

A RELEVÂNCIA DA TEORIA DE DERROTABILIDADE DA NORMA JURÍDICA NA ANÁLISE DAS EXCEÇÕES IMPREVISÍVEIS: CRÍTICA AO ARTIGO 334 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

THE RELEVANCE OF THE THEORY OF DEFEASIBILITY OF THE LEGAL NORM IN THE ANALYSIS OF UNPREDICTABLE EXCEPTIONS: CRITICISM OF ARTICLE 334 OF THE 2015 CODE OF CIVIL PROCEDURE

Ana Valéria de Jesus Ribeiro¹
Cinthya Amaral Santos²
João Felipe da Silva Fleury³

Como citar: MIRANDA, Ana Valéria de Jesus Ribeiro; SANTOS, Cinthya Amaral; FLEURY, João Felipe da Silva. A relevância da teoria de derrotabilidade da norma jurídica na análise das exceções imprevisíveis: crítica ao artigo 334 do Código de Processo Civil de 2015. *Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC*, Londrina, v. 8, n. 1, e075, jan./jun., 2023. DOI: 10.48159/revistadoidcc.v8n1.e075

Resumo: Esse artigo tem como tema principal a solução de conflitos, seus princípios e a teoria da derrotabilidade da norma envolvida na mediação e conciliação. Através da pesquisa bibliográfica buscou-se entender o como a teoria acima citada pode ser utilizada pelo intérprete do direito, em caso de resoluções pacíficas das lides. Ao longo do desenvolvimento do estudo considerou-se a possibilidade de aplicação direta desse princípio da derrotabilidade quanto ao surgimento de exceções das regras referentes a solução de conflitos presentes no Código de Processo Civil, o que afastaria a obrigatoriedade da mesma. Foram utilizados os mais renomados doutrinadores, entre nacionais e estrangeiros que tratam do assunto em questão. Entre os internacionais, destaca-se Hart, que idealizou a derrotabilidade, especificando que pode deixar de ser aplicada em determinados casos concretos, que sejam exceções a norma considerada. Ao concluir o presente trabalho buscou-se verificar de forma sucinta e breve, se há compatibilidade entre essa teoria e a mediação e conciliação, inclusive com amostragem de algumas decisões judiciais referentes ao assunto proposto. Assim se percebeu que há possibilidade de utilização para afastar o uso dos meios de solução de conflitos, mesmo que sejam considerados instrumentos hábeis para resolver inúmeros casos.

Palavras-chave: Princípio; Conflitos; Mediação; Derrotabilidade.

Abstract: This article's main theme is conflict resolution, its principles and the theory of the defeasibility of the norm involved in mediation and conciliation. Through bibliographic research, we sought to understand how the above-mentioned theory can be used by the interpreter of law, in case of peaceful resolutions of disputes. Throughout the development of the study, the possibility of direct application of this principle of defeatability was considered regarding the emergence of exceptions to the rules referring to conflict resolution present in the Code of Civil Procedure, which would remove the obligation of the same. The most renowned scholars were used, among nationals and foreigners who deal with the subject in question. Among the international ones, Hart stands out, who idealized defeatability, specifying that it can no longer be applied in certain specific cases, which are exceptions to the considered norm. At the conclusion of the present work, it was sought to verify, in a succinct and brief way, if there is compatibility between this theory and mediation and conciliation, including sampling of some judicial decisions regarding the proposed subject. Thus, it was realized that there is a possibility of use to remove the use of conflict resolution means, even if they are considered skillful instruments to resolve numerous cases.

Keywords: Principle; Conflicts; Mediation; Defeatibility.

1 Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário de Goiás (2013) e graduação em Farmácia e habilitação em Bioquímica - Faculdades Objetivo (1995). Atualmente é consultora sem vínculo empregatício da Associação dos Hospitais de Alta Complexidade do Estado de Goiás. Ex Coordenadora do curso de direito da Fundação Educacional de Goiás, ex professora da Fundação Educacional de Goiás, professora - Uni Goiás e FacUnicamps. Possui experiência na área de Direito, com ênfase em Docência, atuando principalmente nos seguintes temas: melhoria contínua de processos, processo civil, direito de família e sucessões, direito empresarial, direito constitucional, e mediação conciliação e arbitragem. Advogada nas áreas de direito civil: família e sucessões, condominial, médico, animal e sanitário. Conciliadora e Mediadora Judicial, habilitada em Constelação Sistêmica Familiar e mestranda da Escola Paulista de Direito - EPD, no mestrado de Soluções Alternativas de Controvérsias Empresariais, linha de pesquisa: Princípios e Mecanismos do Sistema Nacional de Soluções Extrajudiciais de Controvérsias.

2 Doutora em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Mestre em Sociedade, tecnologia e meio ambiente pelo Centro Universitário de Anápolis. Especialista em Direito Constitucional e Eleitoral (UCG) e Docência Universitária (UCG); graduada em Direito (UnivANGÉLICA - 1997). Professora efetiva do curso de Direito da Universidade Estadual de Goiás - Unidade Palmeiras de Goiás. Foi coordenadora do Curso de Direito da Fundação Educacional de Goiás (Faciions), de 2015 a junho de 2016. Professora de Direito Constitucional e Direito Administrativo do Centro Universitário de Goiás (Unianhanguera). Orientadora de Trabalhos de Conclusão de Curso das duas instituições de ensino acima especificadas. Professora da pós graduação do Centro UniGoiás e da Faculdade Lions. Professora em EAD na faculdade Lions.

3 Doutorando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília-UNICEUB. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Especialista em Direito Civil e Processo Civil, com habilitação para Docência Universitária. Especialista em Direito Penal. Bacharel em Direito. Docente Permanente no Curso de Direito da Universidade Estadual de Goiás - UEG. Assessor Jurídico de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Analista Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Advogado licenciado dos quadros da OAB.
E-mail: jfelipe.contato@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo vem tratar do tema a respeito da solução de conflitos no Brasil. Em 2015 promulgou-se a Lei de Mediação, nº 13.140/2015, política pública implementada pelo Conselho Nacional de Justiça, que também já tratava do tema com a Resolução nº 125 de 2010. Foi uma forma encontrada de agilizar a evidente saturação da via judicial.

Ante o tema das formas de Solução de Conflito também se optou por estudar sobre os princípios e a teoria da derrotabilidade das normas jurídicas. É um tema de inegável importância, pois foram analisados pontos fundamentais para a compreensão dos assuntos levantados. O princípio da derrotabilidade tem tido muito destaque tanto na área da argumentação, quanto do Direito, por isso é bom estudar quando se fazer uma boa conciliação entre o argumento jurídico e a maleabilidade na solução conflituosa.

O objetivo base é estudar sobre a projeção histórica dos meios usados no Brasil para solucionar de forma mais eficiente e sem o uso do Judiciário as lides, utilizando-se de uma realidade dinamizada pela grande demanda existente em todo o país. Com o método de pesquisa bibliográfica utilizou-se das mais renomadas doutrinas nacionais e internacionais para entender o florescimento dos instrumentos consensuais, frente ao entendimento da derrotabilidade das normas.

A par de todo o exposto verificou-se que a justificativa da não aplicação da obrigatoriedade da lei, nos casos previstos em lei é apenas um passo no caminho para o aprimoramento do sistema preventivo de solução de conflitos, já que os mesmos são aceitos como soluções viáveis na busca pela justiça.

2 ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Pode-se argumentar que os direitos fundamentais fomentam um entusiasmo público pelo judiciário, embora, infelizmente, esse entusiasmo nem sempre seja recompensado, pelo menos no Brasil. Essa esperança depositada nos juízes é regulamentada no rol dos direitos fundamentais, especificando diversos princípios constitucionais que visam proteger a justiça, como o acesso ao judiciário, a inafastabilidade da tutela jurisdicional, o direito de petição e ação, o acesso aos efetivos, o direito de proteção imediata e adequada etc. (MARMELSTEIN, p. on-line, 2018).

No Brasil, todos esses princípios podem ser resumidos em uma única cláusula constitucional: A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"

(CF/88 Art. 5º, inc. XXX) (BRASIL, 1988). Pode-se dizer que a Constituição de 1988 considera o poder judiciário o último elo na proteção dos direitos fundamentais.

É por isso que a Constituição de 88 garante o direito ao "devido processo legal", que se consubstancia em vários outros direitos e garantias: contraditório, ampla defesa, juiz natural, proibição de provas ilícitas, necessidade de justificar decisões judiciais, publicidade etc. Todos esses direitos são expressamente afirmados na Constituição de 88, a maioria deles no artigo 5º (BRASIL, 1988). Para o promotor Adriano Godoy Firmino (2021, p. 58), [...] é impreciso desenvolver procedimentos que possam efetivamente implementar os direitos fundamentais, [...] especialmente devido à lentidão de resolução pelo judiciário.

Para o promotor, apesar da Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LXXVIII, garante a todos de que, nas esferas judicial e administrativa, a duração razoável do processo e os meios para garantir sua celeridade processual, o conceito de razoabilidade é aberto e poroso, carecendo de definições precisas e deve ser analisado para garantir a proteção do efetivo jurisdição (FIRMINO, 2021, p. 58 e 59).

Durante décadas, autores como Mauro Cappelletti e Bryant Garth consideraram que o acesso à justiça deveria ser visto como requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário – os direitos humanos mais fundamentais – destinado a garantir, não apenas declarar, direito de todas as pessoas (...) O acesso à justiça não é apenas um direito social fundamental cada vez mais reconhecido, mas também é necessariamente o ponto central do processo moderno. CAPPELLETTI; GARTH, p. 11-13, 1988.).

No contexto dessas preocupações, desde o século passado, três ondas são vistas como as mais fundamentais em termos de efetividade do acesso à justiça: a primeira tenta frustrar as barreiras econômicas ao gozo dos direitos humanos, possibilitando a liberdade ajuda para pessoas de baixa renda. O segundo objetivo é remover as barreiras organizacionais para defender os interesses do grupo por meio de ação de massa ou coletiva, seja descentralizada ou coletiva. A terceira onda, destinada a reduzir, por todos os meios, o congestionamento crônico nos sistemas internos de justiça da maioria dos países e remover as barreiras processuais ao acesso à justiça, expandindo e reconhecendo os direitos humanos (VASCONCELOS, 2020, p. online).

