

## PODER DISCRICIONÁRIO E TEXTURA ABERTA DO DIREITO EM H.

L. HART

## *DISCRETIONARY POWER AND THE OPEN TEXTURE OF LAW IN H.*

*L. HART*

### RENAN OKENER

Membro do Grupo de Pesquisa Responsabilidade Social da Empresa no Século XXI do PPGD em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Graduado em Gestão da Tecnologia da Informação (UNISANTACRUZ). Acadêmico de Direito na Faculdade Pan-Americana de Administração e Direito (FAPAD/PR). Email: [renanokener@hotmail.com](mailto:renanokener@hotmail.com)

### CARLOS ALBERTO SIMÕES DE TOMAZ

Pós-doutorando em Direito Empresarial, Constituição e Cidadania (UNICURITIBA). Pós-doutor em Filosofia do Direito (Universidade de Coimbra). Doutor em Direito Público (UNISINOS/RS). Mestre em Direito das Relações Internacionais (UNICEUB/DF). Professor do Centro Universitário Santa Cruz – UNISANTACRUZ/PR. Professor da Faculdade Pan-Americana de Administração e Direito (FAPAD/PR). Juiz Federal aposentado. Email: [ca.tomaz@uol.com.br](mailto:ca.tomaz@uol.com.br).

### RESUMO

Este artigo tem como objetivo analisar a relação entre o poder discricionário e a teoria da textura aberta do direito desenvolvida por H. L. A. Hart, com ênfase no papel do Poder Judiciário brasileiro. Parte-se da premissa de que o ordenamento jurídico, construído sobre a linguagem natural, inevitavelmente contém zonas de indeterminação que exigem a atuação interpretativa dos juízes em casos concretos. A teoria da textura aberta, ao reconhecer essa limitação semântica, legitima a discricionariedade judicial como instrumento necessário para a efetivação dos direitos fundamentais. O estudo discute as distinções conceituais entre discricionariedade administrativa e judicial, os limites normativos e axiológicos da função jurisdicional e as implicações dessa teoria na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Conclui-se que, embora sujeita a críticas, a discricionariedade judicial é compatível com os princípios do Estado Democrático de Direito, desde que fundamentada em parâmetros constitucionais e interpretativos coerentes. A pesquisa utiliza o método dedutivo e a revisão bibliográfica.

**Palavras-chave:** Poder Judiciário; discricionariedade; textura aberta; H. L. A. Hart; interpretação Jurídica.

### ABSTRACT

This paper aims to analyze the relationship between discretionary power and the theory of the open texture of law developed by H. L. A. Hart, with an emphasis on the role of the Brazilian Judiciary. It starts from the premise that the legal system, built upon natural language, inevitably contains zones of indeterminacy that require



interpretative action by judges in concrete cases. The theory of open texture, by recognizing this semantic limitation, legitimizes judicial discretion as a necessary tool for enforcing fundamental rights. The study discusses the conceptual distinctions between administrative and judicial discretion, the normative and axiological limits of the judicial function, and the implications of this theory in the case law of the Brazilian Supreme Court. It concludes that, although subject to criticism, judicial discretion is compatible with the principles of a Democratic Rule of Law, provided it is grounded in constitutional and coherent interpretative standards. The research employs the deductive method and bibliographic review.

**Keywords:** Judiciary; discretion; open texture; H. L. A. Hart; legal interpretation.

## 1 INTRODUÇÃO

A teoria do Direito, em sua constante busca por compreender os fundamentos e os limites da norma jurídica, encontra em Herbert Lionel Adolphus Hart uma das suas mais marcantes contribuições no século XX. Jurista e filósofo do Direito, Hart propôs uma visão analítica que rompe com o positivismo tradicional kelseniano, abrindo caminho para uma abordagem mais pragmática e realista da aplicação das normas jurídicas. Dentre os diversos aspectos explorados por Hart, dois conceitos se destacam pela profundidade e atualidade: a ideia da textura aberta do Direito e o consequente reconhecimento de um poder discricionário por parte dos aplicadores da norma jurídica.

A noção de textura aberta surge como uma resposta à constatação de que a linguagem normativa, por mais precisa que se pretenda, inevitavelmente encontrará situações em que sua aplicação não será automática. Hart sustenta que, devido à generalidade e indeterminação das palavras, sempre haverá casos fronteiriços nos quais a regra jurídica não oferecerá uma solução clara e imediata (HART, 2009). É nesse contexto que se insere o poder discricionário: a possibilidade, e em certos casos a necessidade, de o intérprete jurídico decidir com base em critérios que extrapolam a literalidade da norma.

No Brasil, a discussão sobre os limites da discricionariedade administrativa e judicial encontra eco tanto na doutrina quanto na jurisprudência. A Constituição Federal de 1988, ao mesmo tempo em que consagra princípios como legalidade e segurança jurídica, também reconhece a importância dos valores como justiça, equidade e razoabilidade, os quais muitas vezes demandam uma atuação



interpretativa que vai além da simples subsunção dos fatos à norma. Nesse ponto, o pensamento de Hart oferece subsídios valiosos para a compreensão da margem de escolha legítima por parte dos agentes estatais, especialmente quando se deparam com lacunas normativas ou situações inéditas.

O debate proposto neste artigo visa explorar de forma crítica os conceitos de textura aberta e poder discricionário conforme delineados por H. L. A. Hart, analisando suas implicações práticas para o Direito contemporâneo e a atividade jurisdicional. Busca-se, assim, não apenas descrever teoricamente essas categorias, mas também refletir sobre suas consequências no contexto do Estado Democrático de Direito, no qual a previsibilidade das decisões judiciais deve conviver com a inevitável complexidade da vida social e a constante transformação das relações humanas.

A relevância deste estudo reside na possibilidade de compreender como a teoria de Hart ilumina problemas jurídicos concretos, especialmente diante da crescente judicialização de questões políticas, morais e sociais. Ao admitir que as normas possuem zonas de penumbra, Hart revela que a aplicação do Direito envolve escolhas que nem sempre são neutras ou puramente técnicas, mas que exigem responsabilidade, argumentação e sensibilidade institucional por parte dos julgadores. Dessa forma, a análise aqui proposta pretende contribuir para o debate acadêmico sobre os limites da interpretação jurídica e o papel do jurista na construção do sentido do Direito.

A metodologia adotada neste trabalho será essencialmente bibliográfica, com base em obra clássica de Hart e em contribuições contemporâneas da filosofia do Direito, buscando oferecer uma leitura crítica e contextualizada das categorias conceituais em exame. Por meio desse percurso teórico, pretende-se demonstrar que o reconhecimento da textura aberta do Direito não compromete a segurança jurídica, mas antes revela a maturidade de um sistema jurídico capaz de se adaptar às exigências da realidade concreta sem abdicar de seus compromissos normativos fundamentais.

## 2 O PODER DISCRICIONÁRIO NO DIREITO

Antes de abordar o tema central do presente estudo, é necessário compreender o conceito de poder discricionário dentro do ordenamento jurídico brasileiro. A noção



de discricionariedade, embora amplamente discutida na seara administrativa, possui repercussões importantes também no âmbito judicial, especialmente quando se considera o papel criativo e interpretativo que os magistrados exercem diante da complexidade normativa e da inevitável insuficiência das regras para prever todas as situações concretas.

## 2.1 CONCEITO E ORIGENS DO PODER DISCRICIONÁRIO

O poder discricionário pode ser definido, em linhas gerais, como a faculdade conferida ao agente público para escolher, dentro dos limites legais, a solução mais conveniente, oportuna e adequada ao interesse público. Trata-se de uma prática comum no Direito Administrativo, especialmente nos casos em que a norma legal prevê alternativas válidas de ação, exigindo do agente uma escolha fundamentada em critérios de conveniência e oportunidade. Conforme ensina Hely Lopes Meirelles (2014, p. 122), “o poder discricionário é aquele que permite à Administração optar por determinado comportamento dentro dos limites estabelecidos pela lei, em atenção ao interesse público”.

A origem do conceito remonta ao próprio surgimento do Estado moderno e ao desenvolvimento das teorias da administração pública. No contexto brasileiro, o poder discricionário foi inicialmente delimitado como uma prática exclusiva da Administração, no sentido de garantir flexibilidade e capacidade de adequação às necessidades da coletividade. Todavia, com a evolução do Direito e a percepção de que a norma nem sempre pode antever todas as situações concretas, a doutrina passou a considerar também a existência de um tipo de discricionariedade que se manifesta na atuação judicial.

Ronald Dworkin (2002), ao defender a ideia de que a interpretação é parte integrante da atividade judicial, contribui para essa ampliação conceitual. Para o autor, o juiz não é um mero aplicador de regras, mas um participante ativo na construção do Direito. A atuação judicial, portanto, exige não apenas conhecimento técnico, mas também capacidade de ponderação e fundamentação racional, características também presentes na ideia de discricionariedade.

