

SISTEMA MULTIPORTAS E MÉTODOS INTEGRADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Elaine Harzheim Macedo

Marina Damasceno

Organizadoras



PORTO ALEGRE
2018

© EDIPUCRS 2018

CAPA Camila Provenzi

IMAGEM DA CAPA Freepik

DIAGRAMAÇÃO Rodrigo Valls

REVISÃO DE TEXTO dos autores



Este livro conta com um ambiente virtual, em que você terá acesso gratuito a conteúdos exclusivos.

Acesse o QR Code e confira!



EDIPUCRS – Editora Universitária da PUCRS

Av. Ipiranga, 6681 – Prédio 33
Caixa Postal 1429 – CEP 90619-900
Porto Alegre – RS – Brasil
Fone/fax: (51) 3320 3711
E-mail: edipucrs@pucrs.br
Site: www.pucrs.br/edipucrs

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S623 Sistema multiportas e métodos integrados de resolução de conflitos [recurso eletrônico] / Elaine Harzheim Macedo, Marina Damasceno (organizadoras). – Dados eletrônicos. – Porto Alegre : EDIPUCRS, 2018.
Recurso on-line (170 p.)

Modo de acesso: <http://www.pucrs.br/edipucrs/>
ISBN 978-85-397-1137-6

1. Processo civil. 2. Direito processual. 3. Direito – Brasil. I. Macedo, Elaine Harzheim. II. Damasceno, Marina.

CDD 4. ed. Dóris 341.46

Clarissa Jesinska Selbach CRB 10/2051
Setor de Tratamento da Informação da BC-PUCRS.

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do *Código Penal*), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

NEGOCIANDO ESTRATEGICAMENTE EM LITÍGIOS CÍVEIS

Eduardo Scarparo¹

INTRODUÇÃO

O Direito Processual Civil foi cunhado na contramão de técnicas hoje reconhecidamente válidas para desenvolver negociações eficazes. Fato é que a tradição da disciplina processual se centrou na lide focada na perspectiva do julgador. Entre outras consequências, isso significou a formação de uma cultura de resolução de litígios sob a perspectiva da força de uma tutela jurisdicional por heterocomposição.

Veja-se, por exemplo, a vedação do exame processual às motivações das partes para o litígio. Trata-se de aspecto de notável importância para viabilizar objetivamente o desenvolvimento do processo quando se busca uma decisão a ser proferida pelo juiz. Essa vedação viabiliza o exercício da jurisdição a partir de critérios objetivos e, portanto, estrutura democraticamente limites à atuação do Estado, preservando intimidades e liberdades. É por isso, garantia fundamental para o bom desenvolvimento judicial de litígios cíveis. Contudo, esse enfoque apresenta-se muitas pouco eficiente quando a decisão cabe às partes

¹ Doutor em Direito Processual Civil. Professor Adjunto na UFRGS. Advogado em Porto Alegre (RS).

– um acordo –, a partir da avaliação da conveniência e do valor de uma solução a um dado conflito.

O direito processual é ensinado nos bancos universitários e na vida forense, a partir do direcionamento de seus institutos, práticas e conhecimentos voltadas a uma decisão imperativa do juiz. Há, a partir disso, a promoção de uma cultura tendente à submissão de uma parte à outra, geralmente a partir do reforçado ensinamento de concentrar os esforços dos litigantes ao alcance de uma decisão heterônoma que sustentar-se-á na força de uma sentença favorável, formando um título executivo para posterior execução forçada.

As indicações dos pedidos na petição inicial, a estabilização da demanda, o momento de apresentação e avaliação da prova como um dos critérios de um resultado justo, afora a relação beligerante e desconfiada que se forma a partir da cultura de litígios, entre outros tantos aspectos, são fatores que não podem ser ignorados como formadores de um modo de pensar os litígios cíveis. Igualmente, os momentos reservados para composição, os textos, as comunicações, o perfil dos intermediadores, a imprevisibilidade das soluções judiciais... tudo contribui para a reafirmação cotidiana da ideia de que acordar é perder ao menos uma parte do que se poderia ter na sentença.

Atualmente, em que pese constar no art. 2º, VI, do Código de Ética e Disciplina da OAB o dever do advogado de ‘estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios’, a maioria dos estudantes de direito passa os anos de faculdade sem dar importância para tal dispositivo”. (...) Como resultado dessa cultura combativa, os profissionais do direito frequentemente atuam como guerreiros, encarando o processo como verdadeiro campo de batalha. Consequentemente, em vez de apaziguarem os ânimos das partes, contribuem para

agravar as tensões pré-existentes, formando um círculo vicioso de conflito².

Não surpreende porque se tem uma cultura de que a forma excelente de negociar é com a adoção de um perfil altamente combativo. A esse modelo competitivo de negociação³, se enquadra a estratégia de estabelecer uma posição inicial exagerada, mantendo-se a ela teimosamente, iludindo-se o adversário a respeito das reais motivações e pontos de vista e fazendo-se pequenas concessões na medida do estritamente necessário para continuidade da negociação⁴.

O resultado é que aquele que for mais rígido em sua margem de negociação ou levará a contraparte ao extremo limite de um mau acordo ou, mais frequentemente, ao insucesso da tentativa de composição. Em algumas vezes esse modo de agir é, realmente, o que gera melhores resultados a uma das partes em uma negociação, sendo acertada sua eleição estratégica. Isso ocorre em alguns litígios cíveis já instituídos em que não há qualquer interesse em investir na relação entre as partes. Também pode ter lugar quando a assimetria de forças entre as partes coloca a mais forte com poder de impor condições muitas vezes iníquas. A baliza é a submissão à força, o ganho para um lado e a perda para o outro.

Porém, mesmo em litígios desse tipo, essa tática pode ser desastrosa ou largamente ineficiente. Em inúmeras oportunidades, inclusive em

² MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. In: JR, Hermes Zaneti; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**, v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 67-89, 2017v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 67-89, 2017.

³ “O método competitivo, caracteriza-se quando um dos interlocutores objetiva maximizar vitórias sobre o outro. É o chamado ganha-perde, no qual o resultado substantivo, objetivo, tem valor preponderante, em detrimento do resultado subjetivo representado pela criação de um bom relacionamento entre os envolvidos”. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. O Ministério Público e os métodos autocompositivos. In: *ibid.*, v. 9., p. 253-273, p. 261.

⁴ FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, p. 31.

demandas cíveis em curso, essa postura diminui consideravelmente as chances de uma composição mutuamente benéfica. Sem contar que o modelo competitivo é bastante pródigo em perder oportunidades de composições mais vantajosas, deixando-se valor na mesa de negociação.

Há mais de um modo de negociar. As práticas jurídicas podem ser favorecidas em um dado campo de negociação a partir do conhecimento e aplicação de alguns elementos e pelo estímulo de técnicas de negociação com viés colaborativo ⁵, ainda que dificilmente percam completamente projeções competitivas. Nessa linha colaborativa ou integrativa, os esforços se centram em isolar as relações particulares do objeto da deliberação, expor as questões a serem decididas conjuntamente, criar valor na negociação com o desfoque do pedido e exame dos interesses particulares e reforçar a confiança na relação entre as partes para a negociação, inclusive por meio da apresentação de critérios objetivos de justificação das opções de desfecho.

Espera-se que ao final desse ensaio os olhares daqueles que se propõem a conduzir uma negociação em face de um litígio cível – em sua grande parte advogados – tenham novos instrumentos, técnicas e percepções que auxiliem a obtenção de uma maior taxa de êxito em negociações, bem como ao alcance de acordos mais favoráveis e exequíveis, seja pela implementação de critérios objetivos e analíticos para condução de negociações distributivas, seja pela incorporação de técnicas de incremento do valor global da negociação por via da integração.

⁵ “Já a postura colaborativa tem como preocupação do negociador atender aos interesses de ambos, de modo a que seja obtido um resultado substantivo (objetivo), mas, na mesma medida, aprimorado o relacionamento. É o chamado ganha-ganha, que tem na distinção entre posição e interesse a chave para consecução do consenso”. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. O Ministério Público e os métodos autocompositivos. In: JR, Hermes Zaneti; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**, v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 253-273, 2017, p. 261.

JUSTIÇA MULTIPORTAS E NEGOCIAÇÃO

O CPC/2015 estabelece como regra geral a obrigatoriedade de uma audiência preliminar para tentativa de autocomposição (CPC/2015. Art. 334)⁶, regulamentando a atividades de conciliação e mediação (CPC/2015. Art. 165 a Art. 175). Afora isso, intercede ativamente em prol da instituição de arbitragem (CPC/2015. Art. 3º, §1º), “deixando clara a intenção do legislador de fomentar a utilização de variados métodos de resolução de controvérsias”⁷, como resta bastante evidente da disposição do art. 359 do CPC/2015⁸, entre outras.

A compreensão subjacente a esse enquadramento da legislação processual vigente envolve os chamados ADR's ou *Alternative* ou *Adequate*⁹ *Dispute Resolution*, que se posicionam, ao lado de outras propostas, na referida terceira onda de aprimoramentos de acesso à justiça que se concentra no

⁶ Em uma postura bastante crítica às disposições do CPC/2015 referente à audiência de conciliação ou mediação obrigatória: “Diante disso, conclui-se que o CPC/2015: a) não privilegia a vontade das partes; b) obriga a mediação/conciliação quando uma das partes insistir; c) possibilita manobras protelatórias; d) aumenta o custo do processo, pois além das despesas do mediador/conciliador, obriga o demandado que reside em outra localidade a se deslocar para a audiência; e) prevê que o não comparecimento injustificado ao ato será considerado ato atentatório à dignidade da justiça”. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A conciliação e a mediação no CPC/2015. In: FILHO, Antônio Carvalho; JUNIOR, Herval Sampaio. **Os juízes e o Novo CPC**. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 151-165, 2017, p. 161.

⁷ *Ibid.*, p. 157.

⁸ CPC/2015. Art. 359. Instalada a audiência, o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem.

