

MANUAL DE NEGOCIAÇÃO

Baseado na Teoria de

HARVARD

COORDENAÇÃO:

Márcia Uggeri Maraschin

AUTORES(AS):

Diogo Palau Flores dos Santos

Gustavo Augusto Freitas de Lima

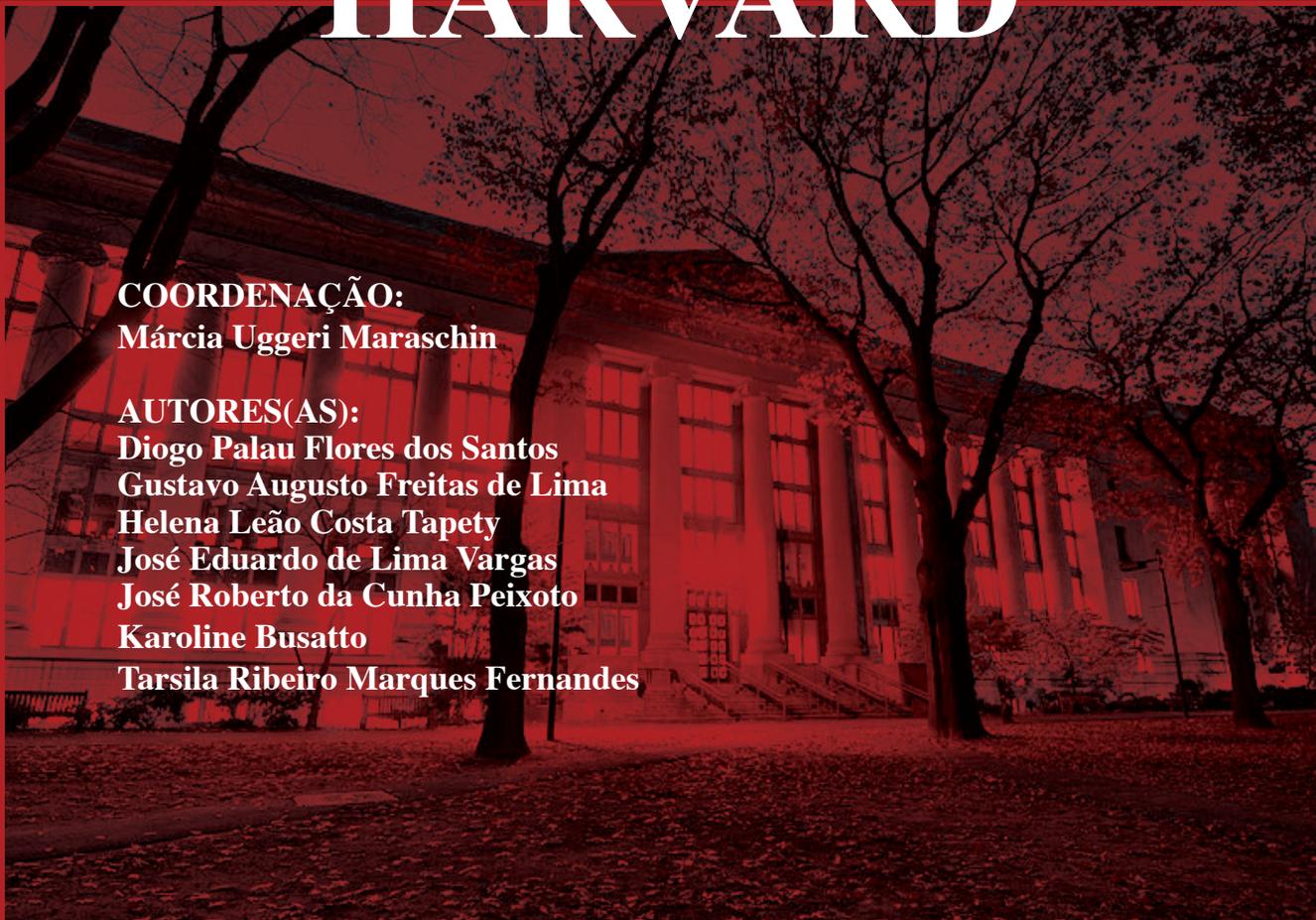
Helena Leão Costa Tapety

José Eduardo de Lima Vargas

José Roberto da Cunha Peixoto

Karoline Busatto

Tarsila Ribeiro Marques Fernandes



Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 6, lote 800 – Térreo -
CEP 70610-460 – Brasília/DF – Brasil. Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: escolaagu.secretaria@agu.gov.br
© Advocacia-Geral da União - AGU – 2017

ADVOGADA-GERAL DA UNIÃO

Ministra-Chefe da Advocacia-Geral da União Grace Maria Fernandes Mendonça

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO - SUBSTITUTO

Paulo Gustavo Medeiros Carvalho

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Paulo Gustavo Medeiros Carvalho	Secretário-Geral de Consultoria
Izabel Vinchon Nogueira de Andrade	Procuradora-Geral da União
Fabício da Soller	Procurador-Geral da Fazenda Nacional
Marcelo Augusto Carmo de Vasconcellos	Consultor-Geral da União
Cleso José da Fonseca Filho	Procurador-Geral Federal
Isadora Maria Belem Rocha Cartaxo de Arruda	Secretária-Geral de Contencioso
Altair Roberto de Lima	Corregedor-Geral da Advocacia-Geral da União
Cristiano de Oliveira Lopes Cozer	Procurador do Banco Central
Maria Aparecida Araújo de Siqueira	Secretária-Geral de Administração
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor-Geral da Advocacia-Geral da União

ESCOLA DA AGU

Chiara Michelle Ramos Moura da Silva	Diretora
Paulo Fernando Soares Pereira	Vice-Diretor
Eduardo Fernandes de Oliveira	Coordenador-Geral

ABNT(adaptação)/Diagramação: Niuza Lima

GRUPO DE TRABALHO

Diogo Palau Flores dos Santos	Advogado da União
Gustavo Augusto Freitas de Lima	Procurador Federal
Helena Leão Costa Tapety	Procuradora Federal
José Eduardo de Lima Vargas	Procurador Federal
José Roberto da Cunha Peixoto	Advogado da União
Karoline Busatto	Advogada da União
Tarsila Ribeiro Marques Fernandes	Procuradora Federal

COORDENAÇÃO

Márcia Uggeri Maraschin Advogada da União

Manual de Negociação Baseado na Teoria de Harvard / Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. – Brasília : EAGU, 2017.

v. ; 23 cm.

Quadrimestral: n.1, 2002-n.14, 2007. Trimestral: n.15, 2008-.

Sumário

APRESENTAÇÃO	5
1 INTRODUÇÃO	8
1.1 Composição consensual de conflitos	8
1.2 Conceito e princípios básicos da negociação.....	13
1.3 Distinção com outros institutos	17
2 ELEMENTOS DA NEGOCIAÇÃO - CRITÉRIOS OBJETIVOS	21
2.1 Interesses	21
2.2 Opções.....	26
2.3 Legitimidade	30
2.4 Alternativas.....	32
3 ELEMENTOS DA NEGOCIAÇÃO – CRITÉRIOS SUBJETIVOS	38
3.1 Comunicação	38
3.2 Relacionamento	45
3.3 Compromisso	48
4 FASES DA NEGOCIAÇÃO – PARTE I	56
4.1 Preparação	56
4.1.1 Levantamento dos interesses	58
4.1.2 Masa e zopa	59
4.1.3 Informação	60
4.1.4 Opções e comunicação	61
4.1.5 Processo	63
4.2 Criação	64
4.2.1 Interesses comuns	67
4.2.2 Ganhos mútuos	67
4.2.3 Trocas de baixo custo	68
4.2.4 Preferências distintas	69
4.2.5 Criação de valor e comunicação	70
4.2.6 Criação de valor e opções	71
5 FASES DA NEGOCIAÇÃO – PARTE II	73
5.1 Distribuição.....	73
5.2 Fechamento.....	80
5.3 Reconstruir.....	82
6 O PAPEL DA EMOÇÃO NA NEGOCIAÇÃO	84
6.1 Os interesses centrais e o papel da emoção.....	88

7 TÉCNICAS DE NEGOCIAÇÃO NO ÂMBITO INSTITUCIONAL.....	98
7.1 Introdução.....	98
7.2 Ciclo de litigância.....	100
7.3 Modelo institucional para eficiência de resultados: necessidade de aperfeiçoamento...	108
7.4 Análise do processo nº XXXXX (União X Outro).....	111

APRESENTAÇÃO

Os métodos de Resolução Pacífica de Conflitos estão assumindo uma posição de grande relevância nas relações jurídicas e vêm merecendo profundas reflexões por parte dos aplicadores do Direito, uma vez que apresenta uma cultura inovadora, que promove a autocomposição, por meio de uma dinâmica pacificadora.

As técnicas autocompositivas vêm sendo implementadas, no Serviço Público, como uma tendência desafiadora, que evoca a construção de uma prática pautada nos princípios da razoabilidade, da autonomia da vontade e da paz social. A autocomposição visa a um resultado a ser alcançado pelo consenso, possibilitando, por conseguinte, a resolução de conflitos por meio instrumentos menos dispendiosos aos cofres públicos.

Neste contexto, a Escola da AGU, com o intuito de fomentar o rompimento de uma cultura consolidada na busca da solução judicial dos litígios, vem promovendo um conjunto de ações de capacitação, direcionado à disseminação da teoria e das práticas atinentes aos instrumentos de pacificação social, oriundos das técnicas de Resolução Pacífica de Conflitos.

Ainda em 2013, a EAGU, por meio da Portaria n.º 08, de 03/07/2013, constituiu Grupo de Trabalho com o objetivo de estudar, debater, apresentar e fomentar uma proposta de curso a distância sobre métodos autocompositivos para a Advocacia Pública Federal, adaptando o conteúdo das publicações sobre o assunto da Escola Nacional de Mediação e Conciliação – ENAM, às peculiaridades da AGU. Esse Grupo, constituído por Procuradores Federais e Advogados da União, iniciou seu estudo e participou, além de promover, cursos para debater o assunto, com o apoio da EAGU em parceria com entidades renomadas, como a ENAM e a FGV.

Nesse contexto, em 2014, a Escola da Advocacia-Geral da União disponibilizou o curso “Negotiation and Leadership” da “Harvard Law School”, que iria ser realizado nos dias 27 e 29 de outubro daquele ano, distribuindo algumas vagas para os componentes do GT e outras para alguns órgãos de Direção Superior da AGU, a saber, a PGF, a PGU e a CGU.

Formado o grupo, agora com o foco em Harvard, a responsabilidade tornou-se imensa: elaborar o Manual sobre Técnicas de Negociação da AGU, baseado na Teoria da Escola de Harvard, também conhecida como Projeto de Negociação de Harvard.

Enfim, o Manual de Técnicas de Negociação da AGU tem como objetivo apresentar a teoria da Negociação aos membros e servidores da Advocacia-Geral da União, como também fornecer esclarecimentos, aos atores do Direito, sobre essa nova perspectiva de resolução de conflitos. A prática da Negociação, detalhada no presente Manual, reforçada pela vigência do Novo Código de Processo Civil, que estimula às partes e aos seus procuradores a buscarem a autocomposição de conflitos, possibilitará trabalharmos uma mudança de concepção na solução de litígios no âmbito da Administração Pública.

Este Manual é composto de sete capítulos que abordam as Técnicas de Negociação, desenvolvido segundo a *Teoria da Escola de Harvard*. O primeiro capítulo, que introduz o tema da Negociação, foi redigido pela Dra. Tarsila Marques Fernandes e explicita a Negociação como espécie do gênero da Conciliação, definindo os conceitos a serem utilizados no presente Manual. O segundo capítulo, elaborado pelo Dr. José Roberto Peixoto, trata de conceituar e definir as características objetivas dos elementos da Negociação da Escola de Harvard. No capítulo seguinte, a Dra. Helena Leão Costa Tapety, conceitua e detalha as características subjetivas dos elementos da Negociação, conforme a Escola de Harvard.

