

Multi-door Mediation:¹ Processo Composto de Resolução de Conflitos

Maria de Nazareth Serpa²

International Scholar, Faculdade de Direito, University of Miami e Profa. Aposentada, Pós-Graduação, Faculdade de Direito, PUC-MG. Mestre e Doutor em Direito Civil e Processual Civil e autora dos primeiros livros na língua portuguesa sobre ADR e Mediação. Professora Honorária da Faculdade de Direito da Academia Financeira e Jurídica de Moscou (MFUA) – Rússia e Professora Adjunto da Flórida International University, Miami.

Resumo: Este trabalho intenta demonstrar a validade da inserção de processos de ADR, adversariais ou não, com ou sem caráter vinculante, na qualidade de auxiliares do processo de mediação, mantendo a construção da mediação pautada em princípios como forma judiciosa de resolução de conflitos, com suas vantagens e benefícios enquanto a favorece com soluções facilitativas alheias obtidas através da autonomia teórico-técnica daqueles processos, ainda que se consubstanciem em princípios diametralmente opostos aos da mediação.

Palavras-chave: Mediação. *Principled Mediation*. Mediação Multiportas. Processo de Mediação Composto.

Sumário: **1** Introdução – **2** Retrospectiva – **3** O que é *Principled Mediation* – **4** *Multi-door mediation* – **5** Por que processos acessórios? – **6** Por que manter a mediação como processo principal e não passar para outros? – **7** Processos qualificados para compor um processo de mediação – **8** Vantagens e desvantagens – **9** Considerações finais – Referências

1 Introdução

O programa de Harvard sobre Negociação foi um marco decisório no mundo teórico e prático da *Alternative Dispute Resolution* (ADR). O conceito de *multi-door courthouse*, elaborado pelo Professor Frank Sander, literalmente multiplicou os caminhos pelos quais as disputas podem ser atendidas e resolvidas. Suas vantagens de poder optar por formas diferentes, com técnicas alheias ao tradicional

¹ *Multi-door mediation* é uma expressão inédita oriunda por analogia à *multi-door courthouse*, usada originalmente pelo Programa de Negociação na Universidade de Harvard pelo Prof. Frank Sander e sua equipe.

² A expertise e experiência do árbitro e mediador internacional Paul Eric Mason foi de suma importância para a pesquisa de campo computada neste trabalho. Este artigo não teria sido formalizado sem a inestimável ajuda do advogado arbitralista Franco Gevaerd de Curitiba. Registro aqui meus agradecimentos a estes dois profissionais.

processo judicial, representou a abertura de uma nova realidade para a harmonização de polarizações no conceito de justiça.

A expressão *multi-door courthouse* tem norteado os estudos e as pesquisas de várias formas resolutivas. Mostrou o caminho da consideração de diferentes opções para além dos limites legais assentados nas tradicionais salas de litígio como única forma de resolver conflitos.

Uma dessas formas é a mediação.³ Analogamente, a mediação em si, como desenvolvida hoje pode ser suplementada com vários outros processos. Neste sentido, podemos considerar a utilização do termo *multi-door mediation*. Em poucas palavras, refere-se a uma simples mediação combinada com outros determinados processos. O propósito deste artigo é explicar porque essa prática pode ser útil, como ela funciona, e como pode abrir mais opções para as partes selecionarem a fim de avançar suas mediações.

2 Retrospectiva

Desde seus primeiros passos, tenho acompanhado a trajetória da mediação no mundo. Mais atentamente, o surgimento e desenvolvimento no Brasil, ao longo dos últimos 25 anos. Tenho observado suas tendências, sua aplicação prática e estudos teóricos em seus aspectos positivos e também em seus desvios.

First things first

Na década de 1970 não se tinha notícia de movimentos pró ADR no Brasil. Os escritórios de advocacia, grandes ou pequenos viviam a prática tradicional da advocacia resguardada por direitos, leis, jurisprudência e estudos doutrinários – tudo embalado em processos judiciais.

Sequer poder-se-ia afirmar que se arriscavam iniciativas negociais nos litígios apresentados para resolução em escritórios advocatícios. Entendia-se que os conflitos, de um modo geral, envolviam apenas direitos e leis. O direito civil norteava os caminhos e as decisões entre particulares e o direito comercial era o parâmetro para relações envolvendo compra e venda e outros aspectos negociais-comerciais.

Todavia, nossa prática advocatícia vivia momentos velados e empíricos com um comportamento nada ortodoxo. O levantamento e troca de interesses como fórmula para resolver conflitos viviam momentos isolados, e se desenvolviam de maneira totalmente empírica. Mas a prática se revelou eficaz na derrubada de posições antagônicas de disputantes, considerado o ponto crítico da lide negocial.

³ Especificamente neste artigo, quando nos referimos a mediação, estamos nos referindo a *principled mediation* (mediação baseada em determinados princípios). Tal forma de mediação será explicada na seção III deste artigo.

A iniciativa baseava-se na premissa de que “existem negócios que não são feitos porque não são propostos”, o que posteriormente se revelou um risco que dera certo. Apesar de não contar com qualquer denominação ou suporte jurídico-legal e/ou doutrinário na época, a prática demonstrou ser de grande eficácia.

Na busca de suporte técnico para a atuação, baseamo-nos em respostas obtidas em uma pesquisa onde se observava o fluxo das decisões judiciais nos processos contenciosos em questões cíveis, cujo resultado demonstrou que um ínfimo percentual chegava à segunda instância. A maioria resolvia-se por acordos ou por desistência.

Incentivada pelo resultado da pesquisa, principiouse uma iniciativa que visava elaborar instrumentos para facilitar o trabalho negocial das partes, com ajuda dos advogados. Tratava-se de uma iniciativa advocatícia onde partes, candidatas a uma negociação aceitavam, voluntariamente, a proposta de elaboração de um triplo dossiê (legal, social e psicológico) envolvendo um psicólogo, um assistente social e um advogado, com o fito de nortear e facilitar o entabulamento de um acordo negociado, sob a supervisão do profissional de direito. O processo de negociação inicialmente simples (circundado apenas pelas partes e seus advogados) passava a contar com a ajuda de outros profissionais, dando origem a um processo composto.

Os dossiês eram passados às partes. E a negociação se dava em torno da aceitação ou ponderação dos resultados sob a supervisão do advogado. A maioria das reuniões resultava em acordo, às vezes em torno da totalidade das questões arguidas, ora de parte delas. Mas havia um percentual pequeno de insucesso, o que, de certa forma, validou a iniciativa da coleta de informações para a negociação.

Incentivada pelo sucesso de casos resolvidos, já na década de 1980, escrevíamos uma monografia que reputo como nossa primeira tentativa de desenhar um processo resolutivo de conflitos ao largo das disputas judiciais ou lutas por direitos com o auxílio de outras práticas.

Uma instituição inglesa lançou, na época, uma competição global, solicitando de estudiosos do conflito, em qualquer área do conhecimento, trabalhos individuais sobre formas inéditas de resolução de conflitos. Naquele momento já eram consideradas, nos Estados Unidos, 64 formas denominadas alternativas ao judiciário.⁴ Mas o campo continuava e continua aberto para novas propostas.

O processo não tinha qualquer denominação nem possuía uma estrutura elaborada. A ideia era enviar o trabalho para a competição internacional inglesa

⁴ Ver por exemplo a pesquisa “Alternatives to Litigation: Do They Have a Place in the Federal District Courts?” U.S. Federal Judicial Center, 1995, disponível na página <https://www.fjc.gov/sites/default/files/2012/altlitig.pdf>

mencionada. Em vez disso foi, mais tarde, publicado como reflexão na forma de artigo no *Caderno de Estudos Jurídicos* da Faculdade de Direito de Universidade Católica de Minas Gerais, No. 2, 1993.

A partir daí os estudos embrionários de um processo resolutivo de conflitos, de forma não adversarial, recebeu a influência do termo “mediação” que inclusive foi adicionado ao artigo acima mencionado. Os estudos do processo composto de diferentes enfoques foram abandonados em detrimento da mediação como era estudada nos Estados Unidos E aqui ocorreu o ponto de bifurcação entre os estudos da mediação considerada em sentido amplo, para a mediação baseada em princípios, em sentido estrito.

Um trabalho de pesquisa desta autora desenvolvida nos Estados Unidos por dois anos (1995 – 1997) na Universidade de Miami, Harvard, Nova e outras, bem como na Suprema Corte do Estado da Flórida, deu origem a tese de doutoramento com título *Mediação, Solução Judicioso para Conflitos*. Essa tese representou a amálgama dos estudos empíricos desenvolvidos no Brasil e a teoria de mediação já vigente nos Estados Unidos.

