

- A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição, à compreensão da impressão e à apresentação, a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo. Os vícios relacionados à atualização da obra, aos conceitos doutrinários, às concepções ideológicas e referências indevidas são de responsabilidade do autor e/ou atualizador. As reclamações devem ser feitas até noventa dias a partir da compra e venda com nota fiscal (interpretação do art. 26 da Lei n. 8.078, de 11.09.1990).

■ Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional

ISBN 978-85-309-3630-3

Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2011 by

EDITORA FORENSE LTDA.

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ

Tel.: (0XX21) 3543-0770 – Fax: (0XX21) 3543-0896

bilacpinto@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998). Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

1ª edição – 2011

- CIP – Brasil. Catalogação-na-fonte. Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

C747

Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional/coordenadores Morgana de Almeida Richa e Antonio Cezar Peluso; colaboradores Ada Pellegrini Grinover... [et. al.]. – Rio de Janeiro: Forense, 2011.
(ADR: Alternative Dispute Resolutions)

Inclui bibliografia e índice

ISBN 978-85-309-3630-3

1. Mediação. 2. Resolução de disputa (Direito). I. Richa, Morgana de Almeida. II. Grinover, Ada Pellegrini. 1933 – III. Série

Índice Sistemático

<i>Apresentação do Selo ADRs – Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe</i>	
<i>Agradecimento – Morgana de Almeida Richa</i>	
<i>Apresentação – Antonio Cezar Peluso</i>	

Parte I

ACESSO À JUSTIÇA – POLÍTICA PÚBLICA DE TRATAMENTO ADEQUADO DE CONFLITOS DE INTERESSES

Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses – <i>Kazuo Watanabe</i>	
Desafios de Acesso à Justiça ante o Fortalecimento da Autocomposição como Política Pública Nacional – <i>André Gomma de Azevedo</i>	
O Poder Judiciário e o Paradigma da Guerra na Solução dos Conflitos – <i>Roberto Portugal Bacellar</i>	

Parte II

HISTÓRIA DO MOVIMENTO PELA CONCILIAÇÃO

Movimento pela Conciliação – Um Breve Histórico – <i>Marco Aurélio Gastaldi Buzzi</i>	
Evolução da Semana Nacional de Conciliação como Consolidação de um Movimento Nacional Permanente da Justiça Brasileira – <i>Morgana de Almeida Richa</i>	
A Bandeira da Paz na Justiça Brasileira (Nascimento, Berço e Vida durante a Gestão Inicial do CNJ) – <i>Germana de Oliveira Moraes e Eduardo Kurtz Lorenzoni</i>	
Movimento pela Conciliação – O Foco na Sociedade – <i>Andréa Maciel Pachá</i>	

Parte III

FORMAS AUTOCOMPOSITIVAS E ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO

A Conciliação Judicial – Avanços, Retrocessos e Esperança – <i>Caetano Lagrasta Neto</i>	
Conciliação Judicial na Justiça Federal – <i>Elisiana Calmon</i>	
A Conciliação Judicial Trabalhista em uma Política Pública de Tratamento Adequado e	

41. Em conclusão, o operador tem hoje à sua disposição uma miríade de mecanismos de solução de litígios. É preciso prepará-lo para saber escolher qual deles se enquadrará melhor para resolver este ou aquele litígio. Este trabalho será feito pelas Faculdades de Direito, que implantarão disciplinas ligadas à negociação, à mediação, à conciliação, à arbitragem e certamente a muitos outros métodos que serão desenvolvidos ao longo do tempo no ambiente multiportas que estamos vivendo.

42. Nenhum destes métodos é melhor ou pior do que o oferecido pelo Estado para a solução de controvérsias; todos eles concorrem para o melhor desempenho da atividade, função e poder de julgar, tarefas que não constituem mais um monopólio do Estado.

43. A arbitragem, portanto, não evolui à sombra do mau funcionamento ocasional deste ou daquele tribunal, desta ou daquela justiça especializada, mas encontra seu espaço natural como meio de solução de controvérsias de determinada feição, onde possa imperar a autonomia da vontade, onde haja necessidade de solução mais técnica e mais rápida. Não é panaceia para todos os males, é apenas mais um meio adequado à solução de algumas controvérsias.

Negociação

Daniela Monteiro Gabbay

Professora da Escola de Direito de São Paulo – FGV (DIREITO GV). Doutora e Mestre em direito processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Fox International Fellow (MacMillan Center) pela Universidade de Yale (Yale University). Advogada.

Sumário: 1. Introdução: todos somos negociadores. 2. Tipos de negociação: entre a forma competitiva e a colaborativa, há uma terceira via. 2.1. Diferentes abordagens de negociação. 2.2. O modelo de negociação baseada em princípios. 2.3. Zona de barganha para a negociação. 3. O outro lado da moeda: quais são os riscos da negociação?. 4. Justiça do processo e Justiça do resultado. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO: TODOS SOMOS NEGOCIADORES

Estamos negociando o tempo todo. Em casa, na escola, no ambiente de trabalho, com a família, amigos, vizinhos, como consumidores, empregadores ou empregados. Segundo Fish, Ury e Patton, a negociação é um meio básico de conseguir o que se quer de alguém, e, seja nos negócios, no governo ou na família, as pessoas chegam à maioria das decisões através da negociação.¹ É claro que cada um tem uma forma e um perfil para lidar com os conflitos. Há aqueles que preferem evitá-los, ou minimizar os seus efeitos, há os cooperativos, os competitivos e aqueles que têm o perfil de ponderar os vários lados da questão em busca de uma solução. Não temos um só perfil e uma única forma de lidar com os conflitos aplicáveis em todos os contextos. Isso depende muito da situação, das pessoas envolvidas e da fase da vida em que estamos.² O que não se coloca em dúvida é que é inevitável,

1 FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões**. Tradução de Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. Rio de Janeiro: Imago Ed., 2005. p. 15.

