

## 1 INTRODUÇÃO

O mundo jurídico se expressa por intermédio dos textos normativos, no qual são necessárias suas interpretações. A hermenêutica jurídica se caracteriza pelo estudo e a sistematização dos processos aplicáveis do direito, para determinar o sentido e o alcance das expressões normativas.

A necessidade de interpretação não se restringe apenas as situações onde existe dúvida quanto ao sentido textual, mas também quanto ao ato da aplicação das normas. As técnicas de hermenêuticas são fundamentais quando estamos diante de incertezas de interpretação, ambiguidades, imprecisões ou até mesmo pela aplicação de uma ou mais possibilidades legais para um mesmo caso.

Os conceitos jurídicos indeterminados têm como principal característica, trazer noções vagas de interpretação, o que gera diversas consequências, como por exemplo: um maior grau de liberdade de interpretação, dificuldades para o intérprete e conseqüentemente a quem cabe aplicar a norma – os operadores do direito.

Observando, porém, o princípio da legalidade e ainda a supremacia da Constituição, nota-se que a ciência jurídica trabalha para que a discricionariedade não comporte arbitrariedade nem ativismo judicial, que extrapola o poder normativo. Constata-se também haver no Direito brasileiro uma tendência à positivação dos princípios, o que gera uma diminuição do âmbito daquele mérito, sobre o qual o poder judiciário não pode se manifestar. No sentido também de controle contra arbitrariedades, o sistema jurídico brasileiro estabelece a obrigatoriedade de fundamentação de todas as decisões judiciais, visando a segurança jurídica, assim como a utilização de critérios subjetivos do magistrado.

Nesse contexto, muito se tem falado em poder discricionário do magistrado, seguido do que pode ser considerado consenso e o que pode traduzir a chamada discricionariedade judicial.

Para o estudo do tema discricionariedade judicial, cabe esclarecer se há diversidade ontológica suficiente a separar o clássico conceito da discricionariedade administrativa e o que vem a ser, de fato, o próprio poder discricionário em sentido mais amplo.

O presente artigo, portanto, tem como objeto os conceitos jurídicos indeterminados e a sua concretude na aplicação das normas. Pelo estudo, busca-se fazer a identificação do uso destes conceitos na lei, a forma que são trazidos na doutrina e os problemas que eles podem causar com a hermenêutica jurídica.

Para tanto, deve-se considerar a influência da filosofia da linguagem e da lógica, de forma a contribuir com os debates em torno da legitimidade do poder judiciário para aplicação de normas com conceitos jurídicos considerados indeterminados. Ainda como objetivo de estudo, antes, porém da análise da existência da configuração de um poder discricionário para o deferimento dos pedidos judiciais fundados em lei que emana de conceito vago e indeterminado, necessária a análise do que se entende por aquele poder e a sua convergência com os denominados conceitos jurídicos indeterminados.

Ao fim, deve ser estudada a caracterização doutrinária dos atos discricionários, os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade do magistrado como aplicador do direito.

## **2 CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS**

O conceito jurídico indeterminado é a vaguidade semântica existente em uma norma com a finalidade de que ela, a norma, permaneça, ao ser aplicada, sempre atual e correspondente aos anseios da sociedade em variados momentos históricos em que a lei será interpretada e também aplicada. Em geral, são termos que apresentam um significado impreciso ou indeterminado ou até mesmo com possibilidade de diferentes interpretações sobre o seu sentido.

Como registrou LOURIVAL VILANOVA:

As normas são postas para permanecer como estruturas de linguagem, ou estruturas de enunciado, bastantes em si mesmas, mas reingressam nos fatos, de onde provieram, passando do nível conceptual e abstrato para a concrecência das relações sociais, onde as condutas são pontos ou pespontos do tecido social. (VILANOVA, 2000).

A vaguidade de um conceito, portanto, não é relacionada a imperfeição linguística, mas sim uma característica necessária em determinadas situações que fazem com que o intérprete atinja uma perfeição mais ampla na valoração da norma, que conseqüentemente proporciona que esta esteja sempre atualizada e possa ir se adaptando ao longo do tempo.

