "vontade do legislador", portanto, a ESCOLA DA EXEGESE e suas variáveis estacionaram na filosofia da consciência. Porém, o caracteriza o positivismo jurídico em termos de interpretação jurídica é o solipsismo. A começar por Kelsen que, na opinião de Streck:

> [...] a interpretação dos órgãos jurídicos (os tribunais, por exemplo) é um problema de vontade (interpretação como ato de vontade), no qual o interprete sempre possui um espaço que poderá preencher no momento de aplicação da norma (STRECK, 2015, p.72).

Para Streck (2014), Raz também faz uma aposta na discricionariedade judicial, "[...] apesar de pregar uma separação radical entre moral e direito" (STRECK, 2014, p.42). Neste diapasão, Streck faz a seguinte assertiva:

> [...] que o direito apresenta limites - em face da imprevisibilidade- em face da imprevisibilidade da administração judicial dos fatos sociais- e, diante desses limites, o juiz mantem para si o poder discricionário de decidir, segundo critérios que parecerem mais convenientes (STRECK, 2014, p.42).

Na mesma linha é o posicionamento de Hart, afirmativa que resta clara quando este assim afirma:

> Nestes casos, é claro que a autoridade autora do regulamento deve exercer um poder discricionário, e não há possibilidade de tratar a questão suscitada pelos variados casos, como se houvesse uma única resposta correcta a descobrir, distinta de uma resposta que seja um compromisso razoável entre muitos interesses conflituantes. (HART, 1994, p. 304).

Considerando que a discricionariedade judicial é um caminho para arbitrariedade e o positivismo jurídico, de alguma forma, do ponto de vista da teoria da decisão acolhe essa perspectiva solipsista, logo, deve ser condenada. Repetindo, se deve priorizar teorias jurídicas que estejam em harmonia com a hermenêutica filosófica de Gadamer e Heidegger que superam o vitimismo do homem do mundo do dado (essências) e do relativismo da filosofia da consciência. O positivismo jurídico como todo um todo não avança nesse sentido, pois é relativista característica da filosofia da linguagem.

Porém, existem outras formas de solipsismo que se deve observar e tomar cuidado porque se encontram ocultas. Grosso modo, são termos jurídicos utilizados como "desculpa" para "decidir conforme a consciência" (STRECK, 2015, p. 25), como, por exemplo, o livre convencimento. O livre convencimento para alguns significa livremente a respeito da intepretação da lei e dos casos concretos, ou seja, "[...] de acordo com a consciência [...]"(STRECK, 2015, p.20). ou "[...] entendimento pessoal do sentido da lei [...]" (STRECK, 2015, p.20).

Uma outra forma em que a arbitrariedade pode aparecer é através de princípios. É o que se chama de pan-principiologismo, isto é, são "[...] retirados tantos princípios quantos necessários para solvermos casos difíceis ou 'corrigir' incertezas da linguagem" (STRECK, 2014, p.525). Esses princípios tem como finalidade causa uma "abertura" no texto legal ou uma obscuridade legal para facilitar o poder de criação do interprete. Um exemplo é o

princípio da simetria que é utilizado quando ocorre "[...] eventual falta de previsão de competência em favor dos Estados membros" (STRECK, 2014, p.526), ou seja, cria-se uma competência, ampliando a área de atuação deste.

E também a proporcionalidade alexyana que admite a possibilidade de discricionariedade judicial nos casos difíceis. E por esse motivo se acredita que a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy não se enquadra nas correntes filosóficas e jurídicas atuais, pois está presa na ultrapassada filosofia da linguagem. Porém, é preciso fazer justiça à teoria de Alexy e denunciar possíveis maus usos da teoria. Streck (2014) considera que nas praticas acadêmicas e forenses ocorre uma vulgarização da teoria da argumentação, conforme se observa do trecho a seguir:

> [...] a ponderação, seja a Alexiana ou aquela praticada no Brasil, como qualquer método, tenta esconder, sob o véu da racionalidade, um subjetivismo que primeiro escolhe e depois, retoricamente, encontra uma pretensa justificação (STRECK, 2013)

O objeto não é aprofundar sobre a teoria da argumentação jurídica de Alexy nesse trabalho, mas denunciar o seu possível mau uso. Segundo, Streck (2014, p.60), sintetizando o pensamento de poderação, diz que "princípios se aplicam por ponderação; regras, por subsunção". Ou seja, quando há uma previsão legal, a regra deve ser aplicada sem extrapolar a literalidade da lei, isto é, sem ponderações. Para Lenio Streck (2014) a ponderação de princípios também não é uma operação que se "pesa" dois princípios para "escolher". A ponderação de Alexy foi uma tentativa do autor em "racionalizar" as decisões e não transformá-las em enunciados performativos.