2 Sobre o diagnóstico e a análise do comportamento do indivíduo em solução de conflito, vide o Instrumento de Modos de Conflito Thomas-Kilmann (ITK), teste cujos resultados indicam o repertório de capacidades de gestão de conflitos a partir de cinco perfis: colaboração, aco-

de consciência e a politização que decorrem da orientação jurídica. Tudo obedecendo aos escopos jurídicos, sociais e políticos da jurisdição que, em sua acepção mais ampla, também compreende a atividade conciliativa extrajudicial” (A conciliação extrajudicial In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Participação de Processo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988. p. 293).

na interação com outras pessoas e na rotina de nosso dia a dia, nos deparamos com situações nas quais tenhamos de negociar.

Quando se fala em negociação, muito embora haja uma série de questões até mesmo intuitivas com as quais lidamos, como colocar-se no lugar do outro, ouvir antes de falar, não avaliar os demais apenas a partir de seus próprios valores, permitir que o outro desabafe, tentar prevenir antes de remediar, dentre outras máximas que muitas vezes se incorporam até mesmo em ditados populares, estudar a técnica, seus limites e ferramentas nos ajuda a identificar nosso perfil de solução de conflitos, a qualificar nossas escolhas e a reconhecer o perfil e o estilo de negociação utilizado pelo outro lado, em busca de uma melhor e mais efetiva composição dos conflitos.

Há uma extensa literatura sobre negociação nos EUA,³ e muitos cursos (não apenas o de Direito) já incorporaram em seu currículo básico disciplinas sobre técnicas e estratégias de negociação. A interdisciplinaridade agrega um valor especial ao assunto, pois soma contribuições e diferentes perspectivas que podem vir do direito, da psicologia, da matemática, da administração, da economia, da sociologia, dentre outras áreas e campos de conhecimento.

O *Program On Negotiation* (PON), desenvolvido na Universidade de Harvard, nos EUA, foi criado em 1983 para promover, de forma interdisciplinar e em parceria com outras Faculdades (Massachusetts Institute of Technology e Tufts University), um projeto de pesquisa voltado à teoria e à prática da negociação e de outras formas de solução de conflitos. Este programa desenvolve cursos, seminários, conferências, além da publicação de livros e artigos sobre o tema, sob diferentes perspectivas (comercial, governamental, psicológica, econômica, antro-

modação, compromisso, competição e desvio. Este teste pode ser adquirido através do site <https://www.cpp.com/en/tkiproducts.aspx?pc=62>, em versão em português, onde podem também ser obtidas maiores informações sobre sua aplicação. Acesso em 22.04.2011.

3 Um dos livros mais vendidos sobre negociação é o FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Getting to yes: negotiating agreement without giving in**. United States: Penguin Books, 1991, traduzido para o português na edição FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. Op. cit. Há outros livros que também são referências sobre o tema, como, por exemplo, o MNOOKIN, Robert H.; PEPPE, Scott R.; TULUMELLO, Andrew. **Beyond winning: negotiating to create value in deals and disputes**. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2000. URY, William. **Getting past no: negotiating in difficult situations**. New York: Nantam Books, 2007. SUSSEKIND, Lawrence. **Quando a maioria não basta: método de negociação coletiva para a construção de consenso**. Rio de Janeiro: FGV, 2008. A maioria dos manuais sobre meios de solução de conflitos nos EUA têm capítulos iniciais sobre negociação, como, dentre outros, o GOLDBERG, Stephen; SANDER, Frank; ROGERS, Nancy; COLE, Sarah. **Dispute resolution: negotiation, mediation and other processes**. 4. ed. New York: Aspen Publishers, 2003, e MENKEL-MEADOW. Carrie J. LOVE. Lela Porter: SCHNEIDER. Andrea Kupfer;

pológica, educacional, jurídica). Ao se voltar aos desafios teóricos e práticos, promove uma troca de diferentes visões sobre a negociação, considerada tanto com arte quanto como ciência.⁴

Para o estudo dos demais meios de solução de conflitos (principalmente o consensuais, como a conciliação e a mediação), é indispensável conhecer as técnicas e ferramentas de negociação. A diferença básica entre eles é que, enquanto a mediação e a conciliação são formas de autocomposição assistidas por um terceiro a negociação é forma de autocomposição direta entre as partes.

Os meios consensuais de solução de conflitos, por sua vez, distinguem-se dos meios adjudicatórios ou heterocompositivos em face da existência de um terceiro que decide o conflito e impõe a sua decisão às partes envolvidas.

Enquanto na autocomposição a solução é determinada de acordo com a autonomia de vontade das partes (autocomposição que pode ser direta ou assistida), na heterocomposição a decisão é imposta por terceiro (um juiz ou árbitro, por exemplo). Assim, a negociação é uma forma de autocomposição direta entre as partes, diferentemente da mediação e da conciliação, que são formas de autocomposição assistidas por terceiro – o mediador e o conciliador. Esta classificação, entretanto, não dá conta de toda a realidade,⁵ e há ainda a possibilidade de processos mistos de solução de conflitos.⁶

4 Mais informações sobre o Programa de Negociação podem ser obtidas no site <http://www.pon.harvard.edu/>. Acesso em 22.04.2011.

5 Eventualmente a própria negociação pode também contar com a figura de um terceiro (negociação assistida), e as distinções mais substanciais entre os meios consensuais acabam recaindo sobre a forma de atuação e capacitação deste terceiro, o tipo de conflito e a relação entre as partes, que influem diretamente nos objetivos das técnicas autocompositivas.