As cinco fases do processo de Negociação vêm detalhadas, didaticamente, nos Capítulos 4 e 5, fazendo a correspondência com os elementos da Negociação da Escola de Harvard. A Preparação e a Criação foram tratadas pelo Dr. Gustavo Augusto Freitas de Lima no Capítulo 4, enquanto que o detalhamento das fases de Negociação Distributiva, Fechamento e Reconstrução, objeto do Capítulo 5, couberam ao Dr. José Eduardo de Lima Vargas.

O Capítulo 6, por seu turno, aborda os aspectos emocionais envolvidos na Negociação e discussões sobre as linhas adotadas por Harvard, cabendo à Dra. Karoline Busatto a redação deste tópico.

Finalmente, o Capítulo 7, a cargo do Diogo Palau Flores dos Santos, aborda as diferentes Técnicas de Negociação na AGU, justificando o porquê da adoção das Técnicas de Negociação da Escola de Harvard, como ferramenta alternativa de solução de conflitos.

Acreditamos que o presente Manual promoverá o debate jurídico sobre o tema, como também propiciará a troca de experiências entre os profissionais que atuam na área, uma vez que a Negociação, no âmbito da Administração Pública, é uma técnica em processo de construção, a qual prescinde de profundo estudo e empenho, por parte das Instituições, visando a profissionalizar esta prática colaborativa.

Márcia Uggeri Maraschin
Advogada da União

Helena Leão Costa Tapety
Procuradora Federal

1 INTRODUÇÃO

De início, deve-se esclarecer que o tema da negociação é presente na vida de todas as pessoas, sejam da área jurídica ou não. Afinal, o ser humano já começa a negociar desde que nasce. Um bebê quando chora, por exemplo, está negociando com os pais para conseguir alimento ou carinho. A negociação, dessa forma, acontece diuturnamente e em todos os níveis.

Trata-se, assim, de uma atividade de extrema importância na vida de todos, tanto no âmbito pessoal quanto profissional. Entretanto, apesar de ser comum e natural, ser um bom negociador é algo que demanda tempo, estudo e prática.

Para assimilar e bem aplicar a teoria da negociação, faz-se necessário superar alguns paradigmas, tal como a ideia de que existe sempre um lado vencedor e outro perdedor, além da noção de que o ganho de alguém implica necessariamente em uma perda para o outro.

8 É dentro desse contexto que se insere o presente manual, que tem como objetivo apresentar a teoria da negociação aos membros e servidores da Advocacia-Geral da União, aplicada à realidade da Instituição.

A elaboração deste manual decorre de um longo período de estudo dos Advogados da União e Procuradores Federais autores, os quais se capacitaram com o apoio da Escola da AGU, participando de cursos oferecidos pela Escola Nacional de Mediação e Conciliação, Fundação Getúlio Vargas e Harvard Law School.

Em sendo assim, a linha de estudos apresentada no presente manual é baseada na Teoria da Escola de Harvard, conhecida como Projeto de Negociação de Harvard.

1.1 Composição consensual de conflitos¹

Nos dias atuais, independentemente do tipo de processo e das partes envolvidas, é crescente o incentivo pela composição consensual

1 Para um estudo mais amplo sobre a matéria, com ênfase na transação tributária, sugere-se a consulta do livro: *Transação Tributária - O Direito Brasileiro e a Eficácia da Recuperação do Crédito Público à Luz do Modelo Norte-Americano*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2014, de autoria de Tarsila Ribeiro Marques Fernandes.

dos conflitos, a qual pode ocorrer por meio de diferentes mecanismos, tal como a conciliação, a mediação, a arbitragem e a negociação.

Esse estímulo aos meios consensuais de resolução de conflitos se explica, em grande parte, pela morosidade do Judiciário, que possui como taxa de congestionamento, em média, de 70% (setenta por cento).²

Em alguns tipos de processos, como a execução fiscal, essa taxa chega ao estrondoso índice de 91% (noventa e um por cento).³

Os benefícios de ter o conflito solucionado de forma amigável podem ser resumidos da seguinte maneira: menor custo financeiro para as partes envolvidas, rapidez no término do processo, implemento mais ágil da obrigação, além de conferir um sentimento de justiça para os participantes.

A respeito desse assunto, Francesco Carnelutti, em estudo publicado pela primeira vez em 1929⁴, manifestou-se da seguinte forma:

El proceso es un médio indispensable para sanar la litis cuando sea rebelde a otros tratamientos más sencillos; pero es también un médio costoso: exige tiempo y dinero. Um buen ordenamento procesal debe hacerse, por tanto, en forma que, por un lado el proceso no opere sino cuando es necesario, y que, por , se ló pueda substituir por otros médios más econômicos si son igualmente seguros.⁵

Percebe-se, assim, que há muito a comunidade acadêmica busca encontrar soluções alternativas para resolução de conflitos.

Dentro desse contexto, Mauro Cappelletti e Bryant Garth,⁶ inicialmente identificaram os três principais problemas que dificultam

2 JUSTIÇA EM NÚMEROS 2014: ANO-BASE 2013. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2014. Disponível em <ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf>. Acesso em 11/04/2015.

3 Ibidem.

4 Esse estudo foi publicado pela primeira vez na Rivista di diritto processuale civile, 1929, I, p. 3 et seq., com o título de Lineas Gerais de la Reforma Del Proceso Civil de Cognicion. In CARNELUTTI, op. cit., p.61.

5 CARNELUTTI, Francesco, Estudios de Derecho Processual, v. I, trad. esp. de Santiago SentísMelendo, Buenos Aires: EJE, 1952, p. 140.

6 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988, p. 15-28.

ou impedem o acesso à justiça, quais sejam, o alto custo do processo, o desconhecimento da população em relação aos seus direitos e a questão dos interesses difusos. No intuito de ultrapassar esses obstáculos, os referidos autores sugerem três “ondas” de acesso à justiça, que seriam representadas pela assistência judiciária para os pobres; por meio da tutela dos interesses difusos e através de um novo enfoque de acesso à justiça.⁷ É justamente esta última “onda” que possui pertinência com o tema tratado no presente manual, pois ao constatar que os mecanismos anteriores eram insuficientes para garantir o efetivo acesso à justiça,⁸ Cappelletti e Garth sugerem uma mudança de procedimentos e de mentalidade, no intuito de aproximar a justiça do cidadão e os litigantes entre si, para que se formasse uma justiça conciliadora:

Existem vantagens óbvias tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, se o litígio é resolvido sem necessidade de julgamento. A sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e mediadas, tais como o juízo arbitral. Ademais, 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.⁹

De fato, encontra-se enraizada na cultura do cidadão brasileiro a ideia de que a justiça só é alcançada a partir da intervenção do Poder Judiciário por meio de uma decisão imposta. Dessa forma, esses paradigmas da sociedade brasileira acabam por gerar um sentimento de preconceito em relação ao novo, visto que este é, até então, desconhecido e pode chegar a resultados imprevisíveis e até inesperados.¹⁰

7 Ibidem, p. 31-67.

8 Ibidem, p. 67-68

9 Ibidem, p. 83-84.

10 BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. Coordenação: Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Caetano Lagrasta Neto. 2 reimpressão. São Paulo: Atlas, 2008. p. 134.

Busca-se, então, romper o modelo de justiça que confere primazia ao conflito. E, para alcançar o objetivo de garantir de forma efetiva o acesso à justiça, mostra-se necessária a utilização de formas alternativas de solução de demandas, com técnicas processuais diferenciadas, que dêem enfoque para a simplificação dos procedimentos. Por meio dessa alteração de paradigmas, pretende-se alcançar o envolvimento do Estado, e não exclusivamente do Poder Judiciário, na questão do acesso à justiça, com a criação de políticas públicas de incentivo a negociação, conciliação, arbitragem e mediação.

Diante desse contexto, vale registrar que o Poder Judiciário brasileiro assumiu um compromisso,¹¹ na I Reunião de Cúpula Ibero-Americana de Presidentes dos Tribunais de Justiça e dos Supremos Tribunais Federais, realizada em Caracas, em março de 1998, de promover mecanismos alternativos de resolução de conflitos, no intuito de garantir o acesso oportuno do cidadão à justiça. Do referido compromisso, constou ainda, cláusula em que o Brasil se compromete a educar, tanto os cidadãos quanto os demais participantes, para a negociação dos conflitos.

Ademais, em 13 de abril de 2009, quando da assinatura do II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo,¹² os três Poderes da República deixaram registrada, de forma expressa, a necessidade de melhoramento da prestação jurisdicional, sobretudo por meio da prevenção de conflitos. E, para consecução de tal objetivo, conforme se observa da alínea “d” do mencionado acordo, registrou-se o compromisso das instituições “em fortalecer a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização”.

Outro ponto que merece especial destaque, sobretudo para os advogados – sejam eles públicos ou privados – é o fato de que consta

11 CUMBRE IBEROAMERICANA DE PRESIDENTES DE CORTES Y TRIBUNALES SUPREMOS DE JUSTICIA. Caracas, 1998. Disponível em: <http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?folderId=24801&name=DLFE-1003.pdf>. Acesso em: 13/10/2012.

12 II PACTO REPUBLICANO DE ESTADO POR UM SISTEMA DE JUSTIÇA MAIS ACESSÍVEL, ÁGIL E EFETIVO. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm> Acesso em 13/11/2012.

do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, no capítulo referente às regras deontológicas fundamentais, o inciso VI do parágrafo único do artigo 2º, como dever do advogado “estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”. Nesse sentido:

A incorporação de meios alternativos de resolução de conflitos, em especial dos consensuais, ao instrumental à disposição do Judiciário para o desempenho de sua função de dar tratamento adequado aos conflitos que ocorrem na sociedade, não somente reduziria a quantidade de *sentenças*, de *recursos*, e de *execuções*, como também, o que é de fundamental importância para a *transformação social com mudança de mentalidade*, propiciaria uma *solução mais adequada aos conflitos*, com a consideração das peculiaridades e especificidades dos conflitos e das particularidades das pessoas neles envolvidas.¹³

Entretanto, apesar de todo esse arsenal teórico e dos benefícios advindos da composição consensual de conflitos, esta ainda se mostra tímida, tanto na esfera administrativa quanto judicial, em especial quando um ente público é parte na ação, diante do argumento da indisponibilidade do interesse público.

É certo que esse cenário vem se alterando ao longo dos últimos anos, sobretudo a partir do trabalho desenvolvido pela própria Advocacia-Geral da União, com a criação da Câmara de Conciliação e Arbitragem Federal e por meio dos milhares de acordos que são realizados diariamente pelos advogados públicos federais por todo Brasil, conforme se verá adiante. Contudo, ainda há grande possibilidade de avanço nessa seara, razão pela qual se deve investir cada vez mais em soluções consensuais de conflitos.

Afinal, a definição pela atual Constituição da República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito e, portanto, pluralista, traduz a necessidade de defesa da dignidade da pessoa humana em sua plenitude, devendo ser buscada a criação de uma sociedade efetivamente participativa.¹⁴

13 WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses. In: Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional. Coordenadores: Morgana de Almeida Richa e Antonio Cezar Peluso. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 4

14 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Transações administrativas. São Paulo: QuartierLatin, 2007, p. 35-38.

Trata-se, contudo, de uma tarefa extremamente árdua e que demanda não apenas uma mudança de padrões e da forma de pensar, mas, sobretudo, de um engajamento de todos os agentes envolvidos no processo. Assim, os Três Poderes da República, juntamente com a sociedade, devem deixar de lado o excessivo apego ao formalismo e ao tecnicismo para que se possa alcançar o objetivo perseguido pelas formas consensuais de resolução de conflitos, que nada mais é que a pacificação social.¹⁵

A Advocacia-Geral da União já se encontra engajada nesse objetivo.