⁹ Reside aqui uma celeuma terminológica entre valer-se das expressões métodos “alternativos” ou “adequados”. Quando se vale do primeiro, pressupõe-se que há uma via ordinária e, portanto, principal. Com a locução “métodos adequados” não há predisposições em favor de uma ou outra forma de resolução dos litígios, direcionando-se a avaliação tópica de pertinência. No caso, é inegável que atualmente no Brasil há ampla adesão à via heterocompositiva judicial, o que justifica plenamente a alusão às demais formas de resolução de disputas como métodos alternativos. Por outro lado, a apresentação da temática como tal condiciona a um comportamento de escolha subsidiária, o que se mostra inapto ao fomento e ao potencial que apresentam, o que parece justificar com ainda maior intensidade a escolha pela segunda expressão apresentada. Veja-se a respeito a consideração de Rodolfo de Camargo Mancuso, indicando que há um “vezo de se colocar a Justiça estatal como padrão oficial (a chamada solução adjudicada), levando a que as demais formas, auto e heterocompositivas, sejam consideradas ‘meios alternativos’ (*ADR's – alternative dispute resolutions*): por conta dessa (equivocada) percepção, a justiça oficial tem protagonizado a cena jurídica como primeira oferta, ficando os outros meios, órgãos e agentes, não estatais, como coadjuvantes”.

conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos de regulação de disputas¹⁰. Especificamente, a chamada Justiça Multiportas pressupõe a ideia de que as diferentes interações litigiosas podem ser resolvidas sob o albergue do direito por métodos variados. Nesse caminho, há a autotutela, métodos autocompositivos e métodos heterocompositivos¹¹.

A autotutela é, em regra, vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, sob a premissa de que a realização forçada das próprias razões conduz a uma (in)justiça do mais forte. O exercício da ação privada, sem intervenção de autorização prévia, significa a exigibilidade de uma solução a partir da manifestação de força da parte que se diz lesada e produz a abertura para a execução de razões arbitrárias, em subjugação que pouco convém ao direito. Nas pertinentes palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, é necessário impedir a autotutela, pois “do contrário consagrar-se-ia o reinado do arbítrio, da força e da injustiça”¹². No caso, o expediente é inclusive tipificado como conduta criminosa na lei penal brasileira (CP/1940. Art. 345¹³), comportando poucas exceções.¹⁴

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: SAFE, 1988, p. 67-68. Referendando ainda o autor: “Esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução de litígios” (p. 71).

¹¹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. O Ministério Público e os métodos autocompositivos. In: JR, Hermes Zaneti; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**, v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 253-273, 2017, p. 259.

¹² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 15.

¹³ Código Penal. Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

¹⁴ “Somente em casos emergenciais, expressamente ressalvados pelo legislador, é que subsistiram alguns resquícios da justiça privada, capazes de legitimar, ainda hoje, a defesa dos direitos subjetivos pelas próprias mãos da parte, como se dá com a legítima defesa (CC de 2002, art. 188, I), com a apreensão do objeto sujeito a penhor legal (CC de 2002, arts. 1.467 a 1.472) e com o desforço imediato no esbulho possessório (CC de 2002, art. 1.210, §1º)”. JUNIOR, Humberto Theodor. **Curso de Direito Processual Civil**. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 102.

Nas hipóteses em que é permitida a autotutela – v.g., diante de imediato esbulho possessório (CCB/2002. Art. 1.210, §1º) – também é garantido o acesso à via judicial para retomada da coisa, mediante o manejo de demanda possessória, ficando evidenciado que há, nessa situação, pelo menos duas vias legítimas para a satisfação da pretensão material da parte lesada. A Justiça Multiportas pressupõe, nesse e em outros casos, que além do caminho judicial e da autotutela (quando permitida) outros mecanismos também se mostram viáveis e disponíveis para a resolução de litígios inclusive sendo mais adequados em muitos casos¹⁵. Assim, as formas autocompositivas também são hábeis a resguardar acesso à justiça e distribuição do direito, podendo ser realizadas tanto com o auxílio de um terceiro imparcial – conciliador ou mediador – para a condução das atividades, dando lugar às assim consideradas vias assistidas autocompositivas (conciliação e mediação), ou conduzidas autonomamente pelas partes e seus auxiliares para o alcance de uma deliberação comum (negociação).

A negociação é um modo de as pessoas lidarem com suas diferenças e buscarem um acordo por meio do diálogo¹⁶. No plano conceitual, a diferença talvez mais sensível entre mediação e negociação está na presença de um terceiro imparcial naquela. A propósito, a proximidade e concomitância de técnicas entre esses meios fez com que Antonio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha referissem ser a negociação uma “mediação sem mediador”¹⁷. Inegável, porém, que em todas as hipó-

¹⁵ A respeito: “Hoje há uma forte tendência mundial de se resolver os conflitos de interesses por outras vias que não a imposição de um provimento judicial”. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A conciliação e a mediação no CPC/2015. In: FILHO, Antônio Carvalho; JUNIOR, Herval Sampaio. **Os juízes e o Novo CPC**. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 151-165, 2017, p. 154.

¹⁶ WATKINS, Michael. **Negociação**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2016, p. 9. “Quando duas ou mais partes precisam chegar a uma decisão conjunta, mas suas preferências são diferentes, elas negociam. Podem não estar sentadas ao redor de uma mesa de negociações; podem não estar fazendo ofertas e contraofertas explícitas; podem até estar fazendo declarações sugerindo que estão do mesmo lado. Mas enquanto suas preferências em relação à decisão conjunta não forem idênticas, elas têm de negociar para chegar a um resultado aceitável para ambas”. BAZERMAN, Max Hal; MOORE, Don. **Processo Decisório**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 261.

¹⁷ Inclusive podendo estabelecer a impossibilidade de patrocínio da causa (cláusula de desqualificação) se frustrada a tentativa de autocomposição. A respeito, ver: CABRAL, Antonio

teses de autocomposição há negociação entre os interessados. Contudo, na conciliação e na mediação há a intervenção de terceiro imparcial e treinado para fins de facilitar o alcance de uma solução entre as partes¹⁸.

A negociação especificamente pode ser facilitada por acordos prévios e procedimentais à instauração do processo para resolução de litígios. A esse respeito, convém referir sobre *Collaborative Law* que constitui um modo de condução de negociações integrativas, usualmente amparada em pactos pré-processuais entre os advogados e partes¹⁹. Na mesma linha, se pode instituir uma arbitragem para o acordo, consistente no julgamento por um árbitro de uma solução final às tentativas de conciliação ou, ainda, em arbitragem por melhor oferta, que se dá pela simples e muito eficiente escolha binária pelo árbitro de uma das ofertas finais apresentadas pelas partes após a tentativa de autocomposição²⁰.

A negociação estritamente considerada também pode ser conduzida de diversas formas. Existem para isso técnicas de melhor aproveitamento, tanto para eventos rotineiros da vida cotidiana, como para a atuação de profissionais da advocacia a fim de compor um litígio cível. Buscar-se-á descortinar algumas dessas técnicas e atuações, pois “quando os negociadores melhoram a racionalidade de suas decisões, eles aumentam a probabilidade de se chegar a um acordo, quando é sensato fazê-lo, e

do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (*collaborative law*): mediação sem mediador. In: JR, Hermes Zaneti; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**, v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 709-726, 2017, p. 715.

¹⁸ Na hipótese da conciliação, a resolução direciona-se com menor preocupação em preservar a relação entre as partes, ao passo que na mediação essa é uma preocupação relevante. Por conta disso e de outros aspectos as estruturas dos modelos de conciliação e mediação são também diferenciadas.

¹⁹ CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (*collaborative law*): mediação sem mediador. In: JR, Hermes Zaneti; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**, v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 709-726, 2017, p. 717.

²⁰ BAZERMAN, Max Hal; NEALE, Margaret Ann. **Negociando Racionalmente**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 162-164.

aumentam a qualidade de resultados negociados”²¹. Com o texto, ter-se-á um panorama inicial sobre elementos da negociação e suas interferências nos compromissos a serem firmados, especialmente tendo em conta litígios cíveis.

NEGOCIAÇÃO

Uma negociação pressupõe preparação e planejamento²², bem como a adoção de uma estratégia de desenvolvimento das ações. Para a realização dessas atividades é importante ter em conta alguns conceitos e percepções básicas que exigem uma dissuasão da lógica formativa do direito processual. Primeiramente se estabelecem dois modelos amplos de desenvolvimento de uma negociação e, após, faz-se a tratativa de alguns aspectos a serem considerados em cada um ou ambas as diretivas.

Tipos de negociação: distributiva e integrativa

Como as atividades da vida em sociedade, as negociações ocorrem diuturnamente em cenários bastante diversificados. A necessidade ou dispensabilidade de relações duradouras, o fluxo de informações e a confiança estabelecida em cada uma das partes são fatores importantes para a eleição de um modelo negocial. Não é da mesma forma que se negocia a compra e venda de um imóvel e a partilha de bens deixados por

²¹ BAZERMAN, Max Hal; MOORE, Don. **Processo Decisório**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 261.

²² Negociar exige uma larga preparação, sendo isso fator determinante para o alcance de auto-composições benéficas em diversas espécies de litígios. Diferentemente da mediação, em que o mediador dificilmente tem acesso prévio às informações de qualquer das partes ou do litígio, sendo que as atividades de descoberta, avaliação e eleição de critérios ou são realizadas em caráter de instantaneidade, durante a sessão de mediação ou conciliação ou entre sessões, já se tendo em curso a aproximação. Por isso, “na relação de confiança que há de estabelecer-se entre o advogado e seu cliente, deverá obter-se o esclarecimento exacto e detalhado, não apenas dos factos centrais ao litígio, mas também das suas circunstâncias e contexto, histórico prévio e explicação e ainda das características e reivindicações já conhecidas e/ou declaradas de parte a parte entre os intervenientes dos factos”. OLIVEIRA, Francisco da Costa. **Negociação: sua prática na advocacia**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 58.

ascendente em favor dos descendentes herdeiros. Afinal, se o vendedor e o comprador de um apartamento dificilmente projetam relacionamentos entre si após a negociação, por outro lado, o mais usual é que os familiares terão ainda diversas oportunidades de convívio e talvez também negócios dali para frente.

A diversidade de situações determina que se elejam, no planejamento, inclusive as formas de condução de uma negociação. Geralmente se acredita que as negociações funcionam como uma compra e venda, ou seja, quanto maior o preço, melhor para um e pior para o outro. São as chamadas negociações de “perde-ganha” que partem da premissa de que há um bolo fixo a ser dividido e que cada parte reivindica o maior pedaço em detrimento de seu adversário. Muitas vezes, as negociações efetivamente são e devem ser predominantemente competitivas; contudo, essa opção deve ser reservada estritamente às situações que lhe são pertinentes.

Uma negociação distributiva ou competitiva (perde-ganha) é geralmente marcada por recursos e tempo escassos, uma alta competitividade entre as partes e a ausência de perspectivas de relação futura entre os litigantes²³. Por isso, nesse tipo de negociação, “as partes sabem que talvez precisem aceitar menos do que esperavam (o seu ponto alvo)”, assim como “esperam que o acordo seja melhor do que os respectivos pontos de resistência”²⁴. A consequência é que somente haverá acordo se ambas acreditarem que essa solução é melhor que as respectivas alternativas. Com isso, “o principal objetivo não é assegurar que todas as partes saiam ganhando. É assegurar que o seu lado ganhe o máximo que puder”²⁵.