6 Além de existirem os meios híbridos ou mistos de solução de conflitos, que podem criar ou combinar diferentes técnicas de solução de conflitos (como a mediação e arbitragem, através de cláusula escalonada med-arb) e não se encaixar nesta classificação padrão, Carlos Alberto Salles considera que a classificação entre meios autocompositivos e heterocompositivos teria o inconveniente de ser focada na atividade das partes em relação à solução da controvérsia, sem destacar o papel de terceiros, e por isso prefere a classificação entre meios consensuais, adjudicatórios e mistos. De acordo com este autor, para pensar mecanismos institucionalizados, públicos ou privados, de resolução de disputas, o foco não deve estar apenas nas partes, mas nos vários agentes – terceiros – encarregados de propiciar o resultado esperado, levando-se em conta as várias maneiras pelas quais é possível alcançá-lo. O diferencial, portanto, deve estar na maneira com esses terceiros atuam em relação às partes e a seus direitos com a finalidade de eliminação da controvérsia pendente, sem subavaliar a sua atuação. Cf. SALLES, Carlos Alberto de. **A arbitragem na solução de controvérsias contratuais da Administração Pública**. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito para obtenção do título de Livre-Docente junto ao Departamento de Direito Processual, São Paulo, 2010. p. 246-247. Considerando uma taxonomia diferente dos meios de solução de disputas,

Tal como a mediação e a conciliação, a negociação também pode trabalhar no âmbito mais profundo dos conflitos, e não apenas na esfera das disputas, tendo como foco os interesses e relações entre as partes envolvidas.⁷

O objetivo deste artigo é analisar, de forma geral, as principais questões e ferramentas da negociação. Não há aqui um detalhamento do “como fazer”, que dependeria também do “aprender fazendo”, através de simulações e práticas de negociação, nem uma análise aprofundada das técnicas e táticas da negociação, que vão além do escopo deste artigo e estão detalhadamente expostas em livros e manuais sobre a matéria.⁸ Este artigo visa, portanto, a apresentar questões relevantes para o estudo da negociação, e, além de servir para qualquer pessoa que queira refletir e qualificar suas escolhas e opções em uma mesa de negociação⁹, busca também auxiliar as partes e seus advogados em suas práticas de negociação⁹. É indispensável que a negociação seja uma pauta introdutória e prévia ao estudo de qualquer método de solução de conflito, além de ter o papel de contribuir para uma necessária mudança da cultura jurídica de litigância para a de pacificação.¹⁰

2. TIPOS DE NEGOCIAÇÃO: ENTRE A FORMA COMPETITIVA E A COLABORATIVA, HÁ UMA TERCEIRA VIA

2.1. Diferentes Abordagens de Negociação

Há vários tipos de abordagens possíveis na negociação, sendo conhecida a polarização entre a forma mais competitiva (adversarial, também conhecida como

um terceiro que assume posição peculiar, como a do *ombudsman*), duas partes (negociação e *bargaining*), uma parte (resignação, ato de evitar ou finalizar os conflitos, autoajuda), nenhuma parte (falha na apreensão do remédio, violação e demanda). Cf. GALANTER, Marc. *Adjudication, litigation, and related phenomena*. In: LIPSON, Leon; WHEELER, Stanton. *Law and the social sciences*. New York: Russel Sage Foundation, 1986. p. 160.

7 Agrega um valor especial a esta distinção entre conflito e disputa o clássico debate entre Carnelutti e Calamandrei acerca do conteúdo material do processo, sob a perspectiva do conflito jurídico e do conflito sociológico, do processo integral e do processo parcial. Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Lite e funzione processuale*. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, parte prima, p. 28-29/31/34, 1928; e CALAMANDREI, Piero. Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, parte prima, p. 91-96, 1928, considerando-se ainda a contribuição de Liebman em O despacho saneador e o julgamento do mérito. **Revista dos Tribunais**, v. 767, ano 88, p. 744-745, set./1999.

8 Dentre todos, sugerimos como um guia básico sobre negociação o livro FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Getting to yes: negotiating agreement without giving in**. United States: Penguin Books, 1991, traduzido para o português na edição FISHER, URY, PATTON, **Como chegar ao sim**, cit.

9 Para aprofundar esta perspectiva da negociação entre cliente e advogado, vide MNOOKIN, Robert H.; PEPPET, Scott R.; TULUMELLO, Andrew. Op. cit.

10 Sobre uma contraposição entre a cultura da sentença e da pacificação, vide WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHALL, ZANOIDE (Coord.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPI, 2005. p. 684-690.

hard ou *distributinal bargaining*) e a forma mais colaborativa (também conhecida como *soft bargaining* ou *creating value approach*). A primeira delas parte da premissa de que o que um ganha o outro perde e, com a distribuição de valores limitados, visa a garantir para si o maior pedaço do bolo. A forma colaborativa de negociação, por outro lado, foca na relação entre as partes e no esforço conjunto que é necessário para fazer crescer o bolo, criando valor e buscando uma solução mais vantajosa para ambos os lados. O problema desta última é quando apenas um dos lados atua de forma cooperativa, o que o deixa em desvantagem em relação ao negociador competitivo.¹¹

O **dilema do negociador**, que se baseia no dilema do prisioneiro, trata exatamente desta questão. De acordo com a estória que ilustra este dilema, dois cúmplices de um crime são interrogados separadamente pela polícia. Apesar de serem considerados culpados por um crime grave (digamos, um latrocínio), a polícia não possui provas suficientes para indiciar qualquer um dos dois. Tem, porém, provas para indiciá-los por um crime menor (porte de armas). As alternativas à disposição dos suspeitos A e B são: confessar ou não confessar o crime mais grave. Separados, não podem comunicar-se e saber qual será a escolha do outro. Os resultados são os seguintes: se ambos confessarem, terão sentenças pesadas, mas redutíveis devido à confissão, às quais se atribui o valor (-5); se um deles confessar, testemunhando contra o cúmplice, este terá sua pena agravada (-10) e o informante delator será liberado (+10). Se nenhum confessar, ambos só poderão ser condenados pelo crime menor (-2), valores estes aqui arbitrários, e cuja significação é apenas relativa, de uns aos outros. A matriz deste jogo é representada no quadro a seguir.¹²

	Prisioneiro “B” não confessa	Prisioneiro “B” confessa
Prisioneiro “A” não confessa	(-2) (-2)	(-10) (+10)
Prisioneiro “A” confessa	(+10) (-10)	(-5) (-5)

11 Para mais informações sobre estas diferentes abordagens, vide MENKEL-MEADOW, LOVE, SCHNEIDER, STERNLIGHT. **Dispute resolution** cit. p. 57-61.