1.2 Conceito e princípios básicos da negociação

Conforme já esclarecido, a negociação está presente de forma constante na vida de todas as pessoas, fazendo parte do dia-a-dia. É importante, contudo, que se aprenda o conceito e as técnicas da negociação, para que se consiga alcançar o melhor resultado possível para ambos os negociadores. Dentro desse contexto, pode-se conceituar a negociação como “um meio básico de conseguir o que se quer de outrem. É uma comunicação bidirecional concebida para chegar a um acordo, quando você e o outro lado têm alguns interesses em comum e outros opostos.”¹⁶

Comumente se afirma que existem duas formas básicas de negociar. A primeira, com empatia, que faz com que o negociador aja com bastante benevolência, realizando inúmeras concessões, a fim de evitar o conflito. A segunda, com rigor e assertividade, que induz a um comportamento áspero, de quem deseja vencer a qualquer custo, sem abrir mão da sua posição, o que prejudica a realização do acordo e futuros relacionamentos entre os negociadores.¹⁷

A ideia da Escola de Negociação de Harvard foi justamente conciliar essas duas maneiras de negociar, desenvolvendo e difundindo

15 ANDRIGUI, Fátima Nancy. Formas Alternativas de Solução de Conflitos Disponível em < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7539/6033> >. Acesso em 15/12/2014.

16 FISHER; URY; PATTON. Como chegar ao SIM, 2 ed., p.15.

17 Idem, p. 16.

uma nova forma de agir: a negociação baseada em princípios, a qual se baseia no conceito do “ganha-ganha”. Nesse sentido:

O método da *negociação baseada em princípios*, desenvolvido no Projeto de Negociação de Harvard, consiste em decidir as questões a partir de seus méritos, e não através de um processo de regateio centrado no que cada lado se diz disposto a fazer e não fazer. Ele sugere que você procure benefícios mútuos sempre que possível e que, quando seus interesses entrarem em conflito, você insista em que o resultado se baseie em padrões justos, independentes da vontade de qualquer dos lados. O método da negociação baseada em princípios é rigoroso quanto aos méritos e brando com as pessoas. Não emprega truques nem a assunção de posturas.¹⁸

Percebe-se, assim, que o que se busca com a negociação é um resultado satisfatório para ambas as partes, sem utilização de truques ou de armadilhas, pois a ideia é tratar o outro não como oponente, mas como parceiro para realização de um acordo, que será bom para ambos. Afinal, para realização de um acordo, faz-se necessária a colaboração de todos os participantes.

Busca-se, com esse método, criar mais valor antes de distribuir tais valores entre as partes envolvidas no processo de negociação. Utiliza-se, metaforicamente, a imagem de um bolo e se afirma que se deve aumentar o bolo para só então cortá-lo e distribuí-lo.¹⁹ Assim, quanto maior o bolo, maior a possibilidade de satisfação entre os participantes e maior a chance de se chegar a um acordo.

Não se deve perder de vista, contudo, que o negociador é naturalmente parcial e que o seu objetivo precípua é obter o que almeja, sem ceder o que não deve.

Para tanto, deve-se, desde o início, partir das seguintes premissas:

- 1) Separar as pessoas dos problemas; e
- 2) Não negociar por posições, e sim por interesses.

18 Ibidem.

19 SIOUF FILHO, Alfred Habib. Negociação para resolução de controvérsias. In: Negociação, Mediação e Arbitragem. Curso Básico Para Programas de Graduação em Direito. São Paulo: Método, 2012, p. 88-89.

A primeira premissa é, para a maioria das pessoas, a mais difícil de ser superada em uma negociação, pois muitas vezes se confunde o problema com a pessoa e, não raras vezes, o problema é a própria pessoa. Entretanto, um bom negociador deve ser capaz de fazer a distinção entre o conflito e as pessoas nele envolvidas.

Deve-se, assim, abolir de qualquer negociação o hábito de fazer acusações pessoais, pois se trata de perda de tempo e gasto inútil de energia. Tente se colocar no lugar do outro e concentre-se no seu objetivo. Busque construir uma atmosfera favorável ao diálogo e assim haverá mais chances de um acordo.²⁰

Não se deve ignorar que se negocia com seres humanos, que possuem sentimentos e desejos. Assim sendo, o aspecto emocional da negociação é de extrema importância, não podendo ser negligenciado.

O segundo pressuposto para uma boa negociação é buscar os interesses das pessoas envolvidas, evitando a disputa por posições. Deve-se entender o porquê daquele posicionamento, o que está por traz do que é afirmado. Apenas quando o negociador conseguir compreender os reais interesses do oponente será possível atender os seus desejos, sem prejudicar o próprio objetivo.

Um exemplo bastante conhecido, provavelmente abordado pela primeira vez no Curso do Projeto de Negociação de Harvard²¹ é a disputa de duas crianças por uma única laranja. Imagine que duas crianças estavam brigando há horas para ter a única laranja que havia em casa. A mãe, que não aguentava mais a briga, resolveu solucionar a questão da forma mais justa que ela entendia ser possível, sem questionar nada as filhas. Em sendo assim, a mãe simplesmente dividiu a laranja ao meio, dando metade para cada uma das filhas.

Essa, de fato, é a solução mais óbvia, que aparentemente parece ser a mais correta e que a maioria das pessoas tomaria. Entretanto, mais tarde se descobriu o quanto essa solução era insatisfatória e não resolvia o problema de nenhuma das filhas, pois uma filha queria a laranja para fazer suco e a outra queria apenas a casca para brincar.

20 MOURÃO, Alessandra Nascimento Silva e Figueiredo. Técnicas de Negociação para Advogados. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 18-19.

21 Ibidem, p. 26.

Do exemplo acima se percebe o quanto é essencial descobrir os interesses das pessoas, que é justamente o que está por trás das posições, os seus motivos. No entanto, comumente se está diante da negociação chamada de barganha posicional, em que os negociadores não abrem mão de suas posições. Não se pode ignorar, contudo, o que move o ser humano são os seus interesses e um bom negociador deve buscar primeiro compreender os motivos que levam as pessoas ao impasse, pois só então conseguirá superá-lo.²²

Dentro desse contexto, ganha relevo o conceito de escuta ativa, em que o negociador efetivamente busca ouvir e compreender o que o outro tem a falar. Afinal, o elemento mais importante de uma negociação é a informação, a qual pode ser obtida a partir da fala do outro, caso a pessoa esteja preparada para escutar.

Muitas pessoas pensam que a escuta gera uma presunção de concordância ou fraqueza, o que não é verdade. Deve-se, assim, estimular que o outro fale. Ademais, não se deve fingir que está escutando, mas na realidade está se preparando para rebater os argumentos da outra parte. Saber escutar é um elemento chave para um bom negociador.

Nesse sentido, “escutar ativamente, não é só ouvir, mas também demonstrar ao outro que estamos interessados em entender o que diz. (...) Uma negociação não é um debate, mas sim uma conversa para se atingir um objetivo – o acordo.”²³

Deve-se ter em mente ainda que a negociação é um processo e, como tal, deve seguir algumas etapas, as quais serão explicitadas em capítulo próprio.

Finalmente, para ser um bom negociador, não basta o conhecimento da Teoria da Negociação, razão pela qual se fala nas três dimensões da negociação, quais sejam: Emocional Conhecimento do Objeto Técnicas de Negociação. Dessa forma, um bom negociador deve

22 Ibidem, p. 26.

23 ZAPAROLLI, Célia Regina. Procurando entender as partes nos meios de resolução pacífica de conflitos, prevenção e gestão de crises. In: Negociação, Mediação e Arbitragem. Curso Básico Para Programas de Graduação em Direito. São Paulo: Método, 2012, p. 40.

dominar bem essas três searas, tanto em relação a si próprio, quanto em relação ao outro negociador.²⁴

1.3 Distinção com outros institutos

Para melhor compreender os contornos da negociação, é interessante que se faça a distinção desse procedimento com outros mecanismos consensuais de solução de conflitos: a conciliação, a mediação e a arbitragem.

Deve-se deixar claro, contudo, que não há consenso entre as definições dos institutos, razão pela qual o presente manual apresentará os conceitos majoritariamente adotados pela doutrina.

A conciliação, ou autocomposição, é realizada quando duas ou mais pessoas buscam pôr fim às divergências existentes entre elas de uma maneira consensual. Pretende-se, com isso, que as próprias partes alcancem uma solução de forma conjunta e participativa, existindo um conciliador que age como facilitador do acordo.²⁵

A principal diferença entre a conciliação e a negociação é que na primeira há a presença de um conciliador, imparcial, que busca ajudar as partes a chegarem a um acordo. Na negociação, contudo, os negociadores podem ser as próprias partes ou representantes delas, sendo naturalmente parciais.

Em ambas as situações, contudo, busca-se chegar ao acordo. Este pode ocorrer por meio da transação, da renúncia ou da submissão. A transação exige concessões recíprocas, enquanto que na renúncia uma das partes abdica de seu direito em favor da outra e, na submissão, há uma total aceitação da pretensão de uma parte em favor da outra.

Por sua vez, na mediação, uma terceira pessoa, imparcial e independente, orientará as partes envolvidas em uma controvérsia no intuito de auxiliá-las a melhor compreender a situação em que

24 MOURÃO, Alessandra Nascimento Silva e Figueiredo (Coord.). Resolução de conflitos: fundamentos para negociação para o ambiente jurídico. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 44-45.

25 PISKE, Oriana. Formas alternativas de resolução de conflito. Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, Numero 5, Ano 24, Maio 2012, p. 51.

se encontram e assim chegarem a um acordo.²⁶ Diversamente do que ocorre na conciliação, a mediação é comumente utilizada nas situações em que as partes possuem uma relação continuada e intensa ou ainda quando a solução do conflito gerará uma nova relação entre as partes, necessitando que haja uma convivência harmônica e, portanto, exige que o mediador se aprofunde no conhecimento do relacionamento das partes e do próprio conflito.²⁷

Dessa forma, parcela da doutrina entende que a escolha pela utilização da mediação ou da conciliação será realizada a partir da análise da situação concreta. Vale dizer, se o conflito possuir elementos preponderantemente subjetivos, com necessidade de pacificação da convivência entre as partes, recomenda-se a mediação, a qual busca compreender e superar o conflito. Entretanto, caso o foco seja apenas solucionar um conflito pontual e esporádico, sem se preocupar com a questão emocional subjacente, a conciliação é a técnica indicada, sendo um procedimento mais rápido e objetivo.²⁸

De seu turno, a arbitragem ocorre quando as partes, de maneira consensual, decidem submeter a decisão do conflito a um terceiro imparcial e de confiança, a quem caberá decidir sobre a questão. Trata-se de instrumento de heterocomposição de conflitos, em que se outorga ao árbitro o poder de decidir a demanda de forma impositiva, tal como uma sentença judicial.²⁹ Cabe esclarecer que a arbitragem é comumente utilizada para resolver demandas de maior complexidade, as quais exigem um conhecimento técnico específico. No Brasil, a arbitragem é regulamentada pela Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996, atualizada pela Lei 13.12, de 26 de Maio de 2015, a qual limita a sua utilização aos direitos patrimoniais disponíveis.

Percebe-se, assim, que o traço diferencial entre a negociação, de um lado, e a conciliação, mediação e arbitragem, de outro, reside na existência de um terceiro imparcial na segunda situação, seja ele mediador, conciliador ou árbitro, enquanto que a negociação pode ser

26 *Ibidem*, p. 52.

27 CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem: resolução CNJ 125/2010: mediação e conciliação. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 40.

28 *Ibidem*, p. 39-41.

29 CAHALI, Francisco José. *op. cit.*, p. 38.

realizada pelos próprios interessados. É certo que nos dias é crescente a contratação de negociadores profissionais, advogados ou não, mas tais pessoas atuam como representantes dos interessados ou terceiros interessados em um acordo, portanto, parciais.³⁰

Por fim, deve-se ainda esclarecer que a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Novo Código de Processo Civil) expressamente tratou da negociação, no parágrafo 3º. do art. 166, *in verbis*: “Admita-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.” Reconhece-se, portanto, as técnicas de negociação como importante instrumento para se alcançar um acordo.

Referências

BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. Coordenação: Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Caetano Lagrasta Neto. 1 ed. 2 reimpressão. São Paulo: Atlas, 2008.

CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem: resolução CNJ 125/2010: mediação e conciliação. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. Estudios de Derecho Procesal, v. II, trad. esp. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: EJE, 1952.

CUMBRE IBEROAMERICANA DE PRESIDENTES DE CORTES Y TRIBUNALES SUPREMOS DE JUSTICIA. Caracas, 1998. Disponível em <http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?folderId=24801&name=DLFE-1003.pdf>. Acesso em 13/10/2012.

DAKOLIAS, Maria. O setor Judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma (Documento Técnico nº 319). Trad. Sandro Eduardo Sardá. Washington: Banco Mundial. Disponível em

30 ZAPAROLLI, Célia Regina. Procurando entender as partes nos meios de resolução pacífica de conflitos, prevenção e gestão de crises. In: Negociação, Mediação e Arbitragem. Curso Básico Para Programas de Graduação em Direito. São Paulo: Método, 2012, p. 39.

<<http://www.anamatra.org.br/uploads/document/00003439.pdf>>. Acesso em 14/10/2012.

JUSTIÇA EM NÚMEROS 2014: ANO-BASE 2013. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2014. Disponível em <ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf>. Acesso em 11/04/2015.

PISKE, Oriana. Formas alternativas de resolução de conflito. Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, Numero 5, Ano 24, Maio 2012.

II PACTO REPUBLICANO DE ESTADO POR UM SISTEMA DE JUSTIÇA MAIS ACESSÍVEL, ÁGIL E EFETIVO. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm> Acesso em 13/11/2012.

WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses. In: Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional. Coordenadores: Morgana de Almeida Richa e Antonio Cezar Peluso. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

2 ELEMENTOS DA NEGOCIAÇÃO - CRITÉRIOS OBJETIVOS

2.1 Interesses

Quando se estuda a doutrina de Harvard sobre negociação, de início percebe-se a necessidade de se abandonar as formas mais arcaicas de negociação, a chamada “negociação posicional” ou a “barganha posicional”.

A negociação baseada em posições parte da premissa rudimentar de que para que uma das partes ganhe alguma coisa, a outra, necessariamente, deve perder algo. É a chamada negociação do GANHA-PERDE, em que o negociador se compromete em pressionar o máximo possível e ceder o mínimo possível, sem se preocupar com os resultados para o oponente.

A negociação de Harvard consiste em criar um mecanismo ou procedimento de comunicação voltado à persuasão, na qual se busca discutir o mérito das questões discutidas pelas partes, a partir de princípios comum a todos, buscando os resultados mais satisfatórios possíveis para os interesses de todos os atores do processo de negociação.

Na negociação por barganha posicional, a dinâmica tende a travar o foco na posição (proposta de R\$ 100.000,00 pela parte A na compra de um veículo, enquanto a parte B somente aceita vender se for por R\$ 130.000,00). Funciona como uma queda-de-braço entre os envolvidos, cujo resultado é a vitória de um e a derrota do outro, ainda que parcial. Como se dá maior valor às posições, aos caprichos e às vontades despóticas dos atores que aos interesses (mérito) em jogo, aumenta enormemente a possibilidade de que o processo resulte em ressentimentos de ambas as partes, com o fechamento de acordos injustos e insatisfatórios, prejudicando ou tornando nulas as chances de haver novas rodadas de negociações entre as partes, dado o sentimento de injustiça disseminado.

Na negociação baseada em interesses conhecer os interesses de ambos os lados é imprescindível para a busca de uma solução que os atenda.

Para Roger Fisher e William Ury¹, catedráticos do Programa de Negociação de Harvard², o problema básico em uma negociação não é o conflito de posições, mas de necessidades, desejos, preocupações e temores.

1 FISHER, Roger; URY, William. *Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões*. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, p. 60.

2 Program on Negotiation – Harvard (PON).

De fato, no exemplo dado acima, na negociação do veículo, as posições manifestadas, em tese, poderiam representar os seguintes interesses: comprador (“ele precisa de dinheiro, deve ainda parte do financiamento do carro; para mim tanto faz se o carro tem todos os acessórios descritos, conquanto que eu pague menos que o mercado”); vendedor (“não me desfaço do carro por menos que R\$ 110 mil, os acessórios valem pelo menos R\$ 20 mil; e o preço de mercado varia entre R\$ 100 e 110 mil”).

Posições normalmente são concretas e explícitas, já os interesses subjacentes tendem a ser ocultos, intangíveis e até inconsistentes. De fato, na maior parte das vezes, negociamos sem sequer compreender direito o quê ou porque queremos o que queremos. O problema de negociar a partir de posições é que muitas vezes repetimos condutas, as vezes por anos, sem sequer analisar de forma sistemática o real porquê das nossas posturas.

Talvez a ilustração que melhor demonstre a relação e a diferenciação entre posições e interesses seja a figura do “iceberg”. As posições, que são conhecidas pelos atores envolvidos, poderiam ser representadas pela parte que flutua acima da água. Os interesses, por sua vez, normalmente ocultos, ficariam na parte submersa. Podemos agora compreender melhor como é perigoso navegar em águas como essas.

A lição principal sobre desvendar os interesses é a de tentar inverter o iceberg, deixando coberta a parte menor (posições) e descoberta a parte maior (interesses).³

É importante compreender que para cada interesse podem existir diversas posições que podem satisfazê-lo. Por exemplo, o proprietário de um apartamento no qual não reside tem o interesse de fazer esse bem gerar benefícios para si ou para alguém. À frente disso, portanto, as posições de vender, de alugar e de simplesmente emprestar o imóvel são opções que podem satisfazer esse interesse.

Vale a pena explorarmos os tipos e a natureza dos interesses a partir da experiência do Programa de Harvard e ver como isso pode nos servir para o fechamento de um bom acordo.

3 BURBRIDGE, R. Marc et al. *Gestão da negociação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 73.

Devemos partir sempre da premissa de que são os interesses que movem as pessoas e as corporações. Assim, identificar e compreender bem quais são os interesses em jogo (primeiro os nossos e, depois, os da outra parte) é a chave para uma boa negociação.

A doutrina de Harvard identifica os interesses, sob perspectiva subjetiva, em: comuns, opostos ou diferentes.

De fato, quando nos deparamos com posições antagônicas (interesses opostos) à nossa, usualmente presumimos que elas refletem interesses também antagônicos. Não obstante, mesmo em situações de conflito, podemos identificar, além dos interesses opostos, alguns interesses comuns (como o dos pais em processo de separação em relação ao bem-estar dos filhos), e mesmo interesses diferentes/distintos, que podem ser complementares entre si. Veja-se o caso da briga pela laranja entre as duas irmãs e a solução que poderia ser dada, caso a mãe tivesse explorado os interesses primeiro para só depois decidir: os interesses de ambas eram distintos, porém complementares em relação à laranja, e, se harmonizados, poderiam explorar todo o potencial do bem pretendido.

Portanto, o ideal é tratar dos interesses comuns primeiro, de forma a criar empatia com o outro, para depois tratar dos opostos. Não se deve esquecer de refletir sobre itens passíveis de troca (interesses diferentes – algumas posições podem valer muito para um e pouco para o outro)⁴.

Entretanto, Fisher e Ury advertem que em cada lado sempre haverá interesses múltiplos⁵. Entender e identificar os interesses de todas as pessoas envolvidas é essencial para um acordo de bom termo. Eventualmente uma negociação pode se desenvolver entre duas pessoas, ou dois lados, mas em cada lado podem haver diferentes níveis de hierarquia para autorização de acordos que necessitam ser trabalhados. Isso é muito comum na Administração Pública ou nas grandes empresas. Assim, em uma negociação envolvendo bens ou verbas públicas, o Advogado Público negociador terá que lidar e respeitar diversos interesses de suas chefias imediatas, do respectivo

4 FIGUEIREDO MOURÃO, 2008, p. 30.

5 FISHER; URY, 2014, p. 63.

Procurador-Geral, de Ministros de Estado, dentre outros, como, p. ex., está previsto na Lei 9.469/97⁶, alterada pela Lei 13.140/2015.

Os interesses mais poderosos são as necessidades humanas mais básicas (segurança ou sobrevivência; bem-estar - alimentos e outras necessidades vitais; senso de pertencimento – acolhida/amor; reconhecimento – respeito/relevância; liberdade - controle sobre o próprio destino). Atender a esses interesses aumentam as chances de fechar o acordo. Por outro lado, desvendar essas necessidades dentre os interesses também lhe darão suporte quando precisar tomar uma eventual decisão negativa, ainda que baseada em uma MAPAN/MASA⁷ (falaremos sobre esse assunto mais à frente).

No momento de identificar os interesses são sugeridas perguntas bastante simples: **POR QUE?** Colocar-se no lugar deles e examinar cada uma das posições assumidas é um excelente ponto de partida. Para Fisher e Ury também é interessante perguntar diretamente por que ele assume uma determinada posição, desde que deixe claro que a pergunta servirá para viabilizar o entendimento das necessidades, esperanças, medos ou desejos por trás daquela posição.⁸ **POR QUE NÃO?** Essa é outra pergunta que deve ser feita em caso de recusa de uma proposta. Que interesses estariam por trás dessa recusa? Refletir sobre a escolha deles, tentando identificar que tipo de proposta que eles esperam que você faça e, em seguida, perguntar-se porque eles não aceitariam essa proposta. **Outras sugestões:** Entender por que eles não decidiram da maneira que você desejaria? O que mais? Que tal? O que é mais importante para você?⁹

Recomenda-se, ainda, fazer uma listagem dos interesses envolvidos. Na verdade, não apenas dos interesses, como de todas as informações importantes que surgirem no processo de negociação e que envolvam os seus sete elementos. Anotar os interesses à medida em que forem observados, estabelecendo ordem estimada de importância é

6 Vide Lei 9.469/97, que dispõe sobre os acordos pela União, suas Autarquias e Fundações e empresas públicas.

7 URY, William. O poder do não positivo: como dizer não e ainda chegar ao sim. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 31.

8 FISHER; URY, 2014, p. 60.

9 FIGUEIREDO MOURÃO, 2008, p. 29.

essencial para o momento em que o advogado fizer com sua equipe e/ou seu cliente o *brainstorming* na busca de opções. Isso facilita o processo criativo, além de facilitar a avaliação da(s) melhor(es) opção(ões) para formar uma proposta ou contraproposta.

Abaixo, segue um guia de 7 passos que nos auxiliam a explorar os nossos interesses e os da outra parte:

- 1) **Evidencie seus interesses:** detalhes concretos não apenas tornam plausível a descrição, mas lhe acrescentam impacto. Convença o outro lado de que o seu problema merece atenção, tentando colocá-los na mesma situação hipotética.
- 2) **Reconheça os interesses deles como parte do problema:** reciprocidade é importante para a credibilidade. Repetir o interesse, reconhecendo sua importância, é uma boa estratégia. Isso também vai ajudar ao fechamento do acordo, caso se reconheçam interesses comuns.
- 3) **Coloque o problema antes de sua resposta:** para que eles entendam e ouçam os seus argumentos, deve-se iniciar expondo os problemas, interesses e ponderações, e só depois oferecer suas conclusões e propostas.
- 4) **Olhe para a frente, não para trás:** evite manter uma discussão reativa, sem objetivo de avançar sobre o entendimento dos interesses envolvidos.
- 5) **A pergunta “Por quê?” tem dois sentidos bem diferentes:** seus interesses serão mais bem atendidos se você falar sobre onde deseja chegar, em vez de dizer de onde veio. Discutir sobre o passado é menos produtivo do que discutir o que deve ser feito amanhã.
- 6) **Fale sobre coisas concretas, mas seja flexível:** utilize o conceito da “especificidade ilustrativa”, tratando cada opção como simplesmente um ilustração/exemplo, para manter sua flexibilidade e facilitar a conversão dos seus interesses em opções específicas, mas sem amarrações imediatas. Não apenas se deve entrar em uma reunião com mais de uma opção específica, mas deve-se manter a mente aberta a novas opções.
- 7) **Seja duro com o problema, mas afável com as pessoas:** é recomendável ser duro quando expuser o problema,

comprometendo-se com o próprio interesse (defesa forte do interesse). Entretanto, deve-se separar os problemas das pessoas, para que não caiam na defensiva e deixem de ouvir. Atacar o problema, sem culpar as pessoas é importante para manter o relacionamento. Inconsistências tendem a ser rejeitadas pelos humanos, que agem para eliminá-las (técnica da dissonância cognitiva). Deve-se ser ao mesmo tempo firme e aberto.¹⁰

2.2 Opções

Talvez um dos elementos que toma maior tempo na negociação baseada na doutrina de Harvard é a geração de opções. Este é o momento em que devemos exercitar nossa criatividade para construir o caminho para alcançar os interesses de que tratamos no item anterior.