Nesse tipo de negociação, o relacionamento e a reputação são pouco significativos, e a informação é uma moeda forte na determinação do

²³ LEWICKI, Roy; SAUNDERS, David; BARRY, Bruce. **Fundamentos de Negociação**. 5ª ed. Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 17.

²⁴ Ibid., p. 35.

²⁵ LOPES, Sonia; STOECKRICH, Ingrid. **Negociação**. 1ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 2009, p. 56.

resultado. A questão essencial nesse aspecto é, assim, o controle das informações²⁶. Quanto menos informação tiver a contraparte sobre suas fraquezas e reais preferências e quanto mais ela perceber seu poder de barganha, melhor será²⁷. Por conta disso, geralmente se omitem os motivos pelos quais se deseja fazer o negócio, os interesses ou as restrições e as preferências ou as alternativas e especialmente os limites de cada um na negociação. Se informa, por outro lado, quando se tem boas opções ao acordo²⁸. Estrategicamente, a questão é selecionar a informação e obter os dados relevantes da contraparte que talvez não tenha planejado a abertura seletiva de dados.

Para alterar um condicionamento inicial herdado dos procedimentos judiciais que refletem métodos competitivos, dando conta de posturas inflexíveis, rígidas e formais²⁹, deve-se tentar focar a negociação naquilo que as partes podem ter em comum, sendo a perquirição de interesses um espaço bastante profícuo de ajustes. Sustenta-se a criação de valor, entre outras formas, mediante análise de diferenças de previsões, de hierarquias de preferências, da tolerância ao risco e das variadas necessidades quanto ao tempo de realização de determinadas providências requestadas.

Embora se reconheça que “na vida real maior parte das negociações é uma combinação de processos de reivindicação e de criação de valor”³⁰, Bazerman e Moore sugerem, com razão, que o componente que reivindica geralmente prevalece “quando enfrentam situações com motivos mistos, como uma negociação que requer agregação e valor e reivindicação de

²⁶ LEWICKI, Roy; SAUNDERS, David; BARRY, Bruce. **Fundamentos de Negociação**. 5ª ed. Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 41.

²⁷ WATKINS, Michael. **Negociação**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2016, p. 16.

²⁸ Ibid., p. 17.

²⁹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. O Ministério Público e os métodos autocompositivos. In: JR, Hermes Zaneti; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**, v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 253-273, 2017, p. 262.

³⁰ LEWICKI, Roy; SAUNDERS, David; BARRY, Bruce. **Fundamentos de Negociação**. 5ª ed. Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 17.

valor”. Isso produz usualmente o desenvolvimento de estratégias distributivas, inibindo a procura de soluções criativas mediante trocas benéficas³¹.

Acordos diplomáticos, soluções de litígios conjugais e a criação de alianças estratégicas são com frequência bloqueados pela premissa de que os interesses das partes são diametralmente opostos. Argumentos criativos ocorrem quando os participantes descobrem trocas entre as questões – mas eles não procurarão essas trocas se supuserem que o tamanho do bolo é fixo³².

Isso exige uma “mudança do modelo perde-ganha para o modelo ganha-ganha”³³, ainda que apenas em parte da estratégia geral de negociação. As negociações do tipo integrativas ou colaborativas são determinadas por um fluxo ativo de informações, com a contínua exposição dos motivos para um negócio, a abertura de reais interesses e das restrições de cada parte com determinadas soluções. Pressupõe sejam reveladas preferências entre assuntos ou opções e a análise de capacidades e recursos adicionais que possam ser adicionados ao acordo para angariar vantagens também à contraparte. Nesse passo, busca-se opções criativas com o conhecimento obtido, de modo a atender ao máximo o interesse de ambos os lados³⁴.

Conforme Antonio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha “na negociação cooperativa, a estratégia tem por base não a posição de cada interessado, mas os interesses envolvidos; busca-se criar valor, que pode beneficiar ambas as partes, separando-as do problema”³⁵. A ideia geral de

³¹ BAZERMAN, Max Hal; MOORE, Don. **Processo Decisório**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 288.

³² Ibid., p. 288.

³³ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A conciliação e a mediação no CPC/2015. In: FILHO, Antônio Carvalho; JUNIOR, Herval Sampaio. **Os juízes e o Novo CPC**. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 151-165, 2017, p. 152.

³⁴ WATKINS, Michael. **Negociação**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2016, p. 22.

³⁵ CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): mediação sem mediador. In: JR, Hermes Zaneti;

operação de uma negociação integrativa é um fluxo maior de informações, com a tentativa de apresentação de opções de resolução a fim de albergar ao máximo possível os interesses. Todo o processo de negociação, ademais, tanto na formatação do proceder, na abertura de interesses, no pensamento de opções, na avaliação objetiva das alternativas, no descarte de soluções piores e eleição de melhores é atividade a se realizar em comum. Diz-se, por isso, que as partes “cooperam entre si para obter o máximo de benefícios, conjugando seus interesses em um acordo”³⁶.

Por conta do elevado potencial de agregar valor na negociação, percebe-se hodiernamente a existência de um discurso enfático em favor de métodos colaborativos de negociação³⁷. Contudo, a concepção de que sempre é possível uma negociação integrativa – logicamente preferível em um ambiente permeado de boa-fé – pode levar a resultados insustentavelmente injustos quando na mesa de negociações há forte competição de um lado e ingenuidade de outro. Com essa ressalva, refere-se que a Escola de Negociação de Harvard desenvolveu um modelo de negociação na qual o feitiço colaborativo assume um papel central, tendo por conta a separação entre as pessoas e os problemas, a concentração nos interesses e não nas posições, a invenção de opções para ganhos mútuos e o uso de critérios objetivos para avaliação das opções³⁸.

Nesse prospecto, o resultado esperado condiz somente com as últimas providências a serem tomadas na negociação. Ou seja, os pe-

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**, v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 709-726, 2017, p. 716.

³⁶ WATKINS, Michael. **Negociação**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2016, p. 17.

³⁷ Exemplificativamente, com variações, na doutrina: “A negociação competitiva ou distributiva é ineficiente, pois os interessados estão mais preocupados em reclamar valor que criá-lo; nesse caso, a negociação é conduzida para que um ganhe o outro perca, com estratégias encaradas como armas para enfrentar o problema”. CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): mediação sem mediador. In: JR, Hermes Zaneti; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**, v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 709-726, 2017, p. 716.

³⁸ FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, p. 34.

didados, demandas ou posições de cada parte são deixadas apenas para o final. O início do processo é marcado por uma deliberação que pode alcançar inclusive o modo como irão proceder as reuniões, ou seja, sobre o processo de negociação. Estabelecem-se metas, prazos, objetivos para cada encontro e modelos dialógicos. Eventualmente, se há alguma ruptura no relacionamento se trabalha para os fins de manter o fluxo de comunicação ativo e se isolar as questões negociadas das afetividades entre as partes. Por meio do processo de negociação colaborativo, identificam-se os interesses de ambas as partes; após pensa-se sobre uma série de opções, fundamentando-as com critérios objetivos para que, somente ao final, as partes assumam o papel de eleger a forma de resolução do impasse mais adequada³⁹.

Essas etapas devem ser realizadas integradamente, de modo que o objetivo comum de viabilizar um acordo tenha caráter colaborativo e satisfaça, ao máximo possível, os interesses de todos os negociantes. Para tanto, conhecer os fundamentos das posições de cada uma das partes é central, para se poder perscrutar conjuntamente quais outras opções além da mais óbvia a cada uma das partes são compatíveis com os interesses comuns. É, igualmente, relevante fundamentar as opções em dados objetivos, dando respaldo de razoabilidade às sustentações efetuadas.

As negociações colaborativas, além de terem largo potencial de viabilizar acordos otimizados a ambas as partes, também reforçam a sensação de participação na formatação do resultado que deve soar justo e razoável aos envolvidos e, conseqüentemente, aumentam o comprometimento na execução do pactuado. Para que o acordo tenha um potencial de cumprimento maior, é relevante que as partes tenham ativamente participado do processo de formulação da negociação, além de haver o amparo da decisão em critérios que pareçam justos e razoáveis a ambos e não uma simples imposição de força por conta

³⁹ WEISS, Jeff. **HBR Guide to Negotiating**. 1ª ed. Boston: Harvard Business Review Press, 2016.

de necessidade⁴⁰. Assim sendo, “impõe a razoabilidade negocial que a discussão de pontos de vista, as propostas recíprocas e as exigências e concessões se estabeleçam em função de motivos objetivos, ou seja, na base de cada uma argumentação e da troca de informações relevantes em cada caso concreto”⁴¹.

Aliás, em contraposição com as negociações distributivas, como usualmente se tem partida nos litígios cíveis, este é um aspecto relevante em favor de um acordo integrativo: aquele que perdeu a disputa na negociação, sendo forçado a aceitar um pacto tendo obtido pouco valor, muitas vezes simplesmente não cumpre a avença⁴². O inadimplemento se torna ainda frequente quando diante de condenações heterocompositivas⁴³. A relevância de acordar para satisfação do direito tem ainda maior pertinência quando se tem em conta a ineficácia da jurisdição com viés executivo no Brasil. Sem contar que, mesmo depois do trânsito em julgado, “repetidamente há vantagens em negociar os próprios termos do cumprimento voluntário das obrigações emergentes da condenação”⁴⁴.

⁴⁰ “Quando um juiz redige seu parecer em uma sentença, está salvando as aparências não apenas para si e para o sistema judicial, mas também para as partes envolvidas. Em vez de simplesmente anunciar para um lado ‘você venceu’ e para o outro ‘você perdeu’, ele explica como sua decisão é consistente com princípios, legislação e precedentes. Ele não quer parecer arbitrário, mas sim alguém que procedeu de maneira apropriada. Com um negociador não é diferente”. FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, p. 48.

⁴¹ OLIVEIRA, Francisco da Costa. **Negociação: sua prática na advocacia**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 28.

⁴² MORAES, Paulo Valério Dal Pai. O Ministério Público e os métodos autocompositivos. In: JR, Hermes Zaneti; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**, v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 253-273, 2017, p. 263.

⁴³ “Parece que tais decisões são mais facilmente aceitas do que decretos judiciais unilaterais, uma vez que eles se fundam em acordo já estabelecido entre as partes. É significativo que um processo dirigido para a conciliação – ao contrário do processo judicial, que geralmente declara uma parte ‘vencedora’ e a outra ‘vencida’ – ofereça a possibilidade de que as causas mais profundas de um litígio sejam examinadas e restaurado um relacionamento complexo e prolongado”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: SAFE, 1988, p. 83-84.

