

A IMPORTÂNCIA DA HERMENÊUTICA JURÍDICA NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E NO CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Taís Dórea de Carvalho Santos ¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar a importância da argumentação jurídica na aplicação do direito. Para tanto será feita uma contextualização da hermenêutica quando da aplicação dos direitos fundamentais tanto pela Administração Pública, quanto da implantação dos atos administrativos e políticas públicas, quanto do controle judicial destes atos. O ponto de partida será a revisão bibliográfica de Autores consagrados que estudam sobre hermenêutica jurídica, bem como sua relação com a concepção de justiça e com ela a realização do próprio direito.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Controle Judicial. Conceito Indeterminado. Ato administrativo. Argumentação.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the importance of legal arguments in the application of the law. In order to do so, a contextualization of hermeneutics will be done when applying the fundamental rights both by the Public Administration, when implementing administrative acts and public policies, and judicial control of these acts. The starting point will be the bibliographical review of consecrated authors who study legal hermeneutics, as well as its relationship with the conception of justice and with it the realization of the law itself.

KEY WORDS: Fundamental rights. Judicial Control. Concept Indeterminate. Administrative act. Argumentation.

1 INTRODUÇÃO

O Estado tem a função de atender os anseios sociais na busca da realização dos direitos fundamentais. Na tentativa de organizar e facilitar esta tarefa dividiu o estado em três poderes, onde um deles faz as leis, outro administra o estado de acordo com estas leis e um último é chamado quando diante da inoperância, ausência ou desacordo, para suprir e apresentar soluções para as irregularidades.

¹ Doutoranda em Políticas Sociais e Cidadania pela Universidade Católica do Salvador. Mestra em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Advogada e professora universitária. E-mail: tais.dorea@hotmail.com

A Administração Pública, no gozo de suas atribuições legais, possuem como finalidade maior a busca do interesse público. Por esta razão o sistema normativo prevê a possibilidade de escolha quando ela esta diante de atos discricionários, ainda que dentro de uma relação onde o princípio basilar seria o da legalidade estrita, desde que estes atos sejam motivados.

Esta liberdade dada a Administração Pública não exclui a possibilidade de análise de legalidade feita pelo Poder Judiciário, chamada de controle judicial dos atos administrativos. Nele o magistrado faz controle de legalidade, observando inclusive este pelo viés do interesse público, o que pode parecer, a princípio, interferência no mérito administrativo.

Portanto, tanto em ato discricionário quanto no controle judicial se observa necessidade de análise argumentativa dos elementos que permeiam a matéria debatida, o interesse público a se alcançar. A utilização da hermenêutica é instrumento fundamental em toda análise jurídica, principalmente por ser ela oriunda das ciências sociais.

O direito tem como elemento central a linguagem. E a linguagem tem como elemento central a argumentação. Portanto, a construção do pensamento é fundamental para a aplicação do direito nas diversas instancias, incluindo a análise jurisdicional dos atos administrativos.

A discussão passa pela compreensão da organização estatal e ordenamento jurídico, trazidos no primeiro tópico. Como elemento importante pra análise da argumentação jurídica neste contexto, o segundo tópico abordará o que é norma jurídica e como é feito o controle judicial.

No ultimo tópico será tratada a importância da hermenêutica jurídica no controle judicial dos atos administrativos, compreendendo esta como forma central da própria construção do direito. O controle judicial envolve as normas em aplicação ao caso concreto. E sempre estará presente a interpretação de algum principio nesta analise. Sendo assim, não resta duvida utilização da argumentação neste contexto. Necessária para a motivação dos atos discricionários (obrigatório) e também na decisão referente ao controle judicial, quando existente.

Será utilizada como metodologia, por apresentar um viés extremamente teórico, uma breve revisão de literatura, trazendo sociólogos, juristas e filósofos que debatem sobre justiça, controle judicial e hermenêutica jurídica. O objetivo é fazer um recorte introdutório para se reflita sobre a importância da interpretação e a compreensão da argumentação jurídica para o direito, possuindo reflexo na própria construção do estado brasileiro.

