

# MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS EM PROL DOS REFUGIADOS

**Eveline Gonçalves Denardi<sup>1</sup>**

**Irina Uzzun<sup>2</sup>**

**Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme<sup>3</sup>**

As metodologias para a resolução alternativa de conflitos podem ser definidas como práticas emergentes que operam entre o existente e o possível. À luz de novos paradigmas, tais processos emergentes podem ser entendidos como processos auto organizativos em sistemas complexos, processos nos quais os participantes, ao construírem renovadas possibilidades na resolução de seus conflitos, reconstróem suas relações e reconstróem a si mesmos.

(Fried Schnitman – 1998)

A essência dos Direitos Humanos é o direito a ter direitos.

(Hannah Arendt – 1906-1975)

---

<sup>1</sup> Professora da pós-graduação (mestrado) na Escola Paulista de Direito (EPD), na disciplina Metodologia de Pesquisa e Ensino do Direito. Doutora (2012) e Mestre (2007) em Direito do Estado (Direito Constitucional) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Bacharel em Jornalismo (1998) e Direito (2004) pela PUC-SP. Pesquisadora do CNPq pelo Núcleo Dignidade Humana e Garantias Fundamentais na Democracia, da Faculdade de Direito da PUC-SP. Coordenadora do editorial jurídico na Editora Saraiva/Somos Educação.

<sup>2</sup> Advogada em São Paulo no escritório Almeida Guilherme Advogados Associados. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil pela Escola Paulista de Direito (EPD). Mestranda na Escola Paulista de Direito em Soluções Alternativas de Controvérsias Empresariais. Professora de Direito Civil em São Paulo. Lecionou Direito Constitucional. Foi premiada com a Láurea do Mérito Docente pela OAB/SP em novembro/2017.

<sup>3</sup> Advogado em São Paulo, Brasília, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Paraná e Recife, sócio de Almeida Guilherme Advogados Associados ([www.aglaw.com.br](http://www.aglaw.com.br)). Bacharel em Direito, Mestre e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Pós-Doutorando pela Universidad Catolica de Salamanca, Espanha. Professor do curso de pós-graduação nas Faculdades de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM, da PUC/SP (Cogeae), da Fundação Armando Álvares Penteado – FAAP, da Escola Paulista da Magistratura – EPM, do Complexo Educacional Damásio de Jesus, do Ibmecc/SP (Insper) e da Business School of São Paulo (Anhembi Morumbi). Professor da Escola Paulista de Direito (EPD) nível Mestrado e graduação. Coordenador do Mestrado em Direito da Escola Paulista de Direito (EPD). Autor de diversos artigos e livros jurídicos, dentre eles: Manual de Arbitragem (4ª edição - Saraiva), Código Civil Comentado (1ª edição – Rideel) e (2ª edição – Manole). Ingressa o corpo de pretensos árbitros do CEBRAMAR (DF). Membro da Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem do IAB (2016-2018). Membro associado do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Associado do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil). Parecerista no site: [www.civilista.com](http://www.civilista.com). Foi premiado com a Láurea do Mérito Docente pela OAB/SP em novembro/2014.

**RESUMO:** O presente artigo<sup>4</sup> aborda os meios extrajudiciais de solução de conflitos, bem como qual seria o meio mais adequado em prol dos refugiados, considerando-se os conflitos que podem surgir devido à situação em que se encontram, ressaltando-se a importância dos direitos humanos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Meios extrajudiciais. Soluções de conflitos. Mediação. Refugiados. Direitos humanos. Garantias.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS – BREVES CONSIDERAÇÕES. 3. CONCILIAÇÃO. 4. MEDIAÇÃO. 5. REFUGIADOS. 6. BREVE ABORDAGEM SOBRE A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1. INTRODUÇÃO

Historicamente, a partir do momento em que o homem passou a viver em sociedade e a pertencer a um grupo social, surgiram conflitos<sup>5</sup> a ele relacionados.

Antes do surgimento do Estado<sup>6</sup>, o homem existia no estágio em que se convencionou chamar de “estado natural”, pois não existiam normas e formas de regramento.

---

<sup>4</sup> Fruto da Palestra proferida pelo Professor Doutor Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme na Universidade Valladolid, Espanha, dias 4 e 5 de julho de 2018, com a ênfase “Mediação em prol dos refugiados: uma nova ordem comunicativa”. A palestra foi pautaada pelo evento “Aquarius no Mediterrâneo”. A palestra também foi proferida pelo Professor Doutor Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme na Universidade de Salamanca, Espanha, nos dias 12 e 13 de julho de 2018, no Congresso de Direito Transnacional com a ênfase “Mediação transnacional em prol de refugiados na União Europeia”.

<sup>5</sup> Quando se fala em conflito é necessário atentar para a o significado da palavra. “**Conflito** – controvérsia, desentendimento, lide, demanda, divergência. [...] *De direito*: quando confluem ou se opõem direitos de duas ou mais pessoas, que não podem ter o gozo exclusivo ou o pleno exercício do direito de que se dizem titulares; diz-se também *colisão de direitos*. *De interesses*: quando colidem as vontades de indivíduos que pretendem a mesma vantagem ou litigam, em juízo, por direitos opostos; demanda, litígio, lide. [...] A lei vale para o território de um país, porém a palavra território em conotação jurídica, incluindo áreas ideais e não apenas físicas: o espaço aéreo até 600 km de altitude; o mar territorial, [...]”. GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**, São Paulo: Rideel, 2001, pp. 193 e 194.

<sup>6</sup> “Nem todos entendem por Estado o mesmo conjunto de fatos. Para sermos exatos, precisemos o que denominamos como tal. A palavra *status, stato, estat (état)*, Estado, apareceu para marcar a passagem da organização política medieval para as formas estatais transcendentais à *Land*, à terra, à *terre*. Maquiavel e Jean Bodin usaram dela. Nela couberam todas as repúblicas e principados (*tutti gli Stati*). Compreende-se pois que houvessem adotado termo tão expressivo – lembrando ‘estabilidade’, ‘peso’ – e já o empregassem os Ingleses desde o século XIV, inclusive Shakespeare, e tardassem a precisar dele os alemães (século XVII). Mas o ‘designado’ existiu, antes da ‘designação’, nos povos antigos; e o princípio estatal, que se acha presente em todas as formas de organização política desde que se ultrapassa a família, persistiu de 1917 até na própria Rússia, porque o Estado a desaparecer, segundo Karl Marx, seria o Estado em sentido intermediário – a meio caminho

Os indivíduos, à época, viviam sob o mais pleno ambiente de liberdades, na mais completa anomia, de modo que cada pessoa agia segundo suas vontades e interesses, absolutamente sem qualquer freio, sem qualquer limitação moral, ética, ou valores pautados em um senso comum, sobressaindo apenas o instinto primitivo de sobrevivência e de necessidades básicas inerentes ao ser humano.

O homem percebeu então que se ele fosse dotado de liberdade máxima, podendo agir como melhor lhe conviesse e sem qualquer regra ou consequência, outro homem poderia agir da mesma forma e a raça humana estaria sob risco, pois uma simples discordância em relação a algo poderia terminar em morte como última consequência.

Em razão do medo, o homem teria entendido por bem abdicar de certas liberdades, criando um ente superior ao indivíduo em si e fazendo concessões a tal ente, com a utilização da força e legitimando tal atitude para que fosse possível criar limites, normas e punições para os abusos, a fim de se manter a “paz social”, que é a argumentação de Thomas Hobbes em sua célebre obra *Leviatã*<sup>7</sup>, de 1.651.

Vislumbra-se aqui uma “concessão” ou “transferência” de poderes ao ente estatal exatamente da mesma forma que existe na atual Constituição Federal Brasileira, ou seja, o povo detentor do poder, mas o exercendo por meio dos representantes legalmente constituídos e legitimados para tal finalidade.

Tanto o conceito quanto a percepção sobre “liberdade”<sup>8</sup> evoluiu ao longo dos séculos, considerando-se as diferentes culturas e valores sociais presentes em cada Estado.

---

entre o Estado *sensu lato* e o Estado contemporâneo ao nome *Status*, “Estado”. Quando, pois, se fala em Estado em contraposição ao burgo, à vila, ao *Wik*, distinguimos o Estado moderno e a *civitas*, demasiado territorializada, da Idade Média. A linguagem humana sofre os inconvenientes de ser histórica, de ter anacronismos, com o uso hodierno de ‘cidadão’, *citoyen*, *citizen*, e de ter especializações às vezes um tanto arbitrárias, como Estado”. MIRANDA, Pontes de. **Democracia, Liberdade, Igualdade**, Campinas: Bookseller, 2002, pp. 28 e 29.

<sup>7</sup> A obra *Leviatã* trouxe para análise dos homens a visão estreita de Hobbes, vinculada a sua experiência de vida voltada para a ciência (especificamente as concepções sobre mecânica sustentadas por Galileu) e a política (defesa do racionalismo contra o transcendentalismo amparado na figura de um poder supremo e absoluto que impusesse normas de conduta regrada pelos homens), figuras estas que levaram Hobbes a questionar a ausência de poder (e sua necessária formulação), especialmente a inter-relação com a conduta do homem, a constituição de sociedades e a criação do Estado.

<sup>8</sup> “Ser livre significa não ser sujeito a outrem. Pode-se ser sujeito a outrem, ou fisicamente, ou moralmente, ou psicologicamente. Daí falar-se de *liberdade física*: não ser impedido de ir, ficar e vir, senão a) em virtude de lei, em processo legal, ou b) quando se trata de ordem que diz respeito a todos e só se refere a certa coisa ou espaço, como a vedação de tocar determinada estátua ou quadro e a de entrada aos que não são empregados no lugar. Ou falar-se de *liberdade de fazer* ou *de não fazer* (fumar, casar-se etc.), salvo proibição legal – liberdade que é especialização daquela. Ou *liberdade moral propriamente dita*. Ou *liberdade psicológica* (de pensamento, de crença e de expressão oral). Os direitos de liberdade individual foram produtos da evolução jurídica e moral dos povos – de alguns povos. No começo, era o Grupo, e só Grupo, o Grupo com as suas afiadas e despóticas simetrias de centro – um homem, uma família, algumas famílias. Depois, vêm planos, em vez de centros ou de vértices: classes, castas. Mas a liberdade teve o seu percurso, em parte independente do que tem tido a igualdade, razão para dela podermos falar como vereda autônoma, no desenvolvimento dos povos. É certo que ela supõe

Jean-Jacques Rousseau, na obra *Do contrato social*, publicada em 1.762, por outro lado, entendeu que o homem é essencialmente bom e livre. A sociedade e o surgimento da propriedade privada foram o que, a rigor, o teriam corrompido, gerando conflitos sociais.

Por sua vez, John Locke reformulou a visão do chamado estado de natureza, sustentando que mesmo na aparente harmonia, o estado de natureza não estava isento de certos conflitos e disputas que somente a criação de uma sociedade política normatizada poderia resolver. Isso ocorreu com a celebração de um contrato social.