⁴⁴ OLIVEIRA, Francisco da Costa. **Negociação: sua prática na advocacia**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 61.

Por fim, a negociação não pode progredir sem comunicação. O modo como ela se desenvolve tem um papel preponderante na eleição de um modelo de negociação. Nas negociações, o mais usual é haver um modelo misto, no qual a régua de confiança entre os sujeitos que negociem determina maior ou menor abertura de informações e melhores ou piores condições de trabalhos conjuntos no pensamento e formatação e avaliação de opções.

Elementos em perspectiva de litígios cíveis

Explanadas sumariamente as modalidades de negociação, passa-se ao exame de alguns elementos que são pertinentes ao planejamento e à execução de uma estratégia de negociação para litígios cíveis.

Elementos objetivos: posição, interesses e questões

O direito processual civil, quando estrutura a lógica dos pedidos, conduz a percepções geralmente improdutivas para o favorecimento de autocomposições. A negociação centrada nos pedidos formulados na petição inicial impede seja incluído valor na mesa a partir de técnicas de negociação integrativa. Essas pressupõem, entre outros aspectos, o exame do interesse – dos móveis à pretensão – que podem muitas vezes ser realizados diferentemente do modo como estritamente escrito o pedido.

Em teoria da negociação, o conceito que melhor se aproxima da noção processual de pedido é o de *posição*. Na negociação, “posição é a postura inicial demonstrada pelo negociador, mas que poderá não corresponder ao seu real interesse, ou seja, ao que o negociador efetivamente deseja para a satisfação das suas necessidades”⁴⁵. Exemplos de posição são o requerimento da parte autora de ser indenizada em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a declaração de nulidade do contrato, a obtenção da

⁴⁵ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. O Ministério Público e os métodos autocompositivos. In: JR, Hermes Zaneti; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**, v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 253-273, 2017, p. 261.

guarda dos filhos, a dissolução parcial societária com apuração de haveres etc. São o que a doutrina processual chama de pedidos mediatos, ou seja, os bens da vida pretendidos sobre os quais versará a decisão de mérito⁴⁶. Uma negociação integrativa não deveria iniciar pelas posições; contudo um processo judicial tem na legislação processual uma exigência de que tal reste especificado desde o seu primeiro ato (CPC/2015. Art. 319, IV).

Nos exemplos dados, ao se avançar sobre os motivos poder-se-ia indicar que a autora quer o que quer no primeiro caso porque deseja um novo automóvel, ou no segundo porque não tem mais interesse comercial no contrato tendo em vista uma melhor oferta de um terceiro fornecedor, ou no terceiro porque quer ter mais contato com os filhos ou, finalmente no quarto porque quer empreender em área afim isoladamente, entre outros motivos quiçá psicologicamente mais profundos. Importante é ter em conta que “há uma diferença entre as posições declaradas das partes e seus interesses subjacentes. Posições são os requisitos declarados que as partes demandam do outro lado. Interesses são questões auxiliares ou subjacentes por trás dessas posições”⁴⁷.

A ideia central de negociações integrativas é de que “atrás de posições opostas existem muito mais interesses em comum do que conflitantes”⁴⁸. Por isso, quando a negociação tem enfoque nos interesses subjacentes – ignorando-se as posições – há uma facilitação em costurar acordos que satisfaçam mutualmente as partes. Pode-se ter um automóvel sem uso

⁴⁶ Por todos: “O pedido mediato é o bem da vida pretendido pelo autor. Assim, por exemplo, a declaração da certeza jurídica (sentença declaratória); a criação de nova situação jurídica, a modificação de um contrato ou sua anulação (sentença constitutiva ou desconstitutiva), o pagamento da quantia (sentença condenatória); a abstenção da adoção de comportamentos poluidores do meio ambiente (sentença mandamental); a coisa reivindicada (sentença executiva)”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 365.

⁴⁷ BAZERMAN, Max Hal; MOORE, Don. **Processo Decisório**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 265.

⁴⁸ JUNIOR, Américo Bedê; CHMATALIK, Cristiane Conde. Conciliação. As técnicas de negociação e a nova política judiciária instituída pelo novo CPC na Justiça Federal. In: JR, Hermes Zaneti; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**, v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 431-441, 2017, p. 433.

na garagem de casa para destinar à autora, ou se reajustar o valor do contrato de fornecimento, agregar novos produtos e serviços na relação comercial ou aumentar a periodicidade das visitas aos filhos, ou ainda cindir a empresa e fomentar inclusive trocas comerciais entre os dois negócios. Quando se enfoca nos interesses, uma gama de alternativas pode ser construída a fim de viabilizar composições que inicialmente se apresentam impraticáveis, especialmente quando os olhares recaem apenas às posições.

Quando há a distribuição da inicial e os pedidos estão postos, há um condicionamento que é desfavorável à negociação integrativa. Por conta disso, “quanto mais atenção se der a posições, menos foco será dado ao atendimento dos interesses subjacentes das partes”⁴⁹. Os advogados que conduzem a causa em negociação precisam ter a percepção muito clara de que os limites do pedido (CPC/2015. Art. 492) são apenas aplicáveis quando da decisão judicial da lide, sendo impertinentes e geralmente perturbadores de uma solução autocompositiva.

Uma das primeiras atividades a cumprir para desenvolver estrategicamente uma negociação é estabelecer, se possível mutuamente, quais as questões que devem ser postas a composição. Não se trata do pedido em si, mas dos aspectos que são relevantes para a deliberação. São o “conjunto de fatores presentes em uma negociação”⁵⁰. Se a questão versa sobre um pagamento, o ideal é que a negociação não se desenvolva apenas sobre o preço. Também pode ser objeto de negociação – e geralmente isso ocorre – o prazo, a forma de pagamento, as garantias oferecidas etc. Negociações de única questão envolvem geralmente reivindicação de valor⁵¹, fazendo-se difícil agregar aspectos integrativos. Nessa linha,

⁴⁹ FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, p. 29.

⁵⁰ LEWICKI, Roy; SAUNDERS, David; BARRY, Bruce. **Fundamentos de Negociação**. 5ª ed. Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 35.

⁵¹ BAZERMAN, Max Hal; MOORE, Don. **Processo Decisório**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 269.

conveniente perceber que “à medida que o mix de barganha aumenta, assim também crescem as oportunidades de *trade-offs* com relação a questões nas quais as preferências dos negociadores divergem”⁵².

Além das questões, continuamente se deve perscrutar sobre quais os interesses subjacentes que determinam esses pontos em debate. Por que se deve discutir sobre esse ou aquele assunto? Qual a relevância dessa especificidade? O que mobiliza cada uma das partes às suas posições e questões? O que se fará com o resultado pretendido? Por que esse pedido é melhor do que o outro?

Ao iniciar uma negociação todos têm em mente alguns resultados pretendidos que se constroem a partir de um interesse muitas vezes não explícito. Para uma negociação com caráter flexível deve se ter como meta a realização do interesse e não da posição. Por isso, estrategicamente é bom que os pedidos de ambas as partes não fiquem em primeiro plano no processo de negociação. Nas negociações não é usualmente proveitoso lançar jornada para tentar compor já com o destino invariavelmente traçado. Os interesses, por outro lado, precisam estar o mais claro e definidos quanto possível.

A identificação das questões a decidir e dos interesses subjacentes é importante, pois pode conduzir à criação de valor por meio de uma perspectiva colaborativa, na esteira de trocas, como se explicitará infra nesse ensaio. Mesmo em uma negociação distributiva, a variabilidade de questões proporciona acordos viáveis e a criação de valores na negociação, embora a restrição sobre o fluxo de informações possa tornar mais difícil identificar essas oportunidades que muito provavelmente estão presentes.

Por fim, as questões definidas a resolver não são estáticas, dado que ao longo da negociação podem ser ampliadas ou restringidas, seja por meio da sugestão de novas opções de solução e, com elas, outros aspectos a compor, seja por acordos parciais em determinados aspectos

⁵² LEWICKI, Roy; SAUNDERS, David; BARRY, Bruce. **Fundamentos de Negociação**. 5ª ed. Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 35.

antes controvertidos⁵³. Os interesses podem também ser incentivados, suprimidos, criados ou descobertos por meio do processo de negociação.

Elementos subjetivos da negociação: partes e relação

Um dos aspectos mais fundamentais em uma negociação condiz com a confiança que as partes nutrem uma sobre a outra. Quanto maior a fidedignidade entre os negociadores, mais fácil será obter informações e, com isso, formatar acordos mutuamente benéficos. A comunicação é essencial para a mais provável obtenção de resultados desejáveis na composição. Quando as partes desconfiam da outra, são absolutamente relutantes em informar e têm maior dificuldade de compreender o ponto de vista oposto, sendo difícil a criação de alternativas viáveis de mútuo comprometimento.

O modo como uma parte percebe a influência e a força da outra também interfere ativamente nas considerações de confiança e na avaliação das respectivas alternativas. Uma tática altamente combativa frequentemente utilizada é a submissão do acordo à relação existente entre as partes ou entre terceiros. Por exemplo, quando um fornecedor ameaça o gerente de que intervirá junto ao dono da empresa, seu amigo, acaso não obtenha dada negociação – ou qualquer situação análoga – está por buscar a composição sob a perspectiva da força, sustentando uma demanda a partir de pressão na relação. Trata-se de estratégia de intimidação, podendo estar fundado em blefe ou efetivo poder de influência e submissão. Esse tipo de proposição afasta as partes e propõe uma composição pela força, direcionando a negociações distributivas, e fazendo muito difícil o percurso em criar valor por trocas mutuamente benéficas. Cria, outrossim, rancores que podem dificultar o cumprimento do pacto ou negociações e trocas futuras.

⁵³ “O perímetro do objeto negocial pode também evoluir durante as negociações, quer aumentando (por inclusão de variáveis, de problemas, ou novas alternativas), quer diminuindo (por exclusão progressiva de opções inicialmente existentes, por formalização de acordos parciais)”. OLIVEIRA, Francisco da Costa. **Negociação: sua prática na advocacia**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 21.