Devemos nos lembrar de que a geração de opções deve buscar como foco os interesses já desenvolvidos e identificados de ambas as partes, com o objetivo de atender a uma proposta mútua de GANHA-GANHA. Se a outra parte tiver a impressão que apenas um dos lados estiver ganhando, há uma grande probabilidade de que o acordo não seja finalizado. Portanto, a satisfação dos interesses de uma das partes não deve comprometer o atendimento dos interesses da outra parte.

Nesse ponto, é fundamental que a criatividade seja exercida plenamente, sem restrições ou pré-julgamentos, pois a ideia aqui não é o buscar, desde já, uma solução definitiva: é apenas explorar todas as opções possíveis e imagináveis, sem compromissos ou tomada de decisões. Esse é o momento de fazer “crescer o bolo”.

Fisher e Ury recomendam que o senso crítico esteja de fora do momento de criação (de opções), pois o ataque prematuro aos pontos fracos das ideias criadas podem inibir a imaginação.¹¹

O ideal é que se opte por separar o processo de criação em duas etapas: uma primeira da equipe de advogados negociadores com o cliente e, uma segunda, com a outra parte. Isso pode ser útil para que o *brainstorm* “comum” (com ambas as partes) se torne mais produtivo.

¹⁰ FISHER; URY, 2014, p. 65-69.

¹¹ FISHER; URY, 2014, p. 72.

Os passos desta fase são, em síntese, os seguintes:

Passo 1: criar o máximo de opções possíveis, esclarecendo à outra parte que isso não gerará qualquer compromisso. Exercer a criatividade com colegas de trabalho para levar algumas opções para a mesa de negociação é recomendável, como já dito;

Passo 2: junto com a outra parte, eliminar as opções menos satisfatórias (eliminação das presunções equivocadas sobre os interesses opostos), discutindo com a ela para buscar a opção que proporcionará o acordo mais viável e eficaz.

Nesse ponto, Alessandra Mourão¹² adverte que se deve tentar aperfeiçoar as opções mais promissoras antes de descartá-las, pois podem melhorar significativamente e se tornar “um ótimo fecho para o acordo”.

Os precursores e seguidores da doutrina de Harvard¹³ apontam pelo menos quatro obstáculos comuns ao exercício da criatividade irrestrita para geração de opções:

(1) decisões prematuras: barrar algumas das opções com críticas e recusas precipitadas de lado a lado.

Sugestão: separe o ato de criar opções do ato de julgá-las; primeiro invente, depois decida. Deve-se tratá-las como meras opções e não compromissos. É importante combinar com a outra parte evitar entendê-las com esse efeito. É recomendável realizar um *brainstorming* de idéias, definindo o propósito e as regras de resguardo de críticas. Para metodologia do *brainstorming*, vide Ury.¹⁴

(2) resposta única: achar que apenas existe uma única resposta para o problema. É possível fechar acordo com diferentes soluções, escolhendo a solução a partir de uma ampla variedade de opções.

Sugestão: aumente o número de opções, no lugar de buscar uma resposta apenas. Pensar sobre os problemas e gerar soluções construtivas

12 FIGUEIREDO MOURÃO, 2008, p. 38.

13 FISHER; URY, op. cit., p. 72-74; FIGUEIREDO MOURÃO, op. cit., p. 36-38.

14 FISHER; URY, 2014, p. 75-77.

envolve, segundo Fisher e Ury¹⁵, quatro tipos de raciocínio: 1º - pensar sobre o problema específico; 2º - analisar descritivamente o problema, em categorias e identificar prováveis causas; 3º - o que poderia ser feito para resolvê-lo?; 4º - sugestão de ações específicas e viáveis.

Sugere-se, ainda, tentar ver o problema pelos olhos de diferentes especialistas. Isso pode enriquecer a criação de opções (como cada profissional analisaria o problema?)

Incentiva-se a criação de opções de acordos de intensidades diferentes, com versões mais fortes e mais fracas (ex.: permanente x provisório).

Por fim, pode-se tentar mudar o escopo da proposta de acordo, com alteração de sua abrangência: acordos parciais, número menor de partes, questões específicas, áreas geográficas, etc.

(3) não trate a questão como um pacote imutável (“bolo fixo”): comumente as pessoas pensam que a negociação é um jogo em que a solução para a “briga da laranja” é simplesmente cortá-la ao meio. Elas simplesmente pensam que estão corretas e outro lado equivocado. Assim, pensam que não é necessário criar opções ou fazer “crescer o bolo”, o que as faz deixar sempre algo valioso na mesa de negociação.

Sugestão: busque ganhos mútuos; é uma arte trabalhar lado a lado com o adversário para buscar uma solução para o problema, sem parecer que se está “mudando de lado”. Isso com certeza exige uma mudança de postura (de litigiosa para harmoniosa). Deve-se abandonar a percepção do “bolo fixo”, em que o ganho de um necessariamente implica na perda do outro. A finalidade aqui é fazer crescer o bolo, gerando riquezas ou maximizando as possibilidades de gerá-las, por meio de ganhos mútuos (trabalho em equipe será indispensável, sem abrir totalmente a guarda, afinal de contas estaremos em uma negociação para viabilizar os nossos interesses primariamente, muito embora a idéia seja a de criar ganhos mútuos)!

Explorando os tipos interesses: aqui será importante trabalhar os interesses já identificados para transformá-los em opções viáveis:

15 FISHER; URY, 2014, p. 75-77.

- **interesses comuns:** geram a possibilidade de construção de diversas e das melhores opções pelo negociador. Os interesses comuns são latentes em qualquer negociação (necessário explorar com perguntas); são oportunidades que, para se tornar úteis, devem ser transformados em objetivos comuns; e podem tornar as negociações tranquilas e amistosas (ex.: bem-estar dos filhos em uma separação judicial).

- **interesses divergentes:** podem ser bem explorados se as preferências das partes na divisão do bolo forem diferentes (hipótese da laranja para as 2 irmãs). Fontes básicas para gerar opções em interesses divergentes: **recursos** (se uma das partes possui o capital e a outra a habilidade ou competência para a tarefa), **valores diferentes** (para um o bem é valioso, para o outro nada representa), **prognósticos** (visão de futuro diferente), **visão de risco** (percepção e enfrentamento dos riscos de maneira diferente) e **tempo** (necessidades ou urgências com timing diferentes para as partes)¹⁶. Ponto importante: se não souber as preferências da outra parte, elas devem ser perguntadas! Somente conhecendo-as é possível elaborar as possíveis considerações, exercer a criatividade e gerar opções.

(4) “O problema é deles”: a preocupação com seus próprios interesses e o envolvimento emocional dificultam o desenvolvimento de soluções atraentes para o outro lado. No entanto, é um erro não pedir sugestões ao colega da outra parte, presumindo-se o único capaz de criar opções. As opções criadas pelo colega podem revelar interesses ocultos.

Por fim, ressalte-se que cabe ao negociador gerar opções tão aceitáveis quanto possível, ao mesmo tempo em que satisfaz os próprios interesses. Nesse sentido, são válidas as seguintes ponderações:

- se colocar no lugar do outro facilitará a visualização do problema dele e ajudará a obter a melhor opção para o acordo.
- preparar múltiplas versões de opções, da mais simples para a mais complexa, visando facilitar a aceitação (tempo, forma de implementação, etc.)
- buscar um precedente (jurisprudência, declaração ou decisão tomada pela outra parte em situação anterior, etc.) pode facilitar a decisão dele.

16 MNOOKIN, Robert H. *Beyond winning*. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 2000, p. 31. apud FIGUEIREDO MOURÃO, 2008, p. 39-40.

Procurar a opções que podem tornar atraente o acordo para eles e de baixo custo para você (anunciar o acordo, levar o crédito pelo formato final?). De fato, fazer compromissos com o outro advogado pode facilitar a aceitação pelo cliente, como combinar que a proposta foi idéia ‘dele’. É papel dos advogados mostrar aos seus clientes as vantagens e consequências das opções criadas nas negociações.

2.3 Legitimidade

Na negociação baseada em princípios, as opções criadas a partir de interesses mútuos ou divergentes, precisam ser legítimas e justas para que possam ser aceitas pela outra parte. É, portanto, fundamental que sejam utilizados padrões objetivos, com referências verificáveis facilmente pelas partes, para que a tomada de decisões fique “confortável” para ambos.

Na obra “Gestão da Negociação”¹⁷ encontramos interessante conceito, o qual utilizamos por empréstimo para enriquecer nosso raciocínio:

Critérios objetivos, também chamados de padrões de legitimidade, são padrões ou critérios de referência aceitos no mercado, na comunidade ou em certas organizações, que auxiliam a estabelecer a justiça ou a correção de determinada solução para certas situações.

A perspectiva da Escola de Harvard para a negociação é a de debater critérios objetivos, ao invés de posições subjetivas, fazendo desaparecer a percepção de personificação do conflito, ou seja, a ideia de que o conflito existe por culpa da outra parte.

É pouco provável que uma proposta que não tenha critérios e parâmetros objetivos, que possam passar a noção de justiça, venha a ser aceita pela outra parte.

Ao contrário, a adoção de critérios absolutamente subjetivos, que se baseiam em posições e por meio dos quais se procura impor puramente as próprias vontades contra a da parte oposta, é que faz nascer no outro a recusa.

17 BURBRIDGE, 2007, p. 74.

Porque o preço negociado não pode ter como referência tabelas com o valor de mercado de veículos, valores médios de metro quadrado construído, índices usuais de correção monetária, custos de reposição, valor de depreciação contábil ou preços competitivos? Discutir um acordo mediante critérios objetivos é muito mais eficiente do que discutir com a outra parte, defendendo e atacando posições, através da barganha posicional.¹⁸

O uso de padrões independentes (objetivos) ainda pode facilitar a negociação, quando estiverem envolvidas várias partes, ou se a negociação depender da anuência de uma superior, hipótese frequente em negociações envolvendo bens ou interesses na esfera da Administração Pública.

De fato, as noções de justiça (*fairness*) e de legitimação (*legitimacy*) são, na visão de Bruce Patton, uma das mais poderosas motivações humanas, bem como desempenham um papel fundamental nas negociações. Para ele, não é incomum uma negociação falhar, por exemplo, não porque a opção na mesa é inaceitável, mas porque não parece justa para uma das partes. De fato, as pessoas pagam para evitar uma solução que lhes pareça ilegítima (veja experimento relatado na nota de rodapé).¹⁹

O uso de critérios objetivos envolve:

Padrões justos (questões objetivas): devem ser independentes da vontade de cada um dos lados, devem poder ser aplicados para ambas as partes e ser legítimos e práticos.

Procedimentos justos: método do corte do bolo (um corta e o outro escolhe o pedaço). Isso facilita o processo de escolha e faz com que ambos os lados participem. Outros modos básicos de harmonizar

18 FISHER; URY, 2014, p. 93.

19 “In experiments, for example, one person is told that he or she has \$10 to split with another (unknown) person and that he or she can specify who gets how much but will only get the money if the other person agrees to accept the split (otherwise neither person gets any money). Logically, the second person should be willing to accept any split of the \$10, even \$9.99 to the splitter and 1¢ for them, but in fact most people would rather get nothing than approve a split that feels too unfair.” (MOFFITT, Michael L.; BORDONE, Robert C. *The handbook of dispute resolution*. Forthcoming: Jossey-Bass 2005, Chapter 18, p. 281).

as diferenças: rodízio, sorteio, deixar que a outra pessoa decida, arbitragem e assim por diante²⁰.