Apesar de ser mais comum a utilização de conceitos indeterminados no âmbito do Direito Administrativo, seu uso é evidente em todos os ramos de direito, assim como também a discricionariedade aparece na aplicação do direito em geral, não apenas na esfera administrativa.

Não pode existir, entretanto, confusão com a adaptação da lei pela analogia, usos e costumes, assim como com princípios gerais do direito, visto que o uso destes métodos de

integração ocorre em momentos específicos, quando já esgotados, os critérios interpretativos. Com a usual percuciência, BARBOSA MOREIRA, ao estudar o tema, asseverou que:

Nem sempre convém, e às vezes é impossível, que a lei delimite com traços de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, isto é, que descreva em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico. (MOREIRA, 1989).

Partindo da premissa referente ao estudo do tema, percebe-se que os conceitos jurídicos indeterminados se desenvolve no âmbito dos debates doutrinários, mas por outro lado, permanece pouco abordado quanto às suas finalidades práticas, ou seja, aos problemas de fato que busca dirimir.

Quanto a técnica utilizada pelo legislador de forma indeterminada para fornecer algumas indicações genéricas, possibilita ao magistrado, ao aplicar a regra jurídica, possa dentro do sistema positivo e codificado, determinar de forma casuística, o limite e o alcance das determinações legais. Pode-se citar como exemplos desses conceitos as expressões como “boa fé”, “perigo iminente”, “divisão cômoda”, “*fumus boni iuris*”, “mínimo existencial”, “interesse público”, entre outros.

A ideia de que a linguagem normativa jurídica deve ser determinada, está relacionada à legalidade, que por sua vez, está além da garantia constitucional prevista no artigo 5º, II da Constituição Federal de 1988, considerado o paradigma ou princípio geral do direito, na medida em que a lei assume posição central e primária dentro das fontes de direito.

A sua concretude, no entanto, passou a ser melhor estudada no início do século XX com grande enfoque para o método a subsunção. Surgi então a importância dos conceitos juridicamente indeterminados da norma no momento de se realizar a subsunção, ou seja, quando cabe ao magistrado determinar se o caso singular e concreto com que se enfrenta cabe ou não ao modelo abstrato cujo conteúdo não está certamente definido e determinado.

Portanto, quando chamado pelo jurisdicionado a aplicar a lei e constatado que esta contenha certas vaguidades semânticas, após definido o fato existente sobre o qual a lei deva recair, o juiz se depara com um obstáculo que deve ser transposto com as técnicas de interpretação legal referente a como preencher o conceito jurídico indeterminado, assim como as opções de escolha ele tem para definir as consequências que derivam daquela situação.

Dando continuidade, assim determina a legislação em seu artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010:

“Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” (DECRETO-LEI Nº 4.657, 1942.).

Considerando o dispositivo legal, como as fontes de direito admitidas, aqui reconhece-se a precedência da lei como fonte principal, passando as outras mencionadas, acrescidas também das doutrinas e jurisprudências, fontes acessórias que podem ser utilizadas em caso de omissão da principal. É próprio da lei a certeza de sua aplicação, uma vez que se destina, em regra, à vigência permanente, além de ser um produto da manifestação de vontade soberana.

Neste diapasão, considerando a lei como principal instrumento para a consecução do princípio da legalidade e da aplicação normativa, são assim ressaltadas suas características de generalidade e abstração.

No entanto, não se pode dar amplitude no intuito de que estas características alcancem toda e qualquer norma dentro do ordenamento jurídico. Assim, justificar a norma jurídica em geral por sua característica de generalidade não seria adequado, já que todas as normas são atribuídas dessa generalidade.

### **3 BREVE REFLEXÃO DA DETERMINAÇÃO DA LINGUAGEM A PARTIR DA LÓGICA E DA INFLUÊNCIA DA FILOSOFIA**

Conforme as abordagens anteriores, após evidenciado o valor da determinação da linguagem e sua ligação com a ideia de legalidade, passamos a análise da noção da determinação em sentido amplo e geral, passando pelo contexto da filosofia da linguagem e da lógica enquanto discurso enunciativo. Usa-se como alicerce o estudo tradicional da lógica aristotélica.