O indivíduo, portanto, teria – e tem – a necessidade espiritual e material de conviver com seus iguais, assim como de se desenvolver e de se completar.

Mesmo havendo a imposição de limites e de normas, o homem também tem por natureza os seus interesses, e é totalmente palatável a ideia de que mais de um indivíduo tenha o desejo de ter para si um bem para a sua satisfação pessoal.

Igualmente, além de por vezes não ser concebível a disposição de bens e coisas a todos, em outras hipóteses pode o indivíduo meramente não atender ao disposto pelo Estado, ofendendo a norma e, em última instância, a própria sociedade.

Desde o passado mais longínquo até alcançar etapas mais atuais, na ocorrência de um conflito de interesses entre os particulares, a resposta se dava por meio da força entre a vítima e o ofensor, de modo que o citado Estado, ainda incipiente, intervinha quando o objeto do litígio tratava de aspectos religiosos, sendo que neste período os costumes embasavam a forma de resolver as contendas.

Em uma segunda fase, existiu o chamado arbitramento facultativo, a partir do qual a vítima, em vez de se valer da vingança individual ou coletiva contra o agente ofensor, entendia por bem receber uma indenização que parecesse razoável a ambos ou então escolher um terceiro que pudesse fixar tal indenização.

Nem sempre os litigantes chegavam a um acordo e o uso da violência se manteve costumeiro, surgindo então o arbitramento obrigatório em uma terceira etapa.

Assim, o Estado passou a obrigar os indivíduos a escolher o árbitro para que este determinasse a indenização a ser oferecida pelo ofensor, além de assegurar a execução da sentença proferida.

---

certa igualdade – há indivíduos em alguma coisa iguais, desde que dois, pelo menos, sejam livres. Mas há liberdade a despeito de certas desigualdades, e pode haver igualdades sem que exista liberdade. No homem primitivo, como nas crianças, o indivíduo atua energeticamente, mas sente-se parte indivisa da coletividade. Falta-lhe, ou ainda é vaga e difusa, a representação de si mesmo. O princípio de liberdade individual – que somente pode nascer com o sentimento do eu – vem, na história, mais tarde do que alguns princípios de igualdade e de democracia. De modo que a liberdade inicial dependia do grupo. Existia, como que compacta, pela indistinção mesma entre igualdade e liberdade.” MIRANDA, Pontes de. **Op. cit.**, pp. 321 e 322.

Por último, na quarta etapa, o Estado afastou o emprego da justiça privada, passando ele a ser de fato o solucionador dos conflitos de interesses surgidos entre os particulares, usando a força, caso fosse necessário.

Ultrapassado esse momento e observando-se a substituição da força pela razão, nasceu a autocomposição em resposta à autotutela, fazendo-se assim com que as partes abrissem mão de seu interesse ou ao menos de parte dele, na medida em que passaram a realizar o exercício de concessões recíprocas para se chegar à solução do conflito.

O atingimento da via atual confirma a heterocomposição. Por meio desta, a solução para o conflito se dá por meio de um terceiro alheio à lide.

Com efeito, a vida em sociedade pressupõe também o rompimento do equilíbrio racionalmente almejado.

As sociedades atuais apresentam elevado grau de transformação em todos os seus aspectos e nas relações entre corporações e pessoas.

Na medida em que as pessoas necessariamente precisam coabitar e dividir espaços, é natural que o ser humano ao longo do tempo acabe por concorrer pelos mesmos bens ou tenham apenas interesses semelhantes. Desse interesse comum decorrem em muitas ocasiões a concorrência e o conflito, sendo importante entender não somente o significado, como também a noção de conflito, o que faz com propriedade o professor Antônio Rodrigues de Freitas Júnior em seu artigo *Sobre a relevância de uma noção precisa de conflito*, In Revista do Advogado nº 123, p. 13:

Não existe um, nem apenas um, fenômeno que comporte, com propriedade, ser denominado conflito; assim como também podem ser muitas as acepções com que se emprega o termo disputa e mesmo a ideia de processo. Como é corrente afirmar, até mesmo a figura do processo deixou de ser privativamente empregada para designar o processo judicial. Os dilemas intrapsíquicos; as diferenças no plano exclusivo das ideias ou doutrinas, as competições e disputas esportivas, econômicas ou políticas, as manifestações violentas; apenas para dar alguns exemplos mais conhecidos, podem ser apropriadamente denominadas de conflito. [...]

Não há por que sustentar que o termo conflito deva ser prisioneiro de qualquer dessas ou de outras apropriações. De igual modo, não há também motivo que valide a conceituação arbitrária ou dogmática do conflito exclusivamente por uma de suas diversas acepções ou campos de utilização. [...]

A evolução social fez com que os indivíduos, de certo modo, dispensassem cada vez mais a proteção estatal para solução dos seus litígios, seja por um modelo falido e burocrático que não é eficaz, seja pela busca de um equilíbrio nas decisões, sem o intuito de vingança ou

punição diretamente relacionados à tutela do Estado e que em nada representam o ideal de justiça<sup>9</sup>, tampouco a almejada paz social.

Sob esse cenário, cabe ao mundo jurídico disponibilizar os instrumentos eficientes e adequados para procurar dar respostas que tenham como resultado o reequilíbrio social. Essa, na verdade, é a razão pela qual o direito existe em sua essência: a implementação de esforços para solver e sanar as contendas que o dia a dia social traz e, ao fim, para profanar a ordem.

Ocorre que ao longo dos tempos, não apenas em solo, água e ares nacionais a distribuição de justiça em geral se curvou ao Poder Judiciário em todas as suas vicissitudes. Naturalmente, assim como em muitas outras localidades, o que se teve, com o aumento da beligerância social, foi o truncamento e a morosidade na correção de litígios. Como resposta a isso, as mentes pensantes não mediram esforços para procurar encontrar alternativas de modo a gerar outro mecanismo de solução de controvérsias dissociado da justiça pública ordinária.

O primeiro reflexo foi o nascimento de sistemas com certa autonomia e que procuravam trazer conteúdo e aplicabilidade distinta ao Judiciário. Surgiram as modalidades alternativas de sanção de conflitos, cuja característica primordial é o desligamento ao sistema jurídico público. Naturalmente, não apresentavam a maturidade que atualmente já é percebida, mas o seu propósito já era relevante.

Porém, para contrariar a natureza mais comum ao direito e justificar os meios extrajudiciais de solução de conflitos, elementos comuns ao Judiciário como o poder, o uso da força e a autoridade tiveram sua importância suavizada, cedendo espaço aos mecanismos negociais, em que se evidencia o consentimento da parte contrária como forma construtiva para a formação de vínculos à solução do problema.

Mais adiante, conforme os meios alternativos à justiça ordinária atingiram a puberdade e depois a real maturidade, houve não apenas a preocupação com a nomenclatura

---

<sup>9</sup> “**A justiça como um problema de resolução de conflitos de interesses ou de valores.** A justiça é, antes de tudo, uma característica possível, porém não necessária, de uma ordem social. Como virtude do homem, encontra-se em segundo plano, pois um homem é justo quando seu comportamento corresponde a uma ordem dada como justa. Mas o que significa a ordem ser justa? Significa essa ordem regular o comportamento dos homens de modo a contentar a todos, e todos encontrarem sob ela felicidade. O anseio por justiça é o eterno anseio do homem por felicidade. Não podendo encontrá-la como indivíduo isolado, procura essa felicidade dentro da sociedade. Justiça é felicidade social, é a felicidade garantida por uma ordem social. Nesse sentido Platão identifica justiça a felicidade, quando afirma que só o justo é feliz e o injusto, infeliz. Com a afirmação de que justiça é felicidade, a pergunta, obviamente, ainda não está respondida, apenas protelada. Coloca-se agora uma outra questão: o que é felicidade? É evidente que não pode haver uma ordem justa, isto é, que proporcione felicidade a todos, se entendermos por felicidade, conforme o sentido original da palavra, o sentimento subjetivo que cada um compreende para si mesmo. É inevitável, então, que a felicidade de um entre em conflito com a felicidade de outro. [...] Nossa felicidade depende frequentemente da satisfação de necessidades que nenhuma ordem social pode garantir.” KELSEN, Hans. **O que é justiça?**, 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 2 e 3.

apropriada, mas a percepção clara dos estudiosos do tema e mesmo da classe jurídica quanto à aplicação de terminologia mais apropriada, deixando de existir o que se convencionou chamar “meios alternativos de solução de conflitos” para “meios extrajudiciais de solução de controvérsias”<sup>10</sup>.

E a alteração não poderia ter sido mais justa, porque, acima de tudo, os institutos extrajudiciais que compõem os meios extrajudiciais de solução de conflitos assumiram notoriedade e principalmente autonomia e independência. Isso quer dizer que não são caminhos simplesmente alternativos à justiça ordinária, mas são escolhas reais realizadas pelos interessados dadas as qualidades inerentes aos meios extrajudiciais de solução de conflitos.

A divergência que acaba em um conflito, seja por interesses ou objetivos distintos é comumente encontrada em uma sociedade com as mesmas características culturais, econômicas etc. e em uma sociedade na qual se agregam novos membros, como os refugiados<sup>11</sup>, por exemplo, os conflitos podem ser tornar ainda mais intensos, considerando-se o estado emocional dos envolvidos e os valores culturais díspares.

Em face do crescente fluxo migratório ao redor do mundo é possível ainda abordar as questões relacionadas aos direitos humanos<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> “Os meios extrajudiciais de solução de conflitos (MESC), já chamados de métodos alternativos de solução de conflitos, não trazem novidade no escopo das maneiras de se dirimir litígios e efetivamente resolvê-los. A rigor, esse tipo de iniciativa data de períodos dos mais longínquos, como da escrita cuneiforme, não evidentemente dotados dos particularismos e opções que os institutos atuais apresentam, mas ao menos naquilo que se refere à sua essência. Os MESC surgiram, portanto, como alternativas a um sistema judicante repleto de dificuldades materiais, com a ausência de desenvolvimento tecnológico e instrumentais que estivessem de acordo com o crescimento em outras esferas, e talvez como maior problemática a dificuldade do Poder Judiciário em atender a uma elevada demanda de processos que esse recebia, de indivíduos ansiosos por respostas céleres e eficazes. Os MESC então significam uma possibilidade de obtenção de justiça que esteja distante da apreciação do olhar do Estado – até então agente com o monopólio do acesso às soluções de lides. Vale dizer que essa opção reúne absolutamente os mesmos elementos essenciais que compõem o Judiciário e reitera que a diferença pode estar no fato de que os MESC podem apresentar as soluções de maneira mais veloz, evitando desgastes materiais e formais para as partes envolvidas”. GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual dos MESC**, Barueri, SP: Manole, 2016, p. 9.