## 2.1 Ronald Dworkin e a Integridade do Direito

De início Ronald Dworkin (2003) diz que controvérsias com determinadas regras são normais na comunidade jurídica. Porém, as controvérsias ocorrem não por causa da "textura aberta" da lei, mas porque a comunidade jurídica descobriu que uma determinada interpretação é mais adequada para atender as finalidades do texto legal, ou seja, "[...] só chamaremos uma lei de obscura quando acharmos que existem bons argumentos para cada uma das duas interpretações em confronto" (DWORKIN, 2003, p.421). O método de integridade de Dworkin (2003) diz que a nova interpretação deve surgir para uma melhor aplicação da legislação e dos princípios envolvidos e não para corrigir a lei de acordo com agentes externos ao direito (a moral, por exemplo).

O jusfilósofo americano percebe a interpretação criativa como construtiva e não conversacional. E para melhor explicação Dworkin usa o exemplo de um leitor de uma obra literária que para recapturar as intenções do autor de acordo com o contexto histórico, ou seja, "[...] ouvimos não as obras de arte de arte em si, como sugere a metáfora, mas sim os seres humanos que são seus autores" (DWORKIN, 2003, pp.62-63). A interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto, portanto, o intérprete da obra literária não pode dizer o que bem entende sobre a obra do autor (DWORKIN, 2003).

A atitude interpretativa atribui o melhor significado para essa prática (DWORKIN, 2003). Portanto, é uma interpretação (construtiva) que torna o sentido da prática o melhor possível, mas dentro do sistema de regras e não uma interpretação arbitrária. Por isso, diz "[...] deve estabelecer uma distinção entre tentar decidir o que os outros membros de sua comunidade pensam que a prática exige, e tentar decidir, para si mesmo, o que ela realmente requer" (DWORKIN, 2003, p. 77). Portanto, não se está falando de neutralidade, o intérprete é sim participador do sentido das regras, mas sem cair no relativismo.

Outro importante aspecto da interpretação integrativa de Dworkin é que não há distinção entre casos fáceis e difíceis no direito e esta diferenciação nem é importante (DWORKIN, 2003). Em qualquer caso o julgador deverá analisar o caso levando em consideração a interpretação mais adequada. Cada Juiz tem sua teoria interpretativa e todas se divergem, porém, há pontos de convergência "[...] que na prática não podem ser contestadas sem sugerir corrupção ou ignorância" (DWORKIN, 2005, p.110). Nenhum juiz seja do *Commom Law ou Civil Law* pode se negar a aplicar o direito vigente.

Para Dworkin (2003) há três virtudes políticas que podem ser implementadas no direito, qual sejam: Equidade, justiça e devido processo legal. A equidade em distribuir o poder de maneira adequada (DWORKIN, 2003), ou seja, garantir ao cidadão a influência das decisões que o governam. A justiça se refere ao conteúdo, ou seja, distribuição dos recursos materiais e proteção das liberdades civis por parte dos legisladores e autoridades (DWORKIN, 2003). O devido processo prega o respeito as regras predefinidas para julgar aqueles que cometem ilícitos (DWORKIN, 2003).

A integridade é a derivação dos princípios da justiça, equidade e devido processo legal e instrui os aplicadores do direito a conceder direitos até onde for possível (DWORKIN, 2003). A integridade do direito deve ser mantida buscando uma coerência, isto é, a justificação com os princípios que regem as leis ou os precedentes. As inovações só poderão ocorrer com princípios que justificam as decisões jurídicas do passado. A coerência entre

essas decisões com as atuais decisões é o que o jusfilósofo chama de “romance em cadeia”. A título de exemplo, o romance de cadeia ocorre, quando uma história é elaborada por vários romancistas e cada um deles escreve o capitulo que receberam de uma maneira diferente (DWORKIN, 2003).