Em um processo judicial, geralmente as partes se apresentam com os dentes a mostra e com alto grau de desconfiança no adversário. Vê-se facilmente porque as informações que uma parte obtém da outra são usualmente aquelas constantes nos autos ou muito esparsamente coletadas, como se ao acaso e implicitamente, em tratativas preliminares. Como “a maior parte das negociações ocorre em um contexto no qual já existe um relacionamento prévio entre as partes envolvidas”⁵⁴, deve-se ponderar que dependendo dos antecedentes do litígio e da relação que deu origem à desavença, muitas vezes tem-se restrições iniciais no relacionamento fortes o bastante para impedir o melhor desenvolvimento da negociação. Não é incomum que o litígio tenha “indisposto todas as partes envolvidas de tal forma que inviabilize de todo uma negociação”⁵⁵. Nessas hipóteses, para tornar factível a comunicação e conseqüentemente uma autocomposição, se deve buscar contornar o problema na relação, ora se terceirizando o processo por pessoas não afetadas diretamente com esse histórico – usualmente os respectivos advogados ou terceiros imparciais –, ora efetivamente tratando e discutindo a desavença por suas origens⁵⁶.

A esse respeito, outrossim, é bastante pertinente notar que o momento adotado no procedimento cível para conciliar – após a apresentação da petição inicial em juízo – pode não ser o ideal tendo em vista os condicionantes da relação entre as partes.

A confecção dos termos (em especial os fáticos) da postulação
poderá gerar óbices para autocomposição, criando resistência

⁵⁴ FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, p. 41.

⁵⁵ OLIVEIRA, Francisco da Costa. **Negociação: sua prática na advocacia**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 58.

⁵⁶ “Um fato básico a respeito de uma negociação (...) é que você está lidando não com representantes abstratos ‘do outro lado’, mas com seres humanos. Eles têm emoções, valores profundamente arraigados, experiências distintas e diferentes pontos de vista; além de serem imprevisíveis. Estão sujeitos a desvios cognitivos, percepções partidárias, pontos-cegos e delírios ilógicos. Assim como nós”. FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, p. 40.

pelo réu. Isso porque, a depender da intensidade com que os fatos sejam postos na petição exordial, o réu – mesmo de forma involuntária – poderá fechar a porta da autocomposição, adotando postura de combater o que foi deduzido na postulação da contraparte, até como uma ‘defesa de sua honra’ ou para ‘desmentir’ o versado na peça de abertura⁵⁷.

Não surpreende porque o art. 695, §1º, do CPC/2015, que trata das ações de família, determina que a citação seja procedida sem a entrega da cópia da petição inicial ao réu, como de costume nas demais demandas cíveis. O objetivo é de que “o réu não tenha conhecimento imediato das alegações formuladas pelo autor, que podem acirrar os ânimos e dificultar a autocomposição”.⁵⁸ Quando a relação está comprometida, a viabilidade de um acordo é sensivelmente dificultada.

Independentemente do desgaste, Fischer, Ury e Patton sugerem que uma negociação para ser melhor desenvolvida deve apartar as questões da relação e centrar-se objetivamente nas questões postas para transação. Por conta disso, em uma negociação integrativa – ou como referem esses os autores “negociação por princípios” –, passa a ser relevante

⁵⁷ MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. In: JR, Hermes Zaneti; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**, v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 67-89, 2017v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 67-89, 2017</DisplayText><record><rec-number>3</rec-number><foreign-keys><key app="EN" db-id="255xf52xord2viefvrov5a5iv52wvpzp-zpd9">3</key></foreign-keys><ref-type name="Book Section">5</ref-type><contributors><authors><author>Rodrigo Mazzei</author><author>Bárbara Seccato Ruis Chagas</author></authors><secondary-authors><author>Hermes Zaneti Jr</author><author>Trícia Navarro Xavier Cabral</author></secondary-authors></contributors><titles><title>Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos</title><secondary-title>Justiça Multiportas</secondary-title></titles><pages>67-89</pages><volume>v. 9</volume><edition>1ª ed.</edition><dates><year>2017</year></dates><pub-location>Salvador</pub-location><publisher>Juspodivm</publisher><urls></urls></record></Cite></EndNote>, p. 82.

⁵⁸ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 674 ao 718**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 116.

desembaralhar o relacionamento da substância do acordo⁵⁹. A estratégia de intimidar pela força da relação, supra comentada, seria altamente desaconselhável para aplicar esse modelo de negociação.

A configuração de um quadro dos sujeitos da negociação deve ter em conta o complexo subjetivo de cada um dos negociadores, seja pelo comportamento esperado, seja pela análise dos recursos empreendidos para a causa, o que alcança aos respectivos advogados⁶⁰, bem como as relações de estabilidade e influência entre eles. Assim, se uma das partes contrata conceituado escritório de advocacia para representá-la, pode-se desde logo inferir que os potencialmente altos recursos empreendidos para aquele debate sinalizam relevância. Ainda, indicam que provavelmente serão destinadas todas as munições necessárias para o seguimento da demanda. Por outro lado, se a parte contactada sequer designa advogado ou o faz na figura de “um parente que lhe presta um favor” (ou afim), as expectativas geradas são notadamente diferentes, por mais competente que seja o familiar.

O mesmo se diga dos advogados que representam as partes. Se vão negociar com colega que sabem ser probo e leal, o canal de comunicação e as tratativas de negociação se desenvolvem com maior confiança e prestígio. Por outro lado, se os advogados que representam as partes igualmente têm suas diferenças ou são marcados por posturas desleais e agressivas, ainda mais acirrado e difícil será o processo de negociação. Para bem negociar, portanto, é indispensável que o causídico goze de prestígio ético para com seus colegas e comunidade.

⁵⁹ FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, p. 41-56.

⁶⁰ Afinal, “não são poucos os acordos realizados com a interferência direta do profissional [o advogado], seja aconselhando seu cliente, seja participando de tratativas com a parte adversa para solucionar o conflito e, quando não transposto o obstáculo, exerce com dignidade o trabalho profissional materializado nos autos”. FONSECA, Lúcio Palma da. O advogado e a medição e conciliação. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. **Repercussões do Novo CPC: Advocacia**, v. 2. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p., 2015, p. 56.

Deve-se também ter em conta os diferentes interesses daqueles envolvidos em uma negociação, seja atinente à própria parte que negocia, seja relativo a intermediários. Os corretores de imóveis, que por sua expertise possuem geralmente mais conhecimento sobre mercado imobiliário que os compradores e vendedores, têm interesses particulares que agem sobre a intermediação. Não se pode esquecer que o interesse do corretor é de efetuar a venda pelo maior valor possível ou sucessivamente por qualquer valor. Assim porque sua comissão incide sobre o preço da venda, o que o faz pressionar o preço e trabalhar para o vendedor. Contudo, ele sabe que se não houver venda, não há comissão e, nesse aspecto, o corretor trabalha para o comprador. O que mobiliza essa atuação e direciona os respectivos movimentos e conselhos, todavia, é geralmente o próprio interesse do corretor, muito antes do interesse dos negociantes.

Os advogados quando atuam em uma negociação têm suas posições muito bem situadas, representando partes, a rigor, opostas. Se o litígio está em curso, o causídico pode ter pessoalmente um interesse de efetuar o acordo, assim como o corretor de imóveis, dado que tal pode significar sua remuneração antecipada pela composição, sendo melhor, ao seu interesse pessoal, ter um acordo ruim ao seu cliente e receber a honorária correspondente, ainda que menor, do que manter uma longa disputa incerta judicial. Por outro lado, se o acordo encerra a contratação em horas, tipo *timesheet*, a finalização do processo em poucos atos significa o esgotamento de uma fonte de receita do escritório. Nota-se daí que o interesse do advogado pode ser diverso daquele do cliente. Esse aspecto perpassa inclusive sobre a substância do acordo, dado que pode interessar ao patrono o recebimento de valores para seu cliente – sobre os quais incidem percentuais de seus honorários – e ao representado pode ser mais negócio a concessão de serviços e outras formas de recebimento *in natura*⁶¹.

⁶¹ Trazendo a questão no que condiz com acordos coletivos no direito americano, Antonio Gidi traz exemplo bastante pertinente: “Os altos interesses financeiros em jogo do réu e do

Uma das ocorrências mais comuns em audiências e tentativas de conciliação na praxe forense envolve um conflito de interesses latente entre o advogado e seu cliente sobre honorários de sucumbência. Tal acaba muitas vezes por produzindo uma relutância do profissional para com a autocomposição. É muito usual a disposição de mútua renúncia das partes à honorária de sucumbência respectiva. Assim, se, por um lado, a diminuição dos valores e dos riscos a pagar pela sucumbência é fator que aumenta a zona de barganha⁶², por outro, a simples instauração do litígio em juízo limita a mesma zona de barganha *ad initio*⁶³ e também condiciona o advogado a preterir acordos a soluções heterocompositivas, potencializando conselhos nesse sentido aos seus representados.

Os advogados ocupam um papel relevante na formulação e avaliação das ofertas que são feitas na negociação. Um causídico interessado no acordo pode conduzir a um desenvolvimento específico na mesa de reuniões. Trata-se de uma fonte de informação conhecida de cada uma das partes que não só guia procedimentalmente a negociação como também aconselha, com bom fator persuasivo, sobre ofertas, critérios e alternativas a seu cliente. Bem evidente porque convém também ter em conta seus interesses na formatação de uma estratégia de negociação.

Enquanto mediadores e juízes não estão geralmente interessados nos detalhes de um acordo final, agentes possuem um interesse pessoal no resultado, porque representam

advogado do grupo, somados ao grande poder e autonomia conferidos ao advogado do grupo, são um convite à realização de acordos abusivos. Em uma ação coletiva, há o constante risco de que os interesses financeiros imediatos do advogado do autor e do réu sejam privilegiados, em detrimento dos legítimos interesses dos membros do grupo. Afinal, são eles, e não os membros do grupo, que se sentam à mesa para negociar os termos do acordo". GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 245.

⁶² Ver infra.

⁶³ A presença de um intermediador usualmente diminui a zona de barganha, dado que o respectivo preço deve ser pago e descontado do negócio. BAZERMAN, Max Hal; NEALE, Margaret Ann. **Negociando Racionalmente**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 165-168.

formalmente um dos lados. Embora preferisse que seu agente tivesse seus interesses sempre em mente, esse nem sempre é o caso⁶⁴.

Se, por um lado, os intermediadores como advogados e corretores têm seus interesses também dependentes do conteúdo da composição, por outro, os juízes e mediadores também têm interesses pessoais, mas em obter qualquer acordo. Esse fato pode conduzir muitas vezes a pressões indevidas pela autoridade – juiz, mediador, conciliador – para que uma das partes aceite composições injustas, aspecto que não é de todo incomum na prática forense.

Nem o advogado é um simples agente comercial, nem tão pouco um mero persuasor de quem deva esperar-se apenas uma habilidosa condução de negociações. É, em vez disso, um profissional auxiliar da acção da justiça, a quem são exigíveis rigorosos deveres deontológicos para com a comunidade, entre os quais a probidade⁶⁵.