<sup>11</sup> A terminologia “refugiado”, os tratados e as leis que disciplinam o tema serão abordados em capítulo específico.

<sup>12</sup> “Direitos humanos é expressão intrinsecamente ligada ao direito internacional público. Assim, quando se fala em ‘direitos humanos’, está-se tecnicamente a referir à proteção que a ordem *internacional* guarda sobre esses direitos. Na linguagem comum emprega-se correntemente a expressão para referir também à proteção que a ordem jurídica *interna* (especialmente a Constituição) atribui àqueles que se sujeitam à jurisdição de um determinado Estado. Sabe-se que a proteção jurídica dos direitos das pessoas pode provir ou vir a provir da ordem *interna* (estatal) ou da ordem *internacional* (sociedade internacional). Quando é a primeira que protege os direitos de um cidadão, está-se diante da proteção de um direito *fundamental* da pessoa; quando é a segunda que protege esse mesmo direito, está-se perante a proteção de um direito *humano* dela. Os *direitos humanos* são, portanto, direitos protegidos pela ordem internacional (especialmente por meio de tratados multilaterais, globais ou regionais) contra as violações e arbitrariedades que um Estado possa cometer às pessoas sujeitas à sua

Não obstante, há uma responsabilidade internacional<sup>13</sup> neste sentido.

Embora existam questões econômicas e políticas envolvidas, os Estados devem garantir a dignidade humana dos refugiados que lutam essencialmente pelas suas vidas.

A abordagem do presente artigo versará sobre os meios extrajudiciais para a solução de conflitos, em especial dos provenientes das relações entre pessoas que se encontram na situação de refugiadas, bem como a proteção aos direitos humanos<sup>14</sup>, amplamente

---

jurisdição. São direitos que estabelecem um nível protetivo (*standard*) mínimo que todos os Estados devem respeitar, sob pena de responsabilidade internacional. Assim sendo, garantem às pessoas sujeitas à jurisdição do Estado meios de vindicação de seus direitos, para além do plano interno, mas instâncias internacionais de proteção (v.g., em nosso entorno geográfico, perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que poderá submeter a questão à Corte Interamericana de Direitos Humanos). Destaque-se que, quando se trata da proteção dos direitos humanos, não importa a *nacionalidade* da vítima da violação, bastando que ela tenha sido violada em seus direitos por ato de um Estado sob cuja jurisdição se encontrava. [...] *Direitos do homem e direitos fundamentais* diferem do conceito de ‘direitos humanos’ por versarem direitos que, ou não estão inscritos em quaisquer textos (‘direitos do homem’), ou estão apenas previstos na ordem jurídica interna dos Estados (‘direitos fundamentais’). Assim, quando se fala em ‘direitos humanos’, está-se a referir aos direitos inscritos (positivados) em tratados ou previstos em costumes internacionais. Trata-se, em suma, daqueles direitos que já ultrapassaram as fronteiras estatais de proteção e ascenderam ao plano de proteção *internacional*.” MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, pp. 21 a 23.

<sup>13</sup> “A responsabilidade internacional do Estado é o instituto jurídico que visa responsabilizar uma potência soberana pela prática de um ato atentatório (ilícito) ao direito internacional perpetrado contra os direitos ou a dignidade de outro Estado, prevendo certa reparação a este último pelos prejuízos e gravames que injustamente sofreu. [...] É evidente que nas relações do Estado com as *peçoas* sujeitas à sua jurisdição o instituto da responsabilidade internacional *também opera*, notadamente no que diz respeito às violações estatais aos direitos humanos. Aliás, os Estados são os principais obrigados para com o Direito Internacional dos Direitos Humanos e, por isso, podem (devem) ser responsabilizados por sua violação”. **Idem**, p. 31.

<sup>14</sup> “Considerando a historicidade desses direitos, pode-se afirmar que a definição de direitos humanos aponta a uma pluralidade de significados. Tendo em vista tal pluralidade, destaca-se neste estudo a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, que veio a ser introduzida com o advento da Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993. Essa concepção é fruto do movimento de internacionalização dos direitos humanos, que constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo, a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Apresentando o Estado como o grande violador dos direitos humanos, a era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, que resultou no envio de 18 milhões de pessoas a campos de concentração, com a morte de 11 milhões, sendo 6 milhões de judeus, além de comunistas, homossexuais, ciganos etc. O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direitos, à pertinência a determinada raça – a raça pura ariana. [...] É nesse cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar a sua reconstrução. Nesse sentido, em 10.12.1948, é aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como marco maior do processo de reconstrução dos direitos humanos. Introduz ela a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais, e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.” PIOVESAN, Flávia. *Globalização econômica, integração regional e direitos humanos* In PIOVESAN, Flávia (coord.). **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional**, São Paulo: Max Limonad, 2002. pp. 40 e 41.



ressaltados na Constituição Federal Brasileira de 1988<sup>15</sup>, fazendo *jus* ao título de “Constituição Cidadã”.

## 2. MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS – BREVES CONSIDERAÇÕES

Os meios extrajudiciais de soluções de conflitos<sup>16</sup> implementam formas de promover a sanação de entraves de modo límpido e veloz. Basicamente há quatro tipos, a saber: a negociação, a conciliação, a mediação e a arbitragem.

---

<sup>15</sup> “No contexto brasileiro, apenas com a redemocratização do país, após mais de 20 anos de ditadura militar, é que o Brasil alçou a dignidade humana como o fundamento da nossa República. [...] Assim, é com a Constituição de 1988 que, pela primeira vez, o princípio da dignidade é incorporado de forma expressa na ordem jurídico-constitucional do país. Contudo, o princípio da dignidade da pessoa humana, embora tenha sido positivado com a Constituição de 1988, é um valor pré-constitucional. [...] Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social econômica e cultura. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional. A partir da Constituição de 1988, cria-se uma nova ordem constitucional, em que o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais tornam-se o núcleo da ordem jurídica. Essa mudança de paradigma produz um grande impacto no sistema jurídico nacional, promovendo a releitura dos demais ramos do direito e redefinindo os contornos de antigos institutos como a propriedade e o contrato. Além de consagrar o referido princípio como fundamento da república, o legislador o aplicou ao longo de toda a constituição. Citam-se como exemplo: i) os limites impostos à atividade econômica que, nos termos do art. 170, *caput*, deve assegurar a todos uma existência digna; ii) a funcionalização da propriedade (art. 5º, XXIII e 170, III); iii) a incidência do princípio da dignidade nas relações familiares (arts. 227, 228, 229, 230); iv) a educação como forma de promover pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205, *caput*); v) a observância dos valores éticos e sociais da pessoa e da família na produção e na programação das emissoras de rádio e televisão (art. 221, IV) etc.” ANDRIGHI, Fátima Nancy. *A concretização da dignidade humana* In LUCCA, Newton De; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Baeta (coordenação). **Direito Constitucional Contemporâneo. Homenagem ao Professor Michel Temer**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp. 374 e 375.

<sup>16</sup> “O contexto da cultura contemporânea favoreceu a formação de novas práticas, de novas disciplinas científicas e de novas perspectivas sobre as ciências, criando, dessa forma, meios culturais e tecnológicos adequados ao desenvolvimento de metodologias inovadoras de resolução de conflitos (Schnitman, 1989c, 1994c). Como essas novas tecnologias se relacionam com a cultura contemporânea? De que modo explicar seu intenso crescimento a partir da década de 70 e a diversidade de âmbitos em que se aplicam? Finalmente, qual é a sua conexão com os novos paradigmas científicos e culturais, e quais são as perspectivas emergentes? Os diferentes âmbitos – familiar, educativo, laboral etc. – enfrentam processos de mudanças sociais e culturais que levam a uma complexidade crescente. Em tal contexto, os conflitos entre pessoas, sistemas ou subsistemas de sistemas complexos podem ser percebidos como um aspecto indesejável ou como uma oportunidade de mudança. As metodologias para a resolução alternativa de conflitos facilitam a definição e a administração responsável – por indivíduos, organizações e comunidades – dos próprios conflitos, e o caminho para as soluções. A mediação e outras metodologias podem facilitar o diálogo e prover destrezas para a resolução de situações conflituosas. [...] Nossa cultura privilegiou o paradigma ganhar-perder, que funciona com uma lógica determinista binária, na qual a disjunção e a simplificação limitam as opções possíveis. A discussão e o litígio – como métodos para resolver diferenças – dão origem a disputas nas quais usualmente uma parte termina ‘ganhadora’, e outra, ‘perdedora’. Essa forma de colocar as diferenças empobrece o espectro de soluções possíveis, dificulta a relação entre as pessoas envolvidas e gera custos econômicos, afetivos e relacionais. [...] As novas metodologias levam precisamente a resolver os conflitos entre as partes de forma colaborativa, promovendo a mudança mediante a busca de soluções consensuais e a construção de ‘lugares’ sociais legítimos para os participantes.”

De forma bem sucinta, tem-se que a negociação, entre todos os sistemas, é o único instituto que não contém em sua essencialidade o uso de um terceiro, distante das partes litigantes<sup>17</sup>, como ente corroborador com a justiça e com a finalização da lide.

Como não existe a mediação de um terceiro no enlace, é necessário que haja o comprometimento das partes com o objetivo de finalizar a disputa.

Sobre a conciliação, o Conselho Nacional de Justiça<sup>18</sup> interpreta-a como:

Um meio alternativo de resolução de conflitos em que as partes confiam a uma terceira pessoa (neutra), o conciliador, a função de aproximá-las e orientá-las na construção de um acordo. O conciliador é uma pessoa da sociedade que atua, de forma voluntária e após treinamento específico, como facilitador do acordo entre os envolvidos, criando um contexto propício ao entendimento mútuo, à aproximação de interesses e à harmonização das relações<sup>19</sup>.

Embora existam diversas semelhanças ao comparar-se a mediação em relação à conciliação, na prática, a principal diferença é o poder de atuação do terceiro que atua para tentar auxiliar na melhor resolução do conflito, visando uma maior aproximação entre os envolvidos no litígio, mas com uma participação menos incisiva.

Ao tratar sobre o tema, a autora Maria de Nazareth Serpa esclarece<sup>20</sup> que mediação é:

um processo informal, voluntário, em que um terceiro interventor, neutro, assiste os disputantes na resolução de suas questões. O papel do interventor é ajudar na comunicação através de neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos. Como agente fora do contexto conflituoso funciona como catalisador de disputas ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância desta.

---

SCHNITMAN, Dora Fried. *Novos paradigmas na resolução de conflitos* In SCHNITMAN, Dora Fried e LITTLEJOHN, Stephen (organizadores). **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999, pp. 17 e 18.

<sup>17</sup> “Na negociação os conflitantes ‘se encontram diretamente e, de acordo com as suas próprias estratégias e estilos, procuram resolver uma disputa ou planejar uma transação, mediante discussões que incluem argumentação e arazoamento’.” TAVARES, Fernando Horta. *Mediação e Conciliação*, apud GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de Arbitragem e Mediação: Conciliação e Negociação**, 4. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 42.