Segundo a obra de Aristóteles, destaca-se os fundamentos da fala enunciativa, de onde se busca uma ligação entre significação e determinação. Quanto a significação, a doutrina aristotélica reconhece num primeiro momento ser a voz um símbolo das “paixões da alma” e a escrita um símbolo da fala e a relação entre os sinais não se dão de forma natural, mas sim por uma imposição ou convenção, já que não são as mesmas em todas as sociedades (ARISTÓTELES, 2016, p. 85).

Os critérios retirados desta doutrina que podem ser utilizados para caracterizar a determinação e a indeterminação na fala, tem como principal objeto a defesa do princípio da não-contradição, da unidade do que é dito e da univocidade, como elementos da significação de algo determinado.

O filósofo procede a uma demonstração do princípio da não-contradição, mas uma demonstração imprópria, em razão de que não prova do ponto de vista lógico a partir de premissas, mas com uma defesa contraposta, demonstrando ser impossível quaisquer pensamentos sem que se admita antes o princípio da não contradição.

Assim, o princípio da não-contradição se demonstra um princípio de determinação, que dispõe o seguinte:

Cada coisa que seja pensada ou falada, com significado para si e para outros, possui necessariamente um significado determinado (ou determinável), pois significa de alguma maneira algo com uma natureza determinada. Não houvesse essa natureza determinada, que é apreendida pelo intelecto como uma unidade, não seria possível qualquer pensamento ou fala com significado. E por haver essa natureza determinada de cada coisa, a sua essência exclui, ao modo do contraditório, o não-ser aquilo que é. (ARISTÓTELES, 2016).

Uma outra abordagem filosófica sobre a indeterminação e a significação é a filosofia analítica, que se desdobra a partir dos objetos da análise da linguagem e da lógica. Esta é uma tendência de pensamento do século XX e tem como característica a crença de que uma abordagem filosófica ao pensamento pode ser conquistada por intermédio da análise filosófica da linguagem, e em segundo, que pode ser feita somente desse modo.

Os pensadores dessa corrente afirmam que as verdades aritméticas seriam todas redutíveis, por meio de demonstrações e definições lógicas, a verdades estritamente lógicas e essa linguagem tem como base um simbolismo que as formas gramaticais das proposições evidenciem materialmente suas formas lógicas.

#### **4 PODER DISCRICIONÁRIO**

Conforme Hely Lopes Meirelles, “poder discricionário é o que o Direito concede à administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo.” (MEIRELLES, 1999).

Já Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que “os atos discricionários são melhor denominados por atos praticados no exercício de competência discricionária, pois discricionário não é o ato, mas a “apreciação a ser feita pela autoridade quanto aos aspectos tais ou quais.” (MELLO, 2007).

O autor define ainda a discricionariedade como

a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal”. (MELLO, 2007).

Em suma, pode-se afirmar que é a liberdade circunscrita pela lei. E a lei pode deixar margem de liberdade quanto ao momento da prática, à forma, ao motivo, à finalidade e ao conteúdo.

Vale aqui destacar que a discricionariedade se caracteriza por uma faculdade – portanto concedida por lei – do aplicador do direito para escolher, dentre vários meios - também possibilitados pela lei – o alcance do fim que direciona o interesse da Administração. Isto é fácil perceber quando se entende que a realidade do mundo empírico é multifacetada e heterogênea.

Como explica LOURIVAL VILANOVA:

O universo social é uma multiplicidade contínua: não é uma multiplicidade homogênea, como a série dos números inteiros, em que a todo número corresponde um sucessor[...]. Ali, uma multiplicidade heterogênea, feita de segmentos, não meramente justapostos, mas em inter-relação. Seccionar um ponto é pura abstração. Os átomos do contínuo social são interações. A interação social não é reflexiva. (VILANOVA, 2000, p. 40).

Assim, a discricionariedade comporta variantes e, se a lei todas as vezes regulasse vinculadamente a conduta do administrador, a solução seria padrão, tornando-a invariável mesmo perante as distintas situações que necessitariam ser analisadas caso a caso.