Os pressupostos sociais que desempenham um papel de liderança na resolução amigável ou arbitral, inclusive no âmbito criminal, mediação vítima-infrator e círculos restaurativos, são um aspecto desse movimento de acesso à justiça que se reflete melhor a cidadania no contexto da democracia, conflito e pluralismo.

Portanto, o direito de acesso à justiça é o resultado inevitável de um Estado democrático de direito, e sua função é efetivar os direitos básicos. Ele é projetado para garantir que a proteção judicial do Estado seja fornecida a todos sem pré-condições. Para Augusto Marcacini (2018, p. 276), no entanto, a atividade estatal é falha e, como toda atividade humana, no caso concreto e, podem dizer que sua solução alcançará, a priori, resultados melhores ou piores do que outras “alternativas” que historicamente a precederam e ainda convivem com ela. Além de reconhecer as falhas do Estado, configurou-se o que certamente conhece com a crise no sistema de justiça, devido em grande parte à morosidade dos processos, apesar de seu alto custo.

Ada Pellegrini Grinover há tempos propõem o desenvolvimento da "justiça conciliatória", no processo civil, em três fundamentos: base funcional, diante da inacessibilidade, morosidade e custo do judiciário, através da implantação da mediação e conciliação por meio de uma política judiciária; o base social, responsável pela pacificação social, que geralmente não é alcançada por meio da decisão judicial, limitando-se a prescrever regras autoritárias para casos específicos, enfim, para resolver parte da controvérsia levada a juízo, sem a possibilidade de pacificar disputas sociológicas; e a base política, que consiste na participação popular na administração da justiça, e ao mesmo tempo representa uma ferramenta de controle que configura meios de intervenção popular direta por meio da mediação e canais institucionais de conciliação e mediação (GRINOVER; WATANABE; LAGRASTA NETO, 2007. p. 1-5).

A opção de resolução de litígios por outros meios de resolução adequada de disputas (ADR) fica a critério das partes e deve ser feita por acordo. Uma vez que deriva da autonomia da vontade, o método de escolha não precisa ser prescrito por lei. Conforme consta na Declaração nº 81 aprovada na Primeira Conferência de Prevenção e Resolução Extrajudicial do Contencioso organizado pelo Centro de Estudos Judiciais do Conselho Federal da Magistratura (CEJ/CJF), " a conciliação, a arbitragem e a mediação, previstas em lei, não excluem outras formas de resolução de conflitos que decorram da autonomia privada, desde que o objeto seja lícito e as partes sejam capazes (SCHMIDT, 2021.p. online).”

Hoje, diz-se que o sistema de resolução de conflitos do Brasil perdeu seu caráter unidimensional. Existem várias portas de entrada e diferentes portas de saída. É neste sentido que se fala de “Tribunal Multiportas” ou “Sistema Multiportas”. Na deliciosa síntese de Antonio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha, autores argumenta, que parece que há várias portas no átrio do Fórum; dependendo da questão levantada, as partes são encaminhadas para a porta da mediação; ou conciliação; ou arbitragem; ou a própria justiça estatal (CABRAL; CUNHA, 2006.p710).

Negociação, mediação e reconciliação são formas autocompositivas de resoluções de conflitos, pois as partes resolvem disputas por consenso, com ou sem a ajuda de um terceiro. Nas negociações, as próprias partes procuram resolver o conflito sem o envolvimento de um terceiro, que é estranho às partes. Quando se trata de mediação e conciliação, a diferença entre os instrumentos é trivial. Durante a mediação, um mediador neutro e imparcial auxilia as partes no enquadramento de um conflito. Na conciliação, o conciliador permanece neutro e imparcial e pode desempenhar um papel mais ativo na condução do diálogo, fazendo recomendações e buscando um acordo¹.

A arbitragem, por sua vez, representa uma forma híbrida de conflito, pois especialistas e terceiros imparciais (árbitros) decidem os conflitos por meio de um acordo privado entre as partes envolvidas, ao invés do judiciário². O Dispute Board, também conhecido como Comitês de Resolução de Conflitos, foi criado na década de 1970, durante a construção do Túnel Eisenhower, no Colorado, Estados Unidos. A Comissão de Controvérsias é um órgão colegiado, geralmente composto por três peritos, nomeados pelas partes na celebração do contrato, que tem por objetivo fiscalizar a execução do contrato e tem o poder de formular recomendações e/ou decisões sobre o caso concreto, caso a caso (WALD, p. 9-24,2005).

Em outras palavras, a abordagem outros meios de resolução adequada de disputas (ADR), busca simplesmente ampliar o leque de opções disponíveis para a resolução de conflitos, que, segundo Valéria Ferioli Lagrasta Luchiari (2014, p.313), sendo ainda a jurisdição, por meio da prolação de sentença, ainda o principal meio de solução dos litígios, sendo a jurisdição complementar aos outros meios de resoluções de disputas, afastando o pensamento de que esta forma de resolução de conflitos prejudica o monopólio da jurisdição, pois nada pode impedi-la depois de receber explicações e informações relevantes sobre ela, as partes optam por ir diretamente ao tribunal.

Como o objetivo do artigo é buscar respostas para sustentar a imprevisível exceção feita pelos magistrados em face da derrotabilidade da determinação da norma trazida pelo artigo 334

¹ Em razão da importância da autocomposição de conflitos, o CNJ editou a Resolução 125/2010, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e prevê a oferta pelos órgãos judiciários de mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação. Destaque-se, ainda, a instituição da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), no âmbito da Advocacia-Geral da União (AGU), que tem procurado reduzir a litigiosidade entre órgãos e entidades administrativas.

² A previsão da arbitragem no ordenamento jurídico é antiga, cabendo mencionar, exemplificativamente: Constituição/1824 (art. 160); Código Comercial/1850; Decreto 3.084/1898; Código Civil/1916 (arts. 1.037/1.048); DL 2.300/1986 (art. 45); Código de Processo Civil/1973 (arts. 1.072/1.102); Constituição/1988 (art. 114, § 1º); Lei 9.307/1996 (Lei de Arbitragem); Código Civil/2002 (arts. 851/853); Código de Processo Civil/2015 (art. 3º, § 1º).

do Código de Processo Civil, que se refere a obrigatoriedade da realização da audiência de mediação ou conciliação, passasse a abordar as características desses métodos autocompositivos de resolução de conflitos.

3 AS FORMAS AUTOCOMPOSITIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS – CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

3.1 CONCEITO E FORMAS

São métodos autocompositivos, também conhecidos como consensuais. Refletem atividades não jurisdicionais para composição de lides. Marcacini (2018) acrescenta que são meios de pacificação, considerados os mais antigos, até do que a própria jurisdição, tão vastamente conhecida e usada nos tempos atuais.

Existem três fundamentos jurídicos-constitucionais base que sustentam o uso desses métodos no Brasil. São eles, o acesso à justiça, norma do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, que traz a disponibilidade desses meios adequados, não colocando apenas uma simples garantia de acesso formal. A segunda vertente equivale ao princípio da eficiência, artigo 37, caput, do texto constitucional, que fala que os conflitos devem ser resolvidos de forma a se encontrar o melhor custo e benefício para as partes, buscando também o melhor resultado. Por fim, o democrático, fundamento do Estado, norma base do artigo 1º, onde se mostra que o Estado não é um fim em si mesmo (MOESSA DE SOUZA, 2014).

Existem alguns métodos de soluções de conflitos e esses concebem um novo olhar na resolução de litígios. Entre eles estão os autocompositivos, que rompem com a cadeia binária que simboliza o enfrentamento polarizado entre as partes. Conforme Goretta (2016) esses novos modelos concentram esforços para a cooperação e colaboração para se encontrar o equilíbrio de negociar harmoniosamente na construção de acordos que sejam pautados no consenso. Cada indivíduo possui um grau de autonomia para resolver problemas. Becellar (2016) defende que o ser humano é um negociador, e isso é um ato involuntário que acontece diariamente. Para o autor toda pessoa tem a capacidade de atuar nas decisões que afetem seus interesses. Toda pessoa tem a capacidade de atuar nas decisões, ou seja, negociar um ato involuntário. Existe uma grande vontade de que haja menos soluções realizadas pelo Judiciário e mais voltadas para as negociações.

Esses meios consensuais exigem pressupostos para serem utilizados, em especial na mediação. O ato voluntário que a parte gera uma expectativa daquelas pessoas que dela necessitam e a ela se dirigem. Caracteriza-se em alguns casos por uma grande resistência, por um dos lados da contenda em pensar em uma atividade que se volte para um viés composicional (MARCACINI, 2018). Foley (2011) explica que o objetivo maior é o restabelecimento do diálogo entre as partes e não precisamente a busca por um acordo. Se consegui-lo será apenas uma consequência. O mediador emprega alguns mecanismos criativos, que se pautem na ética, para que consigo o entendimento entre as partes. Utiliza-se do olhar do outro para construir uma reciprocidade entre os sujeitos envolvidos na relação conflituosa.

Fernanda Tartuce (2018) define a mediação como um método que inclui facilitar a comunicação entre as partes para fornecer a estas entendimento e uma melhor compreensão das complexidades das situações disputadas, sendo os autores principais para chegarem a soluções de consenso. Segundo a autora, espécie do gênero autocompositivo, ainda considerada “um meio alternativa de solução de conflitos” ou “equivalente jurisdicional”. Ainda para a autora, para alguns estudiosos, assemelha-se a conciliação, que busca construir também o consenso (TARTUCE, 2018, p. on-line).

Contudo, a autora explica, que as técnicas implantadas em uma e outra variam de acordo com a atitude do terceiro facilitador do diálogo, que na mediação, o mediador não deve propor termos para um acordo, ou contrário da conciliação, em que o conciliador poderá propor termos para um acordo, inclusive tendo uma postura mais ativa e persuasiva para obtenção do acordo final (TARTUCE, 2018, p. on-line). No entanto, enquanto os tribunais brasileiros incentivam o uso de métodos consensuais e são até certo ponto obrigatórios, é importante destacar algumas novas circunstâncias relacionadas a exceções imprevisíveis à aplicabilidade do artigo 334 do Código de Processo Civil - CPC/15, visto que, questões sensíveis, referentes, principalmente, à autorização jurisdicional para a realização de audiências preliminar de conciliação ou mediação podem surgir.