Para compreender o conjunto da obra de Ronald Dworkin se deve estudar a distinção que este faz a respeito dos princípios e regras. Dworkin faz isso em sua obra “Levando os Direitos à Sério”. Para Dworkin (2002) as regras uma vez verificadas as hipóteses previstas em lei esta deve ser aplicada, no entanto, ocorrendo um conflito de duas regras de mesmo conteúdo uma será escolhida e a outra será tirada do ordenamento jurídico de uma vez por todas. Enquanto os princípios, em caso de conflito, não ocorrem, pois mesmo em caso de colisão o princípio mitigado não é excluído do ordenamento jurídico. Isso significa que num caso futuro este princípio poderá ser utilizado. Logicamente o princípio escolhido deverá aquele que melhor dar sentido ao texto e o juiz deverá deixar suas concepções pessoais de lado.

Para finalizar, consideramos a integridade e coerência de Dworkin a melhor para se alcançar decisões democráticas que respeite os direitos do cidadão, pois esta teoria supera a relação sujeito e objeto e estabelece a linguagem como condição de possibilidade. Acredita-se que a teoria filosófica de Heidegger e Gadamer estão em perfeita sintonia com a teoria da decisão de Dworkin. No próximo tópico será analisado os casos da operação Lava-jato de acordo com a metodologia que se alinhe à hermenêutica filosófica.

## 3. Análise de Casos

A metodologia utilizada na pesquisa nada mais é do que a teoria integridade e coerência construída por Ronald Dworkin, e como foi dito anteriormente no tópico 2, a sofisticada teoria dworkiana tem uma estreita ligação com a Hermenêutica filosófica de Martin Heidegger e Hans Georg Gadamer. Portanto, o método de integridade de Dworkin é o ideal para uma teoria da decisão moderna, pois o jurista democrático, que tem responsabilidade política perante o ordenamento jurídico, não é escravo da letra “fria” da lei, porém, não pode interpretá-la da maneira que lhe convém. Na verdade não se trata de um “método” (e as aspas são bem pertinentes) propriamente dito, porque quando se trata da Hermenêutica da dupla Heidegger e Gadamer não há que se falar em método.

O próprio livro “Verdade e Método” de Gadamer pode ser lido como “Verdade contra o método” e se Dworkin compartilha das mesmas ideias dos filósofos alemães a integridade e coerência não deve ser chamada de “método”, portanto, integridade e coerência são “[...] vetores principiológicos pelos quais todo o sistema jurídico deve ser lido” (STRECK, 2016). São cinco os princípios, estabelecidos por Lênio Streck, que garantem a coerência e integridade do direito e consequentemente limita o poder de criação dos juristas e os formalismos exacerbados, são eles:

> [...] a) preservar a autonomia do direito; b) estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional; c) garantir o respeito à integridade e à coerência do direito; d) estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais; e) garantir que cada decisão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada (STRECK, 2015, p.112-113).

Como o próprio Streck afirma esses princípios são “[...] uma simbiose entre as teorias de Gadamer e Dworkin” (STRECK, 2015, p.113). O juiz terá que dar uma resposta adequada a Constituição e esta não pode depender da consciência do julgador (STRECK, 2015). Se alguma decisão for tomada deve ser respeitada a “[...] história institucional do direito” (STRECK, 2015, p.114) evitando reposta que partam de um “[...] grau zero de sentido” (STRECK, 2015, p.114) como um romance de cadeia dworkiano. Um exemplo de integridade foi a questão da permissão das células tronco pelo STF, pois o nosso ordenamento jurídico autoriza o aborto decorrente de estupro e, ao mesmo tempo, a reprodução in vitro. A decisão analisada por este trabalho deve estar de acordo com a coerência e integridade e para que seja analisada o seu grau de adequação ao ordenamento jurídico.

## 3.1 Análises de Casos Referentes a Operação Lava-Jato

**Decisão de interceptação Telefônica do Ex-presidente Lula:** A legislação especial que regulamenta as interceptações telefônicas no Brasil, a lei n.º n.º 9.296/1996, traz em seu artigo 8º a seguinte disposição:

> Art 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas. (BRASIL, 1996).