2 A ORGANIZAÇÃO ESTATAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO

A divisão dos poderes proposta por Montesquieu, dividindo o mesmo em três seguimentos básicos: legislativo, executivo e judiciário. Esta divisão, apesar de simples, não é absoluta, mas facilita o entendimento das funções inerentes a cada um deles, importando a concentração de deveres específicos. Em se tratando das regras de competência, esta divisão pressupõe apenas a existência de órgão do poder político, onde é atribuída competência destinada à continuidade das tarefas de legislar, administrar e julgar. (CANOTILHO, 2008, p. 52).

Mais do que poderes, o que trata esta divisão, de fato, é dos deveres que o estado tem para com a sociedade, transformando esta divisão numa forma de melhor prestar o fim público. Ou seja, não passa das funções ou atividades de um único poder estatal que é oriundo do povo e que este concede aos seus governantes através de funções específicas, realizadas por agentes investidos nestas funções. (BEZERRA, 2008, p. 55-56).

Assim, o Poder Legislativo teria como função precípua a confecção de leis, ou seja, é este poder que determina qual lastro legal a sociedade anseia pertencer. Seria o poder que sintetiza as vontades sociais, principalmente por ser ele constituído por representantes eleitos pelo próprio povo. Ele cria as políticas sociais necessárias para a efetivação dos direitos fundamentais.

O Poder Executivo, enquanto administração utilizaria de todo arcabouço legal (alias, esta limitado a ele) na sua atuação enquanto organizador de toda uma sociedade. É ele que tem a função de gestão, organização e aplicação das políticas públicas as quais o Estado tem obrigação de efetivar.

Já o Poder Judiciário teria a função de garantir e defender os direitos fundamentais, com a clara intenção de promover a esperada justiça. Faz isto através da resolução de conflitos, sendo ente com o poder de decidí-los e ultima instancia. Nesse se encontra o controle judicial que é objeto de estudo aqui.

A divisão calculada não encontra mais espaço nos dias de hoje. Ainda existe uma necessidade de uma divisão de poder/dever, mas não de maneira tão absoluta e pragmática. Hoje, não mais se entende o direito como algo estanque, rígido. Isso tudo reflete a dinamicidade do direito, que acompanha as alterações sociais de maneira instantânea, compreendendo como um direito mais flexível.

Esta flexibilidade deve está presente em todas as instancias e deveres estatais. O direito como norteador da organização estatal é a forma que este tem de manter uma

segurança das ações do Estado (principalmente em relação aos cidadãos) e, também, de se ter predeterminado os interesses e políticas públicas pertinentes àquela sociedade.

Assim, a atuação dos poderes precisa contribuir com esta flexibilidade. As alterações sociais devem ser percebidas por todos os poderes e o direito deve acompanhar as necessidades sociais de maneira dinâmica. Principalmente pela necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, que são conceitos indeterminados, passíveis de interpretação.

Então, o ordenamento jurídico é a fonte onde a organização estatal bebe para garantir uma maior fluidez do Estado. A divisão de poderes apenas facilita a realização das funções estatais. E isto é importante para que o estado consiga cumprir o propósito de sua existência, materializando a própria constituição e os direitos fundamentais que ela apresenta.

3 NORMA JURIDICA E OS CONCEITOS INDETERMINADOS

As normas jurídicas se apresentam como instrumento de uniformidade e direcionamento do estado. A observância da norma é fundamental para se manter uma linearidade no entendimento do que venha a ser direito, dos pontos importantes daquele direito naquela sociedade, suas divergências e convergências conceituais.

Assim, quando da análise da norma se está diante de juízos de valor, ou seja, seu aspecto axiológico. Mas eles devem ser parametrizados para que ele consiga de fato cumprir o propósito da exigência de norma: uma unidade. “Um sistema normativo, como o direito, é pois antes de tudo um sistema de relações” (MIAILLE, 2005, p. 91), portanto, existem diversos comportamentos sociais possíveis, porém apenas alguns deverão ser compreendidos como normais (conforme ou compatíveis).

Isto ocorre porque a vida social se desenvolve num mundo de normas. O homem acredita que é livre, mas, na verdade é submerso numa “rede muito espessa de regras de conduta que, desde o nascimento até a morte, dirigem nesta ou naquela direção as nossas ações” (BOBBIO, 2008, p. 23).