<sup>18</sup> O Conselho Nacional de Justiça é o órgão do Poder Judiciário brasileiro cuja função é a de controlar administrativamente e financeiramente os órgãos desse poder, assim como deve supervisionar o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.

<sup>19</sup> Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/forum-da-saude/audiencia-publica/356-geral/125-conciliacao>. Acesso em: 1º mar.2018.

<sup>20</sup> SERPA, Maria Nazareth. *Mediação, processo judicioso de resolução de conflitos*, p. 105, apud GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida, **Op. cit.**, 2018, p. 43.

A arbitragem, por sua vez, representa o instituto integrante dos meios extrajudiciais de solução de controvérsias mais representativo e lendário. Toda a formatação do instituto envolve as principais células indicativas do direito e do mundo jurídico.

Ao analisar o instituto da arbitragem, tem-se que embora não tivesse esta denominação, a figura de um terceiro eleito pelas partes envolvidas em um litígio, com poderes para decidir sobre uma determinada lide passou a existir diante da necessidade dos homens em solucionar uma lide sem a intervenção direta do Estado. Considerando-se este fator histórico, é inconteste que a autonomia da vontade<sup>21</sup> das partes deve ser um fator norteador do instituto.

Destarte, a limitação à autonomia da vontade somente poderia versar sobre questões de ordem pública<sup>22</sup>.

As demais características da arbitragem são a neutralidade, exequibilidade, celeridade, especialidade dos árbitros e a confidencialidade, comuns nos procedimentos arbitrais tanto nacionais quanto internacionais.

### 3. CONCILIAÇÃO

A rigor, a conciliação ganha luz ao oferecer um meio alternativo de solução de conflitos ao Poder Judiciário, que apresentava dificuldade em lidar com muitas demandas<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> “Autonomia das vontades é mais que uma característica da arbitragem. É um verdadeiro princípio fundador. As partes afastam a jurisdição estatal sobre seu litígio exatamente porque têm o poder de decidir com plena autonomia sobre aqueles direitos ali versados.” CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem e acesso à justiça**, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 45.

<sup>22</sup> “Não se pode afirmar que a doutrina internacional avançou muito sobre o que seria a ordem pública. [...] Esse limite ‘aberto’ do conceito de ordem pública tem um propósito: assegurar a possibilidade de o Estado controlar os laudos arbitrais provenientes desses entes. Afinal, se é certo que o Estado reconhece aos particulares o poder de escolher quem julgará os litígios que envolvam direitos disponíveis, também é certo que a este ainda cabe o monopólio no uso da força. Ora, como a solução da demanda levada ao juízo arbitral pode implicar, no futuro, requerimento ao Estado para que se use a força para fazer valer a decisão, é necessário que este se assegure de que não será obrigado a usá-la em situações que colidam com os seus princípios basilares, aqueles que, inclusive, justificam a existência do próprio Estado.[...] Mesmo contendo limites, a autonomia das vontades é algo que permeia toda a arbitragem, seja nacional ou internacional, não apenas como seu fundamento de validade, mas como princípio orientador dos árbitros e das partes em todos o procedimento.” CASADO FILHO, Napoleão. **Op. cit.**, pp. 46 e 47.

<sup>23</sup> “A nobre Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Dra. Maria Lúcia Pizzotti, já bem salientou a respeito da conciliação: Conciliação é uma forma nova, ágil e extremamente diferenciada de prestar-se a jurisdição, trazendo as partes para uma audiência. Na presença do conciliador, conversarão entre si e farão a proposta. Se aceita, a proposta é homologada no mesmo dia pelo juiz, pondo fim ao processo, sem que haja recurso ou qualquer tipo de burocracia.”, apud GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Op. cit.**, 2018, p. 53.

A despeito de existir conciliação judicial<sup>24</sup>, a conciliação extrajudicial que passou a ter mais força no sentido de se desprender da tutela estatal visando solucionar o conflito entre as partes.

Significa uma via que mescla as disposições da mediação com características da arbitragem também. Não que o conciliador defina o conflito (sob nenhuma hipótese), mas porque ele tem um papel mais proativo do que o do mediador, podendo e devendo de fato atuar de maneira mais incisiva na questão que atinge os litigantes.

O conciliador não apenas media a discussão, mas de fato concilia para que se chegue a um acordo, sendo que um aspecto importante no processo da conciliação consiste em conhecer os fatos e informações importantes sobre o problema, procurando identificar o que realmente as pessoas pretendem resolver.

Portanto, tem-se que a conciliação oferece acesso a um desfecho a partir de um acordo entre os litigantes, motivado novamente pela figura de um terceiro equidistante, que atua com a finalidade de efetivamente resolver o conflito.

Apesar de ser um terceiro alheio às partes conflitantes, o conciliador pode eventualmente oferecer opções para que as partes solucionem o conflito, todavia, exige muita sensibilidade e conhecimento do conciliador no sentido de que deverá entender exatamente qual é o conflito das partes para que esteja apto a oferecer soluções.

Dentre as principais críticas ao instituto pode-se ressaltar a forma como a conciliação é realizada no âmbito do Poder Judiciário, limitando-se a perguntar se existe ou não uma proposta das partes para que se conciliem sem que estas ou os seus advogados saibam exatamente como isso poderia ocorrer.

#### **4. MEDIAÇÃO**

*É a técnica privada de solução de conflitos que vem demonstrando, no mundo, sua grande eficiência nos conflitos interpessoais, pois com ela são as próprias partes que acham*

---

<sup>24</sup> “A conciliação judicial é o expediente que ocorre no curso de uma demanda judicial e se dá para o processo. Isso quer dizer que ocorre no processo quando as partes atingem um acordo de vontades sobre o objeto do conflito, sendo certo que mais adiante referido acordo é homologado pelo juiz. Na mesma linha, acontece para o processo quando as partes apresentam este acordo de vontades para homologação. Nos dois casos haverá uma sentença homologatória de conciliação que será um título executivo judicial. Por seu turno, a conciliação extrajudicial é a que se dá por meio de contrato, que a rigor a lei designa como transação. Os sujeitos de uma obrigação em litígio se conciliam mediante concessões de lado a lado. Nascendo esse acordo, será consumado por escrito, com a assinatura dos outrora litigantes e com a presença de duas testemunhas. Por último, também será um título executivo extrajudicial”. GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Op. cit.**, 2018, p. 55.

*as soluções. O mediador somente as ajuda a procurá-las, introduzindo, com suas técnicas, os critérios e os raciocínios que lhes permitirão um entendimento melhor.* (Juan Carlos Vezzulla)

O termo *mediação* atinge as realidades sociais e econômicas mais díspares<sup>25</sup>. Refere-se a um mecanismo confidencial e voluntário de gestão de litígio a partir do qual as partes recorrem a um terceiro que deverá agir de modo imparcial e independente, com o propósito de dirimir o conflito, baseando-se, com efeito, na efetivação da arte da linguagem para possibilitar o nascimento ou a recriação de um enlace entre as pessoas.

Significa a intervenção de um terceiro neutro buscando a intermediação da relação conflituosa. Ele, o mediador, operacionaliza a comunicação. Auxilia no resgate do diálogo até que se encontre, efetivamente, uma solução.

O que se tem, ao final, é o mediador atuando como um facilitador<sup>26</sup> e trabalhando a comunicação e a relação, mas, sobretudo, com as partes chegando a um acordo por elas mesmas.

---

<sup>25</sup> “A mediação tem potencial para ser empregada em diversas modalidades de conflitos. Por força do estímulo aos meios consensuais fomentados nos meios judiciário, acadêmico e legislativo, a tendência é que haja a gradativa supressão de restrições ao seu uso, de forma que, nas situações em que não se revele possível a autocomposição, a lei o diga expressamente (como ocorre na legislação sobre improbidade administrativa). Se o conflito versar sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis em que seja admitida alguma sorte de negociação (havendo, portanto, indisponibilidade relativa), ele poderá ser objeto de mediação, é o que se verifica nos conflitos cíveis que envolvem direito imobiliário, direito do consumidor, direito contratual, direito das coisas etc. As causas cíveis predominantes no foro tratam de situações massificadas e interesses imediatos relevantes ligados a temas como contratos e responsabilidade civil. Em tais casos, geralmente a solução não pode demorar sob pena de haver um comprometimento considerável da relação jurídica e da condição da parte. Nessa perspectiva, a mediação pode se revelar útil para que os interessados obtenham respostas céleres ao propiciar o alcance do acesso à justiça em um prazo razoável.” TARTUCE, Fernanda. *Mediação em conflitos contratuais e indenizatórios*, In BERTASI, Maria Odete Duque; NASCIMBENI, Asdrubal Franco; RANZOLIN, Ricardo Borges (coordenadores). **Temas de mediação e arbitragem**, São Paulo: Lex Editora, 2017, pp. 141 e 142.

<sup>26</sup> “O paradigma tradicional de Justiça baseia-se na perspectiva cultural dos litigantes e dos profissionais do Direito em acreditar que a Jurisdição perfaz o monopólio Estatal na distribuição de Justiça, sendo praticamente o único meio buscado pelos indivíduos no tratamento das suas contendas. A sociedade brasileira está acostumada e acomodada ao litígio e ao pseudo pensamento de que a Justiça só se alcança a partir de uma decisão proferida pelo juiz togado, isto é, naquilo que Kazuo Watanabe (2008) denomina de ‘cultura da sentença’. No momento em que o modelo tradicional da ‘cultura da sentença’ passa a reinar como único mecanismo de imposição de regras na administração dos problemas, mantém-se a cadeia vingativa entre as partes. Além disso, ao se impor ao Poder Judiciário a função atípica de concretizar as promessas songadas pelo sistema político (Executivo), contribui-se à crescente litigância e ao aumento no número de demandas repetitivas, gerando a chamada crise judicial (litigiosidade e morosidade). [...] o marco legal da Mediação no Brasil, previsto pela Lei nº 13.140/2015, foi promulgado como promessa para superação da hiperlitigiosidade e tem como escopo provocar uma mudança no comportamento dos litigantes e, também, produzir a reforma do sistema judicial. A Lei de Mediação está inserida na chamada ‘terceira onda’ de Mauro Cappelletti e Bryan Garth, formando novo enfoque judicial no tratamento das controvérsias que envolve o Estado no Acesso à Justiça, não só apenas utilizando o caminho do processo judicial, mas focando também em políticas públicas que incentivem os meios alternativos e consensuais de tratamento dos conflitos. Nesses termos a Mediação contribui para Democratização do Direito, permitindo o mais amplo acesso à Justiça, por meio dos meios consensuais, sobretudo, a um sistema judicial mais ágil, humano e justo. Também contribui para a construção do paradigma de justiça consensual ou coexistencial. [...]”

