

A ARTE DA MEDIAÇÃO: ARGUMENTAÇÃO, NEGOCIAÇÃO E MEDIAÇÃO

Título original:

El arte de la mediación: argumentación, negociación y mediación

© EDITORIAL TROTTA, S.A., 2015

COLEÇÃO
Direito, Retórica e Argumentação

VOLUME 3

A ARTE DA MEDIAÇÃO:
ARGUMENTAÇÃO, NEGOCIAÇÃO
E MEDIAÇÃO

JOSEP AGUILÓ REGLA

Tradução
TAINÁ AGUIAR JUNQUILHO

Revisão Técnica
SERGIO DANIEL RUIZ DÍAZ ARCE
CLAUDIA ROESLER



Alteridade
Curitiba - 2018



Rua Itupava, 118 - Alto da Rua XV, CEP 80045-140 Curitiba – Paraná
Fone: (41) 3075.3238 • Email: alteridade@alteridade.com.br
www.alteridade.com.br

Conselho Editorial da Coleção

Alexandre da Maia	José Antonio Savaris
Claudia Roesler	Lucas Nonato
Fabiano Hartmann Peixoto	Ney Bello Filho
Isaac Reis	Pedro Parini
João Maurício Adeodato	Tercio Sampaio Ferraz Júnior

R337

Aguiló Regla, Josep

A arte da mediação: argumentação, negociação e mediação / Josep Aguiló Regla; tradução de Tainá Aguiar Junquillo - Curitiba: Alteridade, 2018.

158p.: il.; 21cm (Coleção Direito, Retórica e Argumentação, v.3)

ISBN 978-85-65782-29-6

1. Argumentação jurídica. 2. Retórica. 3. Decisão (Direito).
4. Negociação. 5. Mediação. I. Título.

CDD 340.14 (22.ed)
CDU 340.12

Esta obra foi publicada originalmente em espanhol com o título
El arte de la mediación: argumentación, negociación y mediación
© EDITORIAL TROTTA, S.A., 2015.

Catálogo: M^a Isabel Schiavon Kinasz
Diagramação e Capa: Paulo Henrique Benczik

SUMÁRIO

NOTA DA TRADUTORA	7
APRESENTAÇÃO	9
Capítulo I – SOBRE A ARGUMENTAÇÃO	15
1.1 - Um tópico equivocadamente sobre as relações entre negociação e argumentação.....	15
1.2 - O que é argumentar? Conceito e concepções da argumentação.....	19
1.3 - Argumentar é... (das concepções às dimensões)	22
1.3.1 - Argumentar é deduzir	24
1.3.2 - Argumentar é fundamentar	26
1.3.3 - Argumentar é (con)vencer	29
1.4 - De novo sobre as relações entre negociação e argumentação.....	31
Capítulo II – QUATRO MODOS DE DEBATER.....	35
2.1 - Introdução	35
2.2 - Debater é... ..	37
2.2.1 - Debater é combater	39
2.2.2 - Debater é competir	41
2.2.3 - Debater é explorar e/ou diagnosticar.....	43
2.2.4 - Debater é construir	49
2.3 - Os quatro tipos ideais de debate. Quadro e resumo	53
2.4 - Transições e institucionalização dos debates.....	56
2.5 - E a negociação? Onde se encaixa?	59
Capítulo III – SOBRE A NEGOCIAÇÃO.....	65
3.1 - Introdução	65
3.2 - Sobre acordos e decisões	67
3.3 - O conceito de negociação.....	70
3.4 - Negociação, conflito e cooperação	73
3.5 - Duas formas de negociar.....	81
3.6 - Negociação e debate negocial.....	85
3.7 - A qualidade de um acordo-decisão: Acordo, convicção e imposição	95