12 Descrição conforme EPSTEIN, Isaac. **O dilema do prisioneiro e a ética**. Estudos avançados. São Paulo, v. 9, n. 23, p. 152-153, janeiro/abril 1995.

Adaptando este dilema para o dilema do negociador, sob as mesmas regras, ficaria assim:¹³

	Negociador "B" coopera	Negociador "B" compete
Negociador "A" coopera	Resultado BOM para ambos	Resultado ÓTIMO para "B" e PÉSSIMO para "A"
Negociador "A" compete	Resultado ÓTIMO para "A" e PÉSSIMO para "B"	Resultado RUIM para ambos

Neste caso, seria melhor ao negociador competir se soubesse que o outro iria cooperar, e competir também seria a melhor opção na suspeita de que o outro negociador também fosse competir. Assim, independentemente do que o outro fizesse, o melhor seria competir. O problema é que este raciocínio se aplica igualmente ao outro negociador, que também irá competir independentemente do que o outro fizer. Ambos então competem, e o resultado acaba sendo pior do que se ambos tivessem cooperado. Isso porque a situação pensada sob uma racionalidade individual leva ao pior resultado para ambos. Este é o dilema.¹⁴ A efetividade da estratégia depende não apenas dela mesma, mas também da estratégia da outra parte que está negociando.

E como ser colaborativo sem correr o risco de ser explorado ou passado para trás por uma abordagem negocial competitiva da outra parte? Uma terceira forma de abordagem da negociação, que busca lidar de forma diferente com este risco, é a baseada em princípios (*problem-solving*), que se distingue dos modelos de negociação acima para decidir as questões a partir de seus méritos. Fundamenta-se nos interesses subjacentes das partes que motivam suas posições, buscando ganhos mútuos através da exploração das diferenças, e não vendo a negociação como um jogo de soma zero.

Esta diferença entre modelos de negociação é revelada através dos célebres exemplos da divisão do bolo e da fruta. O modelo distributivo ou competitivo é exposto quando na divisão do bolo entre os dois filhos o pai diz: um corta e o outro escolhe a primeira fatia. As partes precisam nesse caso distribuir os ganhos e as perdas, tendendo a buscar um meio-termo.

O modelo de negociação baseado em princípios, por outro lado, é exemplificado quando duas pessoas estão brigando pela mesma fruta, mas, enquanto uma quer a casca para fazer um bolo, a outra quer o interior da fruta para fazer um suco. Neste caso, se a fruta fosse dividida em duas partes, as duas pessoas perderiam,

mas se fossem levados em conta os seus interesses ambas poderiam sair totalmente satisfeitas.

2.2. O Modelo de Negociação Baseada em Princípios

Este modelo foi bastante estudado e desenvolvido no Programa de Negociação de Harvard (PON), onde Roger Fisher e Willian Ury foram os precursores em sugerir uma via alternativa à polarização entre a *hard* e a *soft positional bargaining*. Trata-se da negociação baseada em princípios, que gerou em 1981 o livro **Como chegar ao sim**: a negociação de acordos sem concessões, a partir de método que possui quatro princípios gerais, a seguir descritos por Fisher, Ury e Patton:

I. (PESSOA) SEPARAR AS PESSOAS DO PROBLEMA

Os participantes devem perceber-se como trabalhando lado a lado, atacando o problema e não uns aos outros. Os negociadores são pessoas, seres humanos com emoções, valores e diferentes pontos de vista. São imprevisíveis, e este aspecto humano da negociação pode ser útil ou desastroso. Este princípio ensina que lidar com um problema substancial e manter uma boa relação de trabalho não precisam ser metas conflitantes, caso as partes estejam empenhadas para tratar de cada um destes objetivos separadamente, segundo os méritos do problema.

II. (INTERESSES) FOCALIZAR NOS INTERESSES EM JOGO, NÃO NA POSIÇÃO DAS PARTES

A posição na negociação frequentemente obscurece o que realmente se quer. Por trás das posições opostas há interesses comuns e compatíveis, assim como interesses conflitantes. Nem sempre as partes buscam as mesmas coisas e têm os mesmos interesses. Tanto o que é diferente quanto o que é comum e complementar serve como base para se chegar a um acordo. Para se chegar aos interesses, que nem sempre estão explícitos, uma técnica básica consiste em se colocar no lugar do outro e pensar em sua escolha (pergunte "por quê?", "por que não?") para reconhecer os interesses do outro como parte do problema, olhando para frente (futuro), e não somente para trás (passado).

III. (OPÇÕES) INVENTAR OPÇÕES DE GANHO MÚTUO

Deve-se reservar um tempo na negociação para pensar em uma vasta gama de soluções possíveis que promovam os interesses comuns e conciliem criativamente os interesses divergentes. Para inventar opções criativas (*brainstorming*), é preciso: (i) separar o ato de inventar opções do ato de julgá-las; (ii) ampliar as opções sobre a mesa, em vez de buscar uma resposta única; (iii) buscar benefícios mútuos; (iv) inventar meios de facilitar as decisões dos outros.