A mediação pressupõe um conjunto de técnicas, valores e habilidades que devem ser desenvolvidos em cursos de capacitação e de práticas supervisionadas, englobando abordagens, modelos ou escolas de mediação.

O mediador, em suma, colabora com os mediandos em plano de igualdade, para que pratiquem uma comunicação construtiva e para que identifiquem suas necessidades, ou seja, a confiança das partes no mediador é fundamental para que seja possível separar as necessidades dos interesses.

Ainda apresentando os contornos da temática, a mediação é um meio fundamentado em práticas, em problematizações, sempre norteadas por procedimentos calcados na psicologia, no direito, na sociologia e na filosofia da linguagem e na teoria dos sistemas.

Diferentemente do que ocorre na conciliação, o mediador tem um papel crucial na comunicação, criando um regime de cooperação e de aproximação, não atuando decisivamente e essencialmente na resolução do entrave, assim como acontece de maneira mais clara na conciliação e mais ainda na arbitragem, já que na última o árbitro efetivamente decide a contenda.

A escolha da medição irá depender da natureza do conflito, da realidade socioeconômica e também da cultura dos envolvidos<sup>27</sup>, sendo importante destacar que mesmo um modelo eleito para acompanhar o caso poderá ser alterado se for mais adequado.

Conforme os ensinamentos do Professor Portugal Bacellar:

---

Representada pelas vias auto compositivas para os direitos disponíveis, a Justiça conciliatória ou coexistencial, em vez das partes atribuírem ao terceiro o dever de dizer quem supostamente detém a razão, são elas chamadas a compartilhar a responsabilidade na solução do conflito que as uniu.” GOULART, Juliana Ribeiro e GONÇALVES, Jéssica. *O Paradigma consensual de Justiça e a ferramenta do rapport: construindo confiança entre as partes e o mediador*, In BERTASI, Maria Odete Duque; NASCIMBENI, Asdrubal Franco; RANZOLIN, Ricardo Borges (coordenadores). **Op. cit.**, 2017, pp. 202 e 203.

<sup>27</sup> “A mediação – o processo de permitir que disputantes resolvam seus próprios conflitos por meio da intervenção qualificada de um terceiro neutro – é uma atividade crescente nos Estados Unidos. [...] A mediação tornou-se institucionalizada em comunidades, *campi* universitários e em outros lugares, sendo utilizada para tratar de uma gama cada vez maior de conflitos, inclusive aqueles entre locadores e locatários, comerciantes e clientes, colegas de trabalho, parceiros de negócios, vizinhos, familiares e organizações. Talvez mais interessante que o aumento da popularidade e do uso da mediação seja o novo aumento de sua teoria e prática. [...] Em uma abordagem transformacional à mediação, o principal enfoque não é atender às necessidades individuais e chegar a um acordo, embora esses objetivos não sejam excluídos. Ao invés disso, o enfoque consiste em cultivar certas capacidades nos disputantes: ‘capacitação’ e ‘reconhecimento’. Segundo a definição de Barucj Bush e Folger, a *capacitação* envolve ajudar cada parte a desenvolver ‘uma maior sensação de auto valia, segurança, autodeterminação e autonomia’. Isso é obtido pela habilidade do mediador de mostrar respeito por cada disputante e ouvi-lo com atenção.” SHAILOR, Jonathan G. *Desenvolvendo uma abordagem transformacional à prática da mediação: considerações teóricas e práticas*, In SCHNITMAN, Dora Fried e LITTLEJOHN, Stephen (organizadores). **Op. cit.**, 1999, p. 71.

A conciliação é opção mais adequada para resolver situações circunstanciais, como indenização por acidente de veículo, em que as pessoas não se conhecem (o único vínculo é objeto do incidente), e, solucionada a controvérsia, lavra-se o acordo entre as partes, que não mais vão manter qualquer outro relacionamento; já a mediação afigura-se recomendável para situações de múltiplos vínculos, sejam eles familiares, de amizade, de vizinhança, decorrentes de relações comerciais, trabalhistas, dentre outros. Como a mediação procura preservar as relações, o processo mediacional bem conduzido permite a manutenção dos demais vínculos, que continuam a se desenvolver com naturalidade durante a discussão da causa.

O mencionado autor e mediador Juan Carlos Vezzulla, no artigo *Mediação responsável e emancipadora*, Revista do Advogado nº 123, pp. 58 e 59, assevera ainda que:

Na mediação, seus objetivos e meios são outros. Procuramos conseguir cooperativamente a programação do futuro da relação entre os participantes, que atenda todas as necessidades em jogo, com a consciência da responsabilidade mútua.

Perceba-se que não se pretende resolver um problema do passado, mas sim o de trabalhar desde o presente, contando com a experiência passada, o relacionamento, o modo de estarmos e sermos juntos no futuro nas questões que nos unem. [...]

No meu artigo já citado (VEZZULLA, 2013), descrevia como a mediação tinha suas origens em sociedades ocidentais com uma organização social diferente da nossa, nas quais a abordagem dos conflitos estava mais ligada ao social e à intervenção dos diretamente envolvidos, numa relação de diálogo e de construção cooperativa de decisões que atendessem aos participantes e à comunidade.

Por essa natureza e origens em culturas diferentes, ao ser introduzida no Ocidente, a mediação sofreu todo tipo de influências e de tentativas de adaptação à cultura do litígio e do enfrentamento e fundamentalmente à conciliação. [...]

Essa visão centrou o objetivo da mediação numa função de desafogar o Judiciário e na obtenção de acordos rápidos num exercício liberal da autocomposição.

Devo esclarecer que chamo de conceito liberar da autocomposição a consideração de que, qualquer que seja a decisão a que arribem os participantes, esta deve ser respeitada, porque é a que dará por encerrado o conflito sem importarem nem as consequências nem o poder exercido pelos participantes para impor entre si esse resultado. [...]

Nada melhor do que recorrer às contribuições dos antropólogos para descobrir o uso da mediação hoje em dia nas sociedades não ocidentais e poder assim resgatar os elementos fundamentais e diferenciadores da mediação originária daquela ocidentalizada.

“Essas pesquisas demonstraram uma diferença fundamental na organização social desses povos que permitia o uso da mediação de uma maneira responsável e cooperativa: a compreensão de que o grupo social ou comunidade forma um todo inseparável entre cada membro, que produz uma solidariedade absoluta, pois o que acontece com um acontece com todos” (VEZZULLA, 2013, p. 24).

Diante dos conceitos e diferenças apontados, tem-se que a mediação é capaz de produzir resultados mais eficientes em relação aos refugiados, apreciando as diferenças culturais que englobam valores morais, éticos, religiosos e sociais.

## 5. REFUGIADOS

A Convenção da ONU (Organização das Nações Unidas) relativa ao Estatuto dos Refugiados<sup>28</sup> e o Estatuto do Refugiado definem como refugiado *a pessoa que, em razão de fundados temores de perseguição, devido à sua raça, religião, nacionalidade, associação a determinado grupo social ou opinião política, encontra-se fora de seu país de origem e que, por causa dos ditos temores, não pode ou não quer regressar ao seu Estado, ao local em que residia anteriormente.*

Dentre os direitos garantidos ao refugiado está o de não ser devolvido (deportado) ao país em que sua vida ou liberdade foi – ou continua sendo – ameaçada, constituindo um princípio geral do direito internacional, que é o princípio do *non-refoulement* (não devolução), consolidado na Convenção de 1.951 da ONU.

O ACNUR é o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados e responde pela assistência internacional prestada aos refugiados, bem como aos apátridas e aos deslocados em seus próprios países, estimando-se que existam cerca de 20 milhões de refugiados no mundo.

---

<sup>28</sup> Adotada em 28 de julho de 1951 pela Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas, convocada pela Resolução n. 429 (V) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1950. Entrou em vigor em 22 de abril de 1954, de acordo com o artigo 43. Série de Tratados da ONU. N° 2545. Vol. 189, p. 137, cujo preâmbulo tem a seguinte redação:

“As altas partes contratantes,

Considerando que a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral afirmaram o princípio de que os seres humanos, sem distinção, devem gozar dos direitos humanos e das liberdades fundamentais,

Considerando que a Organização das Nações Unidas tem repetidamente manifestado a sua profunda preocupação pelos refugiados e que ela tem se esforçado por assegurar a estes o exercício mais amplo possível dos direitos humanos e das liberdades fundamentais,

Considerando que é desejável rever e codificar os acordos internacionais anteriores relativos ao estatuto dos refugiados e estender a aplicação desses instrumentos e a proteção que eles oferecem por meio de um novo acordo,

Considerando que da concessão do direito de asilo podem resultar encargos indevidamente pesados para certos países e que a solução satisfatória dos problemas cujo alcance e natureza internacionais a Organização das Nações Unidas reconheceu, não pode, portanto, ser obtida sem cooperação internacional,

Exprimindo o desejo de que todos os Estados, reconhecendo o caráter social e humanitário do problema dos refugiados, façam tudo o que esteja ao seu alcance para evitar que esse problema se torne causa de tensão entre os Estados. [...]”



No Brasil, após o advento da Lei nº 9.474 de 1.997 (Estatuto do Refugiado), que instituiu as normas aplicáveis aos refugiados e aos solicitantes de refúgio no Brasil e criou o CONARE (Comitê Nacional para os Refugiados), foi possível orientar e coordenar as medidas necessárias à proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados.

A lei brasileira foi reconhecida como uma das mais avançadas mundialmente sobre o assunto, pois confere aos refugiados o direito ao trabalho, à educação, à saúde e à mobilidade no território nacional, dentre outros direitos, permitindo, dessa forma, que os refugiados reconstruam suas vidas e possam permanecer no Brasil.

Estatisticamente, mais da metade dos refugiados que chegaram ao Brasil entre 2.011 e 2.015 fugiram de graves violações de direitos humanos, sendo que atualmente existem diversos migrantes provenientes da Venezuela, sendo que esta crise migratória já é considerada a maior da América do Sul registrada na história.

Em termos mundiais, as cinco maiores comunidades migratórias são originárias da Síria, Angola, Colômbia, República Democrática do Congo e Palestina.

Dentre as regiões de onde mais saem os migrantes estão o Mediterrâneo Central, o Leste do Mediterrâneo e o Oeste dos Bálcãs e ao contrário do que muitos imaginam, os países que mais recebem refugiados não são os considerados de “primeiro mundo” ou desenvolvidos, mas sim os países considerados “em desenvolvimento”, tais como Turquia, Paquistão, Líbano e Irã.

Considerando estas informações, é forçoso concluir que inúmeros conflitos podem ser gerados em virtude do encontro entre refugiados e habitantes locais, eis que não somente a língua, mas também a cultura, os valores, os costumes etc. são diferentes, no entanto, um único objetivo é capaz de unir todos os migrantes ao redor do mundo, que é o de sobrevivência.

Uma das maiores repercussões sobre a recente crise migratória estampou a capa da revista *TIME*, envolvendo o tratamento dado aos migrantes mexicanos pelo governo do Presidente Donald Trump, separando as crianças dos seus genitores.