São os fatos bem conhecidos: 1) Cada norma tem múltiplas interpretações possíveis; 2) Existem lacunas e contradições em nosso ordenamento jurídico, e nem todos os problemas podem ser resolvidos pelos padrões de hierarquia, e de especialidade; 3) Existe um fenômeno inevitável entre nós, a colisão de direitos fundamentais e, portanto, a colisão potencial de políticas públicas (MARCACINI, 2018, P. 280). Desta forma, apesar dos legisladores do Código de Processo Civil/15 referente ao artigo 334, apresentaram um desafio muito significativo, provocando mudanças no comportamento de autores e réus, mais interessados

a resolução de conflitos, em detrimento a obrigatoriedade de audiências preliminares de mediação ou conciliação.

3.2 DOS PRINCÍPIOS REGENTES DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO DO ART. 334 DO CPC/205

É importante fazer uma análise dos princípios que regem a mediação e a conciliação. O artigo 167 do Código de Processo Civil especifica que tanto a essas duas formas de solução de conflitos são regidas pela independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e por fim a decisão informada. Essa norma é ainda reforçada pela Resolução n.125 do CNJ, que acrescenta a neutralidade, o respeito à ordem pública e às leis vigentes (CPC, 2015).

Esse que foram acima citados não fazem parte de um rol exaustivo. Por mais que sejam vários, outros podem ser identificados, de forma implícita no texto normativo. Um ponto importante também a se destacar é que eles são setoriais para a mediação e conciliação, o que não proíbe a utilização dos outros referentes ao processo de também serem aplicados (NEVES, 2013). O primeiro princípio a ser analisado é o da independência, esse que se estende para todas aquelas informações que são produzidas ao longo do código. Há uma necessidade de que os participantes possam se comunicar de forma aberta e sem restrições. Para que se assegure isso, no compromisso é comum a assinatura de um termo de sigilo, em relação ao que foi conversado durante a mediação. Esse documento deve ser assinado pelos advogados, quanto pelos mediandos (CPC, artigo 167).

A independência vai ajudar os facilitadores na condução do diálogo entre as partes para que possam encontrar a melhor solução para o conflito. O próprio inciso V, artigo 1º do Código de Ética de Mediadores e Conciliadores, que faz parte do anexo III, Resolução número 125 do Conselho Nacional de Justiça, explica que os mediadores podem recusar, suspender ou até mesmo interromper as sessões, quando verificarem que não há condições para qualquer tipo de negociação (CNJ, 2010).

O princípio da autonomia da vontade mostra a relação das partes tendo em vista a voluntariedade do ato, ou seja, as partes de comum acordo chegarem juntas a uma composição do conflito, o que levará a manifestação do querer de ambos. É necessário que as partes tenham plena certeza da realização da lide, utilizando-se a mediação ou a conciliação (WAMBIER & TALAMINI, 2011). Entende-se também como o litígio será composto, sendo necessário uma

participação ativa das partes, sem que haja intervenções externas. As partes devem observar os obstáculos envolvidos e assim chegar a conclusão própria se querem transigir ou não. Assim se constituiu uma verdadeira manifestação de vontade, na intenção final de solucionar o conflito (NEVES, 2013).

Ravi Peixoto (2017) explica que os procedimentos alternativos de solução de conflitos serão moldados pela autonomia das partes. Essa autonomia inclusive quanto ao profissional que irá dirigir o processo, a quantidade de sessões e sua duração. Integra assim, a organização do procedimento.

O terceiro princípio, não sequencial, é o da neutralidade/imparcialidade. Para Calmon (2013) ensina que os mediadores devem se abster de qualquer favoritismo, e agir de forma justa e equitativa. A pessoa escolhida para mediar deve ser neutra, pois estará ali apenas para escutar as pessoas envolvidas e para encontrar uma solução que não prejudique e nem favoreça apenas uma das partes. Os mediados devem ser tratados de forma igualitária, dando a mesma atenção a ambas as partes.

A própria lei da mediação, Lei 13.140/2015, fortalece essa fonte, quando específica em seu artigo 5º que as hipóteses legais de impedimento e suspeição também se aplicam ao mediador e a pessoa designada para esse encargo tem o dever de revelar para os sujeitos, antes da aceitação da função, qualquer circunstância ou fato que possa gerar dúvida quanto a imparcialidade frente ao ato de mediar o conflito. Inclusive, nessa mesma oportunidade ele pode ser recusado. A informalidade entende que o processo conduzido pelo mediador poderá ser elaborado com várias formas diferentes. Não há uma formalidade legal, mas esse fato não o isenta de se observar todos os princípios regentes, o direito e os bons costumes. Não há um padrão fixo e estipulado para a mediação, mas sim flexível, pode ser organizado conforme a natureza do conflito, assim alcançando resultados mais satisfatórios (SERPA, 1999).

Segundo Fernanda Tartuce e Luiz Henrique Bortolai (2015) quando se usa a mediação ou a conciliação, a própria linguagem utilizada deve ser simplificada. O contato também entre as partes é direto, o que difere do processo judicial, em que a ponte entre o magistrado e as partes é o advogado. Não há possibilidade de se depender dessa ponte, ou como diz a autora, uma tradução simultânea, da linguagem jurídica prolixa. O que se deve verificar é a fluidez do diálogo para se alcançar a solução negocial. A mesma autora delimita que a oralidade vem para facilitar a comunicação e facilitar o debate entre as partes. Com essa maleabilidade os sujeitos que estão mediando poderão ter a oportunidade de discutir os problemas que envolvem o

contexto. Com a abertura para o falar se elimina os ruídos da comunicação e alivia as pressões emocionais que podem surgir, ou que já existem nessa relação.

A confidencialidade é essencial para a garantia das sessões de mediação, no sentido que elas alcancem um maior êxito. Vem preservar que as informações utilizadas durante o processo não possam ser utilizadas em outra ação, só assim as partes poderão se sentir mais à vontade para estabelecerem um diálogo mais franco e aberto. Se ocorresse ao contrário poderia haver sempre o receio de que vazasse algo sobre o problema conflituoso. A principal função então desse princípio é proteger os participantes, quando há a ausência do acordo (KIRTLEY, 1995).

Ravi Peixoto (2017) complementa dizendo que esse princípio é tão relevante, que a Diretiva sobre Mediação proferida em 2008, pela Comunidade Europeia, colocou regras para proteger seus participantes no caso de ausência de acordo, isso para impedir que fossem utilizadas em desfavor de ambas as partes em processo judicial. Esse princípio, conforme a Lei 13.140/2015, aplica-se as partes, mas não só a eles. Abrange também o mediador, conciliador e aos membros da equipe, inclusive os prepostos das partes, assessores técnicos e porventura outras pessoas que tenham de forma direta ou indireta participado do procedimento. Em relação a mediação, mesmo na sessão privadas, as informações ali discutidas só podem ser divulgadas caso haja expressa autorização das partes (BRASIL, 2015).

Ainda conforme a mesma lei, em seus incisos de I a IV, do § 1º, do artigo 30, há uma delimitação de quais informações, sendo a primeira a declaração, promessa ou proposta em busca de entendimento, em segundo o reconhecimento de qualquer das partes durante o procedimento; terceiro a aceitação do mediador e por fim, o documento preparado para fins desse tipo de procedimento. Portanto, é responsabilidade do mediador esclarecer questões de confidencialidade tanto para o autor quanto para o acusado, e divulgar o que é exigido por lei apenas à medida que o processo se desenvolve. O papel do mediador e do conciliador é ser imparcial para ambas as partes em conflito e não favorecer ou prejudicar nenhuma das partes, garantindo assim que o processo seja igual e justo. A Resolução CNJ 125 (BRASIL, 2010) define os princípios da imparcialidade como, obrigação de agir sem favoritismo, preferência ou preconceito, garantir que valores e percepções pessoais não interfiram nos resultados do trabalho, compreender a realidade dos envolvidos no conflito e nunca aceitar favores ou presentes de qualquer natureza.

Por fim, o princípio da decisão informada é essencial para a legitimidade do processo de autocomposição, pois a autocomposição ocorre pela livre adesão de todas as partes a uma solução, e o conhecimento da situação jurídica é essencial para a escolha consciente, não há

liberdade sem conhecimento (GONÇALVES, 2017, p. online). Em decorrência das explicações anteriores poderemos agora adentrar nas peculiaridades existentes. Feito uma análise dos princípios regentes da conciliação e mediação, passasse a aprofundar nas particularidades do art. 334 do Código Processual de 2015.

4 DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO – ART. 334 DO CPC/2015

4.1 DAS REGRAS DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO DISPOSTAS NO CPC/2015

Nos termos do art. 334 do Código Processual, se o pedido inicial atender aos requisitos essenciais e não for situações que o juízo indefira liminarmente o pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo intimar o réu com antecedência mínima de 20 (vinte) dias [...] (BRASIL, 2015). Dispõe a norma também, a possibilidade de mais de uma reunião de conciliação e mediação, que poderá ser realizada quando for demonstrada a necessidade e a possibilidade de se chegar a um consenso. Conforme explicitado no artigo 33 do Código Processual, poderá haver mais de uma sessão para conciliação e mediação, não ultrapassando 2 (dois) meses da data da primeira sessão, mas somente se necessários para a composição das partes (BRASIL, 2015).

Observa-se que a norma processual, em seu procedimento comum prescreve a obrigatoriedade de audiências de conciliação ou mediação, pois isso só não pode ocorrer a audiência se ambas as partes se opuserem expressamente a sua realização, ou se, a norma não admitir a autocomposição, nos termos do parágrafo 4º. do art.334 CCP/15 (BRASIL, 2015). Ressalte-se que, nos termos do artigo 319, VII, do CPC/15, o autor tem o direito de opinar sobre a opção pela realização de audiência na petição inicial. (BRASIL, 2015).