Assim, de acordo com o supracitado artigo, é possível perceber que o juiz responsável pelo despacho, Sergio Moro, desrespeitou a literalidade da comentada lei, assim como a do artigo 5º inciso LX da Constituição Federal de 1988. (BRASIL, 1988), que restringe a publicidade dos atos do processo em casos de intimidade e interesse social. Para o magistrado "o interesse público e a previsão constitucional de publicidade dos processos (art. 5º, LX, e art. 93, IX, da Constituição Federal) impedem a imposição da continuidade de sigilo sobre autos" (BRASIL, 2016).

O juiz Sérgio Moro deixa de aplicar a lei a qual ele era obrigado a fazer por responsabilidade política. E ao inovar o ordenamento jurídico não se dá ao trabalho de analisar a "história institucional do direito" no qual foi falado no tópico anterior. O magistrado não cita nenhum tratado internacional, lei (dentro do ordenamento jurídico) e jurisprudência que fundamente a sua decisão. Ele não aprofunda o mérito e reponde a questão com simples referência a "[...] apuração de possíveis crimes contra a Administração Pública, o interesse público e a previsão constitucional de publicidade dos processos" (BRASIL, 2016).

Trata-se de um inquérito policial e os investigados estão na condição de cidadãos comuns e não de governantes. As autoridades citadas não devem prestar contas dentro de um inquérito policial, pois este não é um meio adequado de fiscalização. Nada contra que as autoridades prestem contas de sua vida pública, mas um inquérito policial é para saber se há indícios de crimes e não de prestação de contas. As gravações eram para fins processuais e não um meio para que "[...] os governados saibam o que fazem os governantes" (BRASIL, 2016).

O magistrado não disse na decisão porque estava transformando um inquérito que tinha fins investigativos para fiscalizatório. Moro simplesmente citou um suposto "princípio do interesse público" que justificasse suas pretensões. Aliás, é comum um julgador inventar um principio para justificar suas decisões, (o que Lenio Streck (2014) chama de pan-principiologismo). No fim esse tipo de prática serve para que o julgador faça correções morais e pessoais sobre a lei e é o que ocorreu no caso em comento.

O Juiz Moro faz, consciente ou inconscientemente, uma ponderação de princípios, no entanto, essa ponderação não é nos moldes da teoria da argumentação de Robert Alexy, mas, uma vulgata desta teoria, pois só se utiliza a ponderação de princípios quando se está em um *hard case*, o que não é o caso. Em *easy cases se* deve aplicar a lei sem inovações absurdas. É preciso lembrar que a ponderação de princípios só será utilizada quando não houver nenhuma regra para ser aplicada ao caso concreto. No caso do vazamento da conversa entre a

presidenta Dilma e Lula havia uma regra para ser aplicada, ou seja, o art. 8º da Lei de Interceptação Telefônicas.

Este trabalho não adota a ponderação de Robert Alexy como referência para a melhor aplicação do direito, mas é preciso fazer justiça ao autor e reconhecer que houve uma distorção da teoria. Se houve a opção fazer uma ponderação de princípios que esta fosse aplicada corretamente.

Outro ponto que merece destaque é a interceptação da conversar entre Lula e seu advogado Roberto Teixeira. O juiz Moro justifica sua decisão dizendo que "[...] apesar deste ser seu advogado, não identifiquei com clareza a relação cliente/advogado a ser preservada entre o Ex-presidente e a referida pessoa" (BRASIL,2016). A priori o juiz Moro tem razão, pois o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB dispõe com clareza sobre o tema em seu artigo 7º, II, vejamos:

> "Art.7º São direitos do advogado;
>
> II- ter respeitada, em nome da *liberdade de defesa e do sigilo profissional*, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive *telefônica ou afins*, salvo caso de busca e apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representante da OAB". (Grifo nosso)

Se no caso o advogado não mantem uma relação de cliente/advogado não há que falar em sigilo profissional, pois uma suposta relação criminosa não é relação profissional propriamente dita. Porém, o magistrado não especifica em que trecho da gravação o levou acreditar que existia ali uma relação não profissional. Neste ponto a decisão se mostra omissa violando o principio da motivação da decisão judicial prevista constitucionalmente (art.93, inc IX da CF).