Hart (2009), ao tratar da textura aberta do Direito, reconhece que em muitos casos a norma apresenta conteúdos vagos e indeterminação semântica, abrindo espaço para que o juiz atue criativamente. A discricionariedade judicial, nesse sentido,



não é arbitrária, mas uma necessária forma de aplicação da norma ao caso concreto, especialmente quando não existe previsão clara e objetiva para a situação enfrentada.

Essa abordagem encontra eco em diversos ordenamentos contemporâneos, como o modelo de civil law adotado no Brasil, que embora valorize a lei escrita, reconhece o papel relevante da jurisprudência e da hermenêutica na consolidação do Direito. Com isso, o conceito de poder discricionário passa a incluir, ainda que sob contornos distintos, a atuação jurisdicional nos casos em que a interpretação e a integração da norma são indispensáveis à solução da lide.

## 2.2 DISCRICIONARIEDADE E VINCULAÇÃO: UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA

A distinção entre atos vinculados e discricionários é um dos pontos-chave para a compreensão do poder discricionário. Os atos vinculados são aqueles em que a lei define com precisão os elementos da conduta administrativa ou jurisdicional, não restando ao agente público qualquer margem de escolha. Já os atos discricionários admitem certa liberdade de escolha dentro de parâmetros legais.

Essa liberdade, contudo, não se confunde com arbitrariedade. Como aponta Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2022, p. 79), “o poder discricionário não é poder absoluto, mas limitado pela própria finalidade da norma e pelos princípios que regem a atuação estatal”. Isso significa que mesmo em contextos de discricionariedade, há uma obrigatoriedade de observação de critérios objetivos, como a razoabilidade, a proporcionalidade e o interesse público.

No âmbito do Poder Judiciário, a distinção entre vinculação e discricionariedade também se manifesta com nitidez. Em situações onde a norma é clara e objetiva, não há margem para interpretação alternativa. Entretanto, é comum que o juiz se depare com normas abertas, lacunas legislativas ou conflitos entre princípios constitucionais, cenários em que a vinculação estrita à letra da lei se mostra insuficiente para a solução da controvérsia.

Nesses casos, a atividade judicial envolve juízos de valor e ponderações que caracterizam uma forma de discricionariedade. O Supremo Tribunal Federal, em diversas ocasiões, reconheceu a necessidade de atuação interpretativa diante de normas constitucionais principiológicas. Um exemplo é a decisão no julgamento da ADPF 54, em que a Corte permitiu a interrupção da gravidez de feto anencéfalo com



base na ponderação entre os princípios da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e da autonomia da mulher (BRASIL, STF, ADPF 54).

Esse tipo de atuação não é discricionário no sentido de mera liberdade subjetiva, mas sim de exercício fundamentado de uma escolha jurídica dentro de limites legais e constitucionais. Em outras palavras, a discricionariedade judicial deve ser sempre acompanhada de uma justificação racional e transparente, de forma a preservar a legitimidade da decisão e a segurança jurídica.

Assim, a distinção entre vinculação e discricionariedade não apenas continua relevante, como também se mostra imprescindível para a compreensão da função jurisdicional contemporânea, sobretudo em um contexto de expansão dos direitos fundamentais e de fortalecimento do papel do Judiciário na concretização da ordem constitucional.

## 2.3 A LEGITIMIDADE DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

A discricionariedade judicial, embora muitas vezes tratada com desconfiança por parte de setores mais legalistas da doutrina, encontra legitimidade no próprio funcionamento do sistema jurídico contemporâneo. Ao contrário da visão tradicional, que via o juiz como um mero aplicador da lei, a moderna teoria da interpretação reconhece que o magistrado desempenha um papel ativo e indispensável na construção do Direito, especialmente diante da complexidade social e da abertura dos textos normativos.

Essa legitimidade encontra respaldo, primeiramente, no próprio texto constitucional. A Constituição Federal de 1988, ao estabelecer a dignidade da pessoa humana, a prevalência dos direitos fundamentais e a força normativa dos princípios, transferiu ao Judiciário a missão de concretizar valores que nem sempre podem ser rigidamente positivados. Como destaca Streck (2017), "a Constituição é o centro do sistema jurídico, e o intérprete não pode ignorar seu caráter aberto, principiológico e compromissado com a efetividade".

A atuação judicial discricionária ocorre, sobretudo, nas chamadas "zonas de penumbra" do Direito, termo cunhado por Hart (2009), que denota os momentos em que a regra jurídica não oferece uma resposta clara, sendo necessário ao julgador ponderar valores, princípios e circunstâncias do caso concreto. Isso não implica



arbitrariedade, mas sim a assunção de uma responsabilidade institucional de decidir com base em fundamentos jurídicos, morais e sociais.

Ronald Dworkin (2002) é categórico ao afirmar que, em situações difíceis, o juiz deve decidir com base em princípios que melhor justificam a prática jurídica como um todo, rejeitando a ideia de que haja um espaço de “livre escolha” desprovida de critérios objetivos. A discricionariedade, portanto, é legítima quando usada como instrumento de realização do Direito, e não como expressão da vontade pessoal do julgador.

A legitimidade da discricionariedade judicial está também condicionada à existência de controle institucional e à exigência de fundamentação. O artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, determina que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade (BRASIL, 1988). Isso impõe ao magistrado o dever de justificar racionalmente suas escolhas, mesmo quando atua em margens discricionárias, assegurando transparência e possibilidade de controle pelas instâncias superiores ou pela sociedade.

## 2.4 DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA

A discussão em torno da discricionariedade judicial frequentemente é acompanhada de preocupações com a segurança jurídica, valor fundamental do Estado Democrático de Direito. A segurança jurídica exige previsibilidade, estabilidade das normas e confiabilidade nas decisões judiciais. Nesse sentido, levanta-se a questão: seria a discricionariedade judicial incompatível com a segurança jurídica?

A resposta deve ser negativa. A discricionariedade judicial não elimina a segurança jurídica, mas a transforma em um valor a ser continuamente buscado por meio da coerência, da integridade e da racionalidade das decisões. Como afirma Barroso (2020, p. 112), “a previsibilidade das decisões judiciais não deve ser confundida com rigidez interpretativa; ela decorre da clareza dos princípios aplicados e da consistência argumentativa dos tribunais”.

É importante observar que o ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo a partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015, passou a valorizar expressamente a estabilidade da jurisprudência. O art. 926 do CPC determina que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (BRASIL, 2015). Essa orientação normativa reforça a ideia de que, mesmo diante de espaços de



discricionariedade, os juízes devem se guiar por padrões interpretativos compartilhados, promovendo segurança e previsibilidade.

Além disso, o conceito de precedentes vinculantes, consagrado nos arts. 927 e seguintes do CPC, cria uma moldura jurídica que delimita a atuação dos magistrados, mesmo nas zonas de incerteza normativa. Assim, o exercício da discricionariedade passa a ser balizado por orientações superiores, o que contribui para a confiança dos jurisdicionados nas instituições (BRASIL, 2015).

A hermenêutica contemporânea também oferece ferramentas importantes para compatibilizar discricionariedade e segurança jurídica. A teoria da argumentação jurídica, proposta por autores como Alexy (2012) e Perelman (2005), exige que a decisão judicial seja produto de um processo dialógico e racional, passível de ser compreendido e contestado em bases jurídicas. Nessa perspectiva, a discricionariedade se insere dentro de um modelo de rationalidade argumentativa, e não de arbitrariedade.

Ademais, a cultura jurídica brasileira tem evoluído para reconhecer que a segurança jurídica não está apenas na rigidez normativa, mas na capacidade de adaptação das decisões às transformações sociais, desde que fundamentadas em critérios jurídicos legítimos. Assim, o Judiciário deve buscar um equilíbrio entre a estabilidade e a justiça do caso concreto, assegurando uma atuação que seja simultaneamente flexível e responsável.

Dessa forma, a análise permite concluir que a discricionariedade judicial, quando exercida dentro de limites constitucionais, jurisprudenciais e hermenêuticos, não compromete a segurança jurídica, mas, ao contrário, pode ser instrumento eficaz de sua concretização. A atuação do Judiciário com responsabilidade interpretativa contribui para um Direito mais sensível à realidade social, reafirmando a confiança dos cidadãos na justiça e na efetividade das normas.