Em seguida, a tese foi transformada em 1999 nas duas primeiras publicações sobre mediação na língua portuguesa.⁵ Em seguimento pode-se assistir o florescimento do estudo da mediação no Brasil e surgimento de novas publicações sobre a matéria. As duas primeiras publicações foram consolidadas e atualizadas num só volume em 2018.⁶

Dificuldades e desvios

Entretanto, as dificuldades culturais de implantação da mediação no Brasil são compreensíveis se levarmos em conta o perfil de delegador do disputante brasileiro e a tradição da prerrogativa do Estado como o único elemento capaz de dirimir disputas.

Além disso, a educação propiciada pelas faculdades de direito, com sua estrutura voltada para a polarização, contribuiu para a relutância de usuários e mesmo de profissionais de resolução de conflitos na aceitação dos processos privados, notadamente da mediação.

Como agravante, a resistência de advogados e mesmo da OAB face ao desconhecimento da matéria, criou o equivocado entendimento de que a mediação competiria com advocacia.

⁵ *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*, Maria de Nazareth Serpa, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1999 e *Mediação de Família*, Maria de Nazareth Serpa, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1999.

⁶ *Mediação – Uma Solução Judiciosa Para Conflitos*, Maria de Nazareth Serpa, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2018.

Em 2015, por ocasião da Lei de Mediação, alimentou-se a ilusão de que finalmente contaríamos com uma uniformidade tanto no estudo quanto na prática de mediação. Mas a realidade foi que a Lei, confundindo neutralidade com imparcialidade, autodeterminação com autonomia da vontade, entre outros desvios, provocou grandes descaminhos para o instituto. Além de outras considerações, houve uma flagrante mutilação da mediação baseada em princípios.

Mas na continuação, destarte toda a precariedade de pavimentação da mediação no Brasil, o que mais afetou a sua teoria e provocou as dificuldades de implementação, tanto nas lides judiciárias quanto nas privadas, foi o que, por outro lado, incentivou a criatividade daqueles que se negaram a abrir mão dos seus benefícios.

Para gáudio da mediação, alguns estudiosos e praticantes escaparam do discurso na fábula de Esopo, a raposa e as uvas. Ao invés de dizer, “estão verdes”, porque não as posso alcançar, diferentes da raposa preferiram buscar recursos para chegar ao bem já vislumbrado e almejado.

As dificuldades detectáveis, que aparentemente desvirtuaram a mediação baseada em princípios colocando em descrédito todo o instituto, foram desvios diferenciados quando observados em diferentes ambientes. Tanto na arena judicial quanto no ambiente privado podem-se observar algumas saídas criativas, próprias do espírito imediatista brasileiro.

Essa é uma particularidade nacional brasileira onde o famoso *jeito* no entender do Professor Keith Rosenn, em seu livro,⁷ tem suas vantagens, mas também desvantagens. Nada a criticar a não ser a percepção do afastamento da clássica e irremovível roupagem da mediação *stricto sensu* enquanto processo judicioso. Assim considerado, a vontade das partes só poderá ser limitada pelos seus próprios interesses e não por leis ou ajustes jurídicos que mais apropriados estariam nos conceitos de outros processos resolutivos de disputas primários ou secundários.

O que fazer, então? Destituir o valor de tais práticas, lutar contra o fluxo cultural natural ou redirecioná-las para seu devido compartimento dentre os processos resolutivos?

Felizmente, passadas algumas décadas, o cenário da ADR começa a se desanuiar.

A matéria é hoje obrigatória nas Faculdades de Direito, os cursos de pós-graduação apresentam conteúdo inclusive de gestão de conflitos.

⁷ *O Jeito na Cultura Jurídica Brasileira*, por Prof. Keith Rosenn da Universidade de Miami, Flórida Faculdade de Direito, Editora Renovar, Rio de Janeiro 1998.

A OAB já há alguns anos capitulou ante o vigor do movimento pró-formas resolutivas não adversárias e advogados, a princípio relutantes, já se enfrontam em acatar o inevitável, outras formas de evitar o embate judiciário, considerando, arbitragem, mediação. Mas atualmente existem inúmeros processos ainda pouco divulgados no Brasil como, *Dispute Review Board* (DRB), *Dispute Adjudication Board* (DAB), *fact finding*, *facilitation*, e outros.

Mas a mediação, a menina dos olhos da ADR, foi naturalmente sendo adaptada às circunstâncias do ambiente onde era aplicada. E diríamos, que a criatividade impediu que todos os benefícios da ADR fossem desperdiçados.

A mediação judicial, por força de circunstâncias somente previsíveis por experiência ainda é limitada no trato com a mediação. Mediar e conciliar, a despeito de terem propósitos semelhantes, não se identificam. E o que se vê, com compreensíveis justificativas é a mediação ser transformada em “conciliação”.

O antigo instituto, inserido no Código de Processo Civil brasileiro como antessala de julgamento, ressurgia como inspiração vinda do trabalho de convencimento executado pelo juiz, agora desempenhado por um profissional sem toga chamado mediador judicial. Por outro lado, advogados assumiram o protagonismo do processo em detrimento da autoridade das partes e o papel do mediador, em muitos casos, foi minimizado.

Explicações não faltaram.

- em primeiro lugar, pelo exíguo tempo que previne a construção de confiabilidade no mediador e a disposição de ouvir e acatar a exposição de motivos e razões recíprocas, menos ainda criar espaço para exposição psicológica.
- segundo, pela lide com profissionais formados com hipotéticos pressupostos de proficiência, mas que diante das intrincadas dificuldades de aplicação adequada de técnicas mediadoras talhadas para permitir a capitulação de posições, demonstraram fragilidade. Posições são construídas durante anos e demoli-las é uma tarefa desafiadora que a mediação tem por mister enfrentar e que exige maestria e experiência.
- em terceiro lugar, a perda de participação efetiva do mediador na administração do processo.
- finalmente, mas não ao cabo, a perda da autoridade e protagonismo das partes para advogados que, ainda não estavam suficientemente preparados para limitar-se a proteger direitos individuais e confiantes em ajudá-las a lidar com interesses ilimitados em detrimento da segurança das restrições legais e jurídicas.

Na prática privada, os agentes ficaram à mercê de uma flexibilidade entendida como tudo pode e todos podem. Qualquer pessoa poderia atuar como mediadora ou mediador na chamada mediação privada.

A formação de mediadores, profissão legitimada pela Lei de Mediação, ficou à mercê de ilimitada informalidade. Superestimou-se o conhecimento jurídico em detrimento do conhecimento em ADR, e sobretudo a singular importância do conhecimento subjetivo dos mediadores para o qual algumas faculdades de direito no Brasil ainda estão se preparando para oferecer e que cursos de curta duração não podem propiciar.

Em compensação as mediações denominadas privadas pela Lei de Mediação brasileira, carentes de material objetivo de trabalho e atuação, começaram a vislumbrar caminhos mais vigorosos.

Apesar de existirem poucos escritórios de advocacia que adotam e se utilizam da mediação como carro mestre resolutivo de disputas, encontramos alguns que criaram práticas programadas onde existe a possibilidade de transposição do processo de mediação, tido como inicial, para outras formas resolutivas que restrinjam o poder das partes e mesmo a neutralidade do mediador.

Mas como mencionado, o que foi possível observar foi que existe uma transposição da mediação para processos de conciliação, adjudicação, ou mesmo arbitragem, aos moldes do análogo procedimento previsto pelas cláusulas contratuais escalonadas Med/Arb ou Arb/Med. Quando um não cumpre seu papel o outro é adotado, termina um e começa o outro. Dificilmente assistimos o retorno para a mediação principal.

Nossa proposta é a conservação da *principled mediation* como um processo consistente capaz de acatar outros processos no seu bojo resolutivo conservando seus princípios e sua integridade processual.

Mas quem atuou ou atua em mediações reconhece a dificuldade de se desenvolver e manter longe do impasse um processo de mediação nos moldes restritos por princípios da mediação. Sabe o quanto é difícil resistir à tentação de dar consultoria e abandonar parâmetros do processo mediado sem migrar para outros processos, normalmente mais estruturados.

Também se sabe quão nova é a ideia da autoridade das partes perante seus conflitos, sem falar dos aspectos técnicos de uma disputa. Não se discute considerar que partes em litígio ainda não estão plenamente preparadas ou confiantes para exercer as prerrogativas do poder decisório pleno dentro do processo. Não raramente são compelidas e clamarem por soluções, presumidamente favoráveis a seus interesses, fora do seu espaço pessoal. Mesmo assim sentem-se em desvantagem ao abrir mão da sua autoridade.

A prática da autoridade das partes perante seus próprios caminhos resolutivos ainda percorre um longo caminho cultural, mas já é reconhecida e praticada, mesmo com limites, pela mediação.