Moro fala que [...]há indícios do envolvimento direto de Roberto Teixeira na aquisição do Sítio em Atibaia do ex-Presidente,[...] Então ele é investigado e não propriamente advogado (BRASIL,2016). Ao que tudo indica, Moro coloca o Sr. Roberto Teixeira na posição de investigado. De fato ele seria um dos investigados e nesse ponto não há o que contestar, ou seja, se há a condição de investigado separada de advogado cabendo assim a quebra do sigilo.

Sobre essa discursão Moro ainda diz que Roberto Teixeira "não consta no processo da busca e apreensão 5006617-29.2016.4.04.7000 entre os defensores cadastrados no processo do ex-Presidente" (BRASIL, 2016), esta afirmação esta um tanto nebulosa. Segundo o site jurídico Conjur (2016) os advogados de defesa, do ex- presidente, alegam que Roberto

Teixeira é um dos advogados do réu e a procuração se encontra anexada aos auto. O juiz Moro não poderia se limitar a olhar o cadastro do processo, mas em verificar se a procuração está ou não anexada, pois é isso que vai dizer se alguém é advogado ou não da parte. Mas o que realmente vai determinar se era cabível o grampo no telefone do Sr. Roberto Teixeira é o conteúdo da conversa. Se não houver nenhuma suposta relação criminosa e for algo estritamente profissional a conversa não pode ser publicada (art.7º, inc.II do Estatuto da OAB) e consequentemente descartada do processo (art.9º da lei 9296).

**Decisão sobre o afastamento de Eduardo Cunha da Presidência da Câmara:** Sobre a decisão do Ministro do STF, Teori Zavascki, teleologicamente está correta a decisão sobre o afastamento do presidente da Câmara de Deputados, Eduardo Cosentino Cunha (PMDB-RJ). O argumento o que não é proibido é a mim permitido, não é suficiente para justificar a sua manutenção no cargo, pois a ninguém pode se beneficiar da própria torpeza (STRECK, 2016). O deputado não pode invocar sua imunidade para violar o código de ética e as leis ou como o Ministro Teori disse em sua decisão "[...] não permitir a publicação de pronunciamentos ou expressões atentatórias do decoro parlamentar" (BRASIL, 2016). E nas palavras de Streck:

> [...] A imunidade não é do parlamentar. É do Parlamento. Ele só pode esgrimi-la a seu favor, pessoalmente, quando estiver sendo atacado e, com isso, por sua condição, o Parlamento e a democracia representativa ficarem em xeque. (STRECK, 2016).

A falta de decoro parlamentar é penalizada com a perda de mandato só a Câmara dos Deputados pode emitir condenação (BRASIL, 1988), porém, trata-se de uma medida cautelar que serve para garantir o processo e não adiantar o mérito. O problema é que a decisão de Teori Zavascki não abordou nenhum desses pontos e não basta apenas o judiciário dar uma resposta adequada à Constituição e as leis, mas fundamentá-las adequadamente sobre pena de nulidade, art. 93, inc. XI da CF (BRASIL, 1988).

O fundamento foi a excepcionalidade da medida, ou seja, a fundamentação "[...] não se encontra nos textos normativos de direito positivo" (BRASIL, 2016a), como diz a decisão, mas são argumentos políticos que partem do sentimento de justiça do julgador. E outra coisa que chama atenção é a demora da decisão, pois o pedido, como é público e notório, foi protocolado em 16 de Dezembro de 2015 e que a decisão foi dada no dia 5 de maio de 2016 (STRECK, 2016). Ora, se é uma decisão cautelar, que não resolução de mérito, e sua aplicação é de urgência, porque esta não foi feita logo de início?

E ainda, o ministro Teori não definiu se os atos praticados, até então pelo deputado Eduardo Cunha, seriam nulos, pois se o parlamentar "não se qualifica para o encargo de substituição da Presidência da República" (BRASIL, 2016) como este poderia presidir o impeachment, por exemplo? Esses pontos deveriam ser enfrentados na decisão e não foram.