3.8 - O que ocorre com as ameaças? E com as ofertas?	97
3.9 - Poder e poder negocial	105
3.10 - Recapitulando	107
Capítulo IV – SOBRE A MEDIAÇÃO	113
4.1 - Introdução. Sobre mediação e Direito.	113
4.2 - O sentido da mediação	121
4.3 - Os contextos de entrada na mediação.....	126
4.4 - Máximas para o(a) mediador(a)/máximas da mediação	132
4.4.1 - O debate negocial mediado deve ser objetual, não autoral	132
4.4.2 - O(A) mediador(a) deve contribuir para esclarecer a natureza do conflito em questão	134
4.4.3 - Os movimentos requerem argumentos.....	137
4.4.4 - A superação das situações de impasse negocial requer que se transite da controvérsia à deliberação.....	139
4.5 - Os princípios deontológicos da neutralidade e da imparcialidade	141
4.6 - A “arte” da mediação	149
REFERÊNCIAS.....	155

NOTA DA TRADUTORA

Compreendo que traduzir é, tal como entende o autor sobre o que é a mediação, uma arte. O desafio imposto a quem traduz, além de instigante, certamente não se reduz exclusivamente a seguir a melhor técnica.

Diante de tarefa de tão grande responsabilidade, compreender o contexto da obra, a origem acadêmica do autor e participar das privilegiadas discussões do Grupo de Pesquisa Retórica, Argumentação e Juridicidades – GPRAJ, da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília foram fatores fundamentais que, com toda certeza, contribuíram para a melhor compreensão do texto a ser traduzido.

O livro “A arte da mediação” não poderia ter tempo melhor para ser apresentado ao público brasileiro. O leitor deve estar se perguntando: e por que seria esse o melhor momento? Qual o contexto espanhol da mediação e em que ele se assemelha ao brasileiro?

Recentemente, alterou-se no Brasil o marco processual civil. O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), vigente desde março de 2016, incentiva a promoção dos métodos de solução consensual de conflitos (Art. 3º, §3º) e concebe, nesse sentido, o sistema multiportas para identificação da solução mais adequada. Visa, portanto, desde as normas fundamentais (arts. 1º a 12º), ampliar a promoção do acesso à justiça, princípio que inclui a tomada da justa decisão com respeito à razoável duração processual. Não bastasse essa importante novidade legislativa, também em 2015, entrou em vigor a Lei nº 13.140, considerada atual marco da mediação.

O Brasil também vive, portanto, assim como a Espanha, o que Aguiló Regla denomina como o *boom* da mediação. A

crença na eficácia desse instituto, no entanto, deve ser vista com cautela e aí também se justifica a relevância de estudos como esse, que apresentam aspectos interessantes para a lida, consciente e racional, com os meios alternativos de resolução de conflitos.

A leitura da obra, portanto, propiciará aos leitores a percepção não só das inúmeras semelhanças entre os vícios e virtudes dos sistemas de solução consensual entre os dois países, mas também de como as noções argumentativas da arte da mediação trazidas pelo autor são úteis e podem ser bem aplicadas no contexto geral da mediação, independentemente do local em que essa se realize.

Isso porque a obra enfatiza de forma magistral a argumentação e a negociação como caminhos teóricos e práticos para se chegar à boa mediação, a qual, não necessariamente, como observa Aguiló Regla, é aquela que chega ao resultado consenso. A boa mediação está muito mais próxima daquela em que os aspectos da racionalidade argumentativa e as estratégias negociais, dispostos pelo autor ao longo do texto, são levados em consideração pelas partes e por quem conduz a mediação.

“A arte da mediação” é, portanto, uma obra fundamental para os profissionais da área jurídica. Mas, pela sua amplitude e contemporaneidade, torna-se inspiradora para os mais diversos atores envolvidos na mediação. Além disso, é leitura de conteúdo profundo, colocado de forma acessível, pois o autor traz os capítulos permeados de exemplos de situações cotidianas as mais diversas, o que facilita sua compreensão.