De acordo com o Código de Processo Civil, a expressão da manifestação dada pelas partes é importante, mas segundo Pinho e Queiroz (2016, online), essa exigência gerou discussão porque o autor tinha direito de manifestar ou não na exordial, o que poderia levar ao mesmo a anulação da petição ou ordem do juízo para emendá-la, porém, entende-se que o juízo deve pressupor que existe a intenção (ou pelo menos a possibilidade) do acordo, visto ser esta a intenção do CPC/15. No entanto, também há controvérsias. Se observarmos o instituto que trata das manifestações de vontade de forma semelhante no ordenamento jurídico pátrio, o art. O artigo 111.º do Código Civil, dispensa da representação do agente, pressupõe o

consentimento ao seu silêncio quando se manifesta a situação, não exigindo declaração expressa. Agora, o inciso VII do artigo 319 da Lei de Processo Civil exige que o autor manifeste sua intenção de realizar ou não audiência de mediação ou conciliação. Não há indícios de que, na ausência de manifestação, exista a presunção de escolha pela realização, o que violaria a literalidade da lei processual (MARTINS, 2016).

Ainda, preconiza a lei processual, que o não comparecimento injustificado e voluntário à mediação ou a uma audiência de mediação por ambas as partes é considerado ato atentatório à justiça e pode ser sancionado, conforme dispõe o artigo 334, § 8.º do CPC/15 (BRASIL, 2015). Humberto Theodoro Jr (2015) defende que a não adoção da audiência conciliatória pode ser compensada pela cominação de pena pecuniária. Em regra, a audiência deve incluir a assistência de advogado ou defensor público, conforme preconiza o art.334, § 9.º do CPC/15 (BRASIL, 2015).

4.2 DAS CRÍTICAS A OBRIGATORIEDADE DA COMPOSIÇÃO PROCESSUAL

Há pelo menos 15 anos, o Brasil vem promovendo a ideia de que é importante estimular uma cultura da pacificação para substituir a cultura litigiosa que prevalece entre os brasileiros (FILPO, 2016). Contudo, inútil designar uma audiência com duração inferior a 15 minutos, na qual o mediador ou conciliador pergunta se é possível um acordo, e de forma descuidada e superficial, registra-o dentro de um prazo e libera as partes, iniciando em seguida, a próxima sessão (PINHO; QUEIROZ, 2018, online). No entanto, apesar da importância das audiências previstas na lei processual, e até mesmo das sanções por violação da dignidade judicial, em ausências injustificadas, muitas comarcas não têm priorizado a designação das audiências (MARCATO,2016).

Alguns juízes têm usado seu arbítrio ao designar audiências, dispensando-as sem que as partes se apresentem e fornecendo pressupostos legais sobre a etapa de mediação. Uma visão semelhante tem sido observada entre alguns juristas, que acreditam que na dinâmica forense cotidiana, a obrigação de mediar ou conciliar uma audiência é um obstáculo para a duração razoável do procedimento, devido à falta de instituições adequadas para a realização, da falta de profissionais e da sobrecarregada pauta de audiências (MACHADO, 2016).

Alexandre de Freitas Câmara (2015, p. 199), sobre o assunto argumenta, que o artigo 334, inciso I, do parágrafo 4, só não prevê audiência, se as partes expressamente não manifestarem o interesse na solução consensual. Assim, uma interpretação literal do texto

normativo poderia levar à conclusão de que uma sessão preliminar de mediação ou conciliação não seria realizada apenas se nem o autor nem o réu quisessem participar da sessão. Assim, com base no princípio constitucional do tempo razoável de julgamento, existem pressupostos destinados a atenuar a obrigação de designar uma audiência ao abrigo do artigo 334 do Código de Processo Civil, para excluir as situações que possam ser infrutíferas.

Vale ressaltar que a questão é a aplicação da lei, e a situação do judiciário e a autonomia das partes. No âmbito do Código De Processo Civil está o princípio da segurança jurídica. Assim, é temerosa a desobrigação do artigo 334 do CPC/15, e fica comprometida quando se trata de validar a discricionariedade dos juízes em prejuízo a segurança jurídica. Há pesquisas que oportunizam a ampliação das hipóteses contidas no artigo 334, sem a necessidade de mediação conciliação preliminar, com base em registros anteriores do processo, para demonstrar que as partes participaram anteriormente de uma sessão de mediação ou conciliação onde não obtiveram um acordo, desde que a matéria do litígio tratado, tenha ligação com o objeto da ação em andamento, e conduzido por mediadores ou conciliadores habilitados (MAZZOLA, 2017, online).

Uma das considerações feitas por Marcacini (2018, p. 280) é que, mesmo antes da citação dos réus e da completar a relação processual entre as partes, é iniciar o procedimento com uma audiência de mediação ou conciliação. Para o autor, a norma não foi inteiramente bem-sucedida em termos de eficiência e celeridade, como experimentado pela lei processual anterior pelo anterior procedimento sumaríssimo. Já existia a não realização de audiência por uma ou outra combinação de fatores (falta de citação a todos os réus, declaração de incompetência ou admissão de outros vícios processos sanáveis, intervenção de terceiros em audiências etc.), ou falta de pauta disponível para a realização da audiência em tempo hábil.

5 DA TEORIA DA DERROTABILIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS

5.1 CONCEITO GERAL

Quando o que o estado de direito descreve por norma jurídica acontece na prática, é acionado um gatilho que faz com que a lei acione seu efeito sobre o alvo: o caso específico. No direito tributário, a ocorrência das regras de cobrança de tributos ocorre em conjunto com a ocorrência dos fatos geradores. No Código Penal, as normas penais se aplicam para punir os agentes que cometem crimes típicos deles. e muitos mais. Assim, pode-se concluir que as

normas jurídicas influenciam o suporte fático quando hipóteses descritas abstratamente em arquétipos jurídicos emergem no mundo fenomenal. Em suma, pode-se concluir que a norma irradia sua influência quando seus pressupostos associados são configurados (FONTELES, 2015).

O entendimento acima pode ser expresso em equação lógica binária, a saber: "Se A, então B". Por exemplo, se o art. O artigo 121 do Código Penal descreve o ato de matar alguém, e a norma se aplica sempre que um mata outro (e exclui ordens ilícitas e culposas). No entanto, em tom pedagógico, pode-se dizer que a equação "se A, então B" vale apenas sob condições normais de temperatura e pressão. Diante de casos anormais, a ocorrência de normas pode contrariar o espírito da lei, ou mesmo cair em situação injusta. Assim, em nome do mens legis ou ideais de justiça, os magistrados afastam normas existentes, válidas e efetivas, no caso concreto (FONTELES, 2015).

Não é difícil de imaginar que a vida pode fazer infinitas suposições causais que justificam a flexibilidade das regras que escapam à previsibilidade dos legisladores, mas não são consideradas injustas. Esta é a base da derrotabilidade da norma: salvo por previsão, é impossível ao legislador prever todos os verdadeiros pressupostos que justificariam a exceção à norma que pretende articular. Juliano Taveira Bernardes (2005), em texto sobre o aborto de feto anencefálico e derrotabilidade, afirma que da incapacidade de prever expectativas normativas é que derivam exceções implícitas, cujo número é proporcional ao número de variáveis presentes nos diversos tipos de comportamento que se pretende regular.

Desta forma, a derrotabilidade (ou superabilidade) de uma regra significa a não ocorrência de uma regra existente, válida, e eficaz, ou seja, embora tenha percorrido todos os degraus da escada ponteana, não é vitoriosa onde regula. Afinal, ela difere do controle de constitucionalidade nesse aspecto, e enquanto um processo de constitucionalidade avalia a validade de uma norma, a derrotabilidade funciona com uma norma válida, mas em nome do que é (ou parece ser) justo, ocasionalmente suprimida. É como se a norma paramétrica migrasse da constituição para a justiça, até mesmo para garantir os objetivos que a norma se destinava a proteger (BERNARDES 2005).

Em virtude da doutrina da derrotabilidade das regras, uma norma pode acolher um número infinito de exceções implícitas e imprevisíveis, em particular casos concretos, justificados por supressões pontuais, a pretexto de justiça ou garantia de sua finalidade, mantendo-se intacta os seus comandos. Na síntese de Carsten Bäcker, "Derrotabilidade deve

ser entendida como a capacidade de acomodar exceções" (REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS POLÍTICOS, p. 60, 2011).

As origens da teoria da derrotabilidade da regra são atribuídas a Hart, em seu artigo *The Ascription of Responsibility and Rights* (1948). No estudo o autor demonstrou que há evidências de que é possível encontrar condições que permitam a violação de normas jurídicas positivadas, mesmo que nelas existam os requisitos de validade da norma. O filósofo utilizou a expressão "defeasibility", cuja tradução para o português foi dificultada pela ausência de um correspondente exato. Entre nós, a palavra significa que as regras são superadas, temporariamente superadas e ocasionalmente derrotadas (HART, 1948).

Importante destacar, que na Teoria Geral do Direito, estuda-se que as normas jurídicas influenciam o suporte factual quando os pressupostos descritos abstratamente nos arquétipos jurídicos são testados no mundo fenomenal. No entanto, Hart argumenta em seu trabalho que mesmo quando isso acontece, a exceção pode impedir que a norma aconteça, como se o enunciado da norma contivesse uma expressão imaginária "a menos que" (HART, 1948). Desta forma, o autor definiu a derrotabilidade como um fenômeno jurídico, assumindo a inviabilidade de se elencar as condições que sejam necessárias e hábeis para a execução do direito. Essa expressão é verificada pelo termo "a menos que...", onde se percebe algo que não poderia ter sido previsto. Para Bernardes e Ferreira (2013) essa teoria parte da premissa na qual as normas jurídicas se baseiam em raciocínios, que podem ser derrotados diante da exteriorização de alguma circunstância anormal.