O professor CRETELLA JÚNIOR conceitua poder discricionário da seguinte forma:

Ao livre e legal pronunciamento da autoridade administrativa que, consultando a oportunidade e a conveniência da medida, se traduz em ato desvinculado de prévia regra estrita de direito condicionante de seu modo de agir, num dado momento, damos o nome de poder discricionário da administração. (JÚNIOR, 1977)

Desta ideia temos a conveniência e oportunidade existente na escolha dos meios, para o fim a ser atingido. Quando refere-se a uma escolha ou opção, predomina-se uma margem de liberdade ao administrador para eleger, segundo critérios razoáveis, um dentre outros comportamentos que seriam cabíveis no caso concreto, para então optar pela solução mais conveniente para a satisfação do interesse público.

Neste sentido, podemos destacar dois pontos sobre o conceito de discricionariedade:

(1) o primeiro é a escolha de uma dentre várias opções jurídicas de ação; (2), a percepção do fim (sempre um interesse público) pelo administrador e juízo subjetivo para operacionalizar a solução. Este juízo subjetivo, entretanto, deve estar vinculado a dois limites: um externo – legalidade; outro interno – alcance do fim com a escolha realizada. É por isso que existe distinção clara entre discricionariedade e arbitrariedade.

Diante de tais manifestações doutrinárias objeto do presente artigo, é manifesto o sentimento doutrinário no sentido de que quando se fala em discricionariedade também se refere em indeterminação da lei quanto ao modo específico de realizar algum ato jurídico.

Assim, com conclusão do que foi externado é fácil perceber, como bem pontuou CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

O fundamento da discricionariedade reside no intento de se cometer à autoridade o dever jurídico de buscar identificar e adotar a solução apta a, no caso concreto, satisfazer de maneira perfeita a finalidade da lei, bem como reside na inexorável contingência prática de servir-se de conceitos pertinentes ao mundo do valor e da sensibilidade, os quais são conceitos chamados vagos, fluidos ou imprecisos. (MELLO, 2007).

Sobre esses conceitos de vaguidade, chamados de “conceitos jurídicos indeterminados” ou “juridicamente indeterminados”, passaremos a refletir em sequência, sobre como no magistrado opta por escolher diante de uma indeterminação e as consequências delas advindas.

## **5 A ANÁLISE JUDICIAL DO PEDIDO COM CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO**

Mesmo que comumente utilizada a tese segundo a qual o magistrado avalia o deferimento ou indeferimento, por exemplo, da medida liminar requerida em procedimento cautelar com uso da discricionariedade, essa afirmação não é absolutamente verdadeira. Essa afirmação se baseia no fato de que toda e qualquer medida liminar, seja ou não acautelatória,

vem garantida de seus requisitos legais autorizadores, mesmo que contenham conceitos indeterminados. (ABREU, 2005).

Conforme preconiza o autor

Isso ocorre, como exemplo da medida liminar acima citada, toda e qualquer medida liminar, seja ou não acautelatória, vem revestida de seus requisitos legais autorizadores, mesmo que daquela situação possa se derivar conceitos vagos ou indeterminados. Também a fundamentação para a concessão dessas medidas judiciais é sempre vinculativa para o julgador e partes, pois as consequências são inarredáveis. (ABREU, 2005).

Temos ainda que a fundamentação para a concessão dessas medidas judiciais utilizadas pelo magistrado é sempre vinculativa tanto para o julgador quanto para as partes, pois as consequências são inarredáveis. Inicialmente, pode-se reconhecer que a discricionariedade é uma determinada margem de liberdade que cabe ao administrador para optar razoavelmente um dentre dois comportamentos cabíveis no caso concreto, visando a finalidade de ter um resultado mais adequado a satisfação imposta pela lei, quando não se possa atingir objetivamente uma relação homogênea para a situação vertente.

Nesse cenário, fica demonstrado pela simples análise de uma situação fática, do que vem a ser na prática o poder discricionário, sendo que o magistrado não tem esse poder de eleger um dentre dois comportamentos cabíveis quando se fala em deferimento liminar no âmbito cautelar, mas sim dispõe de uma liberdade de completar os conceitos analisados, mesmo que indeterminados, para a constatação dos requisitos conhecidos como *fumus boni iuris e periculum in mora*.