A fundamentação da decisão se encontra frágil, mas a decisão de afastar Eduardo Cunha da presidência da Camara Federal é acertada. Cabe destacar também na decisão a aplicação do artigo 282, inciso, paragrafo 6º do Código de Processo Penal. Primeiramente se trata da correta aplicação da medida cautelar do processo penal, pois o referido artigo diz que a prisão preventiva será decretada se houver uma maneira de substitui-la por uma medida cautelar (BRASIL, 1941). Ou seja, a prisão preventiva é a exceção e a regra a medida cautelar.

Poderia se alegar que a medida dada pelo ministro Teori é inconstitucional, pois a Constituição Federal no seu artigo 55, parágrafo 2º, esclarece que:

> Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:
>
> §2ºNos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa (BRASIL, 1988).

Mas como o próprio ministro diz, acertadamente, em seu acordão "O Judiciário terá se pronunciado quanto à formação da culpa, enquanto o parlamento irá se manifestar sobre a cessação do mandato " (BRASIL, 2016). Ou nas palavras de Rafael Tomaz de Oliveira (2016) "não se estava a discutir a cassação do mandato do deputado, mas, simplesmente, sua suspensão". Como dissemos anteriormente se trata de uma medida cautelar processual, não cabe dizer que houve uma cassação até porque Eduardo Cunha manteve os poderes de deputado logo após a suspensão do cargo.

De outro lado poderia alegar a imunidade parlamentar prevista no artigo 53, parágrafo 2º da Constituição Federal que diz:

> Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.
>
> § 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão. (Brasil, 1988)

Porém, claramente, o mencionado artigo se refere a prisão preventiva e não as medidas cautelares prevista no artigo 319 do Código de Processo Penal, mais especificamente o inciso IV deste artigo que trata sobre a suspensão da função pública (BRASIL, 1941).

## Considerações Finais

Ao longo do trabalho abordamos assuntos e teóricos da filosofia e do direito para demonstrar que ambos (a filosofia e o direito) estão interconectados e principalmente o direito precisa da filosofia para formação de uma teoria da decisão. Por isso que foi importante, logo no primeiro tópico, tratar a filosofia de maneira histórica (ou no seu contexto histórico), pois é estudando o passado que compreendemos o presente. Podemos compreender porque determinada teoria filosófica foi abandonada e outra foi aceita. Falando especificamente do nosso trabalho concluímos que a filosofia essencialista e da consciência se encontram ultrapassadas e que o arcabouço teórico da filosofia da linguagem tem melhores condições de solucionar as indagações atuais desta sociedade e do direito.

Com relação aos teóricos da filosofia da linguagem Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer são os melhores autores para explanação de um tema tão complexo e denso como é a linguagem. Ambos tentam superar as faltas das teorias filosóficas antecessoras, ou seja, a ideia de um mundo dado em que a verdade se manifesta nas essências das coisas e que a verdade se revela a partir do sujeito. E Heidegger e Gadamer vão tratar a linguagem como condição de possibilidade do conhecimento, pois para os filósofos essencialistas e da consciência a linguagem era uma terceira coisa entre o sujeito e objeto, em outras palavras, um instrumento. Outro motivo para se adotar a filosofia da linguagem como marco referencial é histórico, pois nessa quadra da história não há que se falar em teorias essencialistas e das consciências. Apostar em uma das teorias antecessoras é fretar com o atraso.

Logicamente o direito tem que acompanhar os avanços teóricos da filosofia, logo, daí a importância em abordar como o direito teoricamente se desenvolveu ao longo da história. O direito começou a se desenvolver na Grécia antiga, porém, este era dicotomizado entre o direito natural e positivo. No decorrer do tempo o direito positivo foi assumindo o protagonismo e estabelecendo uma hegemonia. No entanto, o positivismo ganhou uma forte adversária a teoria da integridade do direito, representado por Ronald Dworkin respectivamente. Concluímos que a teoria da integridade de Dworkin é a melhor fundamentação teórica para o direito, porque esta está em sintonia com a Hermenêutica filosófica de Heidegger e Gadamer, ou seja, admite que haja possibilidades de interpretação *contra legem*, mas essa interpretação sempre tem que respeitar a coerência e integridade do ordenamento jurídico sem espaço para relativismos e julgamentos morais do interprete.