Note-se que se “no processo judicial, tradicionalmente, as partes são personagens imprescindíveis, em teoria, mas, na prática, não exercem uma função tão efetiva”, nos meios autocompositivos elas são protagonistas⁶⁶. Nesse sentido, quanto à formatação de um esquema de sujeitos

⁶⁴ Ibid., p. 164.

⁶⁵ OLIVEIRA, Francisco da Costa. **Negociação: sua prática na advocacia**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 10-11.

⁶⁶ MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. In: JR, Hermes Zaneti; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**, v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 67-89, 2017v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 67-89, 2017</DisplayText><record><rec-number>3</rec-number><foreign-keys><key app="EN" db-id="2s5xf52xord2viefvrov5a5iv52wvpzp-zpd9">3</key></foreign-keys><ref-type name="Book Section">5</ref-type><contributors><authors><author>Rodrigo Mazzei</author><author>Bárbara Seccato Ruis Chagas</author></authors><secondary-authors><author>Hermes Zaneti Jr</author><author>Trícia Navarro Xavier Cabral</author></secondary-authors></contributors><titles><title>Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de

na negociação é relevante ter em mente todos aqueles que interferem e o modo como tal ocorre na negociação. As relações de influência são importantes, devendo-se mapear todos os envolvidos, classificando-os como meros informadores (como o avaliador contratado por uma das partes para indicar o equivalente financeiro de cada um dos bens do inventário), conselheiros (como familiares, o advogado, gerentes de empresa) ou decisores (como a parte, diretores e conselheiros de administração ou respectivos sócios) e identificar-se as influências recíprocas e os interesses de cada um dos sujeitos envolvidos, inclusive as divergências que podem eventualmente ocorrer entre eles⁶⁷.

De outra sorte, a necessidade ou conveniência de uma continuidade no relacionamento, pode representar um aspecto significativo para o empreendimento de técnicas integrativas de negociação⁶⁸. Afinal, mesmo o vendedor de determinado produto pode ter interesse em fidelizar o cliente e fazer futuras vendas, o que lhe remete a uma percepção das necessidades do consumidor para efetuar a compra. Em relações familiares, comerciais continuadas, aluguéis e afins, há uma larga vantagem na fixação de um acordo formatado em moldes colaborativos, com potencial para manter boa relação a trocas futuras ou quiçá ampliar o leque de negociações em benefício mútuo. Quanto mais irrelevante for a continuidade de uma boa relação entre as partes após o desfecho negociado, mais próximo se estará diante de um modelo distributivo de negociação.

conflitos</title><secondary-title>Justiça Multiportas</secondary-title></titles><pages>67-89</pages><volume>v. 9</volume><edition>1ª ed.</edition><dates><year>2017</year></dates><pub-location>Salvador</pub-location><publisher>Juspodivm</publisher><urls></urls></record></Cite></EndNote>, p. 70.

⁶⁷ OLIVEIRA, Francisco da Costa. **Negociação: sua prática na advocacia**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 22.

⁶⁸ “As partes que tendem a se envolver em determinado tipo de litígio também devem ser levadas em consideração. Elas podem ter um relacionamento prolongado e complexo, ou apenas contatos eventuais. Já foi sugerido que a mediação ou outros mecanismos de interferência apaziguadora são os métodos mais apropriados para preservar os relacionamentos”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: SAFE, 1988, p. 72.

Elementos formadores, limitadores e ampliativos da negociação

Examina-se agora os limites da negociação que pressupõem o conhecimento de três conceitos significativos no planejamento e execução de uma negociação: (a) a melhor alternativa ao acordo negociado; (b) o ponto de reserva e (c) a definição da zona de barganha. Esses elementos são importantes em qualquer tipo de negociação, mas assumem um papel preponderante em uma barganha preponderantemente distributiva, dado que sinalizam critérios de definição das posições das partes. Ainda assim, após a exposição de seus significados e aplicações, tratar-se-á de algumas técnicas integrativas na negociação capazes de aumentar a zona de barganha e viabilizar ganhos recíprocos com a autocomposição.

Si vis pacem, para bellum. Usualmente a alternativa mais comum a um acordo em litígios cíveis envolve a distribuição de uma demanda ou a continuidade de um processo já em curso. Fato é que saber quais as alternativas são disponíveis às partes na hipótese de não fechamento da avença serve não apenas como um incentivo para soluções negociadas, mas especialmente para definir um critério objetivo limitante da negociação. Após listar todas as alternativas disponíveis no caso de insucesso da negociação, a melhor delas (BATNA – *Best Alternative to a Negotiated Agreement*) representa um parâmetro mínimo de um acordo aceitável, ou seja, usualmente indica o ponto de reserva na negociação.

Muitas vezes as negociações alcançam impasses irracionais, ainda que a oferta final da contraparte se apresente mais vantajosa que a alternativa a ser enfrentada com o encerramento das negociações. Imagine-se como credor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), tendo seu direito largamente comprovado. Se a negociação com o devedor alcançou ao seu limite uma oferta de pagamento de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), deve-se ou não aceitar o acordo? Nesse caso, ainda que eventualmente se mostre contraintuitivo, é bastante simples constatar que para essa decisão devem ser considerados os honorários contratuais, os custos judiciais, a incerteza

do resultado ainda que provável⁶⁹, o tempo de tramitação, as manobras do devedor no curso do processo e quiçá até mesmo o insucesso na localização de bens em futuro cumprimento de sentença.

Em boa parte dos casos esse acordo deverá ser aceito, aliás, com um largo sorriso no rosto do credor. Muitas vezes, no entanto, a avaliação é menos analítica e mais passional, não se aceitando “um centavo a menos do que o valor total do crédito”. Também se mostra um viés comum a avaliação da conveniência de um acordo a partir do exame do ganho da contraparte: “ele está ganhando mais do que eu nisso, logo é um acordo ruim”. No exemplo, dado, dir-se-ia que o devedor está ganhando R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) às custas do credor!

No caso, se a primeira posição ampara-se geralmente um sentimento de merecimento e não em um julgamento objetivo – infelizmente nem sempre há justiça nas cobranças –, a última perspectiva coloca o ganho do outro em um patamar mais alto que o próprio interesse, o que pode somente sinalizar afetividades que justifiquem um sentimento de vantagem no (in)sucesso da contraparte ou, quiçá mais frequentemente, a falta de critérios para a tomada de decisão. Dificilmente essas perspectivas bastante comuns oferecem bons conselhos para a tomada de decisão.

Estabelecer o BATNA é um aspecto chave na estratégia de negociação, dado que ele fornece um critério objetivo para avaliação de bons ou maus acordos. Nessa feita, quando a alternativa é a via judicial, entre outros fatores contingentes, deve-se considerar “a) a duração do litígio; b) custos prováveis; c) conduta provável da(s) parte(s) contrária(s); d) impacto sobre as posições negociais das partes envolvidas; e) possibilidades de desfecho, quanto ao sentido da decisão judicial”⁷⁰.

⁶⁹ “Ao contrário do que se verifica na negociação de uma transação comercial, por exemplo, nenhuma das partes pode prever com exactidão qual será a evolução do litígio quando este for confiado à acção da Justiça. Podem fazer-se cálculos, projecções, acerca do sentido da decisão judicial. Todavia, são tantas as variantes que podem influenciar o curso e reflectir-se no resultado de uma acção em um tribunal que, em bom rigor, todas as previsões são falíveis”. OLIVEIRA, Francisco da Costa. **Negociação: sua prática na advocacia**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 57.

⁷⁰ Ibid., p. 59.

O ponto de reserva condiz com o limite extremo de conveniência de um acordo e deve ser estabelecido antecipadamente ao início de uma negociação a partir de um exame objetivo. Por conta disso, “devemos preferir ao impasse qualquer acordo negociado que nos dê mais valor do que a nossa BATNA; do mesmo modo, devemos recusar qualquer acordo negociado que nos dê menos do que a nossa BATNA”⁷¹ Como bem observam Lewicki, Saunders e Barry, “a importância das alternativas está no fato de dar aos negociadores o poder de abandonar a negociação quando as perspectivas de acordo não são boas”⁷². Conseqüentemente, quanto melhor a alternativa do negociador, mais força terá em uma mesa de negociação, estando menos sujeito a pressões da contraparte. Isso significa que é indispensável estabelecer, sob critérios objetivos e fundamentados as efetivas alternativas, como buscar implementar constantemente outras melhores ou aprimorar as vias já disponíveis para a hipótese de frustrar a tentativa de solução negociada.

Deve-se também avaliar as alternativas da contraparte como uma forma de dimensionar o seu ponto de reserva, bem como agir para diminuir o valor da respectiva BATNA. Isso pode ter reflexos no posicionamento e limites na mesa de negociação. Exemplificativamente, em uma barganha distributiva, se a parte devedora está apostando na demora da via judicial como um fator de valor para sua melhor alternativa, dimensionando-se o ponto de reserva a partir desse patamar, alguns atos que lhe criem dissabores enquanto persistir o litígio – mesmo que sem que isso garanta ao credor vantagens diretas –, pode prover resultados para uma melhor margem de negociação. Exemplo rotineiro disso é a inclusão do nome do devedor em cadastro de inadimplentes ou cartórios de protesto quando diante de pretensões de crédito.

⁷¹ BAZERMAN, Max Hal; MOORE, Don. **Processo Decisório**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 264.

⁷² LEWICKI, Roy; SAUNDERS, David; BARRY, Bruce. **Fundamentos de Negociação**. 5ª ed. Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 34.

O conhecimento da BATNA de cada uma das partes provê uma base de negociação melhor do que avaliações intuitivas e não preparadas⁷³, viabilizando não só o planejamento, mas também direcionando táticas de implemento de força na mesa de negociação. Por conta disso, esse item deve ser necessariamente avaliado antes de iniciada a negociação, bem como reavaliado continuamente durante o todo o processo negocial, especialmente em barganhas distributivas, mas não apenas nelas. Mesmo em negociações integrativas, dificilmente não se terá alguma reivindicação de valor em algum momento e, aí, saber perceber e avaliar essas questões são instrumentos bastante poderosos de fortalecimento.