As mortes dos migrantes no Mar Mediterrâneo também causaram tristeza em muitas pessoas, mas, por outro lado, também aumentaram o preconceito em algumas sociedades.

Os refugiados sofrem constantes violações aos direitos humanos não somente no país de origem, mas também nos países para os quais migram e os chefes de Estado simplesmente

alegam que não são signatários de um determinado Tratado Internacional e que, portanto, não estariam obrigados a cumprir determinadas obrigações<sup>29</sup>.

Tem-se que uma pessoa deixa de ser considerada refugiada se as condições de perseguição ou temor reverterem-se ou se tornarem injustificadas em função de mudanças políticas ou se, voluntariamente, o refugiado voltar para o país ao qual pertence a sua nacionalidade para fins de residência, todavia, tal situação tem se tornado cada vez mais rara.

Aqueles refugiados que adquirem uma nova nacionalidade, gozando da proteção desta, também não poderão mais ser considerados, oficialmente, como refugiados<sup>30</sup>.

Existem vários tipos de refugiados no mundo, alguns por condições de perseguição política, outros pela existência de conflitos armados e guerrilhas, além daqueles que sofrem com a fome, discriminação racial, social ou religiosa e até os refugiados ambientais, entre muitos outros tipos<sup>31</sup>, sendo que devido a esta intensa migração são gerados inúmeros impactos sociais diretos e indiretos a curto, médio e longo prazo.

A questão dos refugiados no mundo ganha contornos dramáticos, pois além dos problemas severos que abrangem suas áreas de origem, ainda existem os problemas que esses migrantes encontram nos locais para onde se deslocam, tais como as diferenças culturais, as dificuldades com os idiomas, a busca por emprego e, principalmente, a xenofobia (aversão a

---

<sup>29</sup> “Tem estado em voga atualmente a noção de obrigação *erga omnes* no direito internacional. Nesse sentido, seriam *erga omnes* as obrigações a *todos* impostas, independentemente de *aceitação* e, por consequência, sem que seja possível *objeta-las*. Trata-se de normas cuja aplicação atinge todos os sujeitos do direito internacional público, sem exceção. Tome-se como exemplo o chamado direito de *passagem inocente* de barcos mercantes estrangeiros pelo mar territorial de determinado Estado: tal é uma obrigação que o Estado ribeirinho há de respeitar *erga omnes*, em decorrência de antiga norma costumeira a respeito (inclusive codificada em diversos tratados internacionais). No que tange à responsabilidade internacional dos Estado por violação dos direitos humanos, entende-se que não somente o descumprimento de normas convencionais (tratados) acarreta a sua responsabilidade internacional, senão também o desrespeito às obrigações *erga omnes* de proteção, que decorrem do direito internacional costumeiro. Em especial, tais normas visam ‘preservar os valores fundamentais da comunidade internacional’, como referiu o *Institut de Droit International* na sua sessão de Cracóvia de 27 de outubro de 2005. Segundo o *Institut*, há consenso em ‘admitir que a proibição dos atos de agressão, a proibição do genocídio, as obrigações concernentes aos direitos fundamentais da pessoa humana, as obrigações relativas ao direito à autodeterminação e as obrigações relativas ao meio ambiente dos espaços comuns, constituem exemplos de obrigações que refletem os citados valores fundamentais’. No que tange à responsabilidade internacional dos Estados por violação das obrigações *erga omnes*, o mesmo *Institut* também propôs que qualquer sujeito do direito internacional ou qualquer parte em um tratado multilateral pode reclamar o descumprimento de qualquer dessas obrigações contra um Estado infrator. [...] É fácil perceber que há estreita vinculação entre as obrigações *erga omnes* e as normas de *jus cogens*, pelo fato de ambas buscarem a preservação dos referidos ‘valores fundamentais’ da sociedade internacional. Essa relação fica ainda mais estreita quando se cuida da proteção dos direitos humanos, eis que a obrigação que os Estados têm de *proteger* as pessoas sob sua jurisdição (obrigação esta que pode não se enquadrar no conceito de *jus cogens* em todos os casos) tem, no mínimo, caráter *erga omnes*”. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Op. cit.**, 2014, pp. 35 a 37.

<sup>30</sup> **Fonte:** PENA, Rodolfo F. Alves. "População de refugiados no mundo"; *Brasil Escola*. Disponível em <<https://brasilecola.uol.com.br/geografia/populacao-refugiados-no-mundo.htm>>. Acesso em 4 de junho de 2018.

<sup>31</sup> *Idem*.

estrangeiros) praticada pela população residente nas áreas de destino<sup>32</sup>, gerando inúmeros conflitos difíceis de serem solucionados.

Ao longo da história diversos povos e grupos tiveram que deixar sua terra natal por causa de conflitos e pressões, dentre os quais destacam-se os seguintes<sup>33</sup>:

**1. Israelitas / Canaan / 740 a.C.** – Assírios conquistam Israel, forçando os israelitas a fugir, causando a primeira diáspora dos judeus.

**2. Guerras Mundiais / Europa Ocidental / Ásia: 1914 - 1918 / 1939 -1945 d.C.** – Milhões deixaram seus países fugindo dos conflitos ou de perseguições político-religiosas. Os destinos iam desde outros países na própria região a distâncias completamente diferentes, como o Brasil.

**3. Nakba / Palestina - 1948** – Pelo menos 700 mil árabes palestinos fugiram ou foram expulsos em razão da guerra civil e da Guerra Árabe-Israelense de 1948.

**4. Guerra dos Bálcãs / Bálcãs - 1992** – A guerra deixou 200 mil mortos e forçou 2,7 milhões de pessoas a fugir da região – o maior deslocamento de pessoas desde a Segunda Guerra Mundial.

**5. Guerra em Darfur / Sudão - 2003** – Tem na conta mais de 200 mil mortos e 2,5 milhões de refugiados.

**6. Ditadura Militar / Brasil - 1964** – Muitas pessoas se exilaram do país durante o regime militar. Grande parte delas por medo de repressão e violência por seu posicionamento político.

**7. Guerra Civil Síria / Síria - 2011** – Começou com protestos e transformou-se em conflito armado contra o chefe de estado Bashar al-Asaad. Já soma 200 mil mortos e mais de 4 milhões de refugiados.

Infelizmente é possível observar que a crise migratória tende a aumentar e é um problema que não apresenta uma solução eficaz, pois esbarra em preconceito, questões internacionais de direitos humanos<sup>34</sup> e interesses econômicos e políticos dos países envolvidos nos conflitos.

---

<sup>32</sup> Idem.

<sup>33</sup> Idem.

<sup>34</sup> “O Direito Internacional dos Direitos Humanos é aquele que visa proteger todos os indivíduos, qualquer que seja sua nacionalidade e independentemente do lugar onde se encontrem. Trata-se da ‘disciplina encarregada de estudar o conjunto de normas internacionais, convencionais ou consuetudinárias, onde são estipulados o comportamento e os benefícios que as pessoas ou grupos de pessoas podem esperar ou exigir dos governos’, tendo por objeto de estudo ‘o conjunto de normas previstas pelas declarações, tratados ou convenções sobre direitos humanos adotados pela Comunidade Internacional em nível universal ou regional, aquelas normas

Embora existam inúmeros registros dos horrores cometidos durante as guerras, a civilização parece não ter aprendido tais lições, reproduzindo as barbáries que fizeram com que milhares de pessoas fugissem de seus lares e dos seus países de origem, sendo que estas pessoas tem um único objetivo comum, o de sobrevivência.

O direito à própria existência, inclusive, é considerado inerente ao ser humano.

Os direitos fundamentais constitucionalmente protegidos esbarram na garantia e eficácia destes direitos, pois não basta somente garantir o direito à vida, mas sim garantir uma vida digna, afastando e coibindo toda e qualquer ameaça de violação a este direito, fazendo com que a problemática da crise migratória e a violação aos direitos humanos permaneça.

O direito individual não decorre do direito da coletividade em que o refugiado está inserido, ao contrário, é o direito da coletividade que restringe o seu direito individual, indo contra o caminho natural do desenvolvimento social em relação aos direitos e exposto no início deste trabalho e incorrendo em um sentimento de injustiça individual que reflete para a coletividade na qual um refugiado está inserido, por exemplo.

Neste sentido, é forçoso concluir que uma pessoa submetida a situações extremas de fome, frio, medo, abusos e incertezas, ou seja, enfrentando os seus limites físicos e psíquicos, não pode ser submetida às mesmas restrições legais de outra em situações completamente distintas, sendo que diante de um conflito o sentimento de desigualdade se torna ainda mais latente, assim como o de injustiça.

## **6. BREVE ABORDAGEM SOBRE A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

Quando falamos em direitos humanos logo pensamos em direitos fundamentais, no entanto, na atual concepção existe diferença em relação à forma como estão positivados em um determinado ordenamento jurídico.

---

internacionais que consagram os direitos humanos, que criam e regulam os sistemas supranacionais de promoção e proteção dos direitos humanos, assim como as que regulam os procedimentos possíveis de serem levados ante ditos organismos para o conhecimento e consideração das petições, denúncias e queixas pela violação dos direitos humanos'. [...] O 'direito a ter direitos' (segundo terminologia de Hannah Arendt) passou a ser o referencial primeiro de todo esse processo internacionalizante. Como resposta às barbáries cometidas no Holocausto, começa a aflorar todo um processo de internacionalização dos direitos humanos, criando uma sistemática internacional de proteção mediante a qual tornou-se possível a responsabilização do Estado no plano externo, quando, internamente, os órgãos competentes não apresentem respostas satisfatórias à proteção desses direitos. A doutrina da soberania estatal absoluta, assim, com o fim da Segunda Guerra, passa a sofrer um abalo dramático com a crescente preocupação em efetivar os direitos humanos no plano internacional, passando a sujeitar-se às limitações decorrentes de sua proteção." MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Op. cit.**, 2014, pp. 53 a 55.

Neste contexto, temos que a distinção não é conceitual, mas somente em relação à eficácia, pois enquanto os direitos fundamentais estão elencados na Constituição Federal de um determinado Estado e os direitos humanos possuem um caráter global, disciplinado em Tratados Internacionais, mas ao ser inserido em uma determinada Constituição Federal, passará a ter o *status* de direito fundamental.

Direitos humanos e direitos fundamentais, portanto, não podem ser tratados como sinônimos, embora possuam características muito similares.