### 3 A TEXTURA ABERTA DO DIREITO E O PODER DISCRICIONÁRIO EM L. A. HART

A obra de H. L. A. Hart revolucionou a teoria jurídica ao incorporar uma dimensão mais realista e linguística ao estudo do Direito, deslocando o foco de uma estrutura puramente lógica para uma compreensão mais ampla do funcionamento das



normas e das instituições jurídicas. Ao abordar a inevitável indeterminação do Direito e a necessidade de interpretação em situações concretas, Hart oferece ferramentas analíticas valiosas para compreender a atuação do Poder Judiciário em contextos de incerteza normativa. O presente capítulo tem por objetivo aprofundar a análise da textura aberta do Direito e de como a discricionariedade judicial se manifesta, especialmente nos sistemas jurídicos complexos como o brasileiro, onde o Judiciário frequentemente é instado a resolver questões controversas e sensíveis.

A hermenêutica constitucional contemporânea, alicerçada em fundamentos teóricos como os de Hart e, em certa medida, de Dworkin, promove uma compreensão do Direito que transcende a literalidade do texto normativo, valorizando os princípios constitucionais como vetores interpretativos essenciais.

Nesse contexto, a atuação judicial discricionária, quando fundamentada de forma racional e coerente com os valores constitucionais, revela-se não apenas legítima, mas imprescindível à concretização da jurisdição democrática.

A textura aberta do Direito impõe ao julgador o dever de interpretar e, em determinados casos, de integrar o ordenamento, o que não significa arbitrariedade, mas o exercício de um poder institucionalmente autorizado, limitado por parâmetros normativos, jurisprudenciais e axiológicos. Assim, a discricionariedade judicial é compatível com a segurança jurídica e constitui instrumento de efetivação dos direitos fundamentais, contribuindo para a adaptação dinâmica do sistema jurídico às transformações sociais e à complexidade das demandas contemporâneas.

### 3.1 INTRODUÇÃO AO PENSAMENTO DE H.L.A. HART

H. L. A. Hart é um dos mais influentes filósofos do Direito do século XX, e sua obra "O Conceito de Direito", publicada originalmente em 1961, tornou-se um marco fundamental na teoria jurídica contemporânea. Ao propor uma abordagem analítica do Direito, Hart rompe com os modelos tradicionais do positivismo jurídico, sobretudo com a perspectiva rigidamente normativista de Hans Kelsen, e inaugura uma teoria que considera tanto os aspectos formais quanto os sociais do fenômeno jurídico.

Dentre as inúmeras contribuições hartianas, destaca-se a ideia da "textura aberta do Direito", conceito segundo o qual as normas jurídicas, ainda que redigidas com precisão, não conseguem prever todas as situações futuras, sobretudo diante da imprevisibilidade dos fatos da vida. Essa noção tem implicações diretas na atuação



do Poder Judiciário, uma vez que, ao se deparar com lacunas ou zonas de indeterminação normativa, o juiz precisa fazer escolhas interpretativas, exercendo assim um poder discricionário.

A filosofia jurídica de Hart estabelece, portanto, um ponto de inflexão entre a rigidez normativa do positivismo tradicional e a sensibilidade interpretativa necessária à concretização do Direito em contextos concretos. Sua análise da linguagem jurídica, dos conceitos fundamentais do Direito e do papel institucional dos juízes permite compreender como a discricionariedade judicial não é um desvio, mas uma característica inevitável de sistemas jurídicos complexos (HART, 2009).

### 3.2 O CONCEITO DE TEXTURA ABERTA DO DIREITO

A expressão “textura aberta do Direito” foi cunhada por H. L. A. Hart para designar a indeterminação linguística inherente às normas jurídicas, sobretudo em contextos de aplicação prática. Segundo o autor, por mais precisa que uma regra pareça, ela jamais poderá antecipar todas as circunstâncias futuras em que será invocada. Isso se deve à própria estrutura da linguagem natural, cujas palavras possuem um núcleo de significado estável, mas também uma periferia nebulosa, sujeita à interpretação conforme o contexto (HART, 2009). Essa percepção rompe com a visão formalista da norma como comando fechado e inquestionável, abrindo espaço para uma teoria jurídica mais compatível com a complexidade da vida social e com a atividade interpretativa do juiz.

Hart exemplifica essa tese com o famoso caso do policial que deve decidir se um veículo motorizado pode ou não entrar em um parque onde há proibição legal de “veículos”. Embora pareça simples, a aplicação dessa norma exige julgamento, pois não está claro se um brinquedo elétrico infantil ou uma cadeira de rodas motorizada se enquadram no conceito legal (HART, 2009, p. 141). Em situações como essa, o aplicador da norma deve realizar uma escolha interpretativa, orientada não apenas pela letra da lei, mas pelos seus propósitos, pelos princípios gerais do ordenamento e pelas circunstâncias fáticas. Esse tipo de juízo, embora não completamente livre, é inevitavelmente discricionário.

A textura aberta, portanto, não é um defeito do Direito, mas uma característica fundamental de sua operacionalidade. Ela reflete a impossibilidade de esgotar todas as possibilidades de conduta e suas variações. Como destaca Dworkin (2002), mesmo



os melhores legisladores não podem prever todos os casos futuros, sendo inevitável que a interpretação judicial desempenhe papel criativo. Assim, a discricionariedade judicial emerge como consequência natural da textura aberta, implicando que a atividade jurisdicional envolve não apenas aplicação mecânica da lei, mas também construção normativa responsável, compatível com os princípios e valores constitucionais.

No contexto brasileiro, essa constatação é particularmente relevante, dada a frequência com que normas jurídicas são redigidas de forma vaga ou principiológica, delegando ao Judiciário uma significativa margem interpretativa. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, ao julgar temas sensíveis como união homoafetiva, aborto de fetos anencéfalos e direitos sociais, frequentemente se depara com cláusulas constitucionais de conteúdo aberto, exigindo a construção argumentativa e ponderada da norma a ser aplicada (BARROSO, 2020). A textura aberta do Direito, nesses casos, não apenas autoriza, mas exige uma postura proativa e fundamentada por parte dos magistrados, que devem interpretar e preencher as lacunas normativas com base na Constituição, na jurisprudência e na realidade social.

Portanto, o conceito de textura aberta do Direito proposto por Hart representa um divisor de águas na compreensão da função judicial e na estrutura do sistema jurídico. Longe de ser um convite à arbitrariedade, trata-se de um reconhecimento da complexidade do fenômeno jurídico e da necessidade de decisões fundamentadas e responsáveis por parte do Judiciário, especialmente em sociedades democráticas e pluralistas.

### 3.3 A TEXTURA ABERTA E OS LIMITES DA LINGUAGEM JURÍDICA

A teoria da textura aberta do Direito proposta por H. L. A. Hart implica, de modo essencial, a constatação de que a linguagem jurídica é, por sua natureza, limitada. Essa limitação não se trata de um problema técnico que pode ser resolvido com maior precisão legislativa, mas sim de uma característica estrutural da linguagem natural, que não comporta uma correspondência perfeita com a complexidade das situações da vida real (HART, 2009). Dessa forma, toda norma jurídica é, em alguma medida, aberta, sendo impossível determinar antecipadamente todas as suas hipóteses de incidência.



Ao tratar da textura aberta, Hart enfatiza que o legislador utiliza termos gerais que, embora possuam um núcleo de sentido relativamente estável, carregam uma zona de penumbra onde sua aplicação depende de valorações subjetivas e contextuais. É nesse espaço cinzento que se insere o trabalho interpretativo do Poder Judiciário. Em vez de atuar como simples aplicador mecânico da lei, o juiz é convocado a realizar uma escolha dentro de parâmetros racionais, considerando os fins sociais da norma, os princípios constitucionais e os precedentes judiciais relevantes (STRECK, 2017).

A linguagem jurídica, portanto, ao mesmo tempo em que oferece certa previsibilidade, demanda do intérprete uma sensibilidade hermenêutica apurada. Nas palavras de Dworkin (2002), o Direito não é uma atividade meramente técnica, mas um processo argumentativo que exige coerência e integridade. Assim, ao enfrentar a ambiguidade normativa resultante da textura aberta, o julgador deve agir com prudência, fundamentando suas decisões de maneira clara, consistente e justificável à luz do ordenamento.

Essa constatação é especialmente relevante em tempos de transformação social, nos quais o Direito é constantemente chamado a se pronunciar sobre novos fenômenos. Exemplos como a regulação da inteligência artificial, os direitos de minorias e as novas formas de família revelam os limites da linguagem legal tradicional, evidenciando a importância da atuação judicial discricionária orientada por valores democráticos e constitucionais (BARROSO, 2020).

Dessa forma, a textura aberta do Direito não apenas evidencia os limites da linguagem normativa, mas também destaca o papel criativo do juiz na interpretação e aplicação do Direito. Longe de comprometer a segurança jurídica, essa flexibilidade linguística pode fortalecer o Estado de Direito, desde que acompanhada de uma fundamentação robusta e transparente.