Não se pode negar a forma impositiva da normatização, mas também não se pode negar, no mesmo viés, a objetivação de valores intrínsecos que se tornam positivados através da norma. Isto porque a norma é elemento fundamental do direito, fruto de uma construção social e da sua necessidade de tornar real, palpável as necessidades e interesses dos homens.

Então a norma é a expressão do que se entende como justo, ideal, desejoso, não só de um grupo específico, mas de toda uma sociedade. Por esta sua característica a norma tem uma importância tão aumentada, sendo utilizada como balizador dos interesses sociais.

A norma se realiza na lei, ou seja, do texto normativo. No caso brasileiro, lei escrita, que trata de matéria específica. Seria esta lei a representação, feita pelo Poder Legislativo, de como a sociedade pretende tratar aquela questão. Mas estas leis são oriundas dos valores sociais trazidos pela Constituição da República que muitas vezes se apresenta através de princípios, que tem um viés muito mais abstrato. Portanto, não resta dúvida que a regra é específica e o princípio mais abstrato.

Ambos são aplicáveis de maneira imediata, podendo ser utilizados como base legal para a realização da justiça. “Tanto há princípios quanto regras que se referem imediata, direta e explicitamente a valores e fins. como há princípios que não se caracterizam por essa maneira de referencia a eles” (NEVES, 2013, p. 41).

Neste contexto normativo existe conceito que não possuem uma delimitação prévia. Maior exemplo disto são os direitos fundamentais. São os chamados conceitos indeterminados, também chamados de normas abertas, conceitos de valor, conceitos imprecisos, que são aqueles que permitem uma interpretação elástica. Como eles precisam de uma interpretação específica quando da sua aplicação, necessário que o quem o aplique precise utilizar de mecanismos específicos que trabalhem a argumentação jurídica.

Acredita-se que estes conceitos têm uma relação direta com a discricionariedade, ou seja, seu aplicador escolheria qual sentido preferia na sua aplicação ao caso concreto. Porém isto não é verdade. Os conceitos indeterminados não são conceitos discricionários, apenas possuem uma definição que precisa de previa delimitação.

Isto porque a norma tem um sentido de existir. A sua subjetividade não é sinônimo de discricionariedade, uma vez que não existe uma opção de escolha, mas tão somente uma adequação da norma a situação posta.

A lei vale como um todo e não apenas por algumas das suas componentes, como também nós nos exprimimos através de ideias completas e não meros conceitos individualizados. Portanto: por um lado, o significado de um conceito indeterminado varia de ramo para ramo; por outro lado, do conceito indeterminado, per se, não poderá nunca extrair a vontade do legislador. (SOUSA, 1994, p. 193)

Então, o simples fato do conceito ser indeterminado não o afasta da sua possibilidade de utilização para motivação dos atos administrativos, tão pouco de sua apreciação pelo judiciário. Necessária apenas a identificação dos limites impostos e qual alcance deste conceito utilizado pelo seu interprete.

4 O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS QUE TRATAM DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Poder Judiciário tem papel fundamental na construção do direito, uma vez que precisa aplicá-lo ao caso concreto, dando forma e de maneira final a qualquer controvérsia jurídica. Por esta razão, alguns afirmam que é judiciário, através de seus juízes, que realmente realiza o direito, traduzindo este na sua aplicação ao caso concreto.

Segundo Carlos Cóssio (1941), normas são feitas para o juiz e não para os administrados. Assim a interpretação e utilização delas se dão no caso concreto, mais que nas políticas públicas que são generalistas. Pode o juiz fazer isso porque ele interpreta de maneira neutra e imparcial, baseada na lei que é já prévio o resultado. Esta previsão de imparcialidade é o que se considera para o alcance da tão famosa justiça, uma vez que o julgador é aquele apto a verificar a aplicação do direito na sua forma mais sublime, observando que se deseja da norma posta, do que se espera do direito.

Importante fazer um parêntesis para tentar conceituar justiça. O conceito de justiça, apesar do termo ser amplamente difundido, é completamente abstrato. É associado a ética, moral social, equidade. Para John Rawls o conceito público de justiça seria a “carta fundamental de uma sociedade humana em boa ordem” (RAWLS, 1981, p. 28). Percebe-se que a indeterminação desta conceituação, uma vez que não se tem referencia uma delimitação de boa ordem.