O advogado também pode buscar fontes específicas e seguras de critérios objetivos²¹. De fato, a lei e a jurisprudência (precedentes) podem ser utilizados para legitimar uma proposta (exemplos: pagamento de critério de correção monetária pacificado por jurisprudência dos Tribunais Superiores).

Os três passos seguintes são guias poderosos para o exercício de uma negociação baseada em princípios, a serem exercitados com o lado oponente²²:

1) buscar conjuntamente os critérios objetivos para resolver a questão (ambos os lados devem sugerir, concordando sobre os princípios ou padrões a serem aplicados);

2) argumentar e estar aberto a contra-argumentações (em caso de cada lado propor um padrão diferente, a solução deve ser adotada igualmente com base objetiva: precedente do passado ou aplicação mais ampla e aceita por um maior número de pessoas. Ex.: meio-termo entre o custo de depreciação e o valor de mercado);

3) jamais ceder à pressão (**dizer não** ao suborno, ameaça, apelo manipulativo à confiança ou à simples recusa arbitrária fica muito mais fácil quando justificado em princípios ou padrões objetivos, legítimos e com credibilidade).

2.4 Alternativas

No último elemento objetivo, vamos fazer contato e nos acostumarmos com o conceito da MAPAN (Melhor Alternativa Para um Acordo Negociado), ou MASA (Melhor Alternativa Sem Acordo), introduzido por Fisher e Ury²³.

Em conceito, a MAPAN/MASA representa todos os caminhos que nos restam caso não fechemos o acordo que pretendemos. São as escolhas que nos sobram se não obtivermos o SIM às opções geradas na negociação. Por definição,

20 FISHER; URY, 2014, p. 94-95.

21 FIGUEIREDO MOURÃO, 2008, p. 48.

22 FISHER; URY, op. cit., p. 97-99.

23 “BATNA – Best Alternative To a Negotiated Agreement”

para Bruce Patton, uma alternativa ao acordo necessita ser um curso de ação que o negociador pode implementar sem o consentimento do outro negociador.²⁴

Dois são os objetivos da MAPAN/MASA (perspectiva do desenvolvimento do seu poder de negociação): proteger a si mesmo e extrair o máximo possível dos ativos de que dispõe.

Como entender e como identificar, na prática, a sua MAPAN/MASA?

Alessandra Mourão relembra a célebre e sábia decisão do Rei Salomão, no episódio bíblico, para resolver uma disputa de duas pretensas mulheres pela maternidade de uma mesma criança. Ao determinar que a criança fosse cortada em duas partes e entregue a cada mãe a sua parte, Salomão, na verdade, buscava explorar os verdadeiros interesses em jogo. A alternativa que restou à verdadeira mãe (preservar a vida do filho) era maior e mais forte do que a solução consensual proposta (cortar a criança ao meio e receber metade sem vida).

Conhecer suas alternativas e as do outro é missão fundamental do negociador antes mesmo de iniciar a negociação. É a medida da qualidade da negociação. “É conhecendo nossas alternativas que podemos decidir *quando e se* fechamos um acordo”²⁵, bem como se fizemos um bom negócio.

Descobrir a melhor alternativa disponível gera um referencial a ser buscado na negociação. “Dominar o processo de negociação tem o condão de propiciar a plena consciência de modo a poder decidir quando o acordo pode satisfazer seus interesses mais do que a sua melhor alternativa (MASA)”²⁶.

A razão pela qual se negocia é produzir um resultado melhor do que se conseguiria sem negociação. E conhecer a própria MAPAN/MASA, e a do outro, resulta na consciência do seu real poder na negociação. Além disso, traz o benefício de compelir as partes a negociar com mais afinco, no intuito de obter um resultado melhor do

24 Op. cit., p. 283. (“By definition, an alternative to agreement must be a course of action that the negotiator can implement without the consent of the other negotiator(s)”). (op. cit de quem?)

25 FIGUEIREDO MOURÃO, 2008, p. 67.

26 FIGUEIREDO MOURÃO, 2008, p. 68.

que a MAPAN/MASA e de proteger seus interesses da melhor maneira possível.

Entendido o conceito, podemos assumir a premissa de que quanto melhor for sua MAPAN/MASA, maior será o seu poder de negociação.

Devemos, portanto, identificar, individualizar e explorar todas as alternativas possíveis para só então valorá-las e eleger a melhor dentre as existentes. A MAPAN/MASA não é apenas uma forma de mensuração melhor, tem também a vantagem de ser suficientemente flexível para permitir a exploração de diversas soluções criativas para o problema, em caso de não acordo. Além disso, “saber o que fazer em caso de a negociação falhar lhe dará maior confiança durante o processo”²⁷.

É necessário trabalhar a sua MAPAN/MASA para melhorá-la mesmo antes da negociação e obter o melhor acordo possível. Aperfeiçoar a MAPAN/MASA significa também aumentar o mínimo aceitável ao acordo. Ajuizar cautelares, buscar decisões favoráveis melhoram suas perspectivas sobre um resultado ideal, com ou sem o fechamento do acordo. Além disso, mostrar ao outro lado que você efetivamente tem alternativas melhores pode aumentar o seu poder na negociação²⁸.

Para gerar opções de MAPAN/MASA são necessárias 3 operações:

- 1) Inventar uma lista de opções;
- 2) Aperfeiçoar suas melhores idéias e transformar as mais promissoras em alternativas reais;
- 3) Selecionar a melhor alternativa entre as disponíveis.²⁹

27 FISHER; URY, 2014, p. 111.

28 FISHER; URY, 2014, p. 111 advertem que “a conveniência de revelar a sua MAPAN ao outro lado dependerá de sua avaliação quanto ao que eles acreditam. Se a sua MAPAN for extremamente atraente – se você tiver outro cliente esperando na sala ao lado -, é de seu interesse que a outra parte saiba disso. Se eles acharem que você não tem alternativa, quando na verdade tem, então, quase com certeza, você deve deixá-los saber. Contudo, se sua melhor alternativa a um acordo negociado for pior para você do que eles imaginam, revelar isso o enfraquecerá ao invés de fortalecer.

29 Ibid., p. 110.

É importante atentar para alguns riscos no desenvolvimento da sua MAPAN/MASA. Ser condescendente demais com a visão do outro – concordar rápido demais – é um dos maiores perigos na negociação.

Além disso, adotar um valor final (limite de valor para fechamento do acordo, muitas vezes arbitrário) pode até evitar que você aceite um acordo muito ruim, mas também poderá limitar sua capacidade de inventar soluções criativas e de chegar a um entendimento mais sensato.

Outro risco é estar demasiadamente comprometido emocionalmente para chegar a um acordo, sem ter desenvolvido sua MAPAN/MASA: você pode estar desnecessariamente pessimista sobre o que poderá acontecer sem o acordo.³⁰

Melhor do que estabelecer um limite de valor, é utilizar esses limites como sistema de alerta para comparar a proposta oferecida pela outra parte com a sua MAPAN/MASA. Pedir um tempo ao outro lado, se o caso, pode ser crucial para essa checagem.

É igualmente importante conhecer as alternativas da outra parte para saber quais as chances de aceitação das opções que você apresentar.

Como conseguir as informações sobre a MAPAN/MASA do oponente?

Michael Watkins³¹ sugere fazer perguntas durante a negociação, além de realizar os seguintes procedimentos, com antecedência:

- “entrar em contato com fontes do setor;
- verificar publicações de negócios de potencial relevância;
- analisar relatórios anuais (ou informações públicas);
- fazer perguntas informalmente sobre o negociador ou outros dentro da empresa; e
- imaginar quais seriam os seus interesses, preferências e necessidades caso você estivesse no lugar de seus interlocutores.”

30 FISHER; URY, 2014, p. 107-108.

31 WATKINS, Michael. *Negociação*. 10. ed. Tradução de Cristiana de Assis Serra. Rio de Janeiro: Record, 2012, p. 33.

Uma vez descoberta, se a MAPAN/MASA do oponente for melhor que sua proposta, é possível trabalhar para deixá-la menos atraente (p. ex.: ajuizar uma suspensão de segurança para cassar uma liminar deferida à outra parte).

Michael Watkins³² novamente nos sugere confirmar nossas impressões e avaliações sobre a nossa MAPAN/MASA e a do oponente com uma terceira parte neutra. Isso porque, segundo o autor, pela observação de Lax e Sebenius descobriu-se que ainda quando avaliados os mesmos dados, balanços patrimoniais, receitas e similares, os compradores tendem a avaliar os bens em negociação por valores baixos e os vendedores por valores altos. Observadores neutros tendem, por outro lado, a fazer avaliações em ponto intermediário.

ADMINISTRAR O TEMPO é extremamente importante! Perder a oportunidade de fechar o acordo enquanto a sua MAPAN/MASA está em alta e a MAPAN/MASA do oponente está em baixa pode ser fatal para a negociação, pois a alternativa pode se tornar melhor do que o acordo. A demora excessiva no processo de negociação pode fazer desaparecer a MAPAN/MASA negociada, enfraquecendo o seu “poder de fogo”³³.

Em uma negociação conduzida por Procuradoria da União em processos de massa para quitação de verbas decorrentes de gratificação devida a servidores públicos federais, o cliente (União) perdeu a oportunidade de fechamento de acordo envolvendo milhares de ações, o que traria um grande percentual de deságio em troca do reconhecimento da dívida e pagamento imediato (até 60 dias, por requisição de pequeno valor), simplesmente porque se levou muito tempo no amadurecimento e análise das propostas. O cenário jurisprudencial, que já era desfavorável para a União, melhorou ainda mais para o Sindicato, o que fez com que a MAPAN/MASA deles se tornasse mais atrativa, fazendo-os desistir da solução negociada.

Por fim, é muito importante salientar que caso as MAPAN/MASA de ambas as partes sejam mais atraentes, o acordo pode não ser o melhor caminho, cabendo-lhes conversar e decidir, ainda em tom amigável, pela manutenção de seus *status* sem o fechamento do acordo.

32 WATKINS, op. cit., p. 34.

33 FIGUEIREDO MOURÃO, 2008, p. 72.

Referências

BURBRIDGE, R. Marc et al. *Gestão da negociação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIGUEIREDO MOURÃO, Alessandra Nascimento Silva e. *Técnicas de negociação para advogados*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FISHER, Roger; URY, William. *Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões*. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

MOFFITT, Michael L.; BORDONE, Robert C. *The handbook of dispute resolution*. Forthcoming: Jossey-Bass 2005.

URY, William. *O poder do não positivo: como dizer não e ainda chegar ao sim*. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

WATKINS, Michael. *Negociação*. 10. ed. Tradução de Cristiana de Assis Serra. Rio de Janeiro: Record, 2012.

3 ELEMENTOS DA NEGOCIAÇÃO – CRITÉRIOS SUBJETIVOS

3.1 Comunicação

Dando continuidade ao estudo dos elementos da negociação, na abordagem da Teoria da Escola de Harvard, desenvolvida por Roger Fisher e William Ury, hoje referência para os estudiosos do assunto, vamos agora pontuar os elementos com características subjetivas.

Registre-se mais uma vez que o Programa de Negociação de Harvard está baseado em 5 fases da negociação: a preparação, a criação, a negociação, o fechamento e a reconstrução; e destaca 7 elementos da negociação, sendo eles: os interesses, as opções, as alternativas, a legitimidade, a comunicação, o relacionamento e o compromisso.

Já estudamos os seguintes elementos: interesses, opções, alternativas e legitimidade.

Neste capítulo, como já dito, continuaremos a abordagem dos elementos da negociação, mais precisamente dos últimos três acima destacados e o primeiro que será trabalhado é a comunicação.

“Sem comunicação não há negociação. A negociação é um processo de comunicação bilateral com o objetivo de se chegar a uma decisão conjunta”.¹ Afirma Roger Fisher e William Ury.