Com todas essas dificuldades a criatividade brasileira originou saídas oportunas na atividade de alguns mediadores.

Dentre eles já existem aqueles que aceitam e até mesmo adotam a inserção de algumas diligências extras num processo de mediação em curso. Já vivenciaram a necessidade da medida e a validade de manter vivo o processo mediador com sua estrutura de princípios temporariamente nos bastidores. Contudo, resguarda a mediação no seu todo como o genitor que dá liberdade a seu filho, mas ao mesmo tempo supervisiona e protege sua área de ação, sem abandoná-lo.

Esses profissionais puderam selecionar técnicos ou profissionais de várias áreas do conhecimento, afeitos a outros processos resolutivos que foram cruciais no auxílio de tomada de decisões dentro do processo de mediação. Por outro lado, com nomes glamorosos, vimos surgir estudos como Práticas Colaborativas, e outros que não foram computados neste trabalho pela especificidade do processo composto de mediação que tem seu nascedouro na *Principled Mediation*.

3 O que é *Principled Mediation*

Já é muito conhecido, na esfera da ADR, a denominada *Principled Negotiation* oriunda da teoria da negociação estudada e divulgada pelos programas de ADR de Harvard, publicadas em primeira mão no livro *Getting to Yes* por Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton (1981, 1991). A *Principled Negotiation* é uma negociação direta cujos princípios assentaram as bases de uma negociação assistida:

- Separar as pessoas do problema
 - Concentrar nos interesses, não nas posições
 - Gerar opções para ganhos mútuos
 - Insistir em usar critérios objetivos
- analogia, entende-se a *Principled Mediation* como um processo também baseado em princípios próprios, a saber:

1. Neutralidade do mediador
2. Autoridade das partes
3. Imparcialidade do mediador
4. Processo privado
5. Voluntariedade
6. Confidencialidade e confiança
7. Flexibilidade
8. Não adversariedade

Estes princípios compõem a definição de mediação propriamente dita como:

Um processo *privado* (envolvendo particulares), *não adversarial* (sem polarização de posições) *voluntário* (baseado na vontade das partes), *flexível* (não obedece a qualquer estrutura normativa), *confidencial* (relativa aos fatos, ocorrências e conteúdo do conflito ou disputa), *conduzido por um terceiro neutro mediador* (sem interferência no mérito das questões discutidas), *imparcial* (sem interesse em favorecer qualquer das partes), protetor do processo, mediante *autodeterminação das partes* (autoridade decisória baseada em interesses), que auxilia pessoas ou grupos de pessoas a resolver conflitos e/ou solucionar disputas.

Convém enfatizar para maior acuidade no entendimento do princípio da autoridade das partes (autodeterminação) que, em última análise essa autoridade se consubstancia na possibilidade de negar ou aceitar qualquer proposta, ou condições apresentadas antes, durante ou até o termo da mediação. Mesmo que eventuais propostas possam receber adjetivação negativa, se passadas pela aprovação ou aceitação das partes, não significa o ataque ou desconsideração do princípio.

Antes de a mediação ser considerada, o que se valorizava ao se falar em resolução de disputas é o que hoje jocosamente se chama de advocatícia *pitbull* baseada em sustentação vigorosa de posições baseadas em estruturas onde as partes, ao entrarem num processo resolutivo, abdicam de sua autoridade decisória e perdem o controle da disputa e até aceitam a possibilidade de capitular quanto ao mérito do litígio. Em suma, numa postura diametralmente oposta à *principled negotiation* e por consequência à *principled mediation* que tem como seu principal trunfo o enaltecimento e acato absoluto da autoridade da parte, respeitada, inclusive pelo mediador.

E é essa neutralidade, evidenciada como o outro princípio que diferencia a mediação de todos os outros processos resolutivos de conflitos ou disputas.

Verifica-se então que, se por um lado esses princípios erguem o processo de mediação que por razões sobejamente explanadas é o processo resolutivo judicioso, não se pode desconsiderar que existem circunstâncias em que eles podem ser atacados, não por força do processo mas por circunstâncias que envolvem as próprias partes ou características do próprio conflito.

A *principled mediation* foi o resultado de um longo estudo sobre resolução de conflitos nos Estados Unidos, conduzida nos anos 90 por esta autora. Esse trabalho evidenciou que, em tese, a mediação pode ser utilizada para solucionar qualquer disputa, por qualquer parte. Seus princípios resguardam, como nenhum outro processo a liberdade de ação dos disputantes. Contudo, sua utilização ao longo da prática, demonstrou que nem todas as partes estão preparadas para mediar, e nem todos os conflitos podem ser mediados, seja por posições subjetivas ou mesmo objetivas.

Se subjetivas e adentram no terreno das ideias definidas, geram posições irremovíveis postadas em conceitos de religião, política e outros. Diante desses conflitos de interesse as partes se imobilizam para qualquer gesto pró-negociação. Somente uma decisão pronta, fora do contexto mediador pode dissolver o conflito. Neste caso as partes perdem seu poder decisório.

Nas posições objetivas, por sua vez, as disputas envolvem questões que simplesmente fogem ao domínio das partes, o que não significa que elas queiram ou tenham de abandonar todo o processo de mediação.

Abandonar não, mas sim reconhecer que precisam de algum suporte técnico, científico, etc., de suficiência para sustentarem o domínio da disputa.

Na busca desse suporte as partes delegam autoridade, não para decidir sobre as questões, mas para serem municiadas com informação que preencha o hiato no seu campo de conhecimento. Esse conhecimento é que permite liberdade de ponderação e ação no momento de decidir. Legitima questões e enriquece a autoridade.

Essa legitimidade persevera até quando uma decisão oriunda de um processo adversarial é acatado pelas partes.

Entende-se então que o ato de delegar a autoridade não significa abrir mão do poder decisório. A própria delegação da autoridade é, na mediação, exercício de autoridade.

Respeitando os princípios da *principled mediation*, a identificação do momento e do objeto da delegação de autoridade, bem como a preparação das partes para esses incidentes, faz parte das atribuições do mediador como administrador do processo. Em suas mãos está a continuidade da dinâmica resolutiva ou o impasse.

Mas a prática da mediação também já indicou que existem disputas que não podem permanecer somente sob a égide da autoridade das partes e sem isso não existe mediação.

A opção pela autodeterminação contrariou a cultura da delegação de resolução de disputas para o Estado, mas admitiu essa delegação para processos privados até para aqueles que tenham caráter vinculante.

É sabido também que a mediação não é um processo vinculante e que não se sustenta em provas e depoimentos a exemplo do processo judicial e outros processos adversariais. Mas de conformidade com o princípio de voluntariedade e aceitação das partes, comporta conclusões fornecidas por processos auxiliares para tomada de decisões desde que contratadas pelas partes que de antemão aceitam os resultados como consultas ou até como sentenças.

Nesse momento impera a autonomia da vontade das partes, um acordo de procedimento e aceitação específica dentro da mediação. Essas respostas,

contudo, só terão caráter vinculante dentro da mediação mediante prévia e conjunta decisão ou aceitação das partes.

Como

Identificado o problema, encontrada a solução no ato de delegar autoridade, resta saber como.

Para resolver questões técnicas, fornecer esclarecimentos, informações e até mesmo laudo, existem, em número cada vez maior, processos que oferecem serviços cada vez mais diferenciados. São processos que, por dever de proposta e de expertise, buscam mérito conclusivo, seja para elucidar a respeito de quantidade, valor, qualidade e mesmo validade nas questões. Dentre eles encontram-se, inclusive, uma gama de processos adversariais.

A função primordial desses processos é a consecução de conclusões oriundas de suas especialidades. Podem expressar imperativos categóricos, sejam substantivos ou processuais, que podem ser acatados como soluções prontas mediante contratos.

Como

Diante da impropriedade de macular ou diminuir seus princípios, partimos para buscar as possibilidades teóricas de ampliar o escopo da mediação no sentido de comportar no seu caminho de resolução de disputas mediadas que ampliassem o poder resolutivo para a disputa - sem eliminar ou mutilar qualquer de seus princípios.

A ideia mais satisfatória apresentou-se na abertura da *principled mediation* para que novos princípios, técnicas e procedimentos, encerrados em outros processos fossem convidados e pudessem atuar junto às questões conflituosas da mediação sem interferir na atuação das partes ou do mediador. Esses convidados entrariam com suas próprias compostura, mas teriam hora para sair.

Seu desempenho seria como se tivesse como alvo somente um elemento da *principled mediation*, a disputa concentrada em questão ou questões definidas.