Portanto, diante das precisas conclusões dos tópicos 01 e 02 encontramos os parâmetros necessários para avaliar qualquer decisão judicial, mais especificamente da operação lava-jato. E das três decisões avaliadas ficaram a quem do desejado. Na decisão da quebra do sigilo telefônico do ex-presidente Lula houve uma inovação do ordenamento jurídico, mas sem respeitar a integridade do direito e a falta da fundamentação jurídica.. Na segunda decisão analisada houve uma reposta adequada dentro do direito, mas isso não se repetiu na fundamentação, repetimos que a fundamentação é condição de possibilidade da sentença, logo, esta também deve está adequada ao direito. E a ultima decisão os critérios foram totalmente subjetivos com menção de fatos que já ocorreram sem motivos para se decretar a prisão do deputado cassado Eduardo Cunha.

**Referências**


BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico:** lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995

BRASIL. lei n.º 8.906, de 4 de julho de 1994**. Estatuto da OAB**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 16 fev. 2017

BRASIL. Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 16 fev. 2017

BRASIL. Constituição [1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso: 11 out. 2016

_____. Lei n.º 9.296, de 24 de JULHO de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5° da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n.º 4070/DF. Relator: Ministro Teori Zavascki, DF, 4 de maio de 2016. **STF**. Disponível em: <http://download.uol.com.br/noticias/AC_4070_afastamento_cunha_decisao_teori.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2016

**CASO Lava Jato:** entenda o caso. Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>. Acesso em: 16 fev. 2017

**CASO Lava Jato:** a Lava Jato em números. Disponível em: < http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados>. Acesso em: 16 fev. 2017

CHAUÍ, Marilena. **Convite a filosofia.** 13. ed. São Paulo: Ática, 2003

DESCARTES, René. **Discurso do método:** regras para a direção do espírito. São Paulo: Martin Claret, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método:** parte 1 - traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo.** 15. Ed. Petrópolis: Vozes, 2005, vol. 1

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 15. Ed. Petrópolis: Vozes, 2005, vol. 2

**LEIA na íntegra o despacho de Sergio Moro sobre a quebra de sigilo telefônico do ex-presidente.** Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/blogs/caixa-zero/leia-na-integra-o-despacho-de-sergio-moro-sobre-a-quebra-de-sigilo-telefonico-do-ex-presidente-lula/>. Acesso em: 13 fev. 2017.

**LULA é alvo em 24ª fase da Lava Jato.** Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160304_lula_operacao_aleteia_policia_fd>. Acesso em: 16 fev. 2017.

**MINISTRO Teori Zavascki afasta Cunha do mandato de deputado federal.** Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mai-05/teori-zavascki-afasta-cunha-mandato-deputado-federal>. Acesso em: 16 fev. 2017

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão do STF que suspendeu mandato de Cunha foi juridicamente correta.** http://www.conjur.com.br/2016-mai-07/diario-classe-decisao-stf-suspendeu-cunha-foi-juridicamente-correta. Acesso em 16 fev. 2017

**Todos os 25 advogados de escritório que defende Lula foram grampeados.** Consultor Jurídico. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2016-mar-17/25-advogados-escritorio-defende-lula-foram-grampeados>. Acesso em: 16 fev. 2017.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia:** patrística e escolástica. São Paulo: Paulus, 2003, vol. 2

_____. **História da filosofia:** do humanismo a Descartes. São Paulo: Paulus, 2004, vol. 3

_____. **História da filosofia:** de Spinoza a Kant. São Paulo: Paulus, 2004, vol. 4

_____. **História da filosofia:** de Nietzsche à Escola de Frankfurt. São Paulo: Paulus, 2005, vol. 6

**SÉRGIO Moro divulga escuta telefônica entre Dilma e Lula.** Disponível em: <http://www.correiodopovo.com.br/Noticias/Politica/2016/3/582116/Sergio-Moro-divulga-escuta-telefonica-entre-Dilma-e-Lula>. Acesso em: 16 fev. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Verdade e consenso:** Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

_____. **Objeto, sujeito e o giro ontológico-linguístico**. O que é isto – decido conforme minha consciência? 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015

_____. **SUPREMO poderia usar fundamento da "excepcionalidade" para julgar Cunha?** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mai-08/streck-supremo-usar-excepcionalidade-julgar-cunha>. Acesso em16 fev. 2017.

.