Para encerrar essas primeiras notas da tradução, não poderia deixar de fazer um agradecimento especial ao colega de doutorado e revisor, Sergio Daniel Ruiz Díaz Arce, pelas (re)leituras cuidadosas com comentários, e à minha professora orientadora, Dra. Cláudia Rosane Roesler, que me honrou com o convite para tradução e nos deu suporte nas revisões.

APRESENTAÇÃO

O propósito central deste livro é destrinchar em que consiste a mediação. O livro versa, portanto, sobre a mediação, mas foge de três tipos de discurso muito comuns quando se fala de mediação. Não é, em primeiro lugar, um trabalho teórico que trate de situar a mediação dentro do gênero “técnicas de resolução de conflitos”. Serão abordadas muitas questões conceituais, mas o livro não trata somente disso.

O leitor não encontrará aqui respostas a perguntas como a de quais são as fronteiras entre a conciliação e a mediação, nem nada parecido. O livro pressupõe que já se tem construída uma imagem relativamente clara da mediação. Tampouco trata-se de um livro “especificacionista” (com o perdão pela palavra) em que se traça o mapa da mediação partindo de um sem-fim de peculiaridades que a mediação pode apresentar em cada um de seus diferentes campos da vida social em que se aplica.

Não há respostas a perguntas, tais como: que diferenças apresenta a mediação em um conflito mercantil e em um conflito familiar, ou entre um conflito médico no âmbito hospitalar e um conflito internacional, etc.? Haverá exemplos de conflitos mercantis e de conflitos familiares, mas nada parecido com um mapa dos distintos campos e âmbitos da mediação. Finalmente, o livro tampouco é um trabalho de “política” de gestão de conflitos e, portanto, o leitor não encontrará algo semelhante com um discurso sobre a utilidade da mediação frente a outras técnicas de intervenção. Por exemplo, não há nenhuma argumentação em favor da mediação frente à jurisdição, nem em favor da mediação como um instrumento útil para conseguir a

desjudicialização de muitos assuntos e, assim, aliviar a sobrecarga da jurisdição, etc. Não há nada nesse estilo, porque o livro não versa sobre a “bondade da mediação”.

O tema do livro é a “bondade na mediação”. Ora, o leitor concordará comigo em que não é possível avançar na questão da qualidade na mediação sem uma cabal e profunda compreensão da mesma. Neste sentido, o livro aborda algumas questões de fundamentação da mediação e se faz portador de uma determinada maneira de concebê-la; em particular assume uma concepção argumentativa. A partir daí o enfoque do livro é muito claro, limpo e, me atreveria a dizer: para entender bem a mediação, há que se entender bem a negociação; e, para entender bem a negociação, há que se entender bem os aspectos argumentativos da mesma. Ao inverter-se a ordem dos mesmos termos usados na abordagem, obtém-se, naturalmente, o itinerário expositivo e a estrutura do livro: primeiro a argumentação (Capítulos I e II); segundo a negociação (Capítulo III) e terceiro a mediação (Capítulo IV).

O capítulo I (**Sobre a argumentação**) está destinado a fornecer ao leitor uma visão da argumentação que faça justiça à riqueza e complexidade do fenômeno argumentativo. Isso é necessário para poder romper um tópico muito extenso e completamente equivocado (um preconceito, em definitivo) que sustenta que “argumentação” e “negociação” são domínios não só totalmente diferentes, como, inclusive, incompatíveis. “Ou se argumenta ou se negocia, mas não se fazem as duas coisas ao mesmo tempo”, diria o tópico. Para rompê-lo, deve-se modificar esquemas. Assim, partindo de uma determinada concepção de argumentação que permite distinguir entre as dimensões formal, material e pragmática da argumentação, sustenta-se que argumentar pode consistir em três atividades diferentes: argumentar é deduzir, argumentar é fundamentar e argumentar é (con)vencer. Uma vez traçado o quadro, não é difícil mostrar que a argumentação, tomada desde sua dimensão pragmática, compartilha com a negociação duas propriedades essenciais. Com efeito, ambas pressupõem uma **relação social** na qual os movimentos dos sujeitos adquirem seu senti-

do pelo propósito de alcançar um **acordo**. A partir daí, pode-se começar a desenhar a hipótese de negociação como um debate.