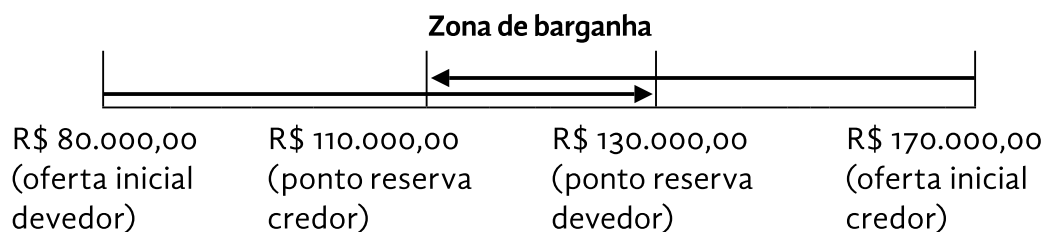
O advogado é peça essencial para avaliar a razoabilidade, à luz do direito, das diferentes posições das partes e suas possibilidades. Esse exame condiciona a meta pretendida com o acordo, bem como interfere intensamente quando a melhor alternativa da parte é desenvolver a via judicial. Fornece, igualmente, elementos para que se projete as viabilidades e limites da contraparte, servindo para estimar o respectivo ponto de resistência. O trabalho do advogado é contínuo na negociação e exige atenção ao longo de toda a sua atividade, além do estabelecimento de momentos apropriados para reavaliação “sobretudo quando a evolução do litígio venha a produzir importantes modificações nas respectivas posições negociais, tornar-se-á necessário realizar um ponto de situação entre advogado e seu cliente”⁷⁴. As avaliações do cliente, outrossim, são também bastante proveitosas, pois geralmente a parte tem ou teve um contato mais próximo com o adversário, conhecendo-o melhor, ou pelo menos possui maior *know-how* do mercado ou das circunstâncias em que se inserem as alternativas eventualmente pensadas por si e possivelmente pelo adversário.

⁷³ BAZERMAN, Max Hal; MOORE, Don. **Processo Decisório**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 265.

⁷⁴ OLIVEIRA, Francisco da Costa. **Negociação: sua prática na advocacia**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 60.

Entre os pontos de reserva de cada parte há um intervalo relevante para o desenvolvimento das negociações. Imagine-se que o credor (autor) está disposto a aceitar qualquer acordo superior a R\$ 110.000,00 (cento e dez mil reais), mas propôs o pagamento do valor integral do crédito de R\$ 170.000,00 (cento e setenta mil reais). O devedor, por sua vez, aceita efetuar pagamentos de até R\$ 130.000,00 (centro e trinta mil reais), embora tenha proposto inicialmente a quantia de R\$ 80.000,00 (oitenta mil) ao credor.

Em esquema:



No exemplo, dois pontos de reserva se sobrepõem, de modo que existe uma área positiva de barganha, fazendo viável a feitura de um acordo com base racional. A zona de barganha pode ser maior, ou menor, ou até mesmo inexistir (no exemplo ela é de R\$ 20.000,00). Qualquer acordo nessa faixa é benéfico a ambos os litigantes, pois trata-se de expediente melhor que as alternativas, nas respectivas avaliações. Evidentemente que será mais benéfico ao credor receber R\$ 130.000,00 (cento e trinta mil reais) e ao devedor pagar somente R\$ 110.000,00 (cento e dez mil reais). Contudo, insiste-se que qualquer solução nessa faixa é melhor que a continuidade do litígio para ambos.

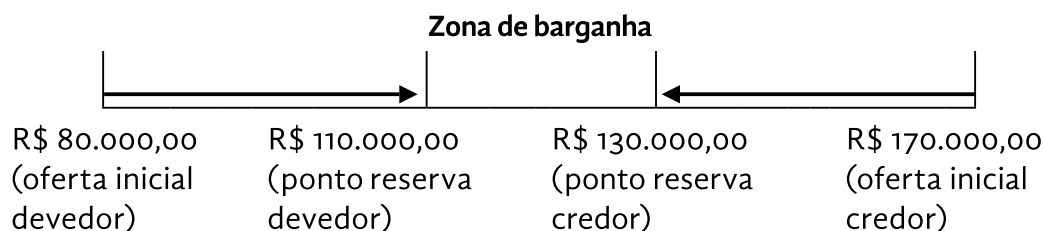
Em uma negociação distributiva, o objetivo é alcançar um acordo no melhor limite da zona de barganha, ou seja, o mais próximo possível do ponto de resistência da contraparte⁷⁵. Assim sendo, “uma das habilidades principais da negociação é determinar o ponto de reserva da outra parte e

⁷⁵ LEWICKI, Roy; SAUNDERS, David; BARRY, Bruce. **Fundamentos de Negociação**. 5ª ed. Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 35.

visar uma resolução que seja minimamente aceitável⁷⁶. Forçar um acordo além do ponto de reserva adverso é tornar inviável a negociação, levando a um impasse e deixando-se de compor. Consequentemente dever-se-á tolerar uma alternativa muitas vezes pior do que o acordo recusado.

Para tentar identificar o ponto de resistência da outra parte na negociação é viável refazer a via cognitiva pela análise indireta, mediante as fontes de informações disponíveis de que a contraparte possa ter se valido, bem como daquelas informações diretamente disponibilizadas pela contraparte no desenvolvimento da negociação⁷⁷. Em juízo, é conveniente ter em mente que há mais informações nas manifestações das partes do que é necessário ao juiz para julgamento da causa. Muitas vezes ali se fazem presentes dicas de anseios, expectativas, temores, necessidades e critérios de avaliação de resultados considerados justos pelo outro lado.

Porém, nem sempre há zona de barganha disponível em uma negociação, especialmente quando se trata de única questão – como a que reflete tão somente em dimensionamento do preço. No exemplo dado, basta que o ponto de resistência do devedor seja R\$ 110.000,00 (cento e dez mil) e o do credor seja R\$ 130.000,00 (cento e trinta mil). Nesse caso, como se vê do esquema, não há zona de barganha positiva, sendo inútil negociar, dado que nenhum acordo se mostra possível. Isso salvo se for possível criar valor por meio de trocas e adoção de técnicas de negociação integrativa.



⁷⁶ BAZERMAN, Max Hal; MOORE, Don. **Processo Decisório**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 269.

⁷⁷ LEWICKI, Roy; SAUNDERS, David; BARRY, Bruce. **Fundamentos de Negociação**. 5ª ed. Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 38-40

Quando se negocia por interesses, a negociação pode ter um aumento expressivo do *quantum* a dividir por meio de alternativas que considerem as contingências do caso. No exemplo dado, eventualmente o pagamento com serviços prestados pelo devedor em favor do credor seja um expediente de criação de valor, quiçá estabelecer prazos de pagamento, a dação de bens diferentemente avaliados entre as partes ou engendrar novas relações pode ser uma alternativa viável. Imagine-se que o credor pretende investir financeiramente o montante recebido. Ora, se o devedor é uma instituição financeira, pode haver uma reavaliação do ponto de reserva se o pagamento ficar destinado a uma aplicação em CDB ou afim na própria instituição. Com novos valores, partes podem negociar agora não só o quanto será pago, mas também qual a taxa de remuneração da aplicação. Com empenho do negociador, geralmente é possível encontrar variadas opções de resolução, especialmente a partir da negociação simultânea de várias questões. Com isso se pode criar alternativas melhores que a continuidade do litígio, abrindo espaço a uma zona positiva de barganha.

Se o pai paga pensão para o filho, recebida pela mãe, e não quer aceitar o aumento requerido pela genitora tendo em conta que gostaria de ter recursos para poder presentear a criança eventualmente, pode-se fixar uma pensão maior se esse pagamento se der em vestimenta ou em outros bens e serviços que podem ocupar a dimensão de presentes para o filho. Nesse caso, a mãe pode receber a mesma quantia em dinheiro que já percebia, mas fica isenta de gastos com roupas, o que representa um ganho mútuo. Nesse singelo caso, criou-se valor a ambas as partes, integrando-se interesses.

Além disso, um dos modos mais eficazes de criar valor em uma negociação é ter em perspectiva que os interesses podem ter pesos e importâncias diferentes para cada uma das partes. Não faz sentido trocar uma nota de R\$ 100,00 (cem reais) por cinco notas de R\$ 20,00 (vinte reais), a menos que uma das partes precise ter troco disponível. Nesse caso, se por um lado, é irrelevante o número de cédulas, pelo outro, essa peculiaridade assume um valor que mobiliza a transação.

Tendo isso em mente, é pertinente tentar efetuar um ranqueamento de interesses de lado a lado, para fins de que, se algo é mais importante para uma das partes do que para a outra, tem-se uma relevante moeda de troca. Se transaciona nesses casos porque cada uma das questões negociadas pode ter importâncias diferentes para as partes. Os interesses são sopesados relativamente pelas partes:

Até mesmo negociadores que estão cientes dos interesses de cada lado nem sempre pensaram sobre a importância relativa de cada questão. Para ser totalmente preparado para negociar, deve saber como cada questão é importante para você, além de ter um sentido de como cada questão é importante para a outra parte. Os melhores acordos são alcançados na troca de questões relativamente sem importância pelas mais importantes⁷⁸.

Para negociar com base em interesses é necessário aumentar o fluxo de informações entre as partes e para isso, fazer uso de perguntas é um expediente relativamente simples e ao mesmo tempo bastante eficaz. Não é à toa que se diz que a mais poderosa técnica de negociação é o uso de perguntas⁷⁹.

A maioria das pessoas tende a considerar negociações primordialmente como uma oportunidade de influenciar a outra parte. O resultado é que muitos de nós falamos mais do que ouvimos. Mesmo quando o outro lado estiver falando,

⁷⁸ BAZERMAN, Max Hal; MOORE, Don. **Processo Decisório**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 266.

⁷⁹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. O Ministério Público e os métodos autocompositivos. In: JR, Hermes Zaneti; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**, v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 253-273, 2017, p. 262.

concentramo-nos no que vamos dizer em seguida em vez de ouvir novas informações⁸⁰.

Saber sobre o que se deve perguntar (interesses, alternativas, hierarquias de valores e preferências da contraparte) é uma forma muito eficiente de ganhar vantagem na mesa de negociação, seja para reivindicar a maior parcela de valor em sua perspectiva, seja para propor opções que contemplem diferentes interesses e criem valor por meio da negociação.

Também se pode gerenciar riscos para viabilizar trocas. Em demandas judiciais, dificilmente se sabe ao certo o resultado final e suas consequências, de modo que uma das partes pode estar mais disposta à aposta que outra. Isso quer dizer que diferentes percepções sobre eventos futuros podem ocasionar variações nas percepções de valor das questões negociadas. Quando se está diante de um negociador com aversão ao risco e outro disposto a arriscar, a negociação por apostas pode significar a abertura necessária ao alcance de composições mutuamente benéficas.