Esse conceito se conecta com a ideia de exceção, no sentido de uma norma. Pode ser regra ou princípio, mas embora abstratamente aplicável pode ser derrotável, pois deve se deixar de aplicá-la quando há alguma condição que a derrote em um caso específico (PINO, 2010). Na mesma linha de pensamento Fernando Andreoni Vasconcellos (2009) reconhece que a norma jurídica é falível, e ainda acrescenta que quanto maior o grau de abstração se torna ainda mais fácil de isso acontecer. Nota-se, que é impossível que os legisladores se prevejam objetivamente, apontando todas as possibilidades que podem justificar desvios das regras. O que é um fracasso e o que é uma vitória? A norma é derrotada, não o texto que a protege.

Roque (2016, apud PEIXOTO, 2019, p. online) defende que a derrotabilidade apresenta um quadro axiológico claro e preciso no que diz respeito a superação da norma, isso por parte do intérprete. Ela auxilia o magistrado e todos os operadores do direito na solução do caso concreto. Dentro do contexto discute-se também sobre o paradoxo da exceção, que considera que os princípios podem excepcionar as normas, afetando o campo de aplicação. É consenso

que normas e regras podem ser derrotadas, mas quando se trata de normas e princípios, parece ser impossível. Por outro lado, Humberto Ávila (2015) argumenta que ambas as normas admitem derrota.

No livro de Carsten Backer "Rules, Principles, and Rejectability" (2011), argumenta-se que apenas as regras legais são derrotáveis porque geralmente suportam exceções que não podem ser listadas antecipadamente, pois o que pode surgir em casos futuros é desconhecido. Por outro lado, esses princípios não são derrotáveis porque entendê-los são mandamentos de otimização, de modo que não têm capacidade para acomodar exceções.

Entretanto, Vasconcellos (2010) explica então que essa teoria alcança tanto normas quanto princípios. Outro ponto de destaque é que essa possibilidade tem especial relevância no âmbito dos direitos fundamentais. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou que excepcionalmente acontecem medidas restritivas referentes as prerrogativas individuais ou coletivas. A Constituição deve promover tanto a integridade social e o interesse social, mas também a coexistência harmoniosa das liberdades. Isso é necessário pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem públicas (MELLO, 2000).

Junto com o conceito de derrotabilidade entra o momento social e jurídico atual e a importância dos princípios. Eles servem para a produção, interpretação, integração, vinculação normativa, culminando na eficácia das atividades existentes no contexto social. Francisco Amaral (2005) revela que resolver um conflito entre os princípios em um caso concreto demanda do operador do direito, intérprete da lei, uma solução que não parta de fórmulas preestabelecidas, mas que siga uma construção argumentativa.

Canotilho (2006) faz uma reflexão, baseado no princípio da derrotabilidade, acerca das decisões dos Tribunais que recente não se apoiam suas decisões em grandes teorias. Também não buscam problemas relacionados com a metodologia da interpretação. Esse pensamento também se estende para nosso Tribunal. Há uma coerência e consistência racional quando das respostas construídos no caso concreto, onde há problemas jurídicos. Isso indica que a jurisprudência não pode se tornar decisiva no momento de proferir a sentença ou qualquer decisão (VASCONCELOS, 2010).

5.2 REGRAS E PRINCÍPIOS: DISTINÇÕES NA VISÃO CLÁSSICA

Ronald Dworkin, que desenvolveu a teoria seminal da distinção entre regras e princípios, se opôs ao positivismo jurídico de seu antecessor Herbert Hart. O apelo de Dworkin à ideia de

princípios como normas jurídicas levou a uma discussão entre ele e Hart sobre sua compreensão do problema da falta de regras no ordenamento jurídico, o caso das lacunas. No entendimento de Hart, de modo geral, um sistema jurídico é apenas um sistema baseado em regras e, na ausência de leis, o poder de decisão dos juízes é praticamente ilimitado (LEVALESSI; BOSQUEIRO, 2021, pp. 63-77). Por outro lado, o entendimento de Dworkin de que o ordenamento jurídico não pode se basear apenas em regras, mas sim em regras e princípios, refuta completamente o argumento de Hart em defesa da discricionariedade de que mesmo sem regras específicas, tampouco o juiz tem liberdade absoluta, ou seja, é limitada por todo o ordenamento jurídico, pela norma mais abrangente dos chamados princípios. Diante dessa situação, Dworkin desenvolveu sua teoria em função de problemas específicos em sua própria pesquisa, suas pesquisas e investigações se concentraram em situações em que as regras não previam uma solução, que ele chamou de "hard cases ou "casos difíceis". (DWORKIN, 1982).

Em relação aos princípios, existe uma lógica diferente daquela aplicada às regras, pois esses princípios são aplicados de acordo com a proporção de valor ou importância, ou seja, alguns princípios estão em alguma situação específica é melhor do que prejudicar outros por serem de maior importância naquela situação particular, não significa que outros princípios desconsiderado não sejam importantes em outra situação específica, nem que não devam ser considerados inválidos ou excluídos do ordenamento (DWORKIN, 1982). Outro fator importante a ser considerado é que um princípio não é ressalva a outro, pois, diferentemente das regras, é teoricamente impossível enumerar ressalva aos princípios, pois geralmente são mais abertas e imprecisas (DWORKIN, 1982).

A teoria de Dworkin pode ser considerada o ponto de partida para Robert Alexy desenvolver sua teoria, e é naturalmente considerada uma expansão da teoria de Dworkin, apenas de uma forma mais profunda por causa dos desafios que enfrentou no desenvolvimento de sua teoria. No entanto, quando Alexy começou a desenvolver sua teoria, ele enfrentou novas questões sobre a diferença entre regras e princípios, daí por que a teoria de Alexy era mais complicada que a de Dworkin (LEVALESSI; BOSQUEIRO, 2021, pp. 63-77).

Para Gavião Filho; Prevedello, 2015, Alexy entende a distinção entre regras e princípios como qualitativa, ou seja, um mandamento de regra clara e um mandamento de princípio otimizado. Os métodos para resolver conflitos entre eles são diferentes. No caso de princípios, os conflitos são resolvidos por ponderação ou otimização, e no caso de conflitos entre regras, a solução é baseada na validade (GAVIÃO FILHO; PREVEDELLO, 2015). Bem, como princípios de otimização, Alexy veio com outra ideia, que Dworkin não havia considerado:

esses princípios podem ser satisfeitos em vários graus, ou seja, eles podem ser satisfeitos de forma mais ampla ou menos ampla, e talvez até são parcialmente satisfeitos, uma vez que o grau de satisfação do princípio depende das possibilidades fáticas e jurídicas (ALEXY, 2011).

Devido à multiplicidade de princípios no ordenamento jurídico, surgem questões sobre quais situações conflitam e qual princípio deve prevalecer em um caso particular. Vale ressaltar que a análise é realizada em um caso específico, utilizando julgamentos ponderados, teoria proposta por Alexy. Assim, fica claro que o pressuposto da proporcionalidade é utilizado quando há conflito entre princípios jurídicos (entendidos como valores, bens, interesses) (GAVIÃO FILHO; PREVEDELLO, 2015).

5.3 DIFERENCIANDO REGRAS E PRINCÍPIOS ATRAVÉS DA DERROTABILIDADE.

O objetivo da distinção de Backer entre princípios e regras é propor um padrão baseado no conceito de derrotabilidade que lhe permita identificar as diferenças que existem entre eles. Ao realizar sua pesquisa, Backer primeiro observou que princípios e regras têm estruturas diferentes porque têm a propriedade de ordenar que algo seja feito sob condições específicas, que, em última análise, têm um propósito. Para o autor, a melhor maneira. - no sentido de otimização – premissa, desta forma, levando em conta todas as circunstâncias relevantes, razão pela qual "não pode haver exceções", ou, em princípio, não existe "a menos que" nos princípios (BÄCKER, 2011, p. 71).

No entanto, na estrutura, para Backer (2011), não resta evidente o motivo pelo qual a finalidade da otimização deve ser um mandamento, podendo ser qualquer outra condição ou fim, motivo pelo qual passa a considerar uma outra possibilidade de estrutura dos princípios como mandamentos de otimização, qual seja: "[...] (P') OOptZ. Significando que: "é ordenado (O) que a finalidade ou condição (Z) seja realizada em uma dimensão ótima (Opt) [...]" (BACKER, 2011, p. 69). No que se refere às regras do mandamento definitivo, teria a seguinte estrutura: (R) Op.

Significa que as regras ordenam que algo seja feito sob certas condições, tornando-se notável, portanto, que a diferença entre regras e princípios, no que se refere à estrutura, está exatamente na implicação de Opt (BACKER, 2011). Isso significa que as regras ordenam que certas coisas sejam feitas sob certas condições, então, estruturalmente, a distinção entre regras e princípios é exatamente o que Opt representa (BACKER, 2011). Com base na estrutura apresentada, relacionada ao conceito de derrotabilidade, mas conceituada novamente a seguir -

Backer vislumbra a possibilidade de estabelecer uma distinção entre princípios como os melhores mandamentos de otimização e regras como os mandamentos finais.

Otimizar significa maximizar a realização de um objetivo, levando em consideração todas as circunstâncias relevantes. No entanto, nenhuma exceção pode ser feita se todas as circunstâncias relevantes forem consideradas como exigidas pelos princípios. Não há "a menos que" nos princípios. Por outro lado, ao aplicar as regras, não é necessário considerar todas as situações relevantes. Se as condições forem atendidas, a conclusão é a seguinte (BACKER, 2011, p. 71). Uma explicação melhor é que Backer entende que as regras são derrotáveis, porque em geral elas têm o potencial de serem afetadas por anomalias que não podem ser correlacionadas a priori, uma vez que todas as combinações possíveis que podem ser deduzidas dos fatos das regras não podem ser previstas. Ao contrário os princípios, no seu entendimento, eles não são derrotáveis, considerando que são mandados de otimização. Como a otimização quer dizer analisar todos os casos futuros possíveis, não há necessidade de falar em exceções ao aplicar os princípios.

Isso prova, em última análise, que os princípios não podem conter exceções, porque quaisquer razões diferentes ao propósito de alcançar de um princípio devem ser analisadas na otimização, de acordo com todas as situações importantes consideradas (BACKER, 2011, p. 72). Com a finalidade apenas de demonstrar as objeções quanto à tese de Backer, temos: o autor Thomas Bustamante (2005) que, à princípio, apoiava a ideia de que tanto as regras quanto os princípios eram suscetíveis de superação, apenas apresentando à seguinte dessemelhança: as regras eram evidenciadas por uma "superabilidade excepcional", já os princípios por uma "superabilidade imanente".