IV. (CRITÉRIOS) INSISTIR EM CRITÉRIOS OBJETIVOS

A negociação deve se pautar em um debate sobre algum padrão razoável e em critérios objetivos, independentemente da vontade pura e simples de qualquer

13 Conforme LAZ, D.; SEBENIUS, J. The manager as negotiator: bargaining for cooperation and competitive gain. 1986, p. 29-40. In: MENKEL-MEADOW, LOVE, SCHNEIDER, STERNLIGHT. Op. cit. p. 118-120.
14 Cf. AXELROD, Robert. The evolution of cooperation. 1984, p. 3-22. In: MENKEL-MEADOW, LOVE, SCHNEIDER, STERNLIGHT. Op. cit. p. 110-116.

das partes, como o valor de mercado, a opinião especializada, os costumes, a lei, a eficiência, os custos, o precedente de um Tribunal, dentre outros. Em termos mínimos, os critérios objetivos precisam independer da vontade de qualquer dos lados.¹⁵

No quadro abaixo, estes quatro princípios estão destacados, em comparação com as outras formas de negociação de conflitos:

Problema		Solução
Barganha posicional: que estilo você adotaria?	Mude o jogo: negocie sobre os méritos	
Negociação Colaborativa (<i>soft bargaining</i>)	Negociação Competitiva (<i>hard bargaining</i>)	Negociação baseada em princípios
Os participantes são amigos.	Os participantes são adversários.	Os participantes são solucionadores de problemas.
A meta é o acordo.	A meta é a vitória.	A meta é um resultado sensato, atingido de maneira eficiente e amigável.
Faça concessões para cultivar o relacionamento.	Exija concessões como condição do relacionamento.	Separe as pessoas do problema.
Seja afável (<i>soft</i>) com as pessoas e com o problema.	Seja áspero (<i>hard</i>) com o problema e com as pessoas.	Seja afável (<i>soft</i>) com as pessoas e áspero (<i>hard</i>) com o problema.
Confie nos outros.	Desconfie dos outros.	Proceda independentemente da confiança.
Mude facilmente de posição.	Aferre-se a sua posição.	Concentre-se nos interesses, e não nas posições.
Faça ofertas.	Faça ameaças.	Explore os interesses.
Revele seu piso mínimo.	Iluda quanto a seu piso mínimo.	Evite ter um piso mínimo.
Aceite perdas unilaterais para chegar a um acordo.	Exija vantagens unilaterais como preço do acordo.	Invente opções de benefícios mútuos.
Busque apenas uma resposta: a que eles aceitarão.	Busque apenas uma resposta: a que você aceitará.	Desenvolva opções múltiplas dentre as quais escolher, decida depois.
Insista no acordo.	Insista em sua posição.	Insista em critérios objetivos.
Tente evitar as disputas de vontades.	Tente vencer as disputas de vontades.	Tente chegar a um resultado baseado em padrões independentes da vontade.
Ceda à pressão.	Exerça pressão.	Racione e permaneça aberto à razão; ceda aos princípios e não a pressões.

Quadro sobre tipos/abordagens de negociação¹⁶

15 Todos estes princípios gerais do método de negociação estão detalhadamente descritos em FISHER, URY, PATTON. **Como chegar ao sim**, cit. p. 35-113. Sobre a negociação baseada em princípios, vide também MEADOW, Carrie Menkel. Toward another view of legal negotiation: the structure of problem solving. *Ucla Law Review*, v. 34, p. 754-801, 1984.

16 Cf. FISHER, URY, PATTON. **Como chegar ao sim**, cit. p. 30.

2.3. Zona de Barganha para a Negociação

Segundo o modelo distributivo ou competitivo de negociação, cada parte vai à mesa de negociação, tendo um limite máximo até o qual aceitaria negociar. Trata-se de um limite para a barganha entre as partes (*reservation point*). No caso do vendedor de um imóvel, por exemplo, trata-se do preço mínimo que aceitaria pelo mesmo, enquanto no caso do comprador, do preço máximo que pagaria pelo imóvel. Entre estes dois valores, não necessariamente revelado pelas partes, está a zona de barganha da negociação. Se o preço mínimo que o vendedor aceitaria é maior do que o preço máximo que o comprador pagaria, não há zona de barganha em que a negociação é possível. Trabalhando apenas com estes limites, muitas vezes se chega a um dilema na negociação, pois, a partir de determinado ponto ou valor, nenhuma das partes se movimenta para a composição do conflito.¹⁷

O BATNA (*Best Alternative to a Negotiated Agreement*), traduzido para o português como MAANA (Melhor Alternativa à Negociação de um Acordo), também é uma garantia de que a parte não aceitará um acordo que a coloque em situação pior do que poderia estar caso buscasse outras alternativas, protegendo-a em relação aos maus acordos ou mesmo em relação ao desnível de poder com a outra parte. O BATNA vai além do estabelecimento de valores, é mais do que um limite de barganha (*reservation point*), pois implica pensar alternativas concretas ao acordo. Segundo Fisher, Ury e Patton, que criaram o BATNA em resposta ao poder da outra parte, o máximo que qualquer método de negociação pode fazer é atender a dois objetivos: primeiro, protegê-lo de fazer um acordo que você deveria rejeitar, e, segundo, ajudá-lo a extrair o máximo dos recursos de que efetivamente dispõe, para que qualquer acordo obtido satisfaça seus interesses tanto quanto possível.¹⁸

Segundo estes mesmos autores, há um ônus muito grande em usar um piso mínimo na negociação (na maior parte das vezes representada por um valor monetário), pois, embora ele possa protegê-lo de aceitar um acordo muito insatisfatório, inibe a imaginação e reduz o estímulo a se pensar uma solução sob medida que conciliaria interesses diferentes de maneira mais vantajosa para ambas as partes. A alternativa para o piso mínimo seria o BATNA.¹⁹

Assim, exemplificam estes autores, quando uma família decide sobre o preço mínimo a pedir pela casa, a pergunta certa a ser formulada não é o que eles deveriam conseguir, mas, sim, o que farão se, num determinado momento, não tiverem vendido a casa. Irão mantê-la no mercado indefinidamente? Irão alugá-la, demolí-la, transformar a área em um estacionamento, deixar que alguém more lá sem pagar aluguel, sob a condição de pintá-la? É possível que uma dessas alter-

17 Sobre esta zona de barganha, vide KOROBIKIN, Russel. A positive theory of legal negotiation. *George Law Journal*, v. 88, p. 1.789-1.817, 2000. MENKEL-MEADOW, LOVE, SCHNEIDER, STERNLIGHT. *Dispute resolution* cit. p. 66-68.