Em outras palavras ocorreria o fracionamento da continuidade do processo para inserção de novas possibilidades de resolução longe dos outros elementos da mediação, o mediador e as partes.

Todas essas intervenções ocorrem como um artifício mecânico de abertura de espaço temporário para que o entendimento de determinadas questões em discussão receba um tratamento fora do contexto em curso de forma oblíqua e tangente e retornem como peças informativas e deliberativas a serem acatadas voluntariamente pelas partes.

Finalmente, uma criação técnica que permitisse focar a mediação de forma “composta”, com outros elementos fora do escopo da “mediação simples”, integrantes de outros processos adiante definidos.

Em primeiro lugar

Para que isso ocorra, não como ampliação das técnicas do processo de mediação, mas como acato, de forma autônoma mas adjunta ao processo de mediação, da integra de outros processos resolutivos com suas técnicas, princípios, elementos, etc.

Dessa forma estaria sendo respeitado o conteúdo e a continuidade da *principled mediation* e ocorreria uma ampliação dos recursos resolutivos para a disputa.

4 Multi-door mediation

Multi-door mediation (mediação multiportas) é então entendida como o processo baseado em princípios mas aberto para utilização de outros processos resolutivos com suas teoria próprias os quais, por sua expertise, possam juntar-se, como processos auxiliares a um processo mediado para contribuir com soluções de questões pontuais extraídas de uma disputa quando as respostas estejam fora da capacidade das partes ou mesmo do mediador.

Para melhor entendimento da proposta de *multi-door mediation*, consideramos importante a classificação de mediação em:

Mediação simples

Mediação simples é aquela que comporta os elementos básicos para o processo, quais sejam as partes, sua disputa, e o mediador. Desenvolve-se com as técnicas e ferramentas próprias encerradas nos princípios elaborados acima. Não comporta interferência, seja não adversarial ou adversarial, de qualquer outro processo alternativo de solução de disputas.

Mediação composta

Por sua vez, a mediação composta permanece circunscrita em princípios e, mesmo mantendo sua estrutura não adversarial, acata outros meios, aqui denominados processos auxiliares, no seu bojo resolutivo.

Esses meios podem ser:

Processos oblíquos ou paralelos

Estes meios constituem-se em processos auxiliares oblíquos ou paralelos, que tenham por função desatar incongruências expostas no processo principal. Esses processos não modificam as características do processo principal nem

perdem suas características próprias. Objetivam fornecer informações e soluções que possam preencher as lacunas de conhecimento e capacidade das partes normalmente apartados das do mediador, relativas a conflitos integrantes do complexo da disputa.

Esses processos têm a função de fornecer documentos adjetivadores para as questões sob sua incumbência, nas formas variadas e adequadas de dossiês, relatórios, laudos, sentenças arbitrais, pareceres, diagnósticos, avaliações, conformações, fotos, etc. que funcionem como critérios para decisões dentro do processo de mediação.

Entretanto, esses documentos, são tacitamente acatados pelas partes não como provas com força imperativa, mas como esclarecimentos solicitados pelas partes para auxiliar suas decisões. Entretanto, determinados resultados como laudos arbitrais, são previamente considerados pelas partes.

Processos integrantes da mediação composta: processos paralelos e processos oblíquos

Diz-se “paralelos” quando acontecem simultaneamente, acompanham o processo principal, e resolvem questões diferentes das em andamento no processo principal. Também se diz “paralelos” porque determinadas diligências executadas por profissionais fora do processo de mediação, buscam esclarecimentos, confirmações, indicações, e informações relativas a determinadas questões que compõem as disputas mediadas, que fogem da esfera de conhecimento e domínio, tanto das partes quanto do próprio mediador.

Os processos oblíquos, aqui entendido, são aqueles que nascem dentro de um processo primário, principal, assumem seus próprios princípios e procedimentos, e em cumprindo seu propósito, retornam na forma de soluções que deverão ser acatadas pelas partes. Processos oblíquos se inserem no bojo do processo linear sem macular o andamento do processo principal.

Expusemos acima que, a rigor, tratam-se de processos secundários, auxiliares e podem ser denominados oblíquos não porque sejam sub-reptícios ou contrariem os princípios da mediação, mas porque se apresentam como um jeito acessório, artificial para ser utilizado pela mediação.

Por que complementar uma mediação simples?

Quando uma mediação evolve dentro de seus parâmetros de pacificação e harmonização de questões conflituosas, propostos pelo processo cria uma atmosfera de confiança e conforto entre as partes. Essa atmosfera tem o condão de propiciar disposição para a consideração e mesmo reconhecimento de legitimidade nas demandas. A conservação desse clima é primordial para possibilitar

a negociação mediada, inclusive a definição e indicação a respeito de eventuais processos complementares.

O mediador Constantin-Adi Gavrilă (Craiova Mediation Center, na Romênia) chama isso “a mágica que o mediador pode fazer”⁸ como sua função principal. Sem os efeitos dessa mágica é muito difícil ter bom *êxito* e levar adiante a construção de um entendimento e possível acordo.

A mediação simples, para tomá-la como ponto de partida, é o espaço apropriado para a construção de um campo de trabalho que comporte acidentes constitutivos na figura de processos auxiliares, e não uma arena de luta.

Digamos, esse campo significa o corpo que sustém todos os *órgãos* representativos de questões conflitantes dentro de um só contexto vital. Campo este que é uma unidade resolutive, oxigenada o suficiente para propiciar e permitir que cada um dos conflitos seja identificado e solucionado de forma cooperativa, como tarefa comum.

Isso é o que chamamos de sustentáculo da dinâmica resolutive da mediação pautada na autoridade das partes e na neutralidade do mediador. Isso somente é possível dentro do clima acima descrito.

Porque processos fora do contexto da mediação

Mas, mesmo dentro dessa atmosfera de confiança da mediação é comum deparar-se em sessões de mediação em curso com emergências que fogem à capacidade das partes para preferir decisões, gerando um desequilíbrio na sua autoridade.

Normalmente são questões complementares de mérito já decididos, como estimativas, dimensionamento, falta de dados, discordância em avaliações fornecidas por um só lado, históricos reveladores, importâncias pessoais, ou mesmo indicativos legais e tantas outras.

Não raramente a falta dessas respostas leva ao impasse numa mediação. E na melhor das hipóteses, prolonga o tempo das sessões com discussões redundantes que ainda podem provocar, agravamento de estados emocionais, etc., e novas discussões.

A chamada de processos auxiliares para complementar o processo principal de mediação justifica-se pela interrupção de uma linha de raciocínio circunscrita ao universo das partes e do mediador, como atalhos para a mesma rota

Esse escape para esclarecimento pautado em critérios objetivos e imparciais é um sustentáculo para a integridade do processo de mediação baseado em

⁸ Adi-Gavrilă, Constantin. What kind of Mediator magic can a mediator do. Kluwer Mediation Blog, Set, 14 2020, ver www.mediationblog.kluwerarbitration.com/2020/09/14/mediator-magic/

princípios. O abandono desses princípios em troca por outro processo tem sido considerado e usado com bons resultados, mas pode redundar no retrocesso ao conflito e incrementar a disputa quando destituídos da atmosfera não adversarial da opção e não da alternativa de resolução.

A dinâmica da mediação pautada nos parâmetros acima mencionados é onde o curso resolutivo se desenvolve. Sem ela a mediação não existe.

Mas, há que se considerar o dito popular: o diabo se esconde no pormenor. Os incidentes no percurso nem sempre podem ser evitados e por menores que sejam podem ameaçar o sucesso de uma mediação no seu todo. E esse é o momento onde o recurso do olhar momentâneo para fora do processo pode impedir a escalada de resistência das partes para a tomada de consciência de verdades ainda fora de seu domínio.

Os processos auxiliares vêm ao encontro desses olhares como socorro elucidativo, contributivo e preventivo de eventuais impasses. Também redireciona as questões de forma a mostrar diferentes ângulos ainda não explorados pelas partes.

A juntada de outros processos busca trazer dados ainda não computados e novo arrazoado para compor o todo resolutivo. Evita assim o desgaste da repetição dos mesmos argumentos, o que desarma e permite fluidez para o andamento do processo de mediação.

Faz parte do cotidiano da mediação o revezamento, combinação e consideração de inúmeras técnicas chamadas de ferramentas, oriunda de diferentes disciplinas no seu corpo processual. Mas não é de técnicas ou ferramentas da mediação que estamos nos referindo. Aqui se quer valorizar a efetividade de outros processos resolutivos, chamados para cooperar como partes do todo de uma mediação de forma independente e autônoma.