### 3.4 A IMPREVISIBILIDADE DOS CASOS CONCRETOS E A ATUAÇÃO JUDICIAL

A imprevisibilidade dos casos concretos é uma consequência direta da textura aberta do Direito. Hart (2009) reconhece que, mesmo em um sistema jurídico bem estruturado, há sempre situações que escapam à previsão legislativa. Em tais contextos, o julgador se depara com lacunas normativas ou com normas cuja aplicação não é evidente. Nesses casos, a atuação do juiz não se resume à



subsunção automática dos fatos à norma, exigindo, ao contrário, uma atividade interpretativa e integrativa mais complexa.

No sistema jurídico brasileiro, que adota a tradição romano-germânica e se estrutura com base em leis codificadas, a expectativa inicial seria a de que a norma legal oferecesse respostas claras e objetivas. Contudo, na prática, diversos fatores contribuem para a multiplicidade de interpretações e a necessidade de decisões judiciais inovadoras. Isso ocorre, por exemplo, em temas como bioética, tecnologias emergentes, direitos das minorias e conflitos ambientais, onde a legislação não contempla de forma clara todas as hipóteses possíveis (BARROSO, 2020).

A doutrina contemporânea reconhece que a função do juiz ultrapassa a mera aplicação da lei. Conforme Streck (2017), o papel do magistrado é também o de um intérprete responsável por construir o sentido das normas à luz da Constituição e dos valores democráticos. Essa atuação não é ilimitada, mas deve se basear em critérios argumentativos sólidos e na integridade do Direito, como propõe Dworkin (2002). Ou seja, o juiz decide não conforme sua vontade pessoal, mas com base em razões jurídicas que podem ser publicamente justificadas.

Nesse sentido, a imprevisibilidade dos casos concretos impõe ao Judiciário a tarefa de ponderar princípios e valores, bem como de considerar os efeitos sociais de suas decisões. O controle de constitucionalidade, as audiências públicas e os *amicus curiae* são instrumentos que reforçam essa função democrática da jurisdição, permitindo maior abertura do processo decisório judicial às múltiplas vozes da sociedade.

Assim, a imprevisibilidade não compromete a racionalidade da decisão judicial. Pelo contrário, ela reforça a importância de uma argumentação jurídica densa, capaz de conferir legitimidade às escolhas interpretativas realizadas. O desafio consiste, portanto, em equilibrar segurança jurídica e sensibilidade às peculiaridades dos casos concretos, de modo a assegurar um Direito vivo, eficaz e comprometido com a justiça material.

### 3.5 A ATUAÇÃO DISCRICIONÁRIA DO JUDICIÁRIO DIANTE DE NORMAS VAGAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A discricionariedade judicial adquire especial relevância em contextos em que o ordenamento jurídico apresenta normas vagas ou abertas, cuja aplicação exige uma



interpretação que vá além da simples literalidade. Para Hart (2009), a textura aberta da linguagem jurídica é precisamente aquilo que confere ao magistrado a incumbência de decidir em casos-limite, onde o sentido das palavras legais não é claro ou unívoco. Nesses casos, o juiz é chamado a exercer julgamento valorativo, guiado por critérios que não se encontram plenamente definidos no texto normativo.

Expressões normativas como "razoável", "proporcional", "adequado" e "dignidade da pessoa humana" exigem do julgador uma operação hermenêutica complexa, já que seu conteúdo normativo depende do contexto de aplicação e da ponderação de princípios concorrentes. Essa atuação do juiz, embora discricionária, não é arbitrária: ela está condicionada à coerência com os fundamentos constitucionais, à jurisprudência consolidada e à razoabilidade das motivações apresentadas (STRECK, 2017).

O Supremo Tribunal Federal (STF) tem enfrentado de forma recorrente essa necessidade interpretativa nos casos em que há colisão de direitos fundamentais. Em situações principalmente que envolvam a vida e a sociabilidade, a Corte atua de forma discricionária, utilizando princípios constitucionais para preencher lacunas normativas ou esclarecer ambiguidades. Essas decisões, embora alvo de críticas por setores mais conservadores, refletem a dimensão criativa do Direito no plano judicial (BARROSO, 2020).

Importa destacar que, conforme defende Dworkin (2002), os princípios não possuem a mesma estrutura das regras, pois não estabelecem consequências jurídicas de maneira direta, mas orientam a decisão por meio de seu peso e relevância no caso concreto. Isso exige do julgador um raciocínio fundamentado na integridade do Direito, isto é, na construção de uma solução que melhor se ajuste ao conjunto normativo e aos valores democráticos. A atuação discricionária, portanto, deve refletir uma resposta correta, e não uma escolha subjetiva.

Ademais, o Código de Processo Civil de 2015 reforça o papel argumentativo das decisões judiciais ao exigir fundamentação analítica, coerente e dialógica (art. 489, §1º) (BRASIL, 2015), o que evidencia a importância de uma atuação judicial que, mesmo discricionária, esteja legitimada por sua racionalidade e transparência. A atividade jurisdicional, nesse sentido, se distancia do voluntarismo e se aproxima da construção compartilhada do Direito.

Portanto, diante de normas vagas e da complexidade dos princípios constitucionais, o Poder Judiciário exerce uma função interpretativa vital à estabilidade



e à evolução do sistema jurídico. Longe de ser um poder que decide conforme preferências individuais, trata-se de um espaço institucional que concretiza valores constitucionais por meio de decisões responsáveis, justificadas e sensíveis à pluralidade da sociedade contemporânea.

### 3.6 A RELAÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS NA APLICAÇÃO DO DIREITO

A compreensão da distinção entre regras e princípios é essencial para a adequada interpretação da atuação judicial em um sistema jurídico marcado pela textura aberta do Direito. Hart (2009), ao propor uma visão realista da linguagem jurídica, reconhece que, mesmo diante de regras aparentemente claras, a aplicação prática pode exigir a intervenção de elementos valorativos que se aproximam do campo principiológico. Essa constatação torna a teoria dos princípios particularmente relevante, sobretudo a partir das contribuições de Ronald Dworkin, para quem os princípios desempenham papel estruturante na argumentação jurídica e na formação de decisões justas.

Dworkin (2002) estabelece uma distinção fundamental entre regras e princípios: enquanto as regras são aplicáveis de maneira tudo ou nada (ou se aplicam ou não se aplicam), os princípios atuam como razões que pesam na decisão, podendo conflitar entre si e demandar ponderação. Assim, em casos difíceis, em que a regra não oferece uma solução direta ou inequívoca, o juiz recorre aos princípios para construir uma decisão que melhor se harmonize com o ordenamento jurídico como um todo. Nessa perspectiva, a aplicação do Direito não é uma atividade meramente técnica, mas envolve o julgamento sobre quais valores devem prevalecer em determinada situação.

No contexto constitucional brasileiro, essa distinção adquire ainda mais relevância. A Constituição de 1988 é fortemente principiológica, contendo comandos normativos como dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, proporcionalidade e razoabilidade, que orientam a atividade jurisdicional. A atuação do Supremo Tribunal Federal demonstra com clareza essa dinâmica. Em diversos julgados, a Corte tem recorrido à ponderação de princípios para resolver conflitos normativos complexos, como nos casos de cotas raciais, aborto em hipóteses específicas e liberdade de expressão versus discurso de ódio (BARROSO, 2020).



O método da ponderação, conforme proposto por Alexy (2013), também é relevante para se compreender como os princípios operam na prática judicial. Para o autor, os princípios são mandados de otimização que devem ser realizados na maior medida possível, conforme as possibilidades jurídicas e fáticas. Isso implica um processo de argumentação estruturada, em que se considera o peso relativo de cada princípio e a gravidade da restrição imposta a ele. Esse modelo exige do magistrado uma fundamentação densa e articulada, afastando qualquer acusação de arbitrariedade.

A relação entre regras e princípios, no entanto, não é de exclusão, mas de complementariedade. Regras oferecem segurança jurídica e previsibilidade, sendo indispensáveis para a estabilidade do ordenamento. Por outro lado, os princípios garantem a flexibilidade e a adaptação do Direito às novas demandas sociais, especialmente quando há lacunas ou colisões normativas. A atuação judicial eficaz deve, portanto, conjugar a aplicação objetiva das regras com a sensibilidade axiológica dos princípios, sempre com base na coerência e integridade do sistema (STRECK, 2017).

Nesse cenário, a discricionariedade judicial se apresenta como a margem de liberdade interpretativa autorizada ao magistrado para escolher, entre soluções igualmente válidas, aquela mais adequada aos valores constitucionais. Essa escolha, no entanto, deve ser racional, pública e justificada, conforme exigido pelo art. 489, §1º, do Código de Processo Civil de 2015, que impõe o dever de motivação analítica e dialogada das decisões (BRASIL, 2015). A correta articulação entre regras e princípios, portanto, fortalece a legitimidade da atuação judicial e garante a realização concreta da justiça no caso concreto.