Constata-se que o aplicador da norma só tem a liberdade de preencher os conceitos indeterminados no momento da decisão, porque a ele é atribuído o poder da interpretação adequada da lei para o caso concreto. É importante destacar que o poder do juiz sempre é restringido pelo princípio dispositivo - utilizado para indicar que a iniciativa das alegações e das provas compete às partes, já que o juiz é um sujeito imparcial e, portanto, não pode agir de ofício - e sua cognição deve sempre estar adstrita à demanda e à causa de pedir.

A despeito ao Poder Judiciário, como, por exemplo, a concessão das liminares cautelares, é a causa, o fato jurídico delineado, que domina o fim, somando-se a isto o entendimento de que a liberdade está apenas na interpretação da lei, na colheita dos elementos que definem o fato jurídico, e não na opção do melhor modo de atingir o resultado, pois este é normativo e único, além de existirem limitações dentro do sistema que fazem com que o juiz tenha que buscar o seu *modus operandi* dentro do próprio sistema. É o que ocorre para o

preenchimento de todo e qualquer conceito jurídico indeterminado no âmbito do Poder Judiciário.

A conclusão que se chega é que o preenchimento dos conceitos vagos e indeterminados existentes na lei para a sua aplicação não se confunde com discricionariedade: “o ponto convergente está em que somente a particularidade de que ao papel confiado à prudência do aplicador da norma não se impõem padrões rígidos de atuação.” (BARBOSA MOREIRA, 1988).

Os conceitos indeterminados integram a descrição do fato ao passo que a discricionariedade se situa toda no campo dos efeitos.

Explico: no conceito indeterminado o papel do magistrado é exaurido no preenchimento do conceito que, uma vez preenchido, não tem ali o aplicador mais qualquer poder no resultado que disso advirá.

Por outro lado, ocorre quando a própria escolha do resultado é que fica entregue à discricionariedade pelo modo que a ela se chegará. A completude desses conceitos normativos no âmbito do Judiciário se efetiva com a busca de elementos dentro do próprio sistema e, o que pode existir é uma aparente discricionariedade quando há erro no processo subjuntivo, pois o sistema jurídico não quer que haja decisões diferentes em casos semelhantes e, na hipótese de erro, apenas tolera a discrepância das decisões e entrega aos jurisdicionados a chance da correção por recurso, invocando aqui a segurança jurídica prevista no texto normativo constitucional.

A discricionariedade, ao contrário, acabaria, caso utilizada de forma irregular para o indeferimento ou não de um pedido fundado em lei que contenha esse conceito indeterminado, por autorizar uma interpretação *contra legem*, trazida de fora do ordenamento jurídico, com a finalidade de satisfazer a escolha do fim que o magistrado supostamente entenda como devida naquele caso.

Esta ideia não pode ser admitida até porque o ordenamento jurídico deve ser uno e completo. Assim, ao se evitar o positivismo naturalista e adotar o positivismo crítico, percebe-se que, como esquema lógico da própria causalidade normativa, nunca poderemos sair do sistema para correlatar fatos compreendidos pelo próprio sistema.

Infere-se que a própria correção de lacunas é garantida pelo sistema. A liberdade do magistrado, no sistema do direito positivo e codificado, consiste em determinar em cada caso o limite ou o contorno das determinações legais. Ressalte-se que pode ocorrer em determinadas situações, devida a fluidez desses conceitos na lei, é uma decisão *praeter ou*

*secundum legem*, com uma certa margem de criatividade jurídica, desde que autorizada pelo ordenamento.

Essa criatividade é o que DWORKIN, cada um ao seu modo, estabelece como existente quando o juiz cria direito diante de um caso onde há lacunas, difícil e atípico, mas nunca uma nova lei, uma vez que inconcebível esta hipótese.

Quando o nosso ordenamento permite o julgamento se valendo da analogia, dos costumes, dos princípios gerais do direito e da equidade, ainda assim é impossível o julgamento *contra legem* ou a configuração de algum poder discricionário para a escolha do fim a ser atingido no processo, pois de qualquer modo o magistrado estará vinculado ao sistema jurídico, mesmo que não à literalidade da lei por se valer dos princípios gerais do direito, por exemplo.