Na prática isso ocorre quando se acata e se insere no processo de mediação simples outros processos resolutivos. Esses processos atuam conservando suas técnicas próprias para obter e trabalhar informações com o fito de fornecê-las para interessados integrantes de um processo de mediação, antes, durante ou com fito conclusivo. As informações podem ser dados, pareceres, laudos e dossiês, etc. a serem apresentados como respostas oportunas consideradas soluções parciais dentro do percurso mediador.

5 Por que processos acessórios?

A mediação é uma via asfaltada sem sinalização onde trafegam litigantes, negociadores e pré-litigantes com o olhar fixo numa direção única, a resolução de um entrave mediante consideração e tratamento de interesses.

Nessa estrada singular existe apenas um liame – um fator subjetivo, a credibilidade e confiança no caminho oferecido refletidas na figura do profissional neutro que tem, por força dessa velada autoridade a função, dentre outras de um sinalizador de momentos onde oportunos atalhos podem ser considerados.

Para considerar a inserção de processos auxiliares na mediação tanto o mediador quanto as partes emprestam suas prerrogativas, passando o bastão de protetor do processo no caso do mediador e transferência de autoridade no caso das partes.

O ritmo e o compasso são articulados pelo agente sinalizador, mas os recursos, por não virem do arsenal das partes, têm de ser adquiridos fora dos limites da estrada.

O percurso na pavimentada via é norteado pelo agente mediador mas em razão da disparidade de condições objetivas e subjetivas dos viajantes nem sempre são acompanhados pelos caminhantes de forma igual. E as paradas são inevitáveis, seja por razões triviais de acomodação ou desconforto, na forma de falta de entendimento, reconhecimento e aceitação de arrazoados ou exposição de motivos apresentadas pela outra parte, seja pela necessidade de esclarecimento técnico, as interrupções no trajeto informal da mediação. Acidentes esses que conclamam o abastecimento de nutrientes capazes de restaurar o vigor das partes na caminhada rumo a satisfação de seus interesses.

E a forma do acato é que determinará a continuação ou estagnação da jornada pela estrada oferecida pelo condutor. A recepção da sinalização dá-se em razão da confiabilidade desenvolvida pelo mediador, como princípio.

Baseado nessa confiança o mediador desenvolve uma de suas funções conduzir as partes do processo de mediação apontando para as sinalizações a serem atendidas.

Mas os tropeços seguem o mesmo passo, ou cansaço, baseados na devolturna da execução da jornada.

Não de forma a amalgamar-se ao conteúdo teórico processual flexível de mediação simples, mas como composição de processos adversariais ou não, na qualidade de processos íntegros auxiliares, paralelos, que objetivem, desatar equívocos para dar continuidade ao processo de mediação.

6 Por que manter a mediação como processo principal e não passar para outros?

A resposta a essa pergunta ainda permanece no âmbito da própria existência da mediação como processo não adversarial. Ainda se discute sobre o próprio conceito de mediação.

Uns entendem que o processo pode propiciar toda sorte de intervenção de terceiros sem qualquer restrição. Passando por visões levemente diferentes depara-se com o outro lado onde se situam aqueles que entendem que a mediação pode ser interpretada como um processo regido por princípios e que qualquer supressão ou inserção representa o descompromisso com o processo mediador.

Dois princípios, o da neutralidade do mediador e o do poder soberano das partes – embora muitas vezes as próprias partes não sabem como aproveitam O por si só colocam a mediação num patamar único. Não sem razão. Uns defendem que este é um entendimento ortodoxo e que é quase impossível de ser desempenhado. E do outro lado há aqueles que defendem que é um entendimento plenamente compreensível e aplicável à mediação no seu molde clássico e original, com o devido acato e respeito aos seus princípios e parâmetros.

Essa *principled mediation*, por força de suas características, é o único processo resolutivo onde as partes, em tese, controlam o destino de suas próprias desavenças. Sair desse contexto é voltar aos métodos tradicionais onde as partes têm sempre papel coadjuvante.

Pragmaticamente para esta defesa argumenta-se que o diálogo entre as partes e o mediador permanece em um nível de cumplicidade tácita porquanto existe uma manifesta aceitação da total responsabilidade de cada parte e da total isenção de julgamento por parte do mediador.

E isso ocorre, diferencialmente de todos os outros meios resolutivos de conflitos, somente na mediação na sua acepção restrita enquanto processo. Somente sob a proteção desses princípios as partes se capacitam para o desafio de resolver seus próprios conflitos. Encontram guarida na mediação onde tais conflitos são tratados na sua versão original, apresentados e dissecados pelos próprios protagonistas. Por si só esta é a razão pela qual se tem na mediação o processo perfeito que não deverá ser abandonado.

Mas ocorrem circunstâncias dentro do processo em que o restrito uso da mediação clássica coloca o conflito diante de impasse. Nesse momento, a condução para respostas que ele não pode fornecer, sem ferir a suscetibilidade e autoridade das partes ou colocar em risco a confiança na sua neutralidade, encontra guarida na oferta de processos paralelos. Daí a importância do conhecimento sobre esses processos.

O que se quer enfatizar é que o aceno à possibilidade de utilização desses processos e seus critérios objetivos não significa a abdicação da neutralidade do mediador e nem a renúncia pelas partes de sua autoridade. O mediador pode apontar para fórmulas solucionadoras cujos parâmetros mesmo não contemplando os mesmos princípios da mediação, são aceitos pelas partes e conduzidos

de fora do conteúdo mediado para cooperar com o arcabouço em curso que é o principal.

Na prática, em disputas de menor complexidade, as informações ou critérios fora do contexto das partes tem guarida no comportamento do mediador no âmbito interno da mediação. Podem e devem ser fornecidas sob a legitimidade da função de “agente da realidade” que lhe é pertinente. Entretanto a quantidade e qualidade de critérios dessas informações podem soprar desequilíbrio na neutralidade do mediador e aparentar parcialidade, se não forem apresentadas cuidadosa e oportunamente.

Mas as mediações de grande complexidade, envolvendo múltiplas partes, inúmeras questões discordantes, além de vultosas perdas materiais e mesmo pessoais, exigem avaliações que funcionem não só como critérios e informações orientadores e legitimadores de reclames, mas que importem em fatores de capitulação de posições.

Por exemplo, numa experiência em mediação desta autora, que envolveram questionamentos sobre bens imobiliários e societários. Tratava-se de uma sociedade por cotas com responsabilidade limitada. Três empresas, uma corretora de imóveis, uma firma de contabilidade e uma de engenharia foram contratadas pelas partes envolvidas em uma divisão de bens e responsabilidades, para emitir laudos, fazer avaliações e prognósticos. Cada uma das empresas utilizando-se de seus próprios meios e técnicas, consolidando processos estruturados, para identificar fatos, avaliar bens imóveis comerciais e industriais, estimar dimensões de construções, responsabilidade de gestão etc., desenvolveram conclusões que foram recebidas, mesmo contrariando algumas posições iniciais, como orientadoras da divisão do acervo plenamente lançada no termo da mediação. Essas determinações feitas pelos profissionais como *experts* foram aceitas pelas partes como vinculantes e não meras recomendações, conforme o processo auxiliar de *expert determination* dentro da própria mediação. A mediação que já ia para sua terceira ou quarta sessão promoveu um acordo satisfatório.

E para tanto as perguntas persistentes são: Como desenvolver um processo onde todos os elementos e princípios da mediação permanecessem inalterados e se possa contar com técnicas, ferramentas e princípios alheios ao processo clássico de mediação?

Como se dá a inserção de processos auxiliares

A mediação perde o seu escopo resolutivo e cede espaço imperativo para o direito que a lei resguarda, sob a chancela de outras intervenções aptas a apresentar soluções prontas.

Então se concebe a abertura de espaço temporário para que o entendimento de determinadas questões em discussão no processo de mediação receba tratamento fora do contexto em curso de forma oblíqua e tangente.

O processo simples de mediação (com seu início, meio e fim, seus elementos, partes e mediador) então se transforma num processo composto, na medida em que é complementado por diferentes processos com diferentes conformidades.

O importante é que os processos chamados venham para o edifício da resolução como janelas e portas, umas iluminadoras de peças do intrincado da disputa e outras para permitir a entrada e saída de componentes necessários para o cenário eventual. Esses movimentos são eficazes até mesmo para o reconhecimento do terreno onde o conflito se instala. A utilização, numa única mediação de todos os recursos extra mediação propiciados por valiosas estruturas de outros processos resolutivos como a da conciliação, da facilitação, do *fact finding*, da *early neutral evaluation* (avaliação preliminar por neutro), da *expert determination* (determinação do especialista), do *Dispute Review Board* (DRB) ou *Dispute Adjudicatory Board* (DAB), da adjudicação e outros processos privados, não adversariais, ou até adversariais, numa mesma peça processual resolutiva são primordiais.