18 Cf. FISHER, URY, PATTON. **Como chegar ao sim**, cit. p. 117.

19 Ibidem. p. 118-119.

nativas seja mais atraente do que vender a casa por 80.000 dólares, e é altamente improvável que qualquer piso mínimo selecionado arbitrariamente, sem pensar em alternativas, reflita de fato os interesses da família. Por isso, o BATNA é o padrão em relação ao qual qualquer proposta de acordo deverá ser medida, pois é capaz de proteger a parte de aceitar termos desfavoráveis e também de rejeitar termos que seria de seu interesse aceitar. Quanto melhor o seu BATNA, maior o seu poder na negociação, por isso é importante refletir sobre ele antes de negociar, além de também considerar o BATNA na perspectiva da parte que está do outro lado da mesa de negociação.²⁰

3. O OUTRO LADO DA MOEDA: QUAIS SÃO OS RISCOS DA NEGOCIAÇÃO?

Nenhuma técnica de solução de conflitos é universalmente adequada em todos os casos e contextos.

A escolha da técnica adequada para o caso concreto, que pode ser feita por diferentes atores (partes e advogados, por exemplo) e em diferentes momentos (antes, durante ou depois do advento do conflito) deve ter em pauta uma série de questões relacionadas aos interesses das partes, ao tipo de conflito e às potencialidades de cada técnica, considerando variáveis como celeridade, privacidade, custos, manutenção de relação entre as partes, necessidade de uma solução vinculante, complexidade técnica do caso, nível de controle do processo e do resultado pelas partes, dentre outros.²¹ Alguns destes objetivos estão relacionados ao processo, e outros ao resultado substancial da demanda, havendo ainda alguns que impactam sobre ambos (como os custos).

Quando se analisa os limites de cada mecanismo de solução de conflitos, é importante partir da premissa de que esta análise não diminui a sua importância e o seu papel; daí por que se evita levantar os riscos com o objetivo apenas de refutá-los.

Há casos que não devem ser levados à negociação e aos meios consensuais de solução de conflitos, e seriam mais bem resolvidos pelo Judiciário ou pela Ar-

bitragem, da mesma forma que há casos que seriam mais bem resolvidos fora do ambiente adversarial do processo judicial ou arbitral.

Uma das vezes críticas aos meios alternativos mais conhecidas nos EUA é a do Professor da Universidade de Yale, Owen Fiss, que escreveu um artigo denominado *Contra o acordo*.²²

A premissa de Fiss, entretanto, é de que a função do Judiciário não é solucionar controvérsias, mas dar um significado adequado aos valores públicos e reorganizar instituições a partir do desempenho desta função. A Constituição do país identifica os valores (liberdade, igualdade, devido processo legal, direito de propriedade, dentre outros), e o Judiciário lhes atribui um significado específico e concreto no contexto do conflito, através da adjudicação.²³

Assim, para Fiss, o objetivo da adjudicação deve ser entendido de forma mais ampla, não restrito à solução privada de controvérsias. O trabalho dos juízes, agentes públicos, não é maximizar os objetivos de particulares nem simplesmente assegurar a paz, mas explicar e conferir força aos valores contidos em textos de grande autoridade, como a Constituição e as leis, para interpretá-los e deles aproximar a realidade. Essa tarefa não seria desempenhada quando as partes celebram um acordo.²⁴

Os riscos nestes casos envolveriam o desequilíbrio de poder, a ausência de consentimento legítimo das partes e a falta de base para o envolvimento judicial continuado, pois o acordo põe fim ao processo, desconsiderando que o envolvimento da Corte tende a continuar após o julgamento, com o cumprimento e a efetivação da decisão, sendo a ação judicial apenas uma fase da contínua batalha entre as partes, cuja sentença não põe fim, mas modifica seus termos e equilíbrio de poderes.²⁵

Para Fiss, ser contra o acordo é “sugerir que quando as partes celebram um acordo a sociedade obtém menos do que parece, por um preço que não sabe que está pagando. As partes podem comportar-se amigavelmente sem que a justiça seja feita. O acordo celebrado em um processo judicial que tenha por objeto a segregação escolar poderia assegurar a paz e, contudo, deixar de garantir a igualdade racial”.²⁶

Fisher, Ury e Patton também levantam alguns riscos e limites da negociação em relação ao desnível de poder, à falta de ética dos participantes, e à recusa de

22 FISS. *Contra o acordo*. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Um novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Coord. de tradução Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 121-145. No original: FISS, Owen. *Against settlement*. **Yale Law Journal**, v. 93, 1984.

23 FISS. *As formas de justiça*. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Op. cit.* p. 26.

24 *Ibidem*. p. 139.

25 FISS. *Op. cit.* p. 134-135.

26 *Ibidem*. p. 140.

20 *Ibidem*. p. 120. Os mesmos autores dão outro exemplo: Pense por um momento em como você se sentiria indo a uma entrevista de emprego sem nenhuma outra oferta de trabalho, com apenas algumas indicações incertas. Pense em como transcorreria a conversa sobre o salário. Agora, compare isso com o modo como se sentiria indo à entrevista com duas outras ofertas de emprego. Como transcorreria a negociação salarial? A diferença é o poder. *Ibidem*. p. 122.