Para Rawls (1981), portanto, justiça se realiza com a equidade. Já Boaventura de Sousa Santos acredita que a justiça esta diretamente associada “as funções sociais por ela desempenhadas e, em particular, o modo como as opções técnicas no seu seio veiculam opções técnicas no seu seio veiculam opções a favor ou contra interesses sociais divergentes ou mesmo antagônico” (2000, p. 168).

A justiça então ganha importância diretamente relacionada ao anseio social, equilibrando os anseios sociais antagônicos. Percebe-se, portanto um papel social da justiça, mas não há de se excluir também o papel político, econômico. Tércio Ferraz Jr admite que “a justiça confere ao direito um significado no sentido da razão de existir” (2003, pág. 352). Mas isto significa apenas que o direito precisa ser justo, não responde o que venha a ser a justiça.

Resta clara a relação direta, proposta pelo próprio Autor, do direito e justiça. E como o direito é algo amplo que evolue contexto social, a justiça acompanharia toda esta conjuntura. Esta também é a perspectiva trazida por Ricardo Mauricio Freire Souza onde entende que

(...) a justiça nunca se põe como um problema isolado, válido em si e por si, porque sempre se acha em essencial correlação com outros da mais diversa

natureza, desde os filosóficos aos religiosos, dos sociais aos políticos, dos morais aos jurídicos, conforme o demonstra sua vivenda ao longo da história, estando sempre inserida em distintos conjuntos de interesses e de ideias. (SOARES, 2010, p. 24)

Entendendo que a justiça é um fim esperado no Direito, se tem no sistema normativo a fonte para sua realização. Tem-se, também, no Poder Judiciário seu ponto de convergência, o local onde se observa a aplicação da norma ao caso concreto, com a finalidade de alcançar a justiça.

A função principal do Poder Judiciário, portanto, se baseia na aplicação das leis observando o ordenamento jurídico em se está inserido. O poder judiciário utiliza justamente do sistema normativo para exercer sua principal tarefa que é a de aplicação do direito ao caso concreto, quando provocado. “Quando se diz que o juiz deve aplicar a Lei, diz-se, em outras palavras, que a atividade do juiz esta limitada pela Lei, no sentido de que o conteúdo da sentença deve corresponder ao conteúdo de uma lei” (BOBBIO, 2008, p. 56).

Como existem mudanças na sociedade constantemente, muitas vezes a lei escrita, posta, não tem tempo hábil para se adaptar. Cabe, neste momento, ao Poder Judiciário a aplicação do direito e da lei adaptando-a as necessidades e anseios sociais, históricos e políticos. Não é a criação de nova lei, mas a aplicação da vontade do direito ao caso concreto. “A própria lei e o seu conteúdo interno não são uma coisa estática como qualquer facto histórico passado (“eternamente quieto permanece o passado”), mas são algo de vivo e de mutável e são, por isso, susceptíveis de adaptação.” (ENGISCH, 2001, p. 173)

Em relação ao controle judicial propriamente dito, se limita a possibilidade de nulidade de um ato administrativo pelo Poder Judiciário, sendo observada a impossibilidade de se adentrar o mérito administrativo, pelo menos a principio. Isto significa que o controle judicial se refere à legalidade e suas nuances.

Isto significa que o Poder Judiciário pode limitar os atos administrativos, enfatizando o que se chama de restrita à legitimidade ou à legalidade, ficando isento de controle os juízos de conveniência, oportunidade e eficiência do ato. Porém hoje este tipo de controle restrito vem cedendo espaço e se ampliando, também compreendendo o interesse público, o que pode ser considerado mérito por força da universalização da jurisdição (PANCOTTI, 2008, p. 135).

Por esta razão, a conhecida e tradicional separação dos poderes é vista hoje de forma diferenciada, visto que o controle judicial está cada vez mais ampliado pela necessidade de se observar a Administração Pública esta utilizando seu poder de escolha considerando o interesse público, a eficiência, a utilidade, a razoabilidade, estando esta escolha dentro dos limites legais disponíveis para a efetivação dos direitos fundamentais.