Aqui um processo auxiliar até pode ser adversarial e a solução extraída pode conter respostas de certo e errado, adequado, inadequado etc. O importante e que possam compor o processo resolutivo da mediação trazendo respostas de antemão aceitas pelas partes a respeito de uma ou mais questões, desde que ajude na resolução da disputa em sua totalidade, como:

1. Identificando questões de difícil resolução – normalmente essas questões ou dificuldades já surgiram no desenrolar do processo principal e não puderam ser solucionadas devido à deficiência de dados, informações, etc. necessárias para propiciar às partes uma decisão consciente.
2. Delegando para profissionais específicos em adequados e definidos processos a resolução de determinadas questões – identificadas as questões o próximo passo é a identificação de processos que possam contribuir para o preenchimento de lacunas no complexo das divergências da disputa.
3. Incorporando o resultado previamente aceito pelas partes – o mérito das questões já não será objeto de discussão dentro do processo principal. Presume-se que o esclarecimento fornecido pelo processo auxiliar seja inquestionável e que a autoridade escolhida tenha o crivo da aquiescência antecipada das partes. Evidentemente, por mais que vigore a expressão “o que é combinado não é caro”, a assertiva não é absoluta porque volta para o domínio das partes no processo de mediação onde

uma autoridade é somente negociável perante a autoridade de outra parte.

7 Processos qualificados para compor um processo de mediação

O elenco de processos oblíquos conhecidos é robusto, mas as formas criativas em evolução e criação podem ser inumeráveis. Dos mais abrangentes aos mais específicos, se abordarmos sua capacidade resolutiva, cada processo, escolhido para compor um processo mediado por princípios, têm função e validade pontuais normalmente já reconhecidas pelo universo de recursos usados pela sociedade em auxílio de suas necessidades, seja de apoio para saúde física ou psicológica, para estrutura de patrimônio, estabilização financeira, segurança de projetos e tantas outras necessidades do universo humano.

Cada processo é escolhido, abordado e utilizado não de acordo com suas características e princípios, mas logicamente pelo serviço auxiliar que podem oferecer.

Cabe aqui então definir alguns processos resolutivos, que rigorosamente podem se qualificar como processos paralelos e secundários auxiliares, paralelos ou oblíquos, por serem por força de expertise, revestidos de autoridade para fornecer soluções. Devemos acrescentar que esta listagem não esgota a possibilidade de inserção de qualquer outro processo, seja não adversarial ou adversarial, desde que aceitas de comum acordo pelas partes.

Essa listagem representa, simplesmente, uma mostra de alguns processos usados como auxiliares da mediação. Não representa a totalidade dos processos admissíveis porquanto o número cabível é grande e existe uma fonte de novos processos ainda não experimentados, outros ainda não criados que, poderão também ser acatados.

Fact-Finding (Determinação de Fatos)

O *fact finding* está talhado para descobrir fatos envolvendo determinadas ambiguidades relativas a narrativas dentro do processo de mediação. O uso das evidências deverá ser fator de clareamento e discernimento das partes rumo a uma decisão a ser incorporada no processo.

Do original *Neutral Fact-finding*, ou buscador de fatos, trata-se de um processo onde um terceiro, neutro, selecionado por partes em disputa, investiga uma situação, reporta ou dá testemunho de determinado fato. É um processo dito primário mas que na prática pode funcionar como processo auxiliar, inclusive é sobejamente utilizado para clarear fatos em processos judiciais.

O processo investigativo neutro é particularmente útil para resolver questões com respostas oriundas da ciência ou setor de finanças (valor de um bem no mercado, por exemplo), bem como complexas disputas sobre a veracidade de determinados fatos, ou particularidades como incidência, continuidade de ocorrência, nexos causais ou prováveis consequências, relacionadas a conflitos dissecados em processos judicialmente e também por utilização privada nos processos de mediação.

O resultado dessas investigações ajuda na reprodução de fatos ou coleta de depoimentos através de oitiva de terceiros esclarecedores nos conflitos de relacionamento, no parecer psicológico para descarte de processos resolutivos (terapia), nos conflitos de dados ou contingentes, e tantos outros.

Convém repetir que esses resultados apresentados continuam na esfera de discussão ou aceitação das partes. Muito embora as medidas tenham sido aceitas previamente.

Como um exemplo concreto, um advogado em Miami atuou como mediador de uma disputa *multi-parte* da Câmara de Comércio Internacional (CCI – Paris) entre uma geradora de energia elétrica na América Central, uma seguradora norte-americana e uma resseguradora europeia. A disputa era sobre os prejuízos sofridos pelas grandes e sofisticadas máquinas-geradores de eletricidade, causados por um forte temporal na América Central. O *fact-finding* foi importante para demonstrar a relação de causa e efeito dos danos.

O *fact-finding*, por ser um processo técnico, pode ser usado tanto através de uma firma de consultoria contratada pelas partes, ou pode ser utilizado pelas próprias partes na busca de fatos a serem considerados na própria mediação.

É interessante o exemplo dado num programa educativo sobre negociação integrativa: “*Dispute Resolution Through Joint Fact-Finding*”⁹ envolvendo um conflito entre um empreendedor e uma comunidade sobre a construção de um edifício de condomínio. De um lado os residentes alegavam que a construção daquele prédio de tamanha altura provocaria congestionamento de trânsito e muito barulho. O empreendedor então contratou uma firma de consultoria para demonstrar que a construção traria mais benefícios à comunidade que prejuízos. Os residentes, por sua vez, buscaram evidência com conclusões opostas. As partes então decidiram tomar para si, dentro de um processo de mediação, as considerações de ambos os laudos para encontrar uma solução conjunta, respeitando as técnicas conclusivas do *fact-finding*.

⁹ “Integrative Negotiations: Dispute Resolution Through Joint Fact-Finding – When to use joint fact finding to settle a dispute”, May 12, 2020, <https://www.pon.harvard.edu/daily/conflict-resolution/dispute-resolution-through-joint-fact-finding/>

Early Neutral Evaluation (“ENE”)

Aqui, um neutro escolhido pelas partes por seu *expertise* vai um passo adiante, ouvindo as partes e *emitindo um parecer com recomendações* que normalmente não são vinculantes, mas tem um certo peso com as partes. Neste método, os neutros podem ir além dos puros fatos para incluir conclusões sobre a lei aplicável aos fatos etc. A ENE vem sendo utilizado na arena internacional. Nos Estados Unidos, foi introduzida nos tribunais do Estado da Califórnia nos anos 80, especialmente em disputas familiares. Na Malásia, os tribunais acabaram integrando ENE com mediação nos processos civis complexos.¹⁰ A Câmara de Comércio Internacional (CCI – Paris e São Paulo) oferece esses serviços através do seu *Center of Expertise*.¹¹

Facilitação - Facilitation

Devemos lembrar que a palavra *facilitation* em inglês, nos Estados Unidos pelo menos, normalmente se refere a um processo de arranjar os procedimentos e as “regras da estrada” para conduzir reuniões entre grupos de pessoas, sejam da mesma organização ou entre entidades. Um exemplo foi o desenvolvimento por uma faculdade de Administração de Empresas de um Programa de Desenvolvimento de Líderes dentro de uma empresa de petróleo e gás.¹²

Não necessariamente tem a ver com existência ou não de um conflito (não manifestado) ou uma disputa (um conflito manifestado). E mesmo que houver conflitos ou disputas, não é tarefa do(a) *facilitador(a)* tocar no mérito do conflito ou da disputa. Da mesma forma no Brasil a facilitação dentro ou antes de uma negociação não vai tratar de questões de mérito, mas vai tentar aprimorar os meios de comunicação entre as partes.

Também comum é o uso da *facilitation* (facilitação). Ocorre no estágio preparatório ou mesmo intermediário ao procedimento de uma mediação complexa onde se busca o consenso entre membros de um grupo integrantes de uma situação conflituosa comum. Pode-se dizer que se constitui no alinhamento de integrantes de um grupo em conflito para facilitar o posicionamento das partes em face de estratégias de negociação com vistas à resolução de um conflito o qual, muito embora seja substancialmente similar, apresenta individualmente características próprias. Como se fosse uma mediação por uniformidade de propósitos ou meios

¹⁰ “Integrating Early Neutral Evaluation into Mediation of Complex Civil Cases in Malaysia”, *Journal of Politics and Law*, No. 7 (2014), Canadian Center of Science and Education, disponível através do serviço *HeinOnline*, ver <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/jpola7&div=54&ic=&page=>

¹¹ Ver <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/experts/>.

¹² Ver “Case Study 4 – Facilitation: Facilitation at Oil and Gas Organisation”, RMB Learning, <http://www.rmblearning.com/Case-Studies/An-example-of-Facilitation.aspx>

para resolução de questões conflituosas envolvendo uma só causalidade com diferentes efeitos.