O elemento comunicação é essencial para todo bom negociador, mas se até pessoas que convivem há muito tempo experimentam mal-entendidos e “falhas de comunicação”, imaginemos que pessoas que mal se conhecem ou que não possuem qualquer tipo de relacionamento também sofram com uma comunicação precária.

O negociador deve se preocupar com bom contato inicial com o outro lado, o que pode ser vital para a abertura de portas para um futuro acordo.

1 FISHER, Roger et URY, William. *Como chegar ao sim: A negociação de Acordos Sem Concessões*. 2. ed. Revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Imago, 1994. p. 51.

Segundo a Teoria de Harvard, antes de começarmos a negociação, recomenda-se conversar sobre generalidades, sobre o tema de maneira ampla, problemas da cidade, etc. Esta conversa pode proporcionar um conhecimento sobre os valores do outro lado e seu modo de ser, além de serem identificados pontos ou experiências comuns que mais tarde podem servir como pontos de referência para ajudar na comunicação.

Ademais, é possível também conversar sobre o procedimento que será adotado na negociação, como o tempo que cada parte terá para expor seus interesses e sua visão do problema. Poderá ser ajustado também que as partes não se interromperão e tentarão manter a compostura e fala sem xingamentos e acusações. É importante também ser honesto, o que estimulará que o outro também aja com honestidade.

Na fase seguinte, de criação, a comunicação deve proporcionar a criação de valores e de opções a partir da identificação de interesses. Entretanto, a criação de valor só será possível se as duas partes se dispuserem a dividir informações e a explorar as opções. E isso será possível, repita-se, a partir da comunicação entre as partes. O objetivo desta fase da negociação é aumentar o valor da negociação ou tornar “o bolo” maior.

A comunicação não se restringe a falar ou a escrever sua posição ou seu objetivo. A comunicação pode ser por meio da ação, da reação, de atos e omissões. Também nos comunicamos pela emoção, pelo tom da voz, pelos gestos, movimentos, pausas, pelo silêncio e pelo olhar, pelo franzimento da testa e até mesmo com o cruzamento dos braços.

Veja que o corpo fala e que uma parte da mensagem pode ser transmitida por meio da forma, e não somente pelo conteúdo da mensagem.

Além do mais, comunique-se usando a linguagem que o outro lado melhor entende. Se ele fala baixo e devagar, diminua seu ritmo e tente entrar em sintonia com a fala dele. Também se utilize das falas dele para elaborar as suas, não o imitando, mas mostrando-se atento ao que está sendo dito.

É essencial a demonstração de interesse pelo que o outro fala, por suas necessidades e expectativas em relação à negociação. É importante,

inclusive, deixar que o outro desabafe, libere seus sentimentos e, enquanto isso, você deve optar por se controlar e manter a calma.

Temos que ter cuidado, no entanto, para que os sentimentos e a emoção não prejudiquem a comunicação e ocupem o centro da negociação. Deve-se evitar o agir com impulso e sem pensar, o que pode acarretar o rompimento da comunicação e a depender até do relacionamento. A Teoria de Harvard investe na negociação baseada em interesses e princípios, não sendo as pessoas o foco do conflito.

Em toda negociação, lidamos com pessoas, com sentimentos, emoções, um passado, memórias, pré-julgamentos, pré-conceitos, etc. Precisamos separar as pessoas dos problemas, de forma a concentrar nossos questionamentos nos méritos da negociação e não no outro lado.

Atente-se ainda que não lidamos apenas com os sentimentos e problemas pessoais dos outros, mas também com os nossos. Nossa raiva, ansiedade, frustração, podem também obstruir um acordo. Por isso, não devemos culpar o outro pelo problema em discussão. Ainda que a culpa possa ser justificada, ela é contraproducente, pois sendo atacado o outro lado tende a se defender e resistir a tudo o que é dito, podendo inclusive atacar também.

A comunicação eficiente é uma via de mão dupla: falar e ouvir, entender e se certificar de que foi entendido também.

Dentro deste contexto, destacamos a **escuta ativa**, onde o negociador escuta e tenta compreender o que o outro falou, repetindo na sua fala, as palavras que foram ditas. A escuta ativa tem o objetivo de demonstrar que você realmente ouviu o que o outro disse. Ela permite que haja compreensão da percepção do outro e faz com que a convivência seja mais agradável, pois não há desprezo pelos argumentos do outro. Depois de ser reproduzida a argumentação do outro, se o ouvinte ainda conseguir rebater os argumentos poderá estar abrindo um canal para o diálogo construtivo sobre os méritos e minimizando a probabilidade do outro lado achar que foi mal-entendido.

Outra recomendação que destacamos é a fala em primeira pessoa e, portanto, sobre si mesmo. Isso impede que se fale do outro

lado, atribuindo-lhe alguma culpa. Dizer “Sinto-me desapontado²”, ao invés de “Você não honrou sua palavra”, descreve o impacto que o problema causa em você e que não pode ser rejeitado porque é uma experiência sua. Quando afirmamos algo sobre nossos sentimentos, é difícil ser questionado, mas quando apontamos algo sobre os outros, isso pode gerar uma reação ou ser ignorado.

William Ury enfatiza ainda o recurso de subir à galeria, “A galeria é uma metáfora para uma atitude de distanciamento. Da galeria, você pode analisar calmamente o conflito, quase como se você fosse uma terceira parte. Pode raciocinar de maneira construtiva para ambos os lados e procurar uma maneira mutuamente satisfatória de resolver o problema”. E complementa mais à frente “Subir à galeria significa distanciar-se de seus impulsos e emoções naturais”.³

A comunicação então deve ser sempre respeitosa, com demonstrações de interesse pelo outro lado e colocando-se no lugar do outro, por mais difícil que seja essa atitude.

Neste ponto não basta saber que o outro lado pensa diferente. É importante compreender e tentar experimentar o sentimento e o ponto de vista do outro. Essa habilidade de ver a situação tal como o outro lado vê, é uma das habilidades mais complexas, mas é uma habilidade que poderá, também, influenciar decisivamente na negociação. Os autores de Harvard afirmam que: “*O modo como você vê o mundo depende do lugar onde você se encontra*”.⁴

O recurso de fazer perguntas também é indicado e não devemos ter receio em perguntar no caso de dúvidas, perguntar para a obtenção de informações variadas relacionadas aos interesses e perguntar até mesmo para uma “pausa estratégica” ou para tentar “se acalmar”. Essa pausa acalma os ânimos e renova as energias.

Observam-se vários erros comuns, dos negociadores, no que tange à comunicação:

- 1) não falar questões importantes que poderiam contribuir

2 FISHER; URY, op.cit, p. 54.

3 URY, William L. Supere o não: Negociando com pessoas difíceis. Tradução Regina Amarante. Best Seller. p. 25.

4 FISHER;URY, op. cit., p. 41.

- para o acordo;
- 2) não ouvir o que o outro tem a dizer;
 - 3) manter o foco somente no que se tem a dizer;
 - 4) não conseguir prestar atenção no que a outra parte está falando; e
 - 5) não se fazer entender ou ser mal interpretado, seja pela falta de clareza ou pela dificuldade em encontrar uma oportunidade para se manifestar.

Registre-se que às vezes, apesar de todo o empenho na maneira como se está comunicando, o outro lado pode interpretar a mensagem de uma forma diferente da desejada causando um estrago na negociação. Por isso, faça perguntas se tiver alguma dúvida, bem como responda às perguntas da outra parte de forma a esclarecer qualquer questão que não esteja totalmente clara.

Facilitar a comunicação, esse é o nosso objetivo e isso pode ser observado quando nos mostramos dispostos a ouvir o outro, trocamos experiências e conhecimentos comuns, identificamos interesses e valores comuns, enfim, demonstramos duas importantes atitudes: a empatia e a assertividade.

Na obra *Técnicas de Negociação para Advogados*, da autora Alessandra Mourão, a empatia é assim definida⁵:

A empatia consiste na habilidade de demonstrar de forma precisa e desprovida de qualquer julgamento o seu entendimento sobre quais sejam os interesses, intenções, necessidades e perspectivas do outro, sem que isso implique concordância quanto a eles.

Agir com empatia não significa concordar nem simpatizar com o outro, mas ouvir e ser capaz de demonstrar compreensão pelo que foi apresentado pela outra parte, desvendando os interesses do outro e por isso o desarmando na negociação.

Quanto à assertividade, ela é uma característica que se aproxima da firmeza e da clareza, mas não pode se confundir com a beligerância ou com o domínio na conversação, atitudes que prejudicam qualquer

5 FIGUEIREDO MOURAO, Alessandra Nascimento Silva e. *Técnicas de Negociação para Advogados*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 37.

negociação. Utilizando critérios objetivos de legitimidade, podemos enfatizar a justiça de nossas propostas.

O ideal, portanto, é a busca pelo equilíbrio entre a empatia e a assertividade e podemos demonstrar essas duas características, quando afirmamos de modo claro e convincente as coisas que nos dispomos a fazer e que o outro lado gostaria de ouvir, bem como elogiamos os interesses do outro lado que coincidem com os nossos e são percebidos como favoráveis ao acordo.

Pois bem, estamos nos comunicando e precisamos avançar na negociação com a troca de informações, a colocação dos interesses, a criação de opções viáveis para o acordo e a apresentação de proposta.

Para isso, precisamos convencer o outro lado e um dos pontos essenciais da comunicação é a forma como apresentamos nosso ponto de vista para persuadir o outro lado a ver as coisas da forma como gostaríamos que elas fossem vistas. Isso se chama *framing* e é uma outra técnica valiosa no campo negocial.

A literatura estrangeira utiliza o termo *framing* para designar a forma como se enfoca a comunicação com a outra parte.

A importância do *framing* é ressaltada também por Alessandra Mourão, que afirma: “A forma como expressamos nosso raciocínio pode impactar o ouvinte como um ganho ou uma perda em relação ao *status quo* ou a suas expectativas futuras, dependendo do parâmetro ou ponto de referência utilizado”.⁶

Outro conceito para o *framing* extraído da literatura:

A razão pela qual o *framing* consegue, com tanta frequência, influenciar a visão do outro lado está ligada ao fato de que as pessoas têm valores e pontos de vistas diferentes. Se quisermos convencer as pessoas a aceitar algo de nosso interesse, é muito importante conhecer os valores e pontos de vista delas. Poderemos assim “pintar” aquilo que queremos com cores atraentes para o nosso interlocutor. As pessoas com quem negociamos podem estar muito preocupadas com o preço, ou a qualidade, ou até com a aparência que terão perante terceiros. Ordenados esses elementos, da forma certa e com ênfase nos pontos de maior valor para o outro lado, pode-se mudar a

6 FIGUEIREDO MOURAO, op. cit., p. 60.

percepção dos fatos e transformar “nada feito” em um acordo. Ou, como popularmente se diz, *é saber vender o peixe*.⁷

É verdade que algumas pessoas têm mais facilidade em usar o *framing*, mas todos podem melhorar se for feita uma boa preparação, uma reflexão sobre os pontos de referência do outro lado e simulações.

A Escola de Harvard destaca a utilização de critérios objetivos e padrões de imparcialidade na condução da negociação, diferentemente da negociação baseada na barganha posicional, onde os negociadores se limitam a defender suas posições e se atacarem.

Recomenda-se, portanto, que os advogados públicos, ao se comunicarem nas negociações, utilizem as regras acima destacadas, bem como apresentem sua argumentação baseada em critérios objetivos e aqui ressaltamos os pareceres técnicos, os precedentes jurisprudenciais, a legislação vigente, etc.

Contudo, não vale se utilizar desses argumentos somente para sustentar uma posição. É preciso ir à mesa de negociação com a mente aberta e legitimar seus argumentos, indicando a escolha por critérios objetivos, destacando inclusive quando os valores objetivos escolhidos estiverem em consonância com os interesses da outra parte.

Isso significa que um padrão de legitimidade não exclui a existência de outros e que será preciso decidir quando dois ou mais padrões justos forem apresentados na negociação.

Por fim, reforça-se o conceito de que a essência da negociação baseada em princípios está na abertura à persuasão por fatos e princípios objetivos.