Porque, enquanto membro do Estado, o judiciário tem a obrigação de defender o interesse público, ainda que de forma indireta e “(...) lutando para que se tenha um respeito irrestrito à Constituição” (BEZERRA, 2008, p. 57). Muitas vezes, se percebe que o controle judicial alcança o mérito administrativo, a discricionariedade. Mas isto só ocorre quando se observa que a legalidade não foi respeitada, casos estes que se analisa o princípio da razoabilidade de maneira mais precisa.

Em todo caso, o Judiciário tem a autorização para discutir e anular tal ato administrativo eivado de vício, sendo perfeitamente possível a análise dos princípios administrativos constitucionais, tanto os expressos no art. 37, CRFB, quanto os implícitos.

5 A HERMENEUTICA NA APLICAÇÃO DO DIREITO

O judiciário tem o papel primaz de aplicar o direito ao caso concreto. E esta aplicação precisa de um acompanhamento teórico que compreenda o direito dentro de um contexto de justiça, que esta intimamente ligada às relações diversas dos diversos elementos sociais. Então, neste sentido, estar-se diante de um direito previsível, que tem como ponto principal a hermenêutica jurídica.

O estudo do direito perpassa pela compreensão da argumentação e lógica jurídica. Isto porque, enquanto ciências humanas, o direito se expressa e constrói sobre relações sociais, políticas, econômicas, tratadas e analisadas sob o viés do convencimento. Este se dá pela racionalização do conteúdo jurídico tratado, construído sob argumentações que levem o ouvinte à compreensão do sentido do direito, muito mais abrangente que a simples análise de uma norma.

Por óbvio que existem pontos específicos no direito onde não existe muito espaço para a argumentação. Estes pontos convergentes se assumem como consenso, ou próximo disto, onde não há discussão sobre sua conceituação ou aplicabilidade. Não se nega aqui a existência da argumentação, longe disto. Mas ela não tem papel de convencimento, mas de afirmação.

Quando se fala em argumentação não se pode esquecer da aceitação, ou seja, ela não pode ir de encontro ao que se deseja alcançar e isto esta ligada diretamente aos anseios sociais. Isto se aplica, principalmente, na utilização da argumentação por um órgão de julgamento, ou seja, pelo Poder Judiciário.

Portanto, a lógica jurídica não é uma lógica que utiliza apenas o raciocínio linear, precisa também observar os anseios e as perspectivas sociais para se realizar. Como a

sociedade muda, também muda as argumentações. Mas todas elas, no direito, precisam coadunar com as expectativas sociais vigentes.

Se faz obvio verificar que os juristas procuraram sempre foi unir técnicas do raciocínio jurídico com a própria compreensão da justiça ou minimamente da aceitação social. Portanto é fato que quando da aplicação do direito se esta diante de juízo de valor, do seu viés axiológico. (PERELMAN, 2004, p. 13).

Perelmam (2004) ressalta a importância de se observar a historia do direito e a aceitabilidade da decisão, não podendo o juiz se abster da busca da justiça, mas esta condizente com os anseios sociais. Como já dito antes, apesar de não haver um conceito uno de justiça, não se pode deixar de entendê-la como uma tradução de todo um contexto social.

A decisão então deve ser não só aceitável na sua construção racional, mas também aceitável socialmente. Essas duas nuances se somam e se mesclam, sendo de estrema importância, uma vez que o direito é dinâmico e a justiça, por consequência, também.

Muitas vezes, para se ter este resultado, o julgamento não se baseia exclusivamente nas leis. Outras vezes até contrariam elas. Contrariam a “letra da lei”, não seu “espírito”. “O juiz inspira-se, algumas vezes, não no espírito da lei, mas no espírito do direito, tal como pôde manifestar-se em outros textos do mesmo sistema de direito” (PERELMAN, 2004, p. 71).

A lei tenta prever uma série de fatos, mas não consegue prever tudo. Nesses pontos diversos o que se tentar buscar na argumentação jurídica não é o simples encaixe entre situação-norma, mas a realização de algo maior, o direito justo.

Outro ponto importante na análise da hermenêutica são as mudanças sociais diárias e a realização dos princípios constitucionais para atender estes anseios, principalmente quando diante de direitos fundamentais. Mas não se furta de aplicação do direito nem de normas. Muitas vezes a aplicação de uma norma especifica a um caso especifico contrariam direitos fundamentais ou princípios constitucionais e, neste caso, estará longe do sentido de justiça, do sentido do próprio direito. Isto nada mais é que a observância das mutações decorrentes da própria evolução da sociedade. O direito e movimento e as argumentações do direito não poderiam ser diferentes.