Isso ocorre cotidianamente na fixação de honorários contratuais entre os advogados e seus clientes, quando compõem sobre valores pré-fixados ou dependentes do êxito da causa. Se o cliente imagina uma chance alta de vencer, mas o advogado não, o primeiro ficará satisfeito em pagar um valor fixo, independentemente do resultado o que muito agradará ao advogado. Se fosse contrato exclusivamente de risco, haveria menos a dividir, pois soaria ao mesmo tempo caro ao cliente e barato ao causídico. O contrário pode igualmente ocorrer, fazendo a aposta o causídico. Entre partes negociantes, pode-se propor bonificações em caso de resultados cuja previsão é divergente ou valer-se de obrigações condicionadas como forma de alcance de entendimentos comuns. Há também hierarquias diferentes entre os riscos, gerando fatores que podem beneficiar trocas

⁸⁰ BAZERMAN, Max Hal; MOORE, Don. **Processo Decisório**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 278.

e conseqüentemente criar valor na negociação, aumentando ou estabelecendo uma zona de barganha positiva.

3.2.4 Elementos do contexto da negociação: pressão e posição negocial.

O senso comum ensina que as diferentes circunstâncias em que se passa uma negociação são fatores definidores da necessidade de cada uma das partes de alcançar uma composição. A situação particular de cada polo afeta sensivelmente não só a existência de alternativas ao acordo, como também a necessidade que cada um tem em resolver a questão em determinado tempo ou condições.

As negociações não se passam no plano puramente abstrato, mas lidam com sujeitos em um cenário que é propositor de eficácias sobre demandas, concessões e alternativas. Entende-se por pressão negocial a influência que direciona o curso natural ou espontâneo do processo de negociação. Dependendo de como o contexto age em cada negociante, haverá diferenças nas posições estratégicas de negociação, levando uma ou outra parte a fazer concessões ou abdicar de exigências⁸¹. A pressão também torna as partes mais ou menos flexíveis a alternativas negociadas.

A estrutura do direito processual civil adotada no Brasil produz, na maior parte dos casos, uma desigualdade em favor da parte ré ou executada, consideradas a lei ou o mero hábito judiciário de restringir execuções antes da formação do título executivo e pela impossibilidade também por esses mesmos motivos de adoção de técnicas processuais mais efetivas na execução, entre outros aspectos conhecidos de todos com trâmite forense. Em regra, o processo favorece o réu⁸², ainda que

⁸¹ OLIVEIRA, Francisco da Costa. **Negociação: sua prática na advocacia**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 30-31.

⁸² Fazendo referência ao mesmo problema, sob perspectiva do modelo português: “O mero prolongamento da discussão em tribunal, facilitado muitas vezes por expedientes processuais usados a coberto da lei adjetiva, pode favorecer os interesses (também os negociais) de uma das partes em litígio. Pois a demora da acção da Justiça prolonga geralmente os prejuízos patrimoniais de uma delas – geralmente a autora na acção – e permite ainda dar azo à implementação de medidas de prevenção, tendentes a diminuir o risco patrimonial da demanda. De sinal inverso,

sejam presentes institutos processuais que busquem redimensionar o ônus do tempo durante o litígio como as antecipações de tutela fundadas em urgência ou evidência, entre outros.

A pressão e o poder de cada parte variam com o transcurso do tempo, notadamente com a mudança de circunstâncias, gerando e fechando oportunidades para a composição ao longo de um litígio civil. A fase pré-judicial pode confrontar condições e pressão negociais diversas daquelas após a distribuição da inicial, que serão também diferentes das decorrentes da negativa ou acolhimento de um dado pedido liminar. Na mesma linha, a produção da prova, a sentença proferida, a distribuição da apelação etc.

Vê-se novamente, mas agora por outra razão àquela anteriormente indicada, que o momento da audiência do art. 330 do CPC/2015 talvez não seja o tempo mais vantajoso à parte representada para viabilizar uma negociação com sucesso, pois cada avanço e movimento processual significa potencialmente uma alteração contextual relevante na percepção e necessidades de cada uma das partes. Pode ocorrer de ser o momento ótimo para uma aproximação, mas isso depende de uma avaliação e exame tático, não do acaso ou do costume. Nada impede que o advogado se antecipe ou aguarde o tempo certo para se aproximar da contraparte com fins obter vantagem tática para seu constituinte.

Quando se planeja uma negociação, se realiza uma avaliação provisória da estratégia negocial que deve ser refeita continuamente ao longo de toda a barganha. Isso porque o contexto determina mudanças significativas nas posições, expectativas e necessidades das partes. O negociador experiente planeja e identifica as peculiaridades de cada momento e situa-se para conversar sobre composições nas oportunidades benéficas, dentro das possibilidades.

o recurso a procedimentos cautelares – prévios à acção principal, ou concomitantes a esta pode assegurar uma posição negocial de vantagem, consoante os inconvenientes de ordem patrimonial nomeadamente provocados pela parte contrária”. Ibid., p. 57-58.

Se o momento anterior à distribuição da demanda não é favorável a uma investida em negociação, o cenário talvez mude com o manejo de uma notificação juridicamente fundamentada, ou com a produção antecipada de prova (CPC/2015. Art. 381, III), com a distribuição do processo, com o deferimento ou indeferimento de uma medida liminar. Se é diferente negociar um litígio cível quando uma das partes tem a seu favor uma sentença ou um título executivo, uma penhora já estabelecida etc.⁸³, o mesmo vale com eventos absolutamente alheios à discussão, como o adoecer de uma das partes, o cancelamento de importantes contratos comerciais de uma das empresas, crises econômicas, ou diversas maneiras de alguma delas ganhar na loteria ou ir a ruína metafórica ou denotativamente.

O acaso produz diferenças estratégicas que definem pressões negociais variáveis. Mas essas podem também ser criadas ou induzidas pela parte: por exemplo, o tempo é uma ferramenta útil, pelo qual é comum utilizar marcos de validade de proposta⁸⁴, sugerindo escassez e, conseqüentemente maior valor, afora as questões trazidas pelo direito material (CCB/2002. Art. 427 e seguintes). Da mesma forma a suspensão do processo por dado período para fins de tentativa de negociação (CPC/2015. Art. 313, II). Entre outros, são elementos reguladores de pressão negocial⁸⁵.

⁸³ “Num litígio, para analisarmos o assunto de outro prisma, em fase pré-judicial pode existir equilíbrio de posições negociais perante a incerteza de qual será o sentido da decisão final da causa por parte de um tribunal. Todavia, ultrapassada a fase dos articulados e realizadas as sessões de audiência e julgamento em que foi produzida a prova, a parte que vê o processo desenrolar-se favoravelmente terá adquirido já melhor posição negocial” *ibid.*, p. 24.

⁸⁴ WATKINS, Michael. **Negociação**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2016, p. 74.

⁸⁵ “Uma das maneiras de incentivar um acordo consiste em adotar ações de rompimento para aumentar os custos de não se chegar a um acordo negociado. Em uma ocasião, que um grupo de trabalhadores sindicalizados do setor de alimentos em negociação com um restaurante recrutou apoiadores, pediu que entrassem no restaurante antes do almoço, pedissem uma xícara de café e consumissem a bebida sem pressa. Quando os frequentadores habituais do restaurante chegaram para almoçar, todas as cadeiras estavam ocupadas”. LEWICKI, Roy; SAUNDERS, David; BARRY, Bruce. **Fundamentos de Negociação**. 5ª ed. Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 43.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Negociar é entender diferenças, tanto no que condiz com os interesses e perspectivas do outro, como na forma de proceder as negociações. Embora continuamente se reafirme a existência de variados modos adequados de resolução de conflitos, ao lado da via judicial, é fato que o direito processual civil se construiu sobre paradigma muitas vezes contraprodutivo para estabelecer negociações profícuas. Por via de consequência, a formação de juristas seguiu linhas inadequadas para o enfrentamento de variadas negociações.

Esse ensaio buscou efetuar um panorama geral sobre negociações e seus elementos considerando as dinâmicas de um litígio civil. Por conta disso, apresentou-se sumariamente formas de negociar proficuamente e alguns critérios objetivos de operação estratégica para essa atividade. Além de se situar a negociação na esteira da chamada Justiça Multiportas, determinou-se dois modelos gerais de negociação (distributiva e integrativa), com a identificação de elementos indispensáveis ao trato estratégico quando diante de negociações em litígios cíveis.

Estabeleceu-se parâmetros para um exame analítico de negociações e táticas correlacionadas, bem como se buscou instigar atenção do negociador a elementos pertinentes ao implemento de autocomposições mutuamente benéficas, mesmo quando diante de barganhas distributivas. O empenho que se exige do negociador para isso é custoso, pois o obriga muitas vezes a se afastar do paradigma competitivo que fomentou sua própria formação profissional, bem como a mudar perspectivas tradicionalmente aceitas sobre o que é um bom negociador. Acredita-se, no entanto, que embora grande, tal esforço é frutífero e capaz de auxiliar ativamente na promoção de entendimentos, abrindo espaço para um aproveitamento racional de uma das tantas portas de solução de controvérsias: a negociação.

REFERÊNCIAS

BAZERMAN, Max Hal; MOORE, Don. **Processo Decisório**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BAZERMAN, Max Hal; NEALE, Margaret Ann. **Negociando Racionalmente**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): mediação sem mediador. In: JR, Hermes Zaneti; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**, v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 709-726, 2017.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A conciliação e a mediação no CPC/2015. In: FILHO, Antônio Carvalho; JUNIOR, Herval Sampaio. **Os juízes e o Novo CPC**. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 151-165, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: SAFE, 1988.

FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

FONSECA, Lúcio Palma da. O advogado e a mediação e conciliação. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. **Repercussões do Novo CPC: Advocacia**, v. 2. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p., 2015.

GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JUNIOR, Américo Bedê; CHMATALIK, Cristiane Conde. Conciliação. As técnicas de negociação e a nova política judiciária instituída pelo novo CPC na Justiça Federal. In: JR, Hermes Zaneti; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**, v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 431-441, 2017.

JUNIOR, Humberto Theodor. **Curso de Direito Processual Civil**. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LEWICKI, Roy; SAUNDERS, David; BARRY, Bruce. **Fundamentos de Negociação**. 5ª ed. Porto Alegre: AMGH, 2014.

LOPES, Sonia; STOECKRICHT, Ingrid. **Negociação**. 1ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. In: JR, Hermes Zaneti; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**, v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 67-89, 2017.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. O Ministério Público e os métodos auto-compositivos. In: JR, Hermes Zaneti; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**, v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 253-273, 2017.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

OLIVEIRA, Francisco da Costa. **Negociação**: sua prática na advocacia. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 674 ao 718. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WATKINS, Michael. **Negociação**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2016.

WEISS, Jeff. **HBR Guide to Negotiating**. 1ª ed. Boston: Harvard Business Review Press, 2016.