21 Sander e Rozdeiczner conferem pesos que revelam o nível de busca e atendimento destes objetivos pelas mais variadas técnicas compositivas de conflitos, pesos que se deve considerar tendo por base a priorização destes objetivos e interesses pelas partes, a partir do caso concreto. Cf. SANDER, Frank. E. A.; ROZDEICZER, Lukasz. *Matching cases and dispute resolution procedures: detailed analysis leading to a mediation centered approach*. **Harvard Negotiation Law Review**, v. 11, p. 12, 2006.

participação pelas partes, e apresentam como a negociação baseada em princípios poderia enfrentar estes limites, como, por exemplo, através do desenvolvimento do BATNA.²⁷ A possibilidade de desequilíbrio de poder entre as partes, a postura antiética das partes e a recusa de participação não são problemas exclusivos da negociação. O peculiar na negociação é a ausência de um terceiro que esteja atento a estes riscos e limites, quer este terceiro seja um facilitador do diálogo entre as partes (como na mediação e na conciliação), quer este terceiro seja um decisor do conflito (como no Judiciário e na Arbitragem).

4. JUSTIÇA DO PROCESSO E JUSTIÇA DO RESULTADO

A busca das partes por satisfação se dá não apenas em relação aos resultados da demanda, mas também em relação ao processo pelo qual eles são gerados. Trata-se da distinção entre a justiça do processo e a justiça do resultado, que envolve diferentes níveis de percepção, controle e satisfação das partes.

Fisher, Ury, e Patton, no livro **Como chegar ao sim**, partem desta premissa ao considerar que a negociação ocorre em dois níveis: no nível da substância e no do procedimento para lidar com a substância (neste último muitas vezes implicitamente). Exemplificam estes autores: a primeira negociação se refere ao seu salário, aos termos de um contrato de aluguel ou a um preço a ser pago. A segunda negociação refere-se ao modo como você irá negociar a questão substantiva: através da barganha posicional competitiva, colaborativa ou através de algum outro método. Essa segunda negociação é um jogo sobre o jogo: um metajogo.²⁸

Enquanto nos meios consensuais é possível que as partes definam e controlem o procedimento, no processo judicial, por sua vez, o procedimento vem estabelecido em lei e não está sujeito a adaptações.²⁹

Sobre a satisfação com o processo, pesquisa realizada no Programa de Mediação Forense do TJDF constatou que, entre as partes que não alcançaram acordo na mediação, 85% dos entrevistados acreditam que o processo do qual participaram os ajudará a melhor resolver questões semelhantes no futuro. Entre as partes que transacionaram, todas responderam acreditar que o processo do qual participaram irá ajudá-las a melhor resolver semelhantes questões futuras.³⁰

27 Cf. FISHER, URY, PATTON. **Como chegar ao sim**, cit. p. 117-162.

28 Cf. FISHER, URY, PATTON. **Como chegar ao sim**, cit. p. 27.

29 Este foi um dos pontos polêmicos enfrentados pelo Projeto de Novo Código de Processo Civil. O projeto original conferia liberdade ao juiz para adaptar os procedimentos, adequando as fases e os atos processuais às especificidades do conflito, respeitados o contraditório e a ampla defesa (art. 107). Mas o substitutivo do Projeto de Lei apresentado no Senado modificou este dispositivo e manteve a possibilidade de alterar os procedimentos apenas em dois momentos: para mudar a ordem de apresentação de provas e para dilatar prazos.

30 Dado citado no **Manual de Mediação Judicial**, em introdução sobre a implantação de uma política pública na área de mediação judicial, por Rogério Favreto. BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. **Manual de Mediação Judicial**. AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Brasília: 2009. Disponível em www.mj.gov.br. Acesso em 20.12.2010.

A satisfação com o processo é mais difícil de ser atestada por dados estatísticos do que a satisfação com o resultado ou acordo obtido, pois decorre de percepção (subjetiva) do jurisdicionado de que o procedimento foi justo.

Comparando a justiça processual e a substancial (*procedural justice vs. substantial justice*), Nancy Welsh considera que a percepção dos litigantes sobre a justiça processual afeta o julgamento e a aquiescência em relação ao resultado substancial alcançado, a crença na legitimidade da instituição e em seu procedimento. Segundo esta autora, os litigantes buscam e precisam ter a oportunidade de contar suas histórias e controlar a forma pela qual o fazem; eles querem e precisam sentir que alguém considera a história contada e está tentando ser justo; os litigantes querem e precisam sentir que foram tratados com dignidade e respeito.³¹ Em outras palavras, a justiça do processo depende da oportunidade conferida às partes de expressarem seus pontos de vista e da garantia de que as suas vozes serão ouvidas e consideradas por alguém envolvido no processo decisório.³²

A distinção entre justiça do processo e justiça do resultado tem sido objeto de pesquisas que focam na perspectiva das partes envolvidas. São consideradas duas questões gerais sobre como os litigantes avaliam suas experiências no Judiciário: uma relacionada aos resultados obtidos (*outcome-related factors*), como em relação aos valores contemplados no acordo ou decisão, custos e tempo despendidos, e outra relativa ao processo de solução de conflitos (*process-related factors*), como a percepção do litigante sobre a possibilidade de controle, a participação, o tratamento com respeito etc.

A reação dos litigantes em relação aos vários processos de solução de conflitos tem sido por muito tempo uma preocupação no estudo da teoria de *Law and Society* (vide, por exemplo, Abel, 1974; Felstiner, 1974; Gluckman, 1969; Gulliver, 1979; Nader, 1969; Nader and Todd, 1978), mas até meados de 1970 as avaliações dos litigantes eram consideradas em termos gerais. Na última década e meia, todavia, pesquisadores começaram a distinguir entre a satisfação dos litigantes com os resultados e o seu julgamento sobre a justiça do processo. A distinção entre o julgamento da justiça do processo e a satisfação com o resultado apareceu em boa parte no trabalho de Thibaut and Walker (1975, 1978), que mostrou que o processo pode ser julgado justo mesmo quando gera resultados insatisfatórios.³³

31 Tradução livre da autora. No original: "The disputants' perceptions of this justice affect their judgment and compliance about the substantial outcomes and their faith in the legitimacy of the institution that offered the procedure. The disputants want and need the opportunity to tell their story and control the telling of that story; disputants want and need to feel that the mediator has considered their story and is trying to be fair; and disputants want and need to feel that they have been treated with dignity and respect". Cf. WELSH, Nancy A. Making deals in Court-Connected Mediation: What's Justice got to do with? *Wash. U.L.Q.* v. 79, p. 818, 2001.