### 3.7 AS DECISÕES JUDICIAIS COMO CONSTRUÇÃO NORMATIVA

A atuação do Poder Judiciário, especialmente em contextos de alta complexidade normativa, revela-se como um verdadeiro processo de construção do Direito, mais do que uma mera aplicação automática de normas previamente estabelecidas. Essa constatação é uma das consequências centrais da teoria da textura aberta do Direito proposta por H. L. A. Hart (2009), segundo a qual a linguagem das normas jurídicas não consegue abranger, com precisão absoluta, todas as situações fáticas possíveis. Assim, diante da indeterminação de certos casos, o juiz



assume o papel de intérprete ativo, sendo chamado a desenvolver a norma aplicável ao caso concreto com base em argumentos jurídicos, princípios e valores constitucionais.

A concepção clássica do juiz como mero “boca da lei” — expressão atribuída a Montesquieu — não se sustenta diante da complexidade dos sistemas jurídicos contemporâneos. O modelo atual demanda uma atuação judicante mais proativa e fundamentada, em que a decisão não apenas descobre o direito, mas também o constrói, especialmente quando enfrenta lacunas, contradições ou ambiguidades normativas. Conforme afirma Streck (2017), o julgador deve ser responsável por uma interpretação comprometida com a integridade do Direito, a partir de uma racionalidade argumentativa que respeite os marcos constitucionais e legais.

Hart (2009) reconhece que, nos casos em que a regra não possui uma aplicação clara, o juiz deve exercer um papel criativo, adotando uma decisão que, embora não prevista expressamente no ordenamento, decorre da competência institucional que lhe foi atribuída. Isso não significa arbitrariedade, mas sim um exercício autorizado de poder discricionário, legitimado pelas estruturas do Estado de Direito. A legitimidade da decisão judicial, nesse contexto, decorre não de sua neutralidade, mas da justificação pública e racional do percurso interpretativo que levou à solução adotada.

O Código de Processo Civil de 2015 reforça essa perspectiva ao exigir, em seu art. 489, §1º, que a fundamentação das decisões judiciais observe critérios rigorosos de clareza, pertinência e enfrentamento de todos os argumentos relevantes trazidos pelas partes (BRASIL, 2015). Isso implica o abandono das decisões estereotipadas e o avanço rumo a uma jurisdição deliberativa, que reconhece o processo como espaço de diálogo entre juízes, partes e sociedade. Conforme observa Barroso (2020), a construção da norma jurídica pelo Judiciário é compatível com a democracia, desde que fundamentada na Constituição, nos direitos fundamentais e no debate público.

Ronald Dworkin (2002), ao defender a ideia de que os juízes devem decidir com base na “melhor interpretação possível” do Direito, também reforça o caráter construtivo da atividade judicial. Para o autor, há sempre uma resposta correta nos casos difíceis, desde que se adote uma interpretação que respeite a coerência do sistema e os valores fundamentais. Esse entendimento afasta a ideia de um poder discricionário ilimitado, mas confirma a natureza criativa e argumentativa da jurisdição.



O juiz, portanto, ao proferir sua decisão, não apenas declara o Direito, mas contribuiativamente para sua formação e desenvolvimento.

Além disso, em sociedades plurais e em constante transformação, a atuação judicial como construção normativa permite a atualização do Direito às novas demandas sociais, especialmente em áreas onde a legislação é omissa ou ultrapassada. A jurisprudência sobre união homoafetiva, direitos reprodutivos, acesso à saúde e proteção de populações vulneráveis são exemplos da atuação judicial como instância normativa, capaz de realizar os princípios constitucionais de forma dinâmica e progressiva.

Em síntese, a decisão judicial, longe de ser um simples ato de aplicação mecânica de regras, representa um processo de elaboração normativa que exige do magistrado sensibilidade jurídica, responsabilidade institucional e compromisso com os valores democráticos. Esse modelo de atuação judicial se alinha com a teoria da textura aberta do Direito e com a função essencial do Judiciário na concretização da justiça.

### 3.8 O PAPEL DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NA DISCRICIONARIEDADE

A argumentação jurídica representa um dos principais mecanismos de controle e limitação do exercício da discricionariedade judicial. Em um contexto normativo marcado pela textura aberta do Direito, conforme proposto por Hart (2009), o juiz frequentemente se depara com situações em que a norma aplicável não possui contornos absolutamente definidos. Nesse cenário, o dever de fundamentar a decisão se impõe como instrumento essencial para garantir que a atuação judicial, embora discricionária, não resvale para a arbitrariedade. A construção argumentativa da decisão é o que assegura sua legitimidade dentro do Estado Democrático de Direito.

A argumentação jurídica não é uma atividade meramente retórica ou formal; trata-se de um processo racional e normativo que exige do magistrado o enfrentamento explícito dos elementos fáticos e jurídicos do caso, das normas pertinentes e dos princípios envolvidos, bem como dos argumentos apresentados pelas partes (STRECK, 2017). Assim, o exercício da discricionariedade judicial é necessariamente limitado por parâmetros objetivos de racionalidade, coerência e integridade do sistema jurídico, conforme a teoria da argumentação desenvolvida por autores como Robert Alexy e Ronald Dworkin.



Dworkin (2002), ao propor o modelo do juiz Hércules, destaca que, mesmo nos casos difíceis, há uma resposta correta, que pode ser alcançada mediante uma interpretação que respeite a integridade do Direito. Essa integridade é construída por meio da articulação dos princípios jurídicos aplicáveis, da análise dos precedentes e da busca por coerência e justiça na decisão. A argumentação, nesse contexto, é o caminho pelo qual o julgador demonstra que sua decisão não é fruto de uma escolha meramente subjetiva, mas o resultado de um processo de justificação jurídica.

De forma semelhante, Alexy (2011) considera que a argumentação jurídica deve seguir regras e princípios estruturais, como a universalidade, a consistência e a abertura ao contraditório. A decisão judicial que se pauta por tais exigências se torna não apenas juridicamente válida, mas também legitimada do ponto de vista democrático. O discurso racional, nesse sentido, atua como freio institucional à discricionariedade, impedindo que ela se transforme em exercício autoritário de poder.

No ordenamento jurídico brasileiro, o Código de Processo Civil de 2015 reforça a importância da argumentação ao estabelecer, no art. 489, §1º, os requisitos mínimos de fundamentação das decisões judiciais, exigindo que o juiz enfrente todos os argumentos jurídicos relevantes, justifique a adoção de determinada tese e evite decisões genéricas ou desprovidas de análise concreta (BRASIL, 2015). Esse dispositivo legal representa um avanço na direção de uma jurisdição mais transparente, dialogal e controlável, em consonância com os princípios constitucionais da motivação das decisões (art. 93, IX, da Constituição Federal) e do devido processo legal.

A argumentação jurídica também se revela fundamental para o controle social e institucional das decisões judiciais. Ao tornar explícitas as razões da decisão, ela permite que as partes, a sociedade civil, a comunidade jurídica e os tribunais superiores possam avaliar sua conformidade com o ordenamento jurídico e com os princípios constitucionais. Esse controle externo e difuso atua como instrumento de *accountability* judicial, ampliando a legitimidade do Poder Judiciário e fortalecendo a confiança da sociedade nas instituições (BARROSO, 2020).

Além disso, a exigência de argumentação racional e estruturada contribui para a previsibilidade e a segurança jurídica, pois incentiva a formação de jurisprudência estável e coerente. Juízes que decidem com base em razões públicas e verificáveis criam condições para que os operadores do Direito compreendam as diretrizes decisórias e possam orientar seu comportamento conforme elas. A coerência



argumentativa, assim, se traduz em efetividade normativa, promovendo a estabilidade do sistema jurídico mesmo diante da sua constante evolução.

Em suma, embora a textura aberta do Direito torne inevitável certo grau de discricionariedade na atuação judicial, é a argumentação jurídica que garante os limites normativos e institucionais desse poder. O juiz, ao decidir, não apenas interpreta e aplica o Direito, mas o constrói com base em argumentos fundados, princípios constitucionais e valores democráticos. Dessa forma, a argumentação se revela como a principal ferramenta de legitimação e controle da atividade judicial discricionária.

## 4 DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NA PRÁTICA BRASILEIRA E OS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO

A atuação do Poder Judiciário brasileiro, especialmente do Supremo Tribunal Federal (STF), tem ganhado centralidade nas últimas décadas, sobretudo diante da complexidade crescente das demandas sociais e da constante provocação da Corte em temas moralmente controversos e politicamente sensíveis. A partir da teoria da textura aberta do Direito de H. L. A. Hart (2009), é possível compreender como a linguagem jurídica, por sua natureza geral e abstrata, não consegue prever todos os casos concretos possíveis, abrindo espaço para a atuação discricionária dos juízes e tribunais. Tal atuação, no entanto, não é sinônimo de arbitrariedade, mas de um exercício legítimo da função jurisdicional, pautado por princípios constitucionais, coerência argumentativa e limites institucionais.