Entretanto, ele aprendeu mais tarde que a superação é apenas sobre as regras, sob o argumento de que a explicação do fenômeno da superabilidade, não leva em conta que os princípios serem regras da qual a institucionalização é uma norma parcial (porque carece de certeza sobre o comportamento específico a seguir) e, portanto, não podem ser superados uma vez que não estabelecem hipóteses de incidência. Os princípios apenas estabelecem a obrigação de otimizar. Se a superabilidade é definida como a possibilidade de inserir exceções em uma norma jurídica, então a norma deve ser assumida como tendo uma estrutura de regras que permite que certos fatos ou comportamentos sejam incluídos na suposição de que ela ocorre (BUSTAMANTE, 2010, p. 153).

Nos estudos realizados por Giovanni Sartor, o autor alega que separação entre regras e princípios é apenas incremental, motivo pelo qual, em sua opinião, a derrotabilidade é aplicada

as regras e princípios. Sua oposição é baseada na diferenciação de Dworkin de que ele não usa a derrotabilidade, como mencionado, como parâmetro para separar entre regras e princípios (LEVALESSI; BOSQUEIRO, 2021, pp. 63-77).

Os autores Hage e Peczenik, compartilhando a opinião de Sartor, sustentam que as regras são tão vencíveis quanto os princípios. Suas reivindicações são baseadas na compreensão dos princípios como sendo causas colaborante. Backer (2011) cita Hage e Peczenik em seu trabalho explicando as razões apresentadas pelos dois autores citados, que justificam sua posição de que as regras são a causa determinante e os princípios são a causa colaborante. Segundo Hage e Peczenik, se há exceções, a regra não é aplicada, ainda na hipótese de ser aplicável, ou seja, uma exceção à regra inviabiliza sua aplicação. Esta exceção ocorre se algum fator relevante não tiver sido devidamente considerado (BACKER, 2011, p. 76).

Contudo para os autores, o mesmo não se aplica aos princípios, ao contrário, se existir uma exceção a um princípio, ele não é utilizado, mesmo que suas condições sejam atendidas. Até agora, as regras parecem não ser diferentes, mas, como Hage e Peczenil, colocam, a única exceção ao princípio de que existem regras para reger o caso” [...] [...] tornam-se irrelevantes (BACKER, 2011, p. 76).

5.4 DECORRÊNCIA DA DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS RESULTANTES DA DERROTABILIDADE E A APLICAÇÃO SUPERALILIDADE DAS REGRAS NO BRASIL

Inicialmente, deve-se notar que os resultados apresentados a seguir são uma compreensão de Carsten Backer, publicada em sua obra “Rules, Principles, and Failability” (2011), como resultado de sua pesquisa sobre o tema. Para Backer (2011), a diferenciação entre princípios e regras resultantes do conceito de derrotabilidade orienta a resultados que estão além da simples diferenciação. Segundo o autor, os resultados demonstram: I. Características *prima facie* e distintas de regras e princípios; II. À recomendação de uma tripla conceituação dos princípios. Em relação ao aparente caráter de *prima facie* de regras e princípios, Backer (2011) cita Alexy dizendo, que como declara Alexy, uma regra exibe um caráter de *prima facie* porque sempre pode incorporar exceções ao caso, contudo, os princípios são determinações *prima facie*, *porque*, não têm recursos para determinar sua própria extensão (BACKER, 2011, p.78).

O autor também enfatiza que essa distinção de características *prima facie* pode ser explicada pela derrotabilidade. Precisamente porque essas regras são *prima facie* e derrotáveis, [...] a sua relevância, para cada utilização, ao dispor é imutável, contudo, derrotável, e assim,

prima facie [...], entretanto os princípios ao contrário não podem ser aplicados a derrotabilidade, contudo são *prima facie*, pois [...] sua importância para as aplicações disponíveis precisa ser redefinida, a cada nova utilização levando em consideração todas as situações num dado momento (BACKER, 2011, p. 78). Quanto a visão tríplice dos princípios, no entendimento de Backer (2011) isso se dá: I. Primeiro, porque os princípios são expressos em linguagem natural, expressam princípios como normas; II. Em segundo lugar, como princípio normativo, o objetivo é ser maximizado por meio da otimização; e III. Finalmente, para fins de otimização, tanto quanto possível para fins de princípio.

5.5 DA POSSIBILIDADE DA APLICABILIDADE DA DERROTABILIDADE DAS REGRAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Cuida-se de uma prática que viola a lei e, como tal, não tem suporte explícito na lei. Com rara sinceridade e sem mais cerimônias, Cristiano Chavez de Farias concluiu, que não há dúvida de que a aceitabilidade da derrotabilidade das regras, mesmo em casos excepcionais, permite tomar decisões que infringem a lei - sem eufemismos ou puritanismo (derrotabilidade) (REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO DE JANEIRO, 2014, p. 45). Na jurisprudência brasileira, são muito raras as decisões que implicam que as regras podem ser derrotáveis. Um dos tribunais que menciona explicitamente esse fenômeno é o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, embora a aplicação do órgão esteja tramitando de forma distorcida e com alguma confusão com o controle constitucional. Transcrição da ementa do acórdão incluída no estudo do Sistema Federal de Justiça:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TRANSFERÊNCIA DE ESTUDANTE DEPENDENTE DE EMPREGADO DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INEXISTÊNCIA, NO LOCAL DE DESTINO, DE INSTITUIÇÃO CONGÊNERE. “DERROTABILIDADE” DA VEDAÇÃO CONTIDA NO ARTIGO 99 DA LEI 8.112/90. APLICAÇÃO DA PARTE FINAL DA SÚMULA 43 DESTA CORTE. 1. A alegação de que à vista do disposto no artigo 173, § 1º, II, da Constituição, os empregados de sociedade de economia mista e de empresas públicas que exploram atividade econômica não poderiam ser equiparados, para o fim da transferência deles e de seus dependentes, não tem, com a devida vênia, forte relevância jurídica, uma vez que o objetivo da norma constitucional não é restringir os direitos dos empregados daquelas pessoas jurídicas, mas sim não permitir que elas possam competir com as empresas privadas, usufruindo vantagens não aplicáveis a estas. 2. Por outro lado, o disposto na parte final da súmula 43 da jurisprudência predominante desta Corte (“A transferência compulsória para instituição de ensino congênere a que se refere o art. 99 da Lei 8.112/90, somente poderá ser efetivada de estabelecimento público para público ou de privado para privado, salvo a inexistência, no local de destino, de instituição de ensino da mesma natureza”) não atenta contra a decisão do Plenário da Suprema Corte que, ao julgar a ADI 3324/DF, relator Ministro MARCO AURÉLIO (Carta Magna, art. 102, § 2º), uma vez que nesse caso

(inexistência no local de destino de instituição da mesma natureza), *a vedação em causa é “derrotável”, porquanto o legislador, ao editar o dispositivo em referência, não considerou essa circunstância em sua formulação normativa, de forma que o princípio do direito constitucional à educação (Carta Magna, art.205), bem como o de que as normas restritivas devem ser interpretadas restritivamente “derrotam” a vedação contida no referido dispositivo legal.* 3. Embargos de declaração não providos. (EDAMS 00055488020014013500, Juiz Federal Leão Aparecido Alves (CONV.), DJe 18/04/2005) (BRASIL, 2005).

No que diz respeito ao Supremo Tribunal Federal -STF e ao Superior Tribunal de Justiça - STJ, ambos já aplicam a derrotabilidade a norma sob diversos pretextos, mas ainda não utilizaram o termo derrotabilidade (*defeasibility*). O STF já usou este método, por exemplo, na ADIn 3689/PA. O grande impedimento à derrotabilidade das regras é a dificuldade em distinguir o que é uma exceção implícita e o que é o silêncio dos legisladores. O erro de um juiz significa um trauma para a democracia.

6 A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA DERROTABILIDADE (DEFEASIBILITY) DAS NORMAS QUANTO AO SURGIMENTO DAS EXCEÇÕES IMPREVISÍVEIS FRENTE AO ARTIGO 334 DO CPC/15 AFASTANDO OBRIGATORIEDADE DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

O foco é analisar sucintamente a compatibilidade da derrotabilidade com a mediação e a conciliação judicial por meio de um estudo de algumas decisões judiciais promovidas pelos tribunais brasileiros a partir de 2016, retendo informações sobre as partes, bem como informações sobre pessoas físicas e jurídicas, conforme Conselho Nacional de Justiça - CNJ Resolução nº 125/2010 e Lei de Mediação nº 13.140/2015, que normatizam o princípio de confidencialidade, visando ressaltar a importância do tema, suas características, as condições de aplicabilidade e sua estreita relação com a hermenêutica jurídica.

6.1 A POSIÇÃO DO MAGISTRADO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A mediação ou conciliação preliminar ou as audiências de mediação ou conciliação são parte integrante do procedimento ordinário, mas há duas situações em que não haverá audiência, a primeira quando ambas as partes não têm interesse na mediação e a segunda quando o objeto da controvérsia não é a admitir autocomposição (art. 334, § 4º) (BRASIL,2015). Ambos os lados devem mostrar falta de interesse na composição da lide. Portanto, ainda que o autor não

manifeste expressamente interesse na autoconciliação na petição inicial, o juiz enviará a petição, especificando data e hora para execução, se o réu nada manifestar, e vice-versa.

Em alguns casos, no entanto, essa prática prolonga o andamento processual, porque uma das partes indicou que deseja ser resolvida a lide pela jurisdição. Tais obrigações pressionam o juízo, e vejam só, ele tem que cumprir mesmo sabendo que uma das partes não tem interesse na conciliação ou mediação. A partir disso, pode-se concluir que o juiz tem a função de forçar a autocomposição, ou seja, perante o juízo, as partes sucumbiriam ao acordo, conclusão que decorre da noção de que o Poder Judiciário é coator de vontades.