Nesse sentido, em alguns casos a criatividade do magistrado se traduz em casos específicos regidos por normas jurídicas positivadas que contêm conceitos indeterminados, mas isto não quer dizer que o juiz esteja ali utilizando de alguma discricionariedade, uma vez que, após preenchido o conceito por juízo valorativo buscado com os dados constatados no caso concreto e a aplicação das regras encontradas no sistema jurídico, a decisão judicial estará vinculada aos efeitos da norma e ao próprio ordenamento jurídico.

Como bem observou SALVATORE SATTA:

A regra significa somente que o juiz, em suas funções, há de observar, como um elemento ineliminável, a norma jurídica regulatriz do caso em concreto, não lhe sendo lícito substituí-la por outra (ex.: equidade), salvo quando a lei para tanto e de modo expresse o autorizar. (SATTA, 1973).

Com isso, se conclui que preencher o conceito indeterminado para aplicar a norma é o mesmo, portanto, que realizar a sua própria interpretação, trazer referências para fazer com que a norma aplicada exista em diferentes momentos históricos, sem que o legislador tenha que alterá-la com o natural desenvolvimento social, de modo a possibilitar a absorção da realidade de maneira eficaz.

Cabe aqui um destaque da lição de CHIOVENDA: o processo deve proporcionar a quem tenha razão tudo aquilo e precisamente aquilo que se tem direito de conseguir. (CHIOVENDA, 2000).

Assim, para se chegar à interpretação de um termo jurídico duas verificações são necessárias: uma diz respeito à própria significação do termo; outra é ligada ao próprio objeto e consiste em se indagar se aquele determinado objeto pode ser designado por aquele termo. A busca de elementos dentro do sistema para a interpretação da norma vaga ou indeterminada

jamais poderá se confundir com a discricionariedade, que é sempre vinculada ao sistema. Dizer o contrário seria negar o próprio poder discricionário e validar somente o ato vinculado.

Assim como a fé começa onde termina a razão, a discricionariedade começa onde termina a interpretação. Essa ideia é chancelada também por GONÇALVES PEREIRA, que em seus estudos chegou à conclusão de que:

A discricionariedade começa onde acaba a interpretação e “reduzir a discricionariedade à simples formulação de um juízo é afinal negar o próprio poder discricionário, reconduzir todo o poder à vinculação e pôr-se em contradição manifesta com o Direito Positivo. (PEREIRA, 1968).

Outra conclusão que se chega é que a análise judicial de tudo o que é fundado em lei que contenha conceito jurídico indeterminado não está desvinculada de prévia regra normativa e por essa razão se diferencia do poder discricionário, já que o magistrado no seu papel de interpretar e aplicar a lei ao caso concreto, preenche apenas aquela zona nebulosa, de difícil precisão; porém todos os resultados, uma vez preenchido o conceito indeterminado, já estão pré-determinados, como por exemplo, os requisitos para a validade e eficácia do ato estabelecidos na legislação.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como se pode observar, foram estudados neste artigo os conceitos jurídicos indeterminados, estudando os elementos de sua caracterização, com intuito de aprofundar os debates jurídicos em torno do tema e seu tratamento no sistema do direito. Foram identificados ainda os critérios de generalidade e abstração da norma, assim como o princípio da legalidade, que destacou a centralidade da lei no sistema jurídico.

A partir da lógica e da filosofia foram feitas reflexões para entender o que seja algo determinado em geral. Na lógica aristotélica, percebemos critérios da linguagem não determinada conforme o princípio da não-contradição. Por sua vez, a teoria analítica da linguagem traz conceitos que distinguem sentido e significado e a função proposicional.

Diante desses elementos, é impossível vislumbrar-se poder discricionário do magistrado quando se fala em interpretação de critérios legais para se constatar a existência de direito subjetivo público da parte no processo. A discricionariedade é compreendida além da interpretação da norma, por outro lado não poderia sequer existir, pois antes disso só existia poder vinculado.

O conceito jurídico indeterminado pode ser objeto de decisões no âmbito do Poder Judiciário e é a indeterminação semântica encontrada em nas leis, com o objetivo de que a norma e seus princípios permaneçam sempre atualizados, com o conseqüente preenchimento daqueles conceitos pelo aplicador da norma.