A experiência constitucional brasileira, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, tem revelado uma ampliação do protagonismo judicial na proteção de direitos fundamentais e na regulação de temas lacunares ou omissos por parte do Legislativo. Nesse cenário, o STF tem desempenhado um papel que extrapola a mera guarda da Constituição, assumindo, em muitos casos, a função de intérprete último dos valores constitucionais e de mediador dos conflitos sociais (BARROSO, 2020). Isso levanta debates importantes sobre a legitimidade da discricionariedade judicial, os riscos do ativismo judicial e os mecanismos de controle e responsabilidade aplicáveis ao Judiciário.



É nesse contexto que se insere a presente análise, cujo objetivo é examinar como o Judiciário brasileiro, especialmente sua Corte Constitucional, exerce a discricionariedade judicial frente aos chamados “casos difíceis”, e das exigências democráticas contemporâneas. Pretende-se investigar se e em que medida essa atuação mantém-se dentro dos limites do Direito, observando os princípios estruturantes da legalidade, da segurança jurídica e da separação dos poderes. A análise será orientada por decisões paradigmáticas do STF, bem como por contribuições teóricas relevantes à compreensão da hermenêutica constitucional e do papel institucional do Judiciário.

## 4.1 O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO INTÉRPRETE DA CONSTITUIÇÃO

O Supremo Tribunal Federal (STF) ocupa posição de destaque no ordenamento jurídico brasileiro como guardião da Constituição, conforme estabelece o artigo 102 da Constituição Federal de 1988. Sua função transcende o julgamento de casos isolados, sendo responsável por uniformizar a interpretação constitucional e garantir a supremacia da Carta Magna no sistema jurídico nacional. Tal papel se intensifica em razão da complexidade normativa e da textura aberta do Direito, que, segundo Hart (2009), decorre da impossibilidade de a linguagem normativa abranger todas as situações futuras e contingentes. Diante disso, o STF se vê frequentemente diante de casos difíceis (*hard cases*), nos quais a literalidade da norma não é suficiente para a resolução da controvérsia, exigindo interpretação e ponderação valorativa.

A atuação do STF nesse contexto revela uma faceta inerente da função judicial: a discricionariedade interpretativa. Essa discricionariedade, embora limitada por princípios constitucionais, jurisprudência e racionalidade argumentativa, é indispensável para lidar com a imprevisibilidade dos casos concretos. Em decisões emblemáticas, como a que reconheceu a união estável homoafetiva (como exemplo: a ADI 4277 e a ADPF 132), a Corte utilizou-se da principiologia constitucional – especialmente os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da vedação ao preconceito – para suprir lacunas legislativas e promover a efetivação de direitos fundamentais (BARROSO, 2020).



A jurisprudência constitucional brasileira tem revelado que o STF não atua apenas como aplicador do texto constitucional, mas como agente de construção normativa e axiológica. Em casos como a descriminalização da homofobia e da transfobia (ADO 26 e MI 4733), a Corte reconheceu a omissão do Legislativo e exerceu papel substitutivo, ampliando o alcance das normas constitucionais em consonância com os valores fundantes do Estado Democrático de Direito. Essa prática, embora muitas vezes criticada como ativismo judicial, encontra respaldo na teoria da interpretação constitucional e na própria estrutura principiológica da Constituição de 1988, que confere centralidade aos direitos fundamentais e ao controle de constitucionalidade como instrumentos de transformação social (CANOTILHO, 2003).

Ademais, o STF atua como instância última de definição dos sentidos normativos diante de ambiguidades e antinomias. Em contextos em que há colisão de direitos – como entre liberdade religiosa e igualdade de gênero, ou entre liberdade de expressão e proteção à honra – o Tribunal é chamado a aplicar técnicas de ponderação e proporcionalidade. Essas decisões, inevitavelmente, envolvem juízos valorativos e escolhas institucionais complexas, o que evidencia a dimensão interpretativa e política da jurisdição constitucional (STRECK, 2017).

Importa ressaltar que a atuação discricionária do STF deve observar limites normativos e institucionais, como o respeito ao devido processo legal, à fundamentação adequada das decisões (CF/88, art. 93, IX; CPC/2015, art. 489) e à coerência com os precedentes e a jurisprudência consolidada. A discricionariedade judicial, nesse sentido, não representa liberdade absoluta, mas um espaço de escolha estruturado por regras, princípios e pela responsabilidade institucional do julgador (DWORKIN, 2002).

Portanto, o Supremo Tribunal Federal - STF desempenha papel essencial na consolidação da ordem constitucional brasileira, funcionando como intérprete máximo da Constituição e como articulador entre os comandos normativos abstratos e as realidades concretas da sociedade. Sua atuação discricionária, quando legitimada pela fundamentação racional, pelo respeito aos direitos fundamentais e pela integridade do Direito, contribui para o fortalecimento da democracia e da justiça constitucional.



## 4.2 DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E ATIVISMO: DISTINÇÕES E CONTROVÉRSIAS

A distinção entre discricionariedade judicial e ativismo judicial constitui um dos debates mais relevantes da teoria do Direito contemporânea, sobretudo no âmbito da jurisdição constitucional. Enquanto a discricionariedade diz respeito à liberdade institucional conferida ao magistrado para interpretar e aplicar normas em casos de indeterminação, o ativismo judicial refere-se à postura proativa do Judiciário ao substituir ou antecipar-se à atuação dos demais poderes, especialmente do Legislativo. É essencial, portanto, compreender os limites e fundamentos que diferenciam essas duas práticas, a fim de evitar confusões conceituais e avaliações equivocadas da atuação judicial (STRECK, 2017).

Para H. L. A. Hart (2009), a textura aberta do Direito implica reconhecer que, em determinadas situações, a norma não fornece uma resposta única e clara, sendo necessário ao magistrado exercer juízo discricionário. Essa discricionariedade, no entanto, está sempre circunscrita por parâmetros normativos, como os princípios constitucionais, a jurisprudência e os direitos fundamentais. Trata-se de um espaço de decisão que, embora flexível, é legitimado por critérios jurídicos objetivos, e não pela vontade subjetiva do julgador.

O ativismo judicial, por sua vez, é um conceito mais controverso e politicamente sensível. Barroso (2020) define o ativismo como a atuação do Judiciário que, ao interpretar a Constituição, acaba por inovar na ordem jurídica, suprindo omissões ou corrigindo inéncias dos poderes políticos. Embora frequentemente criticado por representar uma suposta invasão de competência, o ativismo pode, em determinadas circunstâncias, ser uma resposta legítima a falhas institucionais ou à necessidade de proteger direitos fundamentais negligenciados.

A tensão entre discricionariedade e ativismo revela um dilema estrutural da jurisdição constitucional moderna: como assegurar a efetividade dos direitos sem comprometer o princípio da separação dos poderes. Dworkin (2002), ao defender a existência de uma “resposta correta” no Direito, propõe que a atuação judicial, mesmo criativa, deve se pautar pela integridade do sistema jurídico, buscando a melhor interpretação possível das normas à luz dos princípios constitucionais. Nessa perspectiva, o juiz não legisla, mas revela o direito já existente de forma coerente com o arcabouço normativo.



Por outro lado, críticos do ativismo alertam para os riscos da substituição do debate político pela decisão judicial, o que pode enfraquecer a legitimidade democrática e gerar decisões descoladas da realidade social. Segundo Marinoni (2014), a atuação excessivamente proativa do Judiciário pode criar um “governo de juízes”, distanciando o Direito de sua função de mediação institucional entre os diversos interesses da sociedade. Por isso, a atuação judicial deve estar ancorada em critérios objetivos de controle, como a fundamentação racional, a observância dos precedentes, o diálogo com os demais poderes e a escuta das demandas sociais.

Além disso, o Código de Processo Civil de 2015 reforçou a exigência de fundamentação adequada das decisões judiciais, vedando justificativas genéricas e obrigando o enfrentamento de todos os argumentos relevantes trazidos pelas partes (art. 489, §1º). Tal disposição contribui para a transparência da discricionariedade e reduz a margem para decisões ativistas infundadas, promovendo uma cultura jurídica mais comprometida com o devido processo legal e a coerência argumentativa (BRASIL, 2015).