O capítulo II (**Quatro modos de debater**) deixa de lado, transitoriamente, a negociação e a mediação e trata de delinear quatro tipos ideais de debate que se podem isolar a partir da variável conflito/cooperação entre os sujeitos da relação social. Para explicar estes quatro tipos de debate se recorre a quatro metáforas: debater é combater, é competir, é explorar e é construir. O resultado é que se delineiam com bastante precisão quatro formas de debater: a disputa (debate autoral e conflitivo), a controvérsia (debate temático e conflitivo) a deliberação (debate temático e cooperativo) e o consenso ou debate consensual (debate autoral e cooperativo). Uma vez traçado esse mapa, retoma-se a hipótese da negociação como um debate. A conclusão a que se chega neste ponto é que não se pode isolar a negociação como um tipo diferenciado de debate a partir da variável conflito/cooperação, mas que todos os tipos antes isolados são relevantes para dar conta da negociação como um debate.

O capítulo III (**Sobre a negociação**) está destinado a mostrar a fertilidade do enfoque argumentativo na compreensão da negociação. Naturalmente, não se sustenta que a negociação fique reduzida à argumentação. Mas a tese central e que permeia fortemente todo o capítulo é que a negociação é o debate que tem lugar no marco institucional criado para alcançar certo tipo de **acordo-decisão**. O capítulo se detém em um sem-fim de questões relevantes para uma cabal compreensão da negociação e que, parece-me, acabam configurando uma visão relativamente alternativa.

Finalmente, o capítulo IV (**Sobre a mediação**) vem a ser o receptor de tudo que foi construído anteriormente. Trata-se de articular uma concepção de mediação coerente com a visão de negociação construída. Se a negociação se entende como o debate orientado a alcançar um acordo, a mediação não é em nada distinta da intervenção de um terceiro imparcial e neutro que trata de canalizar e controlar esse debate. O papel do mediador consiste, essencialmente, em tornar possível o deba-

te negocial e, sobretudo, em procurar incrementar a qualidade do mesmo. A qualidade da intervenção do mediador será uma variável dependente da qualidade que o debate negocial tenha sido capaz de transmitir. A medida de uma mediação ruim é dada não tanto pela falta de acordo, mas pela falta de acordo devido à falta de exploração das possibilidades entre as partes, por *déficit* de qualidade do debate negocial. O capítulo conclui-se com um catálogo de máximas para o mediador e com uma análise dos princípios deontológicos da imparcialidade e da neutralidade.

Este livro é o produto do módulo ‘Negociação e Argumentação’, ministrado durante vários anos no “*Máster en Argumentación Jurídica*” da *Universidad de Alicante* e da minha participação como professor no “*Máster en Mediación Familiar, Civil y Mercantil y en el Marco de Organizaciones Complejas*”. Uma das questões com mais ênfase que tratei de transmitir nessas aulas é a seguinte: as concepções meramente estratégicas da negociação dão conta de aspectos muito importantes da negociação em geral e de muitas negociações em particular. Mas não são toda a verdade sobre a negociação. Ocorre que, nas negociações em que aparentemente “só importam os movimentos” – como em tantas outras ocasiões –, os argumentos estão, na verdade, implícitos. A negociação, o debate negocial, só se entende a partir de uma combinação de movimentos e de argumentos¹. Essa abordagem é fundamental para poder conectar nossa concepção de negociação com nossa concepção de mediação. Por quê? Pela sensível razão de que se alguém crê que a negociação é puro domínio estratégico em que só importam os movimentos, então, não se vê qual papel pode jogar o mediador. O papel do mediador começa a ser entendido corretamente uma vez que se dê conta de que esse não consiste em influir nos movimentos das partes (o que suporia

1 O erro é semelhante a crer que se pode dar conta do debate legislativo levando em consideração, exclusivamente, por exemplo, a noção de emenda legislativa. O debate legislativo é uma combinação de movimentos (por exemplo, apresentar uma emenda) e de argumentos (argumentos destinados a justificar e a persuadir).

vulnerar seu dever de neutralidade), mas em controlar o debate que envolve esses movimentos.