Para uma melhor compreensão dos direitos humanos, é importante destacar a evolução dos direitos fundamentais, quais sejam, os da 1ª dimensão, com ênfase às liberdades individuais (direitos civis, políticos, liberdades públicas), oponíveis ao Estado e compreendendo o período entre os séculos XVII a XIX; os da 2ª dimensão, enfatizados após a Revolução Industrial e abrangendo os direitos coletivos (sociais, culturais e econômicos) visando a igualdade, a partir do séculos XIX; os da 3ª dimensão, quando existe uma consciência da coletividade, tais como os direitos de solidariedade e fraternidade (transindividuais) de modo que os direitos abrangem o coletivo (direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, direito de comunicação etc.); os da 4ª dimensão, considerando os avanços da engenharia genética que ganhou força a partir do século XX, ressaltando-se os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo; e, por fim, os da 5ª dimensão, abrangendo o direito à paz como um direito supremo da humanidade, em especial após as guerras mundiais que assolaram o mundo e considerando-se ainda os diversos conflitos que fazem com milhares de pessoas abandonem suas casas todos os anos buscando salvar as suas vidas e as de seus familiares.

Embora os seres humanos tenham presenciado os horrores das guerras, parecemos voltar ao passado quando acompanhamos as notícias sobre as atrocidades cometidas por alguns chefes de Estado, tais como armas químicas, bem como o que os diversos grupos terroristas ao redor do mundo fazem com suas vítimas.

O reconhecimento aos direitos fundamentais do homem<sup>35</sup>, embora expresso nos Tratados Internacionais, não possuem a eficácia e aplicabilidade que deveriam possuir.

---

<sup>35</sup> “Mais que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira entre proprietários e não proprietários. [...] Certo é que, no correr dessa evolução, alguns antecedentes formais das declarações de direitos foram sendo elaborados, como o veto do tributo da plebe contra ações injustas dos patrícios em Roma, a lei de Valério Públicola proibindo penas corporais contra cidadãos em certas situações até culminar com o *Interdicto de Homine Libero Exhibendo*, remoto antecedente do *habeas corpus* moderno, que o Direito Romano instituiu como proteção jurídica da liberdade. [...] Foi, no entanto, no bojo da Idade Média que surgiram os antecedentes mais diretos das declarações de direitos. Para tanto contribuiu a teoria do direito natural que condicionou o aparecimento do

Neste sentido verifica-se a necessidade da convergência entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional, este no âmbito interno de cada Estado.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, é considerada o marco para a posterior adoção pela ONU (Organização das Nações Unidas) da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, bem como de todos os Tratados Internacionais posteriores, tais como o Pacto de San Jose da Costa Rica, proveniente da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969.

O preâmbulo e o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos proclama de forma evidente os direitos inerentes a todos os seres humanos:

O desconhecimento e o desprezo dos direitos humanos conduziram a atos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade, e o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do Homem... Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos.

A partir desta leitura é possível inferir que os homens – de modo geral – passaram a ter a compreensão e o entendimento de tudo o que engloba os direitos humanos, de modo que as leis constitucionais de diversos Estados fundamentam-se na referida Declaração Universal, inclusive a Constituição Federal Brasileira de 1988.

Apesar de os direitos humanos serem inerentes à condição humana<sup>36</sup>, como o direito natural, e que, portanto, não teriam a necessidade de positivação, o desrespeito a esses direitos é latente em relação aos refugiados.

---

princípio das leis *fundamentais do Reino* limitadoras do poder do monarca, assim como o conjunto de princípios que se chamou *humanismo*. Aí floresceram os *pactos*, os *forais* e as *cartas de franquias*, outorgantes de proteção de direitos reflexamente individuais, embora diretamente grupais, estamentais, dentre os quais mencionam-se, por primeiro, os espanhóis: de León e Castela de 1188, pelo qual o Rei Afonso IX jurara sustentar a justiça e a paz do reino, articulando-se, em preceitos concretos, as garantias dos mais importantes direitos das pessoas, como a segurança, o domicílio, a propriedade, a atuação em juízo etc.; de Aragão, que continha reconhecimento de direitos, limitados aos nobres, porém (1265); o de Viscaia (1526), reconhecendo privilégios, franquias e liberdades existentes ou que por tal acordo foram reconhecidos. O mais famoso desses documentos é a *Magna Carta* inglesa (1215-1225) [...]. Agora, além do *Mayflower Compact* de 1620, por si só um documento de garantia de governo limitado, cumpre recordar também as várias Cartas de direitos e liberdades das Colônias Inglesas na América: *Charter of New England*, 1620; *Charter of Massachusetts Bay*, 1629; *Charter of Maryland*, 1632; *Charter of Connecticut*, 1622; *Charter of Rhode Island*, 1663; *Charter of Carolina*, 1663; *Charter of Georgia*, 1732; e ainda: *Massachusetts Body of Liberties*, 1641; *New York Charter of Liberties*, 1683; *Pennsylvania Charter of Privileges*, 1701.” AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, pp. 149 a 151.

<sup>36</sup> “Os direitos humanos, nessa perspectiva, seriam como um amplo espectro de direitos naturais do próprio homem, existentes anterior e independentemente de sua positivação. Direitos esses que, por serem atemporais e universais, estariam expressos em tratados e convenções internacionais. [...] Seria totalmente descabido pensar que o homem só teria direito a vida a partir do momento em que se convencionou internacionalmente que assim o seria. O que se pode falar, e então embasado na própria história dos direitos, é que antes do seu reconhecimento pela comunidade internacional, ainda que se admita sua existência não haveria que se falar em

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Face aos conceitos apresentados sobre os meios extrajudiciais de solução de litígios<sup>37</sup>, tem-se que a mediação seria o melhor meio de solução de conflitos no auxílio aos refugiados, considerando-se a capacitação e sensibilidade do mediador e respeitando-se as etapas que envolvem o procedimento da mediação, reunindo qualidades técnicas, ambientais e sociais.

Saliente-se que ao começo de uma sessão de mediação, o mediador deve inicializar as tratativas entre os litigantes; buscar sempre fazer uso de um tom aberto e positivo; ajudar os indivíduos a expressar seus sentimentos e interesses; escolher as áreas e as questões que

---

garantia ou efetivação do direito do homem. A origem dos direitos humanos varia segundo as principais teorias jurídicas existentes. [...] A nosso ver coadunando com Sérgio Pinto Martins, não se deve aderir radicalmente a qualquer das teorias apresentadas, mas, pelo contrário, entrelaçá-las de forma a atingir o verdadeiro cerne da questão dos direitos humanos. [...] Pode-se identificar que a tomada do poder pela burguesia, consubstanciada no surgimento dos Estados modernos, foi o momento de reconhecimento dos direitos fundamentais. Certamente que o que se está a dizer não é que os direitos fundamentais surgiram com o Estado burguês, mas que ganharam vida com seu reconhecimento através de sua positivação. Direitos como à vida, à liberdade, honra etc. sempre existiram, mas com a sua inclusão nos ordenamentos jurídicos alcançaram o patamar necessário para sua reivindicação e garantia.” RUIZ, Ivan Aparecido e TEIXEIRA, Rafael Selicani. *Do acesso à justiça: garantia fundamental dos direitos humanos*. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira e OLIVEIRA, Flávio Luis. **Acesso à justiça: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica**, São Paulo: Editora Boreal, 2012, pp. 254 e 255.

<sup>37</sup> “As metodologias para a resolução alternativa de conflitos podem ser definidas como práticas emergentes que operam entre o existente e o possível. À luz de novos paradigmas, tais processos emergentes podem ser entendidos como processos *auto organizativos* em sistemas complexos, processos nos quais os participantes, ao construírem renovadas possibilidades na resolução de seus conflitos, reconstroem suas relações e reconstroem a si mesmos (Fried Schnitman, 1998b). Pessoas, famílias, organizações, corporações, comunidades e inclusive países – imersos em um mundo de progressiva complexidade – encontram-se inseridos em importantes processos de mudança. O setor de analistas econômicos, psicossociais e organizacionais denomina tais processos de ‘administração da complexidade, da ambiguidade e do caos’. Independentemente do nome com que esses fenômenos são designados, o certo é que existe um amplo acordo no que se refere à sua complexidade. Sugerimos a compreensão do movimento de resolução alternativa de conflitos como parte de um contexto cultural e científico emergente, que se esforça para administrar e coordenar essa complexidade, interrogando e reelaborando as lógicas dos paradigmas conflito/competência – ganhar/perder. Trata-se de construir novas plataformas para a ação, que considerem uma linguagem centrada nas ligações, no sentido de comunidade – o comum –, na ecologia social e na qualidade de vida. Embora o paradigma ganhar-perder ainda controle o debate, estes novos caminhos e recursos examinam nosso potencial para reorientar-nos às ecologias relacionais que sustentam o desenvolvimento participativo e responsável, a uma sociedade civil que possa incluir a diversidade entre seus recursos. A capacidade de ser perguntar sobre as diversas estratégias disponíveis frente ao conflito, de refletir, formular questões significativas, aprender a aprender, transforma-se em meios ativos de enfrentar os conflitos e resistir às simplificações de velhos paradigmas. A construção de um mundo onde haja lugar para a criatividade, onde sejam possíveis marcos para refletir e atuar dentro do paradigma ganhar-ganhar, as associações e os acordos colaborativos na convergência e a diferença – e não só a competência, o poder e o litígio – permitem a geração de novos procedimentos e novas formas relacionais, novos empreendimentos, associações e instituições. É possível que essa construção conduza a inovações nas relações sociais, a reequilibrar o público, o setor civil e o privado, encontrando caminhos mais cooperativos para reconstruir uma comunidade global e local (Bush e Folger, 1994; Fisher e Ury, 1991; Gergen, 1994; Henderson, 1996; Johnson e Cooperrider, 1991; Pearce e Littlejohn, 1997).” SCHNITMAN, Dora Fried. *Novos paradigmas na solução de conflitos*, In SCHNITMAN, Dora Fried e LITTLEJOHN, Stephen (organizadores). **Op. cit.**, 1999, p. 19.

serão objeto de discussão; e auxiliar as partes na exploração de compromissos, de pontos que são relevantes e de influências, por isso é tão importante a capacitação do mediador no sentido de que deverá não somente estar apto a entender o idioma dos litigantes, mas também entender a origem do conflito para cada parte envolvida.

O mediador deve também encontrar os interesses das partes e instruí-las sobre os interesses de cada uma, visando que possam entender o problema e solucioná-lo.

A identificação dos interesses ocultos das partes é tarefa complexa para o mediador e acontece quando este passa confiança às partes sobre o processo.

Os interesses ocultos existem em virtude de os próprios envolvidos muitas vezes não terem conhecimento sobre eles.

Por vezes, também, as partes escondem tais interesses por imaginarem ser conveniente que o outro interessado não tenha acesso sobre eles.

Em relação às opções de acordo, o mediador deverá informar aos envolvidos sobre a necessidade de gerar opções; reduzir os compromissos com alternativas que sejam isoladas; e gerar escolhas, fazendo uso da negociação com base nos interesses das partes.

Em uma situação de conflito, deverá prevalecer a cooperação e não a competição para solucionar o litígio, eis que o objetivo não é a vingança, mas sim a satisfação das partes.