A importância dessa intervenção no processo de mediação é facilmente explicável considerando a premissa da multiplicidade de partes e suas particularidades como fator de dispersão de intenções ou fins.

E esta razão, se apresenta como fator distintivo dos processos de mediação e facilitação que podem ser confundidos por alguns.

A facilitação tem no campo preparatório para a mesa de negociação com múltiplas partes seu lugar mais importante. A seara da mediação por sua vez, está preparada para comportar, dentro dos seus limites, tanto questões preparatórias quanto de instrução e informação. O uso da facilitação é uma estratégia usada nas circunstâncias descritas acima.

No contexto de alguns tribunais nos Estados Unidos, “*Settlement Facilitation*” é uma forma de mediação. O facilitador, ou mediador, ajuda as partes a chegarem a uma resolução, mas não define os termos do acordo. Ele ou ela ajuda as partes a avaliarem os pontos fortes e fracos de seus casos e até pode sugerir uma possível solução. Porém as partes têm o poder de criar seu próprio acordo conforme a satisfação mútua delas próprias. As regras locais impõem uma tentativa para facilitar muito casos “cíveis” (neste contexto, o termo “cível” se refere aos casos não penais), com algumas exceções. Os facilitadores podem ser escolhidos pelas partes, seus advogados, ou pelo Tribunal através do seu Departamento de ADR.¹³

Como se vê, o termo “*facilitation*” é definido e utilizado em vários sentidos diferentes. Talvez o melhor diferenciador entre facilitação e mediação é que a facilitação fica mais focada no próprio processo enquanto a mediação fica mais focada ao resultado¹⁴. Isso porque alguns entendem que o objetivo da mediação é o acordo, e nós entendemos que o objetivo da mediação é a resolução dos conflitos numa disputa que eventualmente pode resultar em acordo.

Dispute Review Board (DRB) ou *Dispute Adjudication Board* (DAB)

Em voga na Inglaterra desde 1994, por ocasião da construção do *English Channel Tunnel* (apelido “Chunnel”), e frutos do movimento pró ADR, estes podem ser considerados processos literalmente paralelos a uma mediação. Formam-se pela escolha de três pessoas – normalmente dois engenheiros, técnicos ou administradores em construção de projetos similares + um advogado - que, atuando diretamente nos sites de um projeto de construção civil, tem como função prevenir conflitos em designadas plantas de trabalho. O poder e a jurisdição desse

¹³ <https://thirddistrictcourt.nmcourts.gov/settlement-facilitation.aspx> (Tribunais do 3º distrito do Estado de New Mexico – EEUU).

¹⁴ “What Facilitation Is and How It Is Used”, no módulo 2 “Facilitation and Settlement Conferences”, ver <https://lawshelf.com/videocoursesmoduleview/facilitation-and-settlement-conferences-module-2-of-5/>

conselho advém de contrato firmado entre as partes e funciona mesmo concomitantemente a um processo de mediação que objetiva resolução de um verídico conflito. Diferentemente de outros processos acessórios, estes transcorrem contínua e concomitantemente ao processo principal de mediação.

Uma outra diferença notável é que os DRBs ou DABs estão já estabelecidos no próprio início do projeto de construção, antes do surgimento de qualquer disputa entre as várias partes. O objetivo é minimizar ou até eliminar demoras na construção do projeto quando há diferenças ou disputas entre as partes sobre vários aspectos do projeto sobre desenho, técnicas de construção, prazos, custos etc.

DABs e DRBs são mais encontrados em grandes projetos de construção e infraestrutura como aqueles para os estádios dos Jogos Olímpicos Rio-2016. Um advogado envolvido nesses projetos no Rio informou que felizmente, não houve necessidade de acionar os DRBs no Rio. Um DRB normalmente fica autorizado no contrato entre as partes para emitir opiniões não vinculantes, enquanto um DAB fica autorizado para emitir decisões vinculantes. Dependendo da natureza da cláusula contratual, decisões dos DABs podem ser recorridas por meio de arbitragem.

Os DRBs e DABs são constituídos no início do projeto, antes do surgimento de qualquer disputa entre as partes. Eles são paralelos e antecedem o próprio processo de mediação. Ou a mediação pode constituir em si um processo oblíquo num DRB ou DAB. Considerando que o DRB ou DAB têm função de prevenção, bem como resolução, os neutros do DRB e DAB são pagos antecipadamente.

Existem várias instituições que oferecem apoio na área de *Dispute Boards*, como a CCI – Paris e São Paulo por exemplo.¹⁵ A Dispute Resolution Board Foundation (<https://www.drb.org>) oferece informações básicas sobre as características e funcionamentos dos DRBs e DABs.

A *expertise* nesses processos acessórios é fator crucial em algumas disputas. Peritos e facilitadores com seus laudos e dossiês trazem afirmações basicamente incontestes no espaço de domínio das partes porquanto estão atrelados a estruturas técnicas ou a evidências incontroversas. São providenciais no realavancamento do processo de mediação.

Adjudicação

Não podemos entender adjudicação *lato sensu*, que significa “através de juízo”, tampouco como o instituto do Código Civil que define a transferência de posse ou propriedade através de sentença judicial ou administrativa.

Relativamente ao mundo de ADR, adjudicação significa um método padrão de resolução de disputas na área de construção adotado em muitos países de

¹⁵ <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/dispute-boards/>

common law. No Brasil pode ser inserida perfeitamente dentro de um processo de mediação em conflitos de avaliação estimativa relativos a danos de imóveis ocorridos seja por acidentes ou responsabilidade subjetiva.

Essa busca de juízo, que em última instância define o instituto, por si só já coloca o processo numa posição antagônica à mediação. Enquanto o juízo sedimenta posições, a mediação valoriza interesses. A adjudicação sim pode ser a alternativa, ou seja, a outra solução alternante à mediação.

Entendemos que em tese, uma decisão adjudicada pode ser pedida por partes num processo de mediação e posteriormente recebida de volta como uma decisão integrante do complexo decisório de uma disputa.

Com grande reserva pode-se falar de *adjudicação* no bojo do processo de mediação. Pode-se entender que o processo, senão pela sua denominação, pelo condimento definido e vinculante do julgamento e da sua possibilidade de apelação, possa revezar numa mediação. Ao entrar e interromper o fluxo negocial, a adjudicação coloca o processo de mediação num caminho sem volta ou com remota possibilidade de retorno. Um processo aos moldes da prática inglesa, comum na indústria de construção na Inglaterra, propiciando uma polarização sujeitante e passível de apelação judicial, dificilmente recompatibiliza-se com o processo de mediação *stricto sensu*. Este é o desafio desta reflexão.

No Reino Unido, a adjudicação é um processo estabelecido por lei para contratos de construção. O conceito básico é “paga agora e discute depois” com o objetivo de proteger o fluxo de caixa dos empreiteiros. O prazo para o adjudicador chegar a uma decisão é dentro de 28 dias.¹⁶ Uma das vantagens é que o prazo é relativamente curto e sendo assim pode-se instalar no processo de mediação. O processo em si goza de alguma flexibilidade, em que as partes podem alinhar o processo, mas não podem renunciá-lo nem prorrogá-lo no seu contrato de construção.

Diferente dos DRBs e DABs descritos acima, a adjudicação existe por lei inglesa em todos tipos de construção (casas residenciais, etc.) e não apenas nos grandes projetos de infraestrutura. Os *adjudicators* podem ser advogados com especialização em construção ou especialistas em outras áreas de construção como engenharia, finanças, etc.

Por outro lado, nos Estados Unidos, *adjudication* se refere ao um processo administrativo frente a um órgão público, seja nível federal ou estadual, como Imigração, a Agência de Proteção Ambiental (EPA), etc., decidido por um *Administrative Law Judge (ALJ)*, normalmente um advogado. Eis mais um exemplo

¹⁶ Para informação detalhada sobre este processo, ver “Statutory adjudication of construction contracts in the UK”, Womble Bond Dickenson, 22 February 2017, <https://www.womblebonddickinson.com/uk/insights/articles-and-briefings/statutory-adjudication-construction-contracts-uk>

do antigo ditado que “ingleses e norte-americanos são povos separados por uma linguagem comum”.

Porém, um aspecto que os processos ingleses e norte-americanos têm em comum é que ambos são sujeitos a recurso aos Tribunais de Justiça. Quer dizer nem um, nem outro é final, o que, pelo menos em teoria, possibilita a integração com uma mediação em curso.

Por outro lado, todas as vantagens do processo de mediação caem num vácuo. O tempo, o custo, o estresse e a falta de controle podem desmorrar tudo o que possa ter sido ou que venha a ser construído na mediação.