Portanto, discricionariedade judicial e ativismo não são sinônimos. A primeira é uma prerrogativa necessária e legítima do juiz frente à textura aberta do Direito; a segunda é uma postura institucional que, embora possa ser adequada em certos contextos, requer cautela e critérios rigorosos de controle. Em ambos os casos, a atuação judicial deve ser justificada por argumentos jurídicos sólidos, sensível ao pluralismo social e respeitosa aos limites democráticos do Estado de Direito.

#### 4.3 O JUIZ COMO COAUTOR DO DIREITO: POSSIBILIDADES E LIMITES

A afirmação de que o juiz atua como coautor do Direito não implica a negação da legalidade, mas o reconhecimento de que o Direito, enquanto fenômeno social e normativo, é constantemente reconstruído no processo interpretativo. Essa ideia, longe de esvaziar a função jurisdicional, confere-lhe densidade e responsabilidade, sobretudo em contextos nos quais a textura aberta das normas exige que o julgador vá além da mera subsunção lógica dos fatos à norma jurídica. A metáfora do juiz como coautor surge, portanto, do reconhecimento de que interpretar é, em alguma medida, criar, dentro de parâmetros estabelecidos pelo ordenamento (HART, 2009).

De acordo com Hart (2009), a linguagem normativa é inevitavelmente indeterminada, o que obriga o juiz a tomar decisões criativas, principalmente diante



dos chamados “casos difíceis”. Nesses casos, o magistrado não encontra uma resposta preexistente e precisa interpretar os valores e os princípios do sistema jurídico à luz das demandas sociais. Não se trata de legislar, mas de preencher lacunas e concretizar direitos com base em critérios jurídico-racionais. A atuação judicial, portanto, não é mecanicista: o juiz interpreta, pondera, argumenta e, nesse processo, participaativamente da construção do sentido do Direito.

Ronald Dworkin (2002), ao criticar a visão positivista estrita da função judicial, propõe a figura do juiz Hércules, que decide os casos não com base em sua vontade, mas com base na melhor interpretação possível do Direito enquanto um todo coerente. Para ele, o juiz não deve ser um mero aplicador de regras, mas alguém capaz de interpretar os princípios que estruturam o ordenamento de maneira a garantir decisões que sejam moralmente aceitáveis e juridicamente legítimas. A decisão judicial, nesse modelo, é uma forma de autoria institucional que visa a alcançar a resposta correta a partir de um esforço interpretativo profundo e consistente.

No contexto brasileiro, especialmente após a Constituição de 1988, a função do Judiciário foi significativamente ampliada, refletindo uma nova concepção de jurisdição constitucional. O texto constitucional outorgou ao Judiciário o papel de garantidor de direitos fundamentais e árbitro de conflitos de grande relevância social e política. Nesse cenário, a função judicial se tornou mais complexa e exigente, demandando do juiz uma atuação ativa na efetivação dos direitos e na promoção da justiça social (BARROSO, 2020).

Entretanto, a atuação criativa do magistrado encontra limites claros. Não se pode confundir o papel do juiz com o do legislador. A Constituição e os princípios do Estado Democrático de Direito impõem barreiras à atuação judicial discricionária, sobretudo quando esta se afasta dos parâmetros legais e da jurisprudência consolidada. Como destaca Streck (2017), o juiz não cria o Direito *ex nihilo*, mas o interpreta à luz do contexto constitucional, sendo seu papel o de construir decisões fundamentadas, coerentes e republicanas. A coautoria judicial não é licença para arbitrariedades, mas exercício responsável da função jurisdicional.

Além disso, o Código de Processo Civil de 2015 reforçou o compromisso com a fundamentação adequada das decisões, determinando que o juiz enfrente todos os argumentos relevantes, valorize precedentes e construa sua decisão de forma dialogada com os princípios constitucionais, conforme disposto em seu art. 489, §1º (BRASIL, 2015). Tais exigências normativas consolidam a ideia de que o julgador atua



dentro de um campo normativo e discursivo que lhe confere certo grau de liberdade, mas que também exige rigor argumentativo.

Assim, o juiz pode ser considerado coautor do Direito na medida em que sua atuação interpretativa é parte constitutiva da concretização das normas jurídicas. Contudo, essa coautoria não é absoluta: ela está submetida aos limites democráticos, normativos e argumentativos do sistema jurídico. A legitimação dessa função exige transparência, fundamentação robusta, lealdade constitucional e responsabilidade institucional. A figura do juiz coautor, portanto, traduz a complexidade da jurisdição contemporânea, marcada por um equilíbrio delicado entre criatividade e legalidade, entre protagonismo e autocontenção.

#### 4.4 O PROTAGONISMO JUDICIAL E A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

A ascensão do Poder Judiciário ao papel de protagonista na arena institucional tem provocado intensos debates sobre os contornos e os limites de sua atuação, especialmente em democracias constitucionais como a brasileira.

O protagonismo judicial é caracterizado por uma atuação proativa dos tribunais, notadamente das cortes constitucionais, na definição de políticas públicas, na proteção de direitos fundamentais e na resolução de conflitos de alta complexidade moral e política. Tal fenômeno, embora sinalize a importância da jurisdição na realização dos valores constitucionais, levanta questões sobre a legitimidade democrática das decisões judiciais e o equilíbrio entre os poderes.

No Brasil, esse protagonismo é intensificado pelo desenho institucional da Constituição de 1988, que alçou o Judiciário à condição de guardião dos direitos fundamentais e intérprete último da ordem constitucional. O Supremo Tribunal Federal, em especial, tem exercido funções que, em outros modelos constitucionais, estariam restritas ao Legislativo ou ao Executivo, como na definição de diretrizes sobre políticas públicas de saúde, educação, meio ambiente e segurança pública. Casos como a judicialização da política penitenciária, do fornecimento de medicamentos e da união homoafetiva são exemplos emblemáticos da centralidade judicial na vida pública brasileira (BARROSO, 2020).

Para justificar essa atuação ampliada, autores como Dworkin (2002) defendem que a legitimidade judicial repousa não na eleição direta dos magistrados, mas na qualidade moral e racional de suas decisões. A autoridade do juiz, segundo essa



perspectiva, deriva da integridade do processo decisório, da coerência com os valores constitucionais e da capacidade de oferecer uma resposta juridicamente correta e moralmente aceitável aos conflitos que lhe são apresentados.

No entanto, críticos desse modelo alertam para os riscos do chamado “governo dos juízes” ou “juristocracia”. Segundo Gargarella (2013), há o perigo de que juízes passem a substituir a deliberação democrática por decisões monocráticas, deslocando o centro do poder político das instituições representativas para um corpo técnico não eleito. Esse movimento pode enfraquecer a democracia, especialmente quando os magistrados decidem sem considerar adequadamente o pluralismo social e as limitações institucionais do Judiciário.

Lenio Streck (2017) aponta que o problema não está necessariamente no protagonismo judicial, mas na falta de compromisso hermenêutico com o texto constitucional e com a história normativa da sociedade. O protagonismo, quando ancorado em uma interpretação coerente, dialógica e comprometida com os direitos fundamentais, pode reforçar a democracia, sobretudo em contextos de omissão legislativa ou violação de direitos. Contudo, quando desvinculado de fundamentos sólidos, esse ativismo pode comprometer a legitimidade das decisões judiciais.

A legitimidade democrática do Judiciário, portanto, não pode ser medida exclusivamente por sua função contramajoritária, mas pela sua capacidade de atuar como agente de concretização dos valores constitucionais com responsabilidade institucional. Isso exige do juiz não apenas sensibilidade jurídica, mas também autocontenção, fundamentação robusta e compromisso com a democracia deliberativa. O art. 93, IX, da Constituição Federal, ao exigir a fundamentação das decisões judiciais, e o art. 489, §1º, do CPC/2015, ao exigir que essa fundamentação seja clara, lógica e enfrentando todos os argumentos relevantes, são mecanismos que buscam reforçar essa legitimidade (BRASIL, 1988; BRASIL, 2015).

Em suma, o protagonismo judicial é um fenômeno que, embora necessário em determinadas circunstâncias, deve ser exercido com parcimônia e responsabilidade. Ele só se legitima quando respeita os limites do ordenamento, dialoga com os demais poderes e promove a realização efetiva dos direitos fundamentais. O equilíbrio entre independência judicial e controle democrático é essencial para a preservação do Estado de Direito e da confiança pública no sistema de Justiça.

## 4.5 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL



A judicialização da política é um fenômeno marcante das democracias constitucionais contemporâneas, notadamente em países como o Brasil, onde o Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal - STF, exerce papel central na resolução de conflitos políticos e sociais. Ocorre, em grande medida, pela inércia ou omissão dos Poderes Legislativo e Executivo diante de questões sensíveis, o que exige uma resposta institucional para a proteção de direitos fundamentais e a manutenção do pacto constitucional (BARROSO, 2020).