Então é importante que não se deixe de atentar a esta condição de mutabilidade das ciências sociais em geral, em especial do direito. O sentido da norma, o sentido da existência da tutela é variável e mutável. Conforme lições de Sartre, “é tão absurdo reduzir a significação de um objeto à pura materialidade inerte deste próprio objeto quanto querer deduzir o direito do fato” (SARTRE, 1960, p. 178). Isto acontece porque o sentido ou valor de

uma conduta não pode ser compreendido senão pela perspectiva do movimento e pela existência da multiplicidade e mutabilidade dos fatos (SARTRE, 1960, p. 178)

Observa-se, portanto, que um dos papéis principais do juiz acaba sendo o de dá sentido a norma, na análise do caso concreto. Quando se fala em controle judicial os princípios são constantemente evocados. Isso porque o controle judicial é feito não do mérito em si, mas da legalidade do ato. Aqui se tem um conceito de legalidade ampliado. Não se restringe a observação da “letra da lei”, mas de todo conjunto normativo já analisado, conjunto este que inclui regras e princípios.

Muitas vezes o magistrado se vê diante de situações onde se apenas evoca o interesse público (conceito indeterminado) ou qualquer outro princípio, ou regra que exista lacuna. O administrador motiva, apresentando sua interpretação do fato, e o magistrado analisa se ela esta inserida na legalidade obrigatória ao direito administrativo.

Este alcance mais ampliado é fruto de uma evolução no entendimento do que venha a ser controle judicial. Também da importância inegável da Constituição e da observância dos princípios nela existentes. O Estado tem uma série de direitos e garantias a tutelar e o judiciário não deixa de ser órgão que ajuda na verificação desta função indelegável: a realização dos direitos e garantias constitucionais.

O papel do magistrado não se restringe a observância apenas de uma legalidade, analisando se o ato foi feito dentro do que a lei prevê. Não, vai mais além. Deve-se analisar o caso concreto verificando se os princípios constitucionais foram observados, bem como o a eficiência daquele ato, se ele é razoável.

A grande questão é que quando se envolve princípios, está-se diante de conceito amplos e muitas vezes indeterminados. Neste ponto, a hermenêutica se torna essencial não apenas para o administrador que quem a obrigação de motivar seus atos discricionários, como também o magistrado que deve fundamentar sua decisão argumentando o porquê da ilegalidade daquele ato administrativo.

A argumentação não visa à adesão a uma tese exclusivamente pelo fato de ser verdadeira. Pode-se preferir uma tese à outra por parecer mais equitativa, mais oportuna, mais útil, mais razoável, mais bem adaptada à situação. Em certos casos, é verdade que excepcionais, conceder-se-á preferência a outros valores que não a verdade (...) (PERELMAN, 2004, p.156).

Quando tratamos de princípios muitas vezes existe uma dificuldade em se delimitar o alcance deles, sendo necessária a delimitação no caso concreto, o que enseja, obviamente, a necessidade da hermenêutica para guiá-los. O convencimento através da argumentação, nestes

casos, é imprescindível principalmente para fundamentação dos pontos controvertidos considerado legais ou ilegais.

Mas um cuidado deve ser estabelecido: não confundir a possibilidade de análise da legalidade (ampla) do ato administrativo, com a análise meritória, principalmente quando envolvem decisões políticas. Nem tampouco pode substituir o legislador na sua função legiferante. Apesar de se admitir julgamento apontando solução legal para situações em que o Poder Legislativo não cumpriu sua função se furtando de legislar, nas situações onde exista lei, cabe ao Poder Judiciário aplicá-la, salvo em situações especiais de inconstitucionalidade.

A Corte está substituindo o Poder Legislativo, e, se isso foi feito de uma maneira que o Poder Legislativo não aprova, ela pode ser prontamente corrigida. Quando uma Corte invalida um ato dos poderes políticos com base na Constituição, no entanto, ela está rejeitando a decisão dos poderes políticos, e em geral o faz de maneira que não esteja sujeita à "correção" pelo processo legislativo ordinário. Assim, eis a função central, que é ao mesmo tempo o problema central, do controle judicial de constitucionalidade: um órgão que não foi eleito, ou que não é dotado de nenhum grau significativo de responsabilidade política, diz aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como desejam. (ELY, 2010, p. 8).

