

*Humberto Santarosa de Oliveira*

# Motivação e Discrpcionariedade

*As razões de decidir e o contraditório como  
elementos legitimadores da atuação judicial*

Prefácio: Paulo Cezar Pinheiro Carneiro  
Apresentação: Antônio Veloso Peleja Júnior

EDITORA LUMEN JURIS  
RIO DE JANEIRO  
2020

Copyright © 2020 by Humberto Santarosa de Oliveira

Categoria: Direito Processual

PRODUÇÃO EDITORIAL  
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Rômulo Lentini

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.  
não se responsabiliza pelas opiniões  
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer  
meio ou processo, inclusive quanto às características  
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais  
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,  
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e  
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à  
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil  
Printed in Brazil

117649Z

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

---

OL48m

Oliveira, Humberto Santarosa de  
Motivação e discricionariedade : as razões de decidir e o contraditório  
como elementos legitimadores da atuação judicial / Humberto Santarosa  
de Oliveira. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2020.  
248 p. ; 23 cm.

Bibliografia : p. 205-228.

ISBN 978-65-5510-000-6

1. Direito processual. 2. Decisão judicial. 3. Legitimidade democrática  
da jurisdição constitucional. 4. Princípio do contraditório. 5. Motivação.  
6. Código de Processo Civil de 2015. I. Título.

CDD 347

Ficha catalográfica elaborada por Ellen Tuzi CRB-7: 6927

# Sumário

Introdução.....	1
1. Os Diferentes Ordenamentos Jurídicos na Perspectiva da Motivação das Decisões .....	9
1.1 A importância do direito comparado nos ordenamentos de <i>civil law</i> e de <i>common law</i> .....	9
1.1.1 Uma breve explanação sobre as modificações engendradas nos modelos inglês e norte-americano – o modelo legislado no <i>common law</i> .....	12
1.1.2 O direito jurisprudencial no <i>civil law</i> como fator de aproximação com o <i>common law</i> .....	16
1.1.3 A constitucionalização e o fortalecimento do <i>civil law</i> .....	18
1.1.4 Independência ou interdependência entre os modelos de <i>civil law</i> e <i>common law</i> .....	18
1.2 O <i>common law</i> .....	20
1.2.1 A situação na Inglaterra.....	21
1.2.2 A situação nos Estados Unidos da América .....	25
1.3 O <i>civil law</i> .....	31
1.3.1 O <i>civil law</i> e a motivação das decisões na França, na Alemanha, na Itália e no Brasil.....	32
1.3.2 A influência da codificação francesa-napoleônica no que tange à motivação das decisões judiciais .....	36
1.3.3 O movimento constitucionalista e o período de redemocratização .....	38
1.4 A motivação das decisões judiciais na perspectiva de impedimento a arbitrariedades – a judicialização dos direitos.....	41

2. A Discricionariedade Judicial .....	51
2.1 O debate entre Hart e Dworkin – com uma breve passagem por Kelsen .....	52
2.1.1 Herbert Hart e o poder discricionário do juiz.....	57
2.1.2 Ronald Dworkin e a inexistência de poder criativo do magistrado .....	62
2.2 Um ponto de interseção nas teorias?.....	70
2.3 A discricionariedade como um problema atual – atuação jurisdicional proativa.....	80
3. As Garantias Processuais Constitucionais na Atividade Jurisdicional Proativa.....	89
3.1 O princípio do contraditório .....	91
3.1.1 Noções históricas sobre o contraditório .....	91
3.1.2 O contraditório na perspectiva contemporânea.....	96
3.1.2.1 O contraditório e a ampla possibilidade de participação ....	101
3.1.2.2 O contraditório e o dever de colaboração.....	108
3.1.2.2.1 Os deveres decorrentes da colaboração .....	112
3.1.2.3 O contraditório e a paridade de armas .....	115
3.1.2.4 O contraditório como direito de influir na decisão judicial	118
3.1.3 Conclusão parcial sobre o contraditório .....	124
3.2 O princípio da motivação das decisões judiciais .....	124
3.2.1 As funções da decisão judicial.....	129
3.2.1.1 A concepção endoprocessual.....	131
3.2.1.2 A concepção extraprocessual .....	133
3.2.2 A controlabilidade das decisões judiciais.....	136
3.2.3 Justificação interna e justificação externa.....	141
3.2.4 A completude da decisão judicial e o ônus argumentativo do juiz .....	145

4. A Estreita Correlação entre o Contraditório e a Motivação como um <i>Plus</i> na Legitimação Democrática da Decisão Judicial: o Momento de Verificação da Atuação Legítima .....	151
5. A Normatização da Motivação das Decisões como um dos Meios de Concretização da Legitimidade do Judiciário .....	159
5.1 O atual CPC – ampla margem decisória x completude da decisão....	161
5.2 O novo Código de Processo Civil e o avanço na motivação das decisões judiciais – o art. 489 e seus parágrafos .....	170
5.2.1 O inciso I do §1º do art. 489.....	174
5.2.2 O inciso II do §1º do art. 489 .....	175
5.2.3 O inciso III do §1º do art. 489.....	177
5.2.4 O inciso IV do §1º do art. 489.....	178
5.2.5 O inciso V do §1º do art. 489.....	181
5.2.6 O inciso VI do §1º do art. 489.....	183
5.2.7 O §2º do art. 489.....	184
5.2.8 O §3º do art. 489 .....	187
5.3 Proposições de <i>lege ferenda</i> para melhor adequação da motivação das decisões judiciais – fundamentação e precedentes .....	189
Conclusão.....	201
Referências Bibliográficas .....	205