O livro pretende ser claro, muito claro, mas não pretende em absoluto ser superficial. Foram empreendidos os maiores esforços para conseguir explicar muitas coisas (são muitos os temas tratados) sem incorrer em simplificações excessivas (não se esquia da complexidade de nenhum assunto) e com grande economia de recursos (procurando sintetizar ao máximo). Naturalmente, não cabe a mim determinar em que medida se alcançaram esses objetivos. Mas creio que posso fazer duas afirmações sem violar o dever de restrição auto laudatória. A primeira é que o livro não incorre no vício do academicismo; não está escrito para que somente os “colegas” da universidade leiam, nem para que se reconheçam nele, nem para ficar bem perante eles. A segunda é que o livro pode resultar interessante para um público muito amplo e com grande variedade de interesses. Quem tiver interesse na mediação, encontrará exposta uma concepção relativamente diferente do padrão; quem se interessa pela negociação, achará uma revisão profunda das relações entre negociação e argumentação; e, finalmente, quem se interessa por argumentação, encontrará uma ampliação da mesma a alguns domínios que em geral foram ignorados.

Quero agradecer aos meus companheiros do *Departamento de Filosofía del Derecho* da *Universidad de Alicante*, pela ajuda que há tantos anos me têm prestado em todas minhas atividades acadêmicas. Em relação à elaboração deste livro, quero mencionar, especialmente, Manuel Atienza, Juan Antonio Pérez Lledó, Isabel Lifante, Daniel González Lagier, Macario Alemany, Victoria Roca, Jesús Vega, Hugo Ortiz e Alí Lozada. Uns leram algumas partes do texto e/ou assistiram à exposições orais dos capítulos e outros leram-no por completo. Todos eles me fizeram sugestões, evitaram erros e me deixaram animado a continuar. Também quero mencionar, especialmente, duas pessoas: Soledad Ruiz de la Cuesta, companheira

da *Facultad de Derecho de Alicante*, que foi a primeira leitora do original por completo e cujo juízo favorável me animou definitivamente a publicá-lo. E a Juan Ramón de Páramo, com quem compartilhei múltiplas sessões de discussão sobre argumentação e negociação no “*Máster en Argumentación Jurídica*” da *Universidad de Alicante*.

CAPÍTULO I

SOBRE A ARGUMENTAÇÃO

1.1 - UM TÓPICO EQUIVOCADO SOBRE AS RELAÇÕES ENTRE NEGOCIAÇÃO E ARGUMENTAÇÃO

Uma das teses centrais deste livro é que a negociação se entende melhor se a estudamos a partir da argumentação. Segundo essa tese, o enfoque argumentativo ilumina mais pela simples razão de que a negociação não é em nada distinta de um debate, de um debate orientado a alcançar um acordo negociado. Entretanto, essa tese não é muito popular. Na realidade, há uma acentuada tendência a pensar que “negociação” e “argumentação” pertencem a domínios diferentes e que, em consequência, mantêm relações teóricas e conceituais mais distantes. Em certas ocasiões, inclusive, se chega a pensar que entre negociação e argumentação ocorre um certo tipo de contradição, de forma que se alguém afirma, por exemplo, que X é um caso de negociação, então disso se infere que não se pode sustentar que X é um caso de argumentação; e vice-versa. Não é difícil fazer a interpretação dessa abordagem tão comum e tão difundida. O quadro seguinte reúne um conjunto de tópicos (lugares comuns) que ilustram bem a – na minha opinião, equivocada – tese da separação conceitual entre negociação e argumentação.