Importante ponderar, que parcela da doutrina, entende que a manifestação explícita de apenas uma das partes é suficiente para frustrar o ato processual, uma vez que as partes não podem ser compelidas e obrigadas a comparecer numa audiência de autocomposição, na busca de uma solução consensual do conflito se não querem acordar (THEODORO JÚNIOR,2015). O CPC/15 introduziu um novo modelo de processo baseado no princípio da cooperação (artigo 6º). O processo cooperativo também se baseia nos princípios da boa-fé, contraditório e devido processo legal (artigos 5º, 7º e 8º) (BRASIL,2015).

Esse modelo incorpora o juiz ao rol de sujeitos do diálogo processual, ou seja, deixa de ser espectador do embate das partes, e atua na condução cooperativo do processo. Essa mudança fica bem clara na narrativa do artigo 6º do Código de Processo Civil de 2015: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (BRASIL,2015). Nesse sentido, o juiz passa a assumir outra postura no processo. No passado, o magistrado só tinha margem para reagir passivamente, aguardando a provocação das partes, e ao deslinde resolver a lide. No entanto, com base no CPC/15, baseado no modelo cooperativo, os juízes devem agora trabalhar em conjunto com as partes para um bom desenvolvimento do procedimento processual (BRASIL,2015).

Isso se reflete nos deveres e poderes dos magistrados estabelecidos no artigo 139 do Código de Processo Civil. Com base nestas competências e no princípio da razoável duração do processo (artigo 139.º, II), o juiz pode eliminar a audiência de conciliação ou mediação quando esta não for suficiente para resolver o conflito. Nem é preciso falar em preconceito, pois o Código de Processo Civil adota a doutrina do “pas de nullité sans grief³” (arts. 276 e 277) (BRASIL,2015). Também é importante ressaltar que a autocomposição das partes pode ocorrer

³ Princípio segundo o qual não se declara a nulidade de um ato sem que seja provado o prejuízo causado por ele.

em qualquer fase do processo, inclusive no cumprimento da sentença, de modo que um dos deveres do juiz é tentar a autoconciliação (art. 139, V, CPC) (BRASIL,2015).

6.2 DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA DERROTABILIDADE (DEFEASIBILITY) DAS NORMAS NA OBRIGATORIEDADE DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

Parece razoável que o magistrado, guiado pelo princípio da cooperação, utilize o sentido/objetivo das normas (artigo 3º c/c 6 CPC/2015) para propor às partes a conciliação ou mediação no momento processual mais adequado e alcance realmente eficácia e para agilizar o procedimento, buscando realmente a efetividade e eficácia processual. Assim, a aplicabilidade dos princípios previstos no artigo 1.º do Código de Processo Civil sugere que a aplicabilidade das normas deve ter em conta o sentido do processo (resolução de conflitos no seio da sociedade), o que obviamente inclui o art. 334. Caso contrário, o novo CPC nada mais seria do que uma reimpressão do falecido Código Buzaid, repetindo os mesmos erros e problemas que se pretendia eliminar com a promulgação da nova lei (tornando o CPC/2015 letra morta).

Da mesma forma, José Miguel Garcia Medina (2015, p. 349) infere que "ao inutilmente nomear uma audiência, além de realizar ações desnecessárias [...], acaba por atrasar a resolução do litígio", um enfoque factualmente correto na questão subjacente da razoável duração do processo. Assim, nos casos que envolvam a obrigatoriedade de realização de audiência prévia de mediação/conciliação, poderá ser justificada a aplicabilidade da derrotabilidade.

Para Magaly Palhares (2021), entre as justificativas levantadas nos processos que tramitam na Justiça Comum Estadual e Federal e na Justiça do Trabalho para a não realização da audiência prévia de mediação ou conciliação destacam-se: I. Para dar andamento regular ao processo; II. Para alcançar a realização razoável do processo de e sua eficácia; III. Melhorar a eficiência processual; IV. Observar as flexibilidades processuais previstas no artigo 139, inciso VI, do CPC/15; V. Coerente com as determinações do próprio Código de Processo Civil, permitindo maior flexibilidade, por exemplo, quando autoriza a repartição dinâmica do ônus da prova (CPC/15, 373, § 1º); VI. Em razão da interpretação do artigo 139(V) do CPC/15, a flexibilização para a realização do ato em qualquer momento processual não prejudica o recurso das partes a qualquer forma alternativa de solução extrajudicial de conflitos; VII. O adiamento da conciliação ou conciliação não acarretará nulidade, pois não se espera prejuízo às partes (CPC/15, 282, § 1º e 283, parágrafo único) (PALHARES,2021).

Além disso, na jurisprudência do país existe uma série de decisões que confirmam as ideias expostas neste artigo, algumas a favor de afastar a audiência e conciliação e mediação e outras contra e serão apresentadas como exemplo final:

FALTA DE DESIGNÇÃO DE AUDIÊNCIA PRÉVIA DE CONCILIAÇÃO (ART. 334, CPC)– Não há irregularidade constatável com a postergação da análise da conveniência para momento posterior à manifestação da parte contrária – Decisão mantida – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – REVISÃO CONTRATUAL – VENDA E COMPRA DE IMÓVEL – Inconstitucionalidade do artigo 26 da Lei 9.514 /97, não verificada uma vez que o devedor fiduciante não fica impedido de levar a questão ao conhecimento do Judiciário, ainda que já concretizada a consolidação da propriedade - Pretensão de suspensão dos efeitos da constituição em mora – Impossibilidade de contestação de parte do débito, sem o depósito do valor referente à parcela tida por incontroversa, notadamente quando os agravantes se encontram em estado crônico de inadimplência – Decisão mantida – Agravo desprovido.

(TJ-SP 21727069620168260000 SP 2172706-96.2016.8.26.0000, Relator: Percival Nogueira, Data de Julgamento: 01/03/2018, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 02/03/2018).

Além disso, é possível ao juiz, com base nos poderes previstos no artigo 3.º, II, e no artigo 139.º, IV, do Código de Processo Civil, promover uma audiência de conciliação durante o processo, sem mencionar a possibilidade de as partes podem decidir individualmente por tal desejo. A adequação do procedimento para continuar a defender o acusado após a intimação está amparada na lógica operacional de outros procedimentos previstos em lei e nas recentes tradições processuais brasileiras. Isso porque a previsão legal de uma audiência não pode ser contrária à sua finalidade.

De fato, apesar de alguns equívocos por parte dos legisladores sobre o papel dos juízes no processo de julgamento - o que acabou levando o legislador a retirar os poderes expressos do anteprojeto de justiça para torná-lo mais flexível - a verdade é que o sistema jurídico exige que os magistrados sigam os devidos processo legal, para evitar a aplicação de atos que rouba a eficiência e lógica operacional do processamento do processo. (MARINONI, 2016. p. 213).

Se um juiz é dotado da atividade criativa da lei para decidir sobre o mérito, (CAPPELLETTI,1993) parece razoável que ele também possa adaptar o procedimento às necessidades dos direitos protegidos, desde que isso seja verdade, dados os instrumentos previstos na lei e não significa violação dos direitos processuais das partes, decisões motivadas e necessidade efetiva (GAJARDONI,2008).

Neste estudo, a reflexão sobre a teoria daderrotabilidade e a justificativa para a inaplicabilidade do artigo 334 do CPC/2015 é somente o início para o aperfeiçoamento do

sistema de prevenção preventiva e resolução de conflitos, pois para ser aceito como ferramenta eficaz, deve ser aplicado de forma eficaz, sem o uso de exceções imprevisíveis. Por outro lado, surgiu outra reflexão: se exceções imprevisíveis devem ser utilizadas como forma de burlar preceitos obrigatórios, para não aplicação da audiência obrigatório de conciliação e mediação do art. 334 do CPC/2015. Se a não aplicação, seria ainda devido ao reflexo da formação acadêmica de advogados, defensores públicos, juízes e promotores, porque foram e ainda são formados na cultura do litígio, sem a devida preocupação com a pacificação social.

7 CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo analisar a teoria da derrotabilidade frente aos métodos de solução de conflitos, hoje comuns no judiciário brasileiro. Ao longo do texto mostrou-se na concepção de Ronald Dworkin a respeito de princípios e regras, que defendeu a ideia de princípio como norma, dando-se a lógica peso e importância.

Fez-se uma busca também nos estudos de Hart, antecessor de Dworkin que já pensava em ordenamento jurídico baseado apenas em regras. Esse mesmo estudioso é que sugeriu pela primeira vez a tese da derrotabilidade e demonstrou haver possibilidades de se encontrar condições para derrotar uma norma jurídica mesmo que já estivesse positivada e além de tudo, com todos os requisitos de validade. Isso expressa que o direito é construído por meio da linguagem humana.

Ao longo do desenvolvimento do trabalho o NCPC prevê em seu artigo 334, que na conciliação/mediação há a necessidade de se fazer um trabalho conjunto entre os atores do processo. Isso se liga ao princípio da cooperação, no sentido da realização de um ato. E caso haja desinteresse pela conciliação a designação de uma audiência apenas protela o andamento do processo e solução da lida. Engessa o procedimento essa imposição. Assim, diante do exposto o modo mais justo seria a possibilidade do magistrado de decidir pela não realização do ato.