É importante verificar a percepção e a consequente reação ao problema apresentado, pois existem percepções, reações e ações voltadas à resolução de conflitos que podem ser construtivas ou destrutivas, cabendo ao mediador observar cada uma delas, utilizando-se das técnicas disponíveis a serem aplicadas em um caso concreto.

O mediador deve ter por objetivo alcançar o melhor posicionamento dos envolvidos sobre o problema que os afeta e suas possíveis soluções, sempre por intermédio da reflexão objetiva dos mediados em relação ao que está sendo colocado ou proposto.

Com a mediação tem-se ainda a criação de um organismo deveras mais saudável e de aproximação das partes, devendo o mediador se pautar pelos seguintes princípios:

- **Independência:** os mediados sempre terão autonomia para desconsiderar apontamentos do mediador, mas é importante que se relate que este não deverá manter vínculos de amizade, trabalho ou de qualquer outra natureza com as partes, devendo abster-se na mediação.

- **Imparcialidade:** o mediador deverá se manter imparcial, isento e neutro ao longo do procedimento. Portanto, não deve favorecer nenhuma das partes, tampouco deve fomentar qualquer tipo de preconceito que prejudique algum mediando.



- **Aptidão:** o mediador precisa também estar capacitado para atuar em cada situação, munidos dos fundamentos teóricos e práticos atinentes ao caso em apreço.
- **Diligência:** o mediador deverá se manter aberto para novas situações, devendo respeitar os rumos que o procedimento tomar.
- **Validação:** o mediador deve estimular os mediados a entenderem que todos merecem atenção e respeito, independentemente de suas diferenças culturais, étnicas etc.

Percebe-se, deste modo, que o mediador não precisa ter uma formação jurídica, tampouco especializada em uma única área, mas sim uma postura interdisciplinar, utilizando-se da psicologia, sociologia, ciências sociais etc.

Embora exista atualmente uma normatização da função do mediador, com orientações e responsabilidades, em especial no Brasil, o que fará da mediação um método eficaz será se para um determinado caso concreto as partes ficaram satisfeitas com a solução do litígio após a exteriorização dos seus sentimentos e percepção do problema, visando que as próprias partes consigam encontrar a solução para a lide envolvida.

Não obstante a participação de um terceiro alheio ao litígio para auxiliar as partes, o mediador deverá ser capaz de fazer com que as partes envolvidas percebam que também são capazes de resolver os seus próprios conflitos.

A realidade que se apresenta à solução de conflitos é de uma total mudança de mentalidade<sup>38</sup> visando à efetiva solução do problema e não à aplicação de normas simplesmente porque elas existem e precisam ser utilizadas.

---

<sup>38</sup> “Um imenso movimento toma conta de não poucas escolas de direito na Itália, na França e na Espanha e, especialmente, na América Latina (Brasil, México, Chile, Argentina e Colômbia). Trata-se de um movimento quase espontâneo, não organizado em princípio, resultante de posições teóricas as mais diversas, que tem como objetivo redefinir a juridicidade (seja enquanto ciência, seja enquanto fenômeno social). Trata-se de rever o direito em suas múltiplas relações com a política e com a sociedade. Parece constituir uma onda de crítica do fenômeno jurídico. [...] Na verdade, a própria crise pela qual passa o direito, hoje, nas sociedades pós-industriais (crise de legalidade, crise de legitimidade, crise de aplicação, crise de adequação etc.), recomenda, especialmente nos países empobrecidos do terceiro mundo, a revisão de seus postulados básicos, individualistas, idealistas ou formalistas, fomentando uma reflexão que só tem sabido crescer e se aprofundar. Importa, hoje, visitar a casa do direito para reformular sua arquitetura, adequando-a aos padrões exigidos pela modernidade, se somos bem-informados juristas, ou pelo caminho da libertação democrática, se além de bem-informados juristas somos, igualmente, progressistas e a favor da história. A reflexão que se exige dos juristas, no limiar do século XXI, impescinde da retomada crítica das formulações hegemônicas sobre o direito e sua função, bem como das formulações marxistas, clássicas, pode nascer um processo de construção teórica comprometido com a democratização do espaço jurídico e com a adequação deste aos desafios surpreendentes lançados pela sociedade contemporânea. [...] Alguns juristas (e não são tão poucos) têm proposto a desmistificação, a desconstrução total do discurso jurídico para o fim de demonstrar o seu caráter ideológico ou retórico ou classista. Sugerem, igualmente, novas bases para a reflexão sobre o direito, sem propor, entretanto, qualquer alternativa para a luta jurídica. Privilegiam o debate intelectual e, não poucas vezes, acompanham uma certa tendência ceticista em relação à juridicidade. Imaginam, muitos deles, que a transformação do direito só pode operar-se a partir da luta exterior a ele, daí porque a par de esposarem teorias críticas, muitas vezes caem, no cotidiano, ou numa atitude de recusa a qualquer atividade jurídica prática ou, ao contrário, numa prática jurídica dogmática”. CLÈVE,

É a formação interdisciplinar do profissional que possibilitará a solução do litígio e para que seja possível esta formação, é necessário que o mediador, neste caso, se desvincule de todos os preconceitos, julgamentos de valor, e informações pré-concebidas que adquiriu ao longo da sua vida.

Observa-se que o foco é a pessoa, o ser humano, seus anseios, suas necessidades, seus valores, objetivos e, principalmente, tudo o que envolve a sua dignidade humana, englobando os direitos fundamentais.

Ao profissional do Direito, é necessário que apresente uma conduta disruptiva em relação à formação dogmática que teve durante o seu desenvolvimento acadêmico, eis que os professores possuíram o mesmo método de aprendizagem e em geral não foram capazes de vislumbrar que o caminho precisava ser alterado, pois a realidade exige muito além de normas que foram projetadas para situações que não mais existem.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

---

Clémerson Merlin. **O Direito e os Direitos: Elementos para uma crítica do Direito Contemporâneo**, São Paulo: Editora Max Limonad, 2ª ed., 2001, pp. 185, 186, 191 e 192.

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20ª edição, revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

ALVES, José Carlos Moreira. **A importância do Direito Romano na integração jurídica dos países do Cone Sul da América Latina**. Revista da Escola Paulista de Magistratura. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1993.

ALVIM, J. E. Carreira. **Tratado geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.  
ANDRADE, Agenor Pereira de. **Manual de direito internacional público**. 5. ed. São Paulo: Sugestões Literárias.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1987.  
ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

ARRUDA ALVIM, Teresa; TALAMINI, Eduardo (coordenadores). **Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

ATTIÉ JR., Alfredo. **A reconstrução do Direito: existência, liberdade, diversidade**. Porto Alegre/RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados especiais: a nova mediação paraprocessual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BERTASI, Maria Odete Duque; NASCIMBENI, Asdrubal Franco; RANZOLIN, Ricardo Borges (coordenadores). **Temas de Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Lex Editora, 2017.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília, UnB, 1996.

\_\_\_\_\_. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: Edipro, 2001.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada: jurisprudência e legislação infraconstitucional em vigor**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CALAMANDREI, Piero. **Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares**. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996.

CALLUF FILHO, Emir. **Arbitragem internacional: o local da arbitragem**. Curitiba: Juruá, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. 1879-1965. **Como nasce o direito**.

CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem e acesso à Justiça: o novo paradigma do third party funding**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CHAVES, Antônio. Capacidade Civil. **Enciclopédia Saraiva do Direito**, v. 13.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Direito e os Direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001.

COSSÍO, Alfonso de. **Instituciones de derecho civil**. Madrid: Alianza Editorial S/A, 1975.  
DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro interpretada**. 18. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Norma constitucional e seus efeitos**. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERRAZ, Sérgio (coordenador). **Direito e liberdade: conservadorismo, progressismo e o Estado de Direito**. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, 2017.

FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues. “Sobre a relevância de uma noção precisa de conflito”. In **Revista do Advogado nº 123. Mediação e Conciliação**. Ano XXXIV. Agosto de 2014.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. “A eficácia da arbitragem após 13 anos da ‘Lei n. 9.307/96’”. **Juris, Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 2, jul./dez. 2009.

\_\_\_\_\_. **Arbitragem**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

\_\_\_\_\_. (coordenação). **Aspectos práticos da Arbitragem**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

\_\_\_\_\_. **Manual de Arbitragem e Mediação: Conciliação e Negociação**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

\_\_\_\_\_. **Manual dos MESC's: meios extrajudiciais de solução de conflitos**. Barueri, SP: Manole, 2016.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Rideel, 2001.

HAACK, Susan. **Filosofia das Lógicas**. São Paulo: Editora UNESP, 2002.

KELSEN, Hans. 1881-1973. **O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. 1881-1973. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. (Coleção esquematizado)

LUCCA, Newton De; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Baeta (coordenação). **Direito Constitucional Contemporâneo. Homenagem ao Professor Michel Temer**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade**. Campinas: Bookseller, 2002.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Curso Básico de Direito Arbitral: teoria e prática**. 4ª edição. Curitiba, Juruá, 2017.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PENA, Rodolfo F. Alves. **População de Refugiados no Mundo**. Brasil Escola. Disponível em <<https://brasilecola.uol.com.br/geografia/populacao-refugiados-no-mundo.htm>>. Acesso em 04 de junho de 2018.

PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica: nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. **Tratado da argumentação**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIOVESAN, Flávia (Coordenadora). **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

QUEIROZ, Paulo. **Ensaio crítico: direito, política, religião**. 2ª edição. Salvador: Editora Jus Podium, 2013.

RAMOS Tavares, André; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Coordenadores). **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Editora Método, 2005.

ROSO, Jayme Vita. **Auditoria Jurídica para a Sociedade Democrática**. São Paulo: Escolas Profissionais Salesianas, 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

SCHNITMAN, Dora Fried e LITTLEJOHN, Stephen (organizadores). **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999.

SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**. São Paulo: Editora Landy, 2001.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira e OLIVEIRA, Flávio Luís de (organizadores). **Acesso à justiça: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica**. 1. ed. Birigui, SP: Boreal Editora, 2012.

SOARES, Guido. “A arbitragem e sua conaturalidade com o comércio internacional”.

In: \_\_\_\_\_. **Aspectos atuais da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SUDATTI, Ariani Bueno. **Dogmática Jurídica e Ideologia: o discurso ambiental sob as vozes de Mikhail Bakhtin**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

TAVARES, Fernando Horta. **Mediação e conciliação**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.  
TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. São Paulo-Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e Prática da Mediação**. Paraná, Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998.

\_\_\_\_\_. “Mediação responsável e emancipadora”. In **Revista do Advogado nº 123. Mediação e Conciliação**. Ano XXXIV. Agosto de 2014.

VILLAS BOAS, R.M.; MENEZES, M.H. Os MESC's – Métodos Extrajudiciais de solução de controvérsias. In: **MESC's: Manual de mediação – conciliação e arbitragem**. Rio de Janeiro: Lumen, 2008.

WARAT, Luiz Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.