Contudo, para além da judicialização decorrente da provocação das partes legitimadas, observa-se o fenômeno do ativismo judicial — entendido como a atuação proativa do Judiciário na formulação de políticas públicas, na definição de interpretações normativas amplas e, por vezes, na substituição de escolhas típicas de outros Poderes. Essa postura é objeto de intensos debates, especialmente quanto à sua legitimidade em um Estado Democrático de Direito (STRECK, 2017).

Nesse contexto, torna-se essencial compreender como a teoria de H. L. A. Hart, sobretudo o conceito de textura aberta do Direito, contribui para fundamentar a atuação judicial em casos politicamente sensíveis. Hart (2009) argumenta que o Direito, por sua própria estrutura linguística, apresenta zonas de indeterminação — especialmente diante de situações novas, complexas ou não previstas pelo legislador. Nesses casos, os juízes não apenas aplicam o Direito, mas o interpretam e, em certa medida, o desenvolvem, exercendo uma discricionariedade necessária para preencher lacunas normativas. A textura aberta, portanto, fornece uma justificativa teórica para o protagonismo judicial em contextos de incerteza normativa.

Assim, o ativismo judicial pode ser lido como um reflexo prático da textura aberta: ao decidir casos difíceis que envolvem princípios concorrentes ou normas vagas — como dignidade da pessoa humana, razoabilidade ou proporcionalidade —, o Judiciário ultrapassa a mera subsunção e passa a atuar como agente da transformação social. Essa atuação, embora discricionária, não é arbitrária, desde que pautada por princípios constitucionais, fundamentação racional e respeito à integridade do Direito, conforme propõe também Ronald Dworkin (2002).

Exemplos emblemáticos dessa atuação no Brasil incluem a decisão do STF que reconheceu a união estável homoafetiva (ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF), o julgamento sobre a interrupção da gestação de fetos anencéfalos (ADPF 54/DF), e a criminalização da homofobia (ADO 26 e MI 4733), conforme já citados anteriormente. Em todas essas ocasiões, o Tribunal assumiu papel ativo na concretização de direitos



fundamentais, em clara demonstração de uma atuação judicial moldada pela textura aberta do Direito, ao interpretar a Constituição de forma responsiva aos anseios da sociedade.

Por outro lado, o ativismo judicial deve ser exercido com parcimônia, para que não resvale em usurpação de competências dos Poderes Legislativo e Executivo. Como observa Gargarella (2013), a hipertrofia do Judiciário pode comprometer a legitimidade democrática e enfraquecer o processo deliberativo, instaurando uma “juristocracia” em detrimento do pluralismo institucional. O desafio, portanto, reside em encontrar o ponto de equilíbrio entre uma jurisdição constitucional ativa e o respeito ao princípio da separação dos poderes.

A Constituição Federal de 1988, ao atribuir ao Judiciário a função de guardião da Constituição em seu art. 102, legitima sua atuação interpretativa em defesa dos direitos fundamentais. No entanto, essa atuação deve observar os limites impostos pela necessidade de fundamentação adequada, conforme dispõe por sua vez o art. 93, IX e pela construção argumentativa comprometida com o texto constitucional, a jurisprudência consolidada e os valores democráticos (BRASIL, 1988).

Em síntese, a judicialização da política e o ativismo judicial, quando compreendidos à luz da teoria da textura aberta de Hart, revelam-se não como distorções do modelo democrático, mas como expressões legítimas da função jurisdicional em um Estado constitucional. Desde que exercida com responsabilidade, coerência e compromisso com os direitos, essa atuação do Judiciário contribui para a efetividade da Constituição e para a realização da justiça, encerrando este estudo com a convicção de que a discricionariedade judicial, longe de ser um risco, pode ser um dos instrumentos mais potentes para a promoção de uma sociedade mais justa e igualitária.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo abordou a temática do “Poder Discricionário e textura aberta do Direito em Herbert L. A. Hart”. Sendo assim, teve como objetivo central investigar o conceito de poder discricionário à luz da teoria da textura aberta do Direito proposta por H. L. A. Hart, com foco especial na atuação do Poder Judiciário brasileiro. A análise desenvolvida permitiu compreender como a indeterminação linguística das



normas jurídicas e a imprevisibilidade das situações concretas exigem dos juízes não apenas a aplicação mecânica da lei, mas um exercício de interpretação, ponderação e criação normativa dentro dos limites impostos pela Constituição.

Na tradição do positivismo jurídico, Hart inaugura uma visão mais sensível às nuances da linguagem e às limitações práticas do ordenamento. Ao introduzir o conceito de textura aberta, ele reconhece que nenhuma norma pode antecipar todos os casos futuros, principalmente diante da complexidade social e da diversidade das relações humanas. Assim, as lacunas e as vaguezas da linguagem normativa tornam a discricionariedade judicial não apenas inevitável, mas também funcional à realização do Direito. A atuação do juiz, portanto, deixa de ser entendida como mera subsunção e passa a ser vista como um processo racional de concretização normativa, exigindo responsabilidade argumentativa e compromisso institucional.

O primeiro capítulo apresentou os fundamentos gerais do poder discricionário no Direito, destacando sua evolução histórica, as distinções entre os conceitos de discricionariedade administrativa e judicial, e as críticas doutrinárias quanto ao possível risco de arbitrariedade. Reforçou-se, contudo, que o exercício discricionário, especialmente no âmbito jurisdicional, está vinculado a balizas constitucionais, jurisprudenciais e axiológicas, e não é sinônimo de subjetividade desmedida.

No segundo capítulo, explorou-se a textura aberta do Direito conforme desenvolvimento de Hart, demonstrando como essa característica estrutural da linguagem jurídica impõe ao julgador uma função de construção normativa diante dos casos difíceis. Mostrou-se que, ao se deparar com normas vagas ou abertas, o juiz atua com liberdade interpretativa, mas não com arbitrariedade, devendo justificar sua decisão com base em princípios constitucionais, na coerência do sistema jurídico e na racionalidade argumentativa. Nesse sentido, os conceitos de razoabilidade, proporcionalidade, dignidade da pessoa humana, entre outros, tornam-se parâmetros essenciais para decisões juridicamente aceitáveis, mesmo diante da incerteza normativa.

O terceiro capítulo aprofundou a análise da discricionariedade judicial à luz de casos concretos e do contexto brasileiro, evidenciando como a Suprema Corte tem exercido essa função de modo cada vez mais ativo. As noções de judicialização da política e ativismo judicial foram examinadas, especialmente em temas sensíveis e omissos no legislativo, como união homoafetiva, interrupção terapêutica da gestação e criminalização da homofobia. Argumentou-se que essa atuação, longe de ser uma



deformação do sistema, constitui, quando devidamente fundamentada, uma resposta institucional legítima às demandas da sociedade. A teoria da textura aberta de Hart, ao legitimar o papel criativo do julgador em contextos de incerteza, oferece um fundamento teórico robusto para compreender tais decisões como expressões coerentes com o Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, conclui-se que a discricionariedade judicial, quando exercida de maneira responsável, fundamentada e à luz da Constituição, não apenas é compatível com a segurança jurídica, mas é indispensável para sua realização prática. O Judiciário, especialmente em um sistema como o brasileiro, exerce papel crucial na efetivação de direitos e na concretização da justiça, atuando dentro da moldura de uma linguagem jurídica que, por sua própria natureza, exige interpretação e ponderação.

A contribuição teórica de H. L. A. Hart, ao reconhecer a textura aberta do Direito, é fundamental para que se possa compreender essa atuação como legítima e necessária. Ao reconhecer que há zonas de penumbra na linguagem normativa e que cabe ao juiz preenchê-las com base em critérios racionais, Hart fortalece uma visão do Direito que combina segurança jurídica com dinamismo, legalidade com justiça e normas com princípios.

Por fim, o estudo reafirma que, em sociedades democráticas, a função jurisdicional deve ser exercida com prudência, mas também com coragem interpretativa, respeitando o equilíbrio institucional entre os Poderes. A discricionariedade judicial, orientada pelos princípios constitucionais e pela racionalidade argumentativa, constitui elemento essencial para que o Direito acompanhe as transformações sociais e permaneça fiel aos seus compromissos com a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.



ALEXY, Robert. **Teoria do discurso e teoria da argumentação jurídica.** In: FERRAZ JR., Tércio Sampaio (Org.). **Racionalidade e direito.** São Paulo: Atlas, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 26/05/2025.

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).** Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 27/05/2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54.** Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 26/05/2025.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 35. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GARGARELLA, Roberto. **Latin American Constitutionalism: The Engine Room of the Constitution.** Oxford: Oxford University Press, 2013.

HART, H. L. A. **O conceito de Direito.** 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Jurisdição constitucional: democracia e tutela dos direitos fundamentais.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