Arbitragem?

Talvez o caminho mais desafiador seja inserir um processo de arbitragem como meio auxiliar.

A vantagem de ser um processo privado pode ser considerada, mas convém lembrar que se trata de um julgamento final, sem recurso, em última análise. De novo, pode esgotar as vantagens da mediação mesmo quando buscar respostas pontuais.

A questão para algumas arbitragens pode ser simplesmente quantitativa onde existe a presunção de que questões qualitativas e de mérito, referentes, já tenham sido resolvidas pela mediação. Nesse caso, o retorno ao processo só se fará necessário para a resolução de outras questões ou para o lançamento a termo (simples formalidade) não só da decisão arbitral quanto também do conjunto de decisões mediadas naquele específico processo de mediação. No caso de grandes quantias a serem arbitradas o custo poderá justificar a inserção do processo, mas existirá sempre o questionamento temporal. Quanto mais provas e mais depoimentos, mais tempo, especialmente com painéis de três árbitros.

Mesmo assim na arbitragem não se pode falar em economia, seja de tempo ou de custo financeiro o que, se não invalida, pelo menos dificulta a resolução de disputas de médio e pequeno porte.

A sentença arbitral até pode ser uma arbitragem expedita (relativamente rápida em 04 meses¹⁷ com árbitro único, custos menores, prazos reduzidos comparados ao prazo de uma arbitragem “de procedimento comum” que não é expedita, de entre 1,5 – 2 anos ou até mais), e/ou com uma sentença parcial resolvendo apenas uma ou mais questões processuais ou meritórias. Tudo isso também pode ser até acelerado pela utilização de modos digitais como audiências por videoconferência.

¹⁷ Conforme o Regulamento de Arbitragem Comercial Expedita de 30.09.2020 da Câmara Arbitral da AMCHAM-SP, por exemplo.

Embora existam algumas ideias oriundas principalmente da China e Japão sobre a integração de arbitragem com mediação para promover mais harmonia e menos custos nos processos pela utilização da mesma pessoa como árbitro e mediador do caso, estas não estão bem desenvolvidas ou aceitas na cultura ocidental e levam alguns desafios a serem reconhecidos e resolvidos.

Arbitragem estilo beisebol

Este tipo-subvariante de arbitragem é utilizada com mais frequência para resolver disputas sobre o valor de um bem, uma empresa, ou salário de atleta profissional. Teve origem nas disputas entre jogadores e equipes profissionais de beisebol norte-americano. Conforme as regras deste sistema, o(s) árbitro(s) recebem ofertas do valor de cada parte e devem escolher uma ou a outra, sem ratear ou variar entre elas. Um colega norte-americano que é árbitro decidiu uma disputa sobre o valor de ações de uma empresa sueca de tecnologia médica em 2018 no estilo *beisebol*, conforme o compromisso pós-disputa (de arbitragem) das partes.

“Arbitragem de gaveta”

Nessa modalidade o terceiro arquiva uma decisão sobre determinada disputa e a apresenta, mediante solicitação, em face do impasse de uma mediação.

Arbitralistas norte-americanos entusiastas da mediação continuam encontrando formas curiosas de combinação desses dois processos. A de gaveta é apenas mais uma delas.

8 Vantagens e desvantagens

Cada processo oferece vantagens e desvantagens diferentes. Uns apresentam quadros elucidativos para o conflito, mas deixam ainda nas mãos das partes a palavra final sobre a solução. Outros, por se pautarem em estruturas definidas, apresentam soluções dificilmente arguidas pelos envolvidos nas questões apresentadas.

Resguardadas as características de cada processo, existe sempre a vantagem da expedição do processo mediador quando entraves estancam o processo de mediação, prejudiquem a harmonia do ambiente resolutivo ou o colocam em situação de impasse.

Mas a grande vantagem é a manutenção de um processo não adversarial que atenta para a compleição de situações ideais na resolução de conflitos sobejamente alardeadas e comportadas na *principled mediation*. Quais sejam o controle, o custo, a ausência de estresse, a economia de tempo, e a possibilidade da preservação de relacionamentos sejam pessoais, comerciais ou tantos outros.

Por serem aqueles os fatores que enaltecem o processo de mediação dificilmente poderão ser comparados. Entretanto, o desenvolvimento de um processo de mediação convive em toda sua extensão com o fantasma do impasse. E, como vimos, diante desta eventual circunstância, ainda vale a pena arcar com o preço das desvantagens de outros processos, onerar parte para lucrar com o todo.

Quando as respostas pedidas de processos auxiliares são pontuais, via de regra oneram o processo em dinheiro e tempo, mas dependendo se são oblíquos ou paralelos podem ser administrados de forma a prevenir maior ônus à mediação.

Talvez o processo que mais onere em tempo, dinheiro, falta de controle, estresse e risco no relacionamento seja a arbitragem. Mas mesmo assim, teoricamente, ainda vale a pena manter simplificado o elenco de conflitos levados para a arbitragem, como processo auxiliar, e dar continuidade ao mérito e legitimidade de questões dentro do processo de mediação. Sempre se ganha numa negociação baseada em princípios preconizada pela mediação.

9 Considerações finais

A mediação não muda sua natureza para encontrar seu caminho, como a água não muda sua composição ao escoar para seu destino. Diante de obstáculos ambas concentram-se e avolumam-se mas permanecem incólumes rumo ao seu objetivo final. Sabem de antemão que é simplesmente, uma questão temporal o retorno ao seu curso normal. Assim se portam as verdades. E a mediação é em verdade uma fonte infinita de normas que comporta um universo multidisciplinar e multidimensional mas com o paradoxo da ordem desordenada necessária para sua configuração. Pela sua força pode entrar e sair do seu curso, e mesmo assim continuar robusta e seguir o seu destino.

Vale a pena se debruçar na busca de formas de proteção para o processo de mediação. O processo composto é apenas uma delas. Por ter origem e justificativa na manutenção dos princípios da mediação concentrados no único processo genuinamente não adversarial e ponderar de forma privilegiada a harmonização entre pessoas e grupos de pessoas, por si só justifica sua consideração.

Tecnicamente, teoricamente e passados pelo crivo de muitos mediadores, inclusive da autora, o estudo da forma de inclusão de processos auxiliares no processo de mediação merece a atenção de estudiosos e praticantes. Estas reflexões se constituem em ideia, percepção e experimento de algo ainda embrionário, mas que certamente poderá atender aos propósitos incontestes da construção positiva dos conflitos e a conseqüente harmonização social.

O processo composto enquanto configura o conjunto de esforços de vários outros processos na consecução de um trabalho, soma-se ao objetivo único de resolução de conflitos preconizados pela mediação. Essa composição pode

contribuir para o silêncio do conflito na sonoridade da unificação, na compartimentalização de diferentes perguntas e respostas numa conquista singular, para o que faz valer a máxima aristotélica “[o] todo é maior que a soma de suas partes”.

Multi-door Mediation: Composite Dispute Resolution Process

Abstract: This article intends to show the validity of inserting other processes - whether adversarial or not, whether binding or not - as auxiliary to the mediation process, while at the same time maintaining the structure of mediation based on principles as a judicious form of conflict resolution with its advantages and benefits, to the extent it is helped by other facilitative solutions obtained via the theoretical-technical autonomy of such processes, even if the latter are based on principles diametrically opposed to those of mediation.

Keywords: Mediation. Principled Mediation. Multi-door Mediation. Compound Mediation Process

Referências

CHOW, Norman Zakiyy T.J. and HASSAN, Kamil Halili. “Integrating Early Neutral Evaluation into Mediation of Complex Civil Cases in Malaysia”, *Journal of Politics and Law*, No. 7 (2014), Canadian Center of Science and Education, disponível através do serviço *HeinOnline*, ver <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/jpola7&div=54&id=&page=>

FISHER, Roger and URY, William, with PATTON, Bruce, Editor. *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*. New York, NY, USA: Penguin Books, 1991.

ROSENN, Keith. *O Jeito na Cultura Jurídica Brasileira*, por Prof. Keith Rosenn da Universidade de Miami, Flórida Faculdade de Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SERPA, Maria de Nazareth. *Mediação – Uma Solução Judiciosa para Conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

STIENSTRA Donna and WILLGING, Thomas E. “Alternatives to Litigation: Do They Have a Place in the Federal District Courts?”. Washington, D.C.: Federal Judicial Center, 1995. <https://www.fjc.gov/sites/default/files/2012/altlitig.pdf>

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SERPA, Maria de Nazareth. *Multi-door Mediation: Processo Composto de Resolução de Conflitos*. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 02, n. 04, p. 103-131, jul./dez. 2020.