A teoria da derrotabilidade é na verdade um afastamento da mediação e conciliação, mesmo sendo no Brasil concebidos como instrumentos hábeis para resolver os casos judiciais. Mas o uso dessa teoria é necessário, pois em várias situações quando se utiliza da obrigatoriedade processual esvazia-se a possibilidade de uma celeridade e efetividade na resolução de conflitos.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 136.
- AMARAL, Francisco. A interpretação jurídica segundo o Código Civil. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 29, p. 19-41, 2.º sem. 2005.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 16.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 43.
- AZEVEDO, [André Gomma de](#); Buzzi, Marco Aurélio. Novos desafios para a mediação e conciliação no novo CPC: artigo 334. *Revista Consultor Jurídico*, 11 de novembro de 2016.
- BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BAKER, G. P. Defeasibility and meaning. In: HACKER, P. M. S.; RAZ, J. (Eds.). **Law, morality and society**: essays in honour of H.La. Hart. Grã-Bretanha: Oxford University Press, 1979. p. 26-57.
- BACKER, C. Regras, princípios e derrotabilidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 102, p 55-82, jan./jun. 2011.
- BERNARDES, J. T; FERREIRA, O. A. V. A. *Direito Constitucional: Tomo I, 3. Ed., Rev., Ampl. E Atual*. Salvador: Juspodivm, 2013.
- BERNARDES, Juliano Taveira. Aborto de feto anencefálico e "derrotabilidade". *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10 , n. 617, 17 mar. 2005 . Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6466>. Acesso em: 30 jun. 2022.
- BRASIL. Código de processo civil. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 13 de abril de 2022.
- BRASIL. Lei da Mediação, Lei 13.140/2015. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 13 de abril de 2022.
- BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 13 de abril de 2022.
- BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Embargos de declaração não providos. (EDAMS 00055488020014013500, Juiz Federal Leão Aparecido Alves (CONV.), DJe 18/04/2005. Disponível em <https://blog.ebeji.com.br/o-minimo-que-voce-precisa-saber-a-respeito-da-derrotabilidade-das-regras-defeasibility/>. Acesso em: 23 de abril de 2022.
- BUSTAMANTE, T. **Argumentação contra legem**: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BUSTAMANTE, t. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 37, p. 152-180, jul./dez. 2010.

CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law); “Mediação sem mediador”. In: ZANETTI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução de conflitos. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 710

CÂMARA, A. F. O Novo Processual Civil Brasileiro. 1 edição. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CALMON, Petronio. Fundamentos da Mediação e da Conciliação. 2º ed. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013.

CANOTILHO, JJ. Gomes. Jurisdição constitucional e novas intranquilidades discursivas: do melhor método a melhor teoria. In: Fundamentos: cuadernos monográficos de teoria del Estado, Derecho Público e História Constitucional. n. 4, Oviedo: 2006, p. 427-439.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº125, de 29 de novembro 2010.

FILPO, Klever Paulo Leal. Mediação Judicial. Discursos e Práticas. Rio de Janeiro. Mauad x Ifoperj. 2016. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 23 de abril de 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 11-13.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1993.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

FOLEY, Gláucia Falsarella. A justiça comunitária para a emancipação. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (Org.). Justiça Restaurativa e mediação: políticas públicas para o tratamento dos conflitos sociais. Ijuí: Unijuí, 2011.

FONTELES, Samuel Sales. O mínimo que você precisa saber a respeito da derrotabilidade das regras (defeasibility). A Escola Brasileira de Ensino Jurídico. João Pessoa - PB ,2015. Disponível em <https://blog.ebeji.com.br/o-minimo-que-voce-precisa-saber-a-respeito-da-derrotabilidade-das-regras-defeasibility/>. Acesso em: 23 de abril de 2022.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.

GAVIÃO FILHO, A. P.; PREVEDELLO, A. A noção de derrotabilidade para Herbert LA Hart. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 1, p. 1-21, 2019.

GONÇALVES, J. D. A. Princípios de mediação de conflitos civis. Âmbito Jurídico, 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/principios-da-mediacao-de-conflitos-civis/>>. Acesso em 13 de abril de 2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coords.). Mediação e gerenciamento do processo. São Paulo: Atlas, 2007. p. 1-5.

HART, H. L. A. The Ascription of Responsibility and Rights. *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series*, Vol. 49 (1948-1949). p. 171-194.

KIRTLEY, Alan. The mediation privilege's transition from theory to implementation: designing a mediation privilege standard to protect mediation participants, the process and the public interest. *Journal of Dispute Resolution*, n. i, 2995, p. 10.

LEVALESSI, Renata. BOSQUEIRO, Alessandra Domingues. **Teoria da derrotabilidade como critério para distinguir regras e princípios**. *Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento*. Ano 06, Ed. 01, Vol. 02, pp. 63-77. janeiro de 2021. ISSN: 2448-0959, Link de acesso: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/teoria-da-derrotabilidade>. Acesso em 20 de abril de 2022.

LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. Política judiciária nacional de tratamento adequado de conflitos. In *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Coordenadores de: Ana Cláudia Ferreira Pastore; Daniela Monteriro; Bruno Takahashi. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. Coleção MASC, Coordenação: Ada Pellegrini Grinove; Kazuo Watanabe. Volume 5º. p. 305-321.

MACHADO, M.P. Como escapar da audiência de conciliação ou mediação. *Coluna Novo CPC*, 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/como-escapar-da-audiencia-de-conciliacao-ou-mediacao-novo-cpc-11042016>. Acesso em 26 maio 2022.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. A voluntariedade na Opção pela Mediação e a Pouca Efetividade do Art. 334 do Novo CPC in *Temas de Mediação e Arbitragem II*. Cord: Asdrubal Franco Nascimbeni, Maria Odete Duque Bertasi e Ricardo Borges Ranzolin. 2ª Ed. São Paulo: Lex, 2018, p. 275-295.

MARCATO, A.; RAMOS, F.; LAUX, F.; LESSA, J.; BORTOLAI, L.; PEREIRA, S. Obrigatoriedade da audiência prevista no artigo 695 do CPC. *Migalhas*, 2016. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI241805,71043-Obrigatoriedade+da+audiencia+prevista+no+artigo+695+do+CPC15>>. Acesso em 26 maio 2022.

MARINONI, et. al. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2016. p. 213.

MARMELSTEIN, Gorge, *Curso de Direitos Fundamentais*, 7ª edição . Disponível em: Grupo GEN, <https://grupogen.vitalsource.com/books/9788597015171>

Grupo GEN, 2018. **Acesso em 25 maio 2020.**

MAZZOLA, M. Dispensa da audiência de conciliação/mediação: seis dribles e dois gols. *Migalhas*, 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,M1252601,61044>>. Acesso em 26 maio 2022.

MEDINA, José Miguel Garcia. [Novo Código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973](#) /. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Celso, STF. Pleno. MS n. 23.452/RJ, re. Min. Celso de Mello. J. em 16.09.1999. DJU de 12 de maio de 2000.

MOESSA DE SOUZA, Luciane. **Resolução de conflitos envolvendo o poder público: Caminhos para uma consensualidade responsável.** In Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos. Coordenadores de: Ana Cláudia Ferreira Pastore; Daniela Monteiro; Bruno Takahashi. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. Coleção MASC, Coordenação: Ada Pellegrini Grinove; Kazuo Watanabe. Volume 5º.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. Manual de Direito Processual Civil, 5ª ed. São Paulo: Editora Método, 2013.

NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 103.

PALHARES, Magaly. Mediação e Conciliação na prática: importância da teoria de derrotabilidade de Herbert Hart na análise das exceções imprevisíveis. Disponível em <https://lvmloadvogada.jusbrasil.com.br/artigos/1201658693/mediacao-e-conciliacao-na-pratica> 2021. Acesso em 13 de abril de 2022.

PEIXOTO, Ravi. Os "Princípios" da Mediação e da Conciliação: uma Análise da Res. 125/2010 do CNJ, do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015. GRANDES TEMAS DO NCPC, v. 9 · JUSTIÇA MULTIPORTAS.

PINO, G. Neil MacCormick on interpretation, defeasibility, and the rule of law. Paper presented at the Conference Legal Reasoning and European Laws: The Perspective of Neil MacCormick, 21 mai/2010. Florença: European University Institute.

SERPA, Maria de Nazareth. Teoria e prática da mediação de conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

PINHO, H. D. B. D. Direito processual civil contemporâneo: processo de conhecimento, cautelar, execução e procedimentos especiais, volume 2. 5 Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS POLÍTICOS. Regras, Princípios e Derrotabilidade. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, n.º 102, p. 60, janeiro/junho 2011.

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO DE JANEIRO, *Derrotabilidade das Normas-Regras (legal defeasibility) no Direito das Famílias: Alvitando Soluções para os Extreme Cases (Casos Extremos)*. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro: MPRJ, n. 53, jul./set. 2014, p.45).

ROCHA, SCHMIDT, Gustavo D. Comentários à Lei de Arbitragem. Disponível em: Grupo GEN, Grupo GEN, 2021, <https://grupogen.vitalsource.com/books/9786559641680>. Acesso em 25 maio 2022.

PEIXOTO, Nicolly. Teoria da derrotabilidade das normas jurídicas: Casos extraordinários exigem julgadores extraordinários Disponível em <https://nicollypeixotoadv.jusbrasil.com.br/artigos/788496100/teoria-da-derrotabilidade-das-normas-juridicas>, 2019. Acesso em Acesso em 13 de abril de 2022.

SPIRITO, M. P. D. D. Hipóteses objetivas de dispensa da audiência de conciliação e mediação. Empório do Direito, 2016. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/hipoteses-objetivas-de-dispensa-da-audiencia-de-conciliacao-e-mediacao>>. Acesso em 26 maio 2022.

THEODORO JÚNIOR, H. Curso de Direito Civil – teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 56. Ed. Rio de Janeiro. Forense, v. I, 2015.

Tartuce, Fernanda. Mediação nos conflitos civis / Fernanda Tartuce. – 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2018.

TARTUCE, Fernanda; BORTOLAI, Luís Henrique. Mediação de conflitos, inclusão social e linguagem jurídica: potencialidade e superações. Civil Procedure Review, v.6, n.2: 107-129, may-aug., 2015, disponível em: <http://www.civilprocedurereview.com/>. Acesso em 25 maio 2022, p. 119 e ss.

VASCONCELLOS, F. A. O conceito de derrotabilidade normativa. Acervo digital, UFPR. Curitiba: 2009. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/18639/O?jsessionid=5390B770F7863F260158EEEE38782B15?sequence=1>> Acesso em 15 Mar 2020.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas. Disponível em: Grupo GEN, (7ª edição). Grupo GEN, 2020.

VASCONCELLOS, F. A. **Hermenêutica Jurídica e Derrotabilidade**. Curitiba: Juruá, 2010.

WALD, Arnoldo. A arbitragem contratual e os dispute boards. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 2, n. 6, p. 9-24, jul./set. 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento, 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Data de submissão: 02/05/2023
Data de aprovação: 21/05/2023
Data de publicação: 01/03/2024

Este trabalho é publicado sob uma licença
Creative Commons Attribution 4.0 International License.