Então, em respeito ao princípio da separação dos poderes, não se pode permitir a mera intromissão do Poder Judiciário, por mais bem fundamentado que esteja em decisões que são pertinentes exclusivamente ao Poder Executivo e/ou Legislativo. A politização deste poder se dá exclusivamente pela tentativa de efetivação do direito e não forma de atuação sobrepondo a importante separação dos poderes.

6 CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico é uma unidade com divisão de poderes e funções para que melhor atenda ao interesse público. A sua organização e funcionamento se dá através das normas, que são o fio condutor que traduzem os anseios e desejos sociais (ou assim deveriam ser), permitindo que o interprete do direito tenha um norte sobre o que a sociedade entende por legal ou justo, principalmente diante de direitos fundamentais.

Para esta análise se utiliza a interpretação, construindo, racionalmente, a relação entre o caso concreto, a tutela pretendida e a possibilidade jurídica. Isto se dá através da hermenêutica que utiliza primordialmente a linguagem tanto para compreender a o fato quanto para solucioná-lo. Portanto, o direito enquanto ciências sociais aplicada têm a linguagem como forma de expressão. A linguagem enquanto elemento trás a argumentação

como principal realizador dela. Sendo assim, a ciências jurídicas tem na hermenêutica seu veículo de realização.

Por obvio que o controle judicial dos atos administrativos, quanto realização dos direitos fundamentais, também tem na argumentação, o veículo definidor da validação ou não destes. Na análise do caso concreto muitas vezes precisa interpretar a normas e fazendo isto analisa em seus aspectos axiológicos e legais sempre adaptando a compreensão da justiça.

A hermenêutica é inerente ao direito. Em qualquer situação que envolva questões jurídicas ela estará presente, principalmente quando diante de situações que envolvam conceitos indeterminados, como é o caso dos direitos fundamentais, mas que tenha a necessidade de se ter uma resposta estatal através de decisões não apenas políticas, mas também judiciais.

Assim, não resta dúvida da importância da norma para o direito, mas também a importância da hermenêutica para sua construção e aceitação dele. A justiça, finalidade primaz do direito, mas de difícil delimitação, necessita de convencimento. Quando se esta diante de uma argumentação jurídica esta precisa esta de acordo com os anseios sociais, precisa de sua aprovação. E isto ocorre com uma argumentação perfeita, onde não reste dúvida de das motivações e seus conteúdos.

A racionalização do direito perpassa pela construção argumentativa. Portanto, os juristas sempre se empenharam em conciliar a justiça com as técnicas do raciocínio jurídico, quando não, com a aceitabilidade social da sua decisão. Se o Estado tem como fim atender as necessidades sociais e os poderes esta obrigação, as decisões dos poderes devem sempre esta de acordo com esta finalidade.

Assim, quando do controle judicial dos atos administrativos a análise da legalidade deve se pautar na compreensão do direito e da própria justiça. Este caminho encontra espaço e funcionalidade na utilização da hermenêutica jurídica pra construção das decisões, que representam a tentativa de solucionar as questões não observadas pelo próprio estado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **A Produção do Direito no Brasil**. Ilhéus: Editora da UESC, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2014.

COSSIO, Carlos. **La Valoracion Jurídica Y La Ciencia Del Derecho**. Capítulos I e III. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1941.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança** – uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Melheiros Editores, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e Interesse com um novo posfácil**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982.

MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidras e Hercules** – princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

PANCOTTI, José Antonio. **Inafastabilidade da Jurisdição e o Controle Judicial da Discrecionalidade Administrativa**. São Paulo: LTR Editora, 2008.

PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

POPPER, Karl. **Lógica das Ciências Sociais**. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, 2004.

RALWS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice**. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um Discurso sobre as Ciências**. São Paulo: Cortez Editora, 1987.

SARTRE, Jean Paul. **Questões de Método**. São Paulo: Nova Cultural, 2017. (Obra original publicada em 1960).

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana – em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUSA, Antonio Francisco de. **Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise** – uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.