32 Cf. WELSH, Nancy A.; MCADOO, Bobbi. Look before you leap and keep on looking: lessons from the institutionalization of Court-connected mediation. *Nevada Law Journal*, v. 5, p. 405, 2004-2005.

33 Tradução livre. No original: "Disputants' reactions to various dispute processing procedures have long been a topic of concern in the study of law and society (e.g., Abel, 1974; Felstiner,

5. CONCLUSÃO

A negociação é arte e ciência. É importante sistematizar e conhecer as ferramentas, os objetivos e limites da negociação, assim como é importante “aprender fazendo”, de forma que teoria e prática caminhem juntas no estudo da negociação.

A negociação deve ser um capítulo introdutório ao estudo de qualquer outro mecanismo de solução de conflitos, pois as suas ferramentas e técnicas podem ser úteis para as outras formas consensuais e adjudicatórias de solução de conflitos, além de a negociação permitir uma reflexão e autoconhecimento das partes sobre o seu próprio perfil na forma de lidar com os conflitos. Este artigo busca sensibilizar o leitor sobre a importância e a utilidade do estudo da negociação, sugerindo uma bibliografia onde determinadas técnicas e ferramentas da negociação podem ser aprofundadas. Em um contexto em que se busca a substituição dos resultados “ganha vs. perde” pelo “ganha vs. ganha”, a quebra de paradigmas da cultura de litigância e o desenho de solução de conflitos voltado às peculiaridades do caso concreto (*tailored decision*), a negociação é certamente uma ferramenta que não pode faltar.

6. BIBLIOGRAFIA

- CALAMANDREI, Piero. Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, 1928, parte prima.
- CARNELUTTI, Francesco. Lite e funzione processuale. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, 1928, parte prima.
- EBENER, Patricia A. *et al.* In the eye of the beholder: Tort litigants’ evaluations of their experiences in the civil justice system. **Law and Society Review**, v. 24, p. 953-986, 1990.
- EPSTEIN, Isaac. **O dilema do prisioneiro e a ética**. Estudos avançados. São Paulo, v. 9, n. 23, p. 149-163, janeiro/abril 1995.
- FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões**. Tradução de Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. Rio de Janeiro: Imago Ed., 2005.
- FISS, Owen. Contra o acordo. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Um novo Processo Civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Coord. de tradução Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- 1974; Gluckman, 1969; Gulliver, 1979; Nader, 1969; Nader and Todd, 1978), but until the mid-1970s, disputants’ evaluations were thought of in general, undifferentiated terms. Over the past decade and a half, however, researchers have begun to distinguish between disputants’ satisfaction with outcomes and their judgments of the fairness of procedures. The distinction between judgments of procedural fairness and satisfaction with outcomes arose in large part from the work of Thibaut and Walker (1975, 1978), which showed in laboratory settings that a procedure can be judged fair even when it yields unsatisfactory outcomes”. Cf. EBENER, Patricia A. *et al.* In the eye of the beholder: Tort litigants’ evaluations of their experiences in the civil justice system. **Law and Society Review**, v. 24, p. 954-955, 1990.

As formas de justiça. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Um novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Coord. de tradução Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GALANTER, Marc. Adjudication, litigation, and related phenomena. In: LIPSON, Leon; WHEELER, Stanton. **Law and the social sciences**. New York: Russel Sage Foundation, 1986, p. 152-257.

GOLDBERG, Stephen; SANDER, Frank; ROGERS, Nancy; COLE, Sarah. **Dispute resolution: negotiation, mediation and other processes**, 4. Ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

LIEBMAN, Enrico Tullio. O despacho saneador e o julgamento do mérito. **Revista dos Tribunais**, v. 767, ano 88, set./1999.

MENKEL-MEADOW, Carrie J.; LOVE, Lela Porter; SCHNEIDER, Andrea Kupfer; STERNLIGHT, Jean R. **Dispute resolution: beyond the adversarial model**. New York: Aspen Publishers, 2005.

MNOOKIN, Robert H.; PEPPE, Scott R.; TULUMELLO, Andrew. **Beyond winning: negotiating to create value in deals and disputes**. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2000.

SALLES, Carlos Alberto de. **A arbitragem na solução de controvérsias contratuais da Administração Pública**. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito para obtenção do título de Livre-Docente junto ao Departamento de Direito Processual, São Paulo, 2010.

SANDER, Frank. E. A., ROZDEICZER, Lukasz. Matching cases and dispute resolution procedures: detailed analysis leading to a mediation centered approach. **Harvard Negotiation Law Review**, v. 11, 2006.

SUSSEKIND, Lawrence. **Quando a maioria não basta: método de negociação coletiva para a construção de consenso**. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

URY, William. **Getting past no: negotiating in difficult situations**. New York: Nantam Books, 2007.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Zanoide (Coord.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPI, 2005, p. 684-690.

WELSH, Nancy A. Making deals in Court-Connected Mediation: What’s Justice got to do with? **Wash. U.L.Q.**, v. 79, p. 787-861, 2001.

WELSH, Nancy A.; MCADDOO, Bobbi. Look before you leap and keep on looking: lessons from the institutionalization of Court-connected mediation. **Nevada Law Journal**, v. 5, p. 399-432, 2004-2005.