Esta indeterminação não é considerada uma imperfeição linguística; ao contrário, é método utilizado pelo legislador em situações que seria inoportuno restringir a regra jurídica a termos pormenorizados e exaustivos, pois as situações fáticas são imprevisíveis e surgem de acordo com o desenvolvimento da sociedade ao longo do tempo.

Nesse desiderato, temos que o preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados pelo magistrado não se confunde com discricionariedade. A autorização de um poder discricionário para o magistrado importaria reconhecimento de decisões *contra legem* e desvinculadas do sistema, o que é inadmissível no nosso ordenamento. A liberdade do magistrado está apenas no propósito dos limites que a indeterminação do conceito pressupõe para o caso concreto no momento da interpretação da norma.

Se o resultado, após preenchido o conceito indeterminado, é normativo e causal e se incorpora à faculdade do sujeito de direito de exigir a concretude de seu direito, pode-se concluir que não há nos casos dos conceitos jurídicos indeterminados uma necessária ligação com o poder discricionário.

Salienta-se que ainda que se possa falar em poder discricionário do magistrado durante a instrução processual, não há efetivamente um poder discricionário para o deferimento ou indeferimento de pedidos que se tenham como base regras jurídicas que contenham conceitos vagos ou indeterminados.

Podemos afirmar que o que se prioriza é direito subjetivo público do jurisdicionado de ver seu pedido deferido caso, definido o alcance daquele conceito indeterminado no caso concreto, estabeleça a norma uma aplicação objetiva e clara, que fortaleça o fato jurídico ali discutido.

Destaca-se ainda com o presente estudo que ainda que se possa se discutir sobre poder discricionário do magistrado na instrução processual, não há de fato um poder discricionário para o deferimento de pedidos que se tenham por alicerce regras jurídicas que contenham conceitos indeterminados. O que existe é direito subjetivo público da parte de ver seu pedido deferido caso, definido o alcance daquele conceito indeterminado no caso concreto.

Por fim, busca-se refletir sobre o tema e contribuir para as discussões em torno da determinação ou indeterminação dentro da linguagem jurídica, assim como os limites da interpretação e especialmente da aplicação das normas, do limite entre a discricionariedade e a

arbitrariedade, com o objetivo de colaborar com a identificação de conceitos doutrinários e práticos referente a debates sobre os temas aqui trazidos.

## **REFERÊNCIAS**

ABREU, Frederico Valle. Conceito jurídico indeterminado, interpretação da lei, processo e suposto poder discricionário do magistrado. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 674, 10 mai. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6674>. Acesso em: 24 abr. 2023.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonoel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. In: Aristóteles; seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. São Paulo: Nova Cultural, 1987. Coleção Os Pensadores.

ARISTÓTELES. **Metafísica: ensaio introdutório, texto grego com tradução e comentários de Giovanni Reale: vol. 2**: Texto grego com tradução ao lado. Trad. Marcelo Perine. 5ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015.

ARISTÓTELES. **Órganon: Categorias, Da interpretação, Analíticos anteriores, Analíticos posteriores, Tópicos, Refutações sofisticas**. Tradução, textos e notas adicionais de Edson Bini. 3ª ed. São Paulo: Edipro, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 24 abr. 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. Tribunais, 2009.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Do Poder Discricionário**. in Revista de Direito Administrativo n° 101, p. 2-21.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Campinas: Bookseller, 2000.  
CRETELLA JUNIOR, J. Enciclopédia Saraiva de Direito. Verbete “poder discricionário”, vol. 59. São Paulo: Saraiva.

CRETELLA JUNIOR, J. Discricionariedade técnica. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Rubens Limongi França (coord.). São Paulo: Saraiva, 1977, pp. 451-452.

Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 24 abr. 2023.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

LYRA FILHO, Roberto. **Para um Direito sem Dogmas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras da Experiência e Conceitos Juridicamente Indeterminados. in *Temas de Direito Processual - 2ª série*. São Paulo: Saraiva, 1988.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PEREIRA, Gonçalves. *Estudos de Direito Administrativo*. Coimbra: Atlântida, 1968.

SATTA, Salvatore. **Direito Processual Civil**. Trad. de Luiz Autori. 7ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 43ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2020.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito**. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: RT, 2000.