Nesse sentido, existe um texto que recomendamos a leitura: “*A ciência da persuasão, por Robert B. Cialdini*”⁸, que identifica algumas

7 BURBRIDGE, R. Marc et. al. *Gestão de Negociação: como conseguir o que se quer sem ceder o que não se deve*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 61.

8 CIALDINI, Robert B. *A ciência da Persuasão*. Viver Mente e Cérebro, 2005. Sucintamente descrevemos alguns conceitos, conforme artigo mencionado: Reciprocidade - Todas as sociedades endossam normas que obrigam os indivíduos a retribuir de algum modo aquilo que recebem. A reciprocidade envolve mais do que presentes, ela também se aplica a concessões que as pessoas fazem umas às outras; Coerência - Todos nós desejamos ser e parecer coerentes, ainda mais quando firmamos um compromisso público; Validação Social - uma das maneiras fundamentais de decidirmos o que fazer numa determinada situação, é olharmos o que os outros estão

inclinações do comportamento humano, que geram uma resposta positiva no outro, são elas: a reciprocidade, a coerência, a validação social, o gostar (de alguém), a autoridade e a escassez. Essas inclinações (explicadas no rodapé), podem ser entendidas como regras de persuasão que podem influenciar nossas relações pessoais e negociais.

Faz todo sentido retribuir favores, agir com coerência, imitar pessoas que admiramos, dar preferência aos pedidos daqueles que gostamos, prestar atenção à autoridade legítima e valorizar recursos escassos. Assim sendo, podemos ser influenciados por qualquer dessas técnicas, mas ao compreendermos como cada uma delas funciona, passamos a reconhecer essas estratégias e analisar criticamente os pedidos e as ofertas. Também podemos utilizar essas técnicas de persuasão nas nossas negociações.

Enfim, conhecedores da importância da comunicação, como um instrumento que deve facilitar a obtenção dos interesses pretendidos e o fechamento de um acordo, devemos nos aprimorar cada vez mais e nos policiarmos na utilização desta ferramenta durante todo o processo de negociação.

3.2 Relacionamento

Além da comunicação, outro elemento subjetivo da negociação é o próprio RELACIONAMENTO entre as partes.

Os envolvidos numa negociação precisam investir na relação que estão construindo, tendo em vista que uma boa relação fortalece a confiança entre as partes, proporciona um bom ambiente de trabalho e facilita a realização de um acordo.

Além do mais, um bom relacionamento facilita negociações futuras, por isso, invista tempo na relação comercial, afinal a vida é cheia de surpresas e você pode se deparar novamente com o outro lado numa situação de conflito. Veja que se houver alguma desavença

fazendo ou fizeram naquela circunstância. Se muitos optaram por um caminho, tendemos a segui-lo, porque vemos a ideia como sendo mais correta, mais válida; gostar - as pessoas dizem sim àqueles de quem gostam. Demonstração de afinidades e elogios também incentivam o gostar; autoridade - o argumento ou o poder da autoridade influencia pessoas porque possuem ar de legitimidade; escassez - há indícios de que produtos e oportunidades se tornam mais desejados à medida que eles ficam menos disponíveis. Informações exclusivas tem maior poder de persuasão.

anterior à negociação, com certeza isso afetará a forma como uma outra negociação ocorrerá.

Como podemos investir numa relação negocial?

Primeiramente, quando possível, troque ideias e experiências com o outro lado e procure coisas em comum, que possa aproxima-los. Também podemos construir um ambiente propício à negociação, menos formal, onde não há lados, mas interessados num eventual acordo. Até o formato da mesa tem sua importância, pois mesas redondas significam a igualdade entre os envolvidos, enquanto mesas quadradas ou retangulares transmitem uma ideia de dualidade. É salutar, ainda, misturar os negociadores, de modo que se evitem estabelecer “lado a” e “lado b” devendo-se estimular a participação de todos e a interação entre todos, com vistas inclusive ao desenvolvimento de atividades compartilhadas e todos sendo corresponsáveis pela construção do acordo.

Ademais, como forma de demonstração da importância de uma boa relação, é possível se estabelecerem regras de convivência para todo o processo de negociação, como inclusive já dito em outros momentos deste manual. Essas regras podem ajudar na comunicação e na condução do processo. São exemplos de regras de convivência: o estabelecimento do tempo de duração dos encontros ou o tempo de fala de cada parte, sendo ajustada a possibilidade de intervenção ou não; um cronograma de trabalho e o respeito a esse cronograma, com a observância de prazos consensualmente acordados, dentre outras regras.

No âmbito da AGU, é comum que os advogados públicos tenham que conduzir as negociações, por ser uma atividade bastante rotineira. Diante disso, recomendamos a leitura deste Manual, como um ponto de partida, mas a prática será essencial para o entendimento da teoria e o aperfeiçoamento das técnicas abordadas.

Como princípio fundamental do elemento relacionamento, temos o fundamento de que são pessoas que estão negociando. Todavia, não precisamos gostar de quem está do outro lado numa negociação, mas precisamos do outro lado para fechar um acordo, por isso é equivocado tratá-lo como oponente.

Repita-se: separe as pessoas dos problemas, tema já bastante abordado neste manual.

Recomenda-se sempre o respeito e a honestidade, como valores fundamentais, devendo ser descartada a utilização de técnicas que mais prejudicam do que facilitam o acordo, como a utilização de truques, armadilhas, chantagem e artimanhas, dentre outras.

Lembre-se que aquele advogado ou parte que foi destrutado ou trapaceado numa situação em que você estava em vantagem, poderá ser enfrentado, novamente, em uma situação em que você é quem esteja em desvantagem.

Quando destacamos a importância do relacionamento em uma negociação, falamos da construção de um ambiente propício à troca de informações, de reconhecimento de interesses e criação de opções e da busca pelo acordo e esse é o principal objetivo da negociação: a realização de um acordo, satisfatório para ambas as partes.

O relacionamento também é importante para a fase de implementação, tendo em vista que um bom relacionamento pode minimizar os possíveis problemas na fase de execução dos termos acordados. A confiança, a honestidade, o bom senso e a boa vontade são elementos decisivos para que se concretizem os compromissos assumidos no acordo.

Enquanto o método de Harvard incentiva o investimento na relação, a barganha posicional muitas vezes destrói o relacionamento entre as partes, pois se caracteriza como uma disputa de vontades, onde cada negociador apresenta sua posição e tenta, através da mera força de vontade, alterar a posição do outro.

A doutrina especifica dois estilos de barganha posicional, adotando a maioria dos negociadores uma das seguintes estratégias: a negociação afável, onde é enfatizada a importância de construir e manter o relacionamento, com muitas concessões e às vezes a todo custo, inclusive mudando facilmente de opinião e aceitando perdas unilaterais, para se chegar logo ao acordo; e a negociação áspera, onde o negociador insiste em obter concessões unilaterais por meio da ameaça e da pressão, tenta vencer todas as disputas de vontades

e não possui qualquer cuidado com a preservação do relacionamento, já que a meta não é o acordo, mas sim a sua vitória.⁹

O que está sendo exposto neste manual é então uma proposta totalmente diferente das mencionadas acima, pois se considera uma mudança de jogo! A estratégia mostrada aqui tem a finalidade de transformar o oponente numa negociação em um parceiro na solução do problema.

Surge, então, um questionamento: que tipo de negociador você é? Pense nas suas características e nas suas atitudes durante uma negociação e reflita se você está colaborando na construção de um possível relacionamento com o outro lado, ou se você não se importa e seu objetivo é somente acabar vencendo aquela disputa imediata.

3.3 Compromisso

Por fim, temos como último elemento o COMPROMISSO, que será materializado no acordo, ou seja, no que as partes se comprometem a fazer no futuro.

Segundo a Teoria de Harvard, a negociação baseada em princípios tende a produzir acordos mais sensatos e amistosos. A aproximação do acordo pela discussão de critérios objetivos, garante um acordo sensato e independente das muitas vontades dos negociadores.

É preciso ter cuidado porque essa fase pode ser caracterizada pela pressa, cansaço e afobação, o que resultará no cometimento de erros. É muito comum que na fase final, vencidos os debates, estejam todos cansados e querendo que aquela negociação chegue logo ao fim. Por isso, certifique-se de todos os termos acordados, fazendo um resumo do que foi decidido.

Sugere-se que o termo de acordo seja escrito e a linguagem seja clara, concisa, de forma articulada e de modo que a compreensão aconteça de forma imediata, evitando-se dúvidas na interpretação de alguma questão.

O acordo deve ser construído com a participação de todos os envolvidos, pois mesmo que um acordo aparentemente seja favorável a ambos

9 FISHER; URY, op.cit, p. 27.

os lados, alguém pode desconfiar de alguma cláusula ou compromisso, se não tiver participado da sua construção. O ideal então é o termo de acordo formulado em conjunto, sendo ambas as partes donas das ideias.

Se necessário, também é possível que seja dado um tempo para as partes, para a consulta de outras pessoas. Melhor levar mais algumas horas, ou dias, para o fechamento do acordo, do que fechá-lo e ele depois ser questionado por um superior hierárquico, ou alguém que deveria ter sido consultado quando da sua construção, ou validado com a sua assinatura, mas não teve nenhuma participação.

Assim sendo, certifique-se de que todas as pessoas competentes estão assinando o acordo. O negociador e seus superiores hierárquicos, quando necessário. Veja que, envolvendo outras pessoas, o acordo poderá ter mais força, bem como ser mais garantido seu cumprimento.

Além do mais, o acordo deve estar bem estruturado, conter prazos específicos de cumprimento, penalidade nos casos de descumprimento e garantias de cumprimento. Como afirma Alessandra Mourão, o compromisso deve ser “exequível, exigível, prático e duradouro”.¹⁰

Nesse sentido, nada mais frustrante do que se chegar a um acordo e perceber que alguns cuidados não foram tomados, podendo toda a discussão anterior ser perdida e mais, ressurgir com novas questões e o acordo construído não servir mais para nada.

Anuncie o acordo publicamente e celebre o processo negocial, com palavras gentis, gestos simbólicos e elogiando sempre que possível à outra parte.

O acordo não é o fim, é o meio. Verifica-se que um relacionamento pode ser consolidado a partir de uma boa negociação, que garantirá também o adimplemento do acordo.

A Teoria da Negociação de Harvard pensa nas relações futuras, por isso a sua ideia é que o bom negociador não é só aquele que fecha o acordo, mas o que o implementa.

10 FIGUEIREDO MOURAO, op. cit., p. 75 .

Chegando ao fim, com a intenção de resumir os principais aspectos que foram trabalhados nos capítulos referentes aos elementos, trazemos ao leitor “O caso da Imobiliária Jones e Frank Turnbull”, extraído da obra de Roger Fisher e William Ury¹¹. Assim, como os autores citados, vamos fazer um breve resumo do caso e demonstrar como a negociação se desenvolveu, sendo utilizado o método de negociação baseado em princípios e algumas técnicas trabalhadas neste manual:

Resumo do caso: Em março, Frank Turnbull alugou um apartamento da Imobiliária Jones por 600 dólares mensais. Em julho, quando ele e Paul, com quem dividia o imóvel, decidiram mudar-se, Turnbull ficou sabendo que o apartamento estava sujeito à legislação que controla os aluguéis. O aluguel máximo permitido por lei era de 466 dólares por mês – 134 dólares a menos do que ele vinha pagando. Perturbado com a ideia de ter pago um preço excessivo, Turnbull procurou a Sra. Jones, da Imobiliária Jones, para discutir o problema. A princípio, a Sra. Jones foi pouco receptiva e hostil. Alegou estar certa e acusou Turnbull de ingratidão e chantagem. Após várias sessões prolongadas de negociação, entretanto, concordou em pagar um reembolso a Turnbull e seu colega de apartamento. Ao final, seu tom tornou-se mais amistoso e apologético.

Abaixo, transcrevemos os diálogos e destacamos (em negrito) as principais frases de efeito utilizadas por Turnbull, seguida de uma análise da fundamentação da frase, com base no método da negociação baseada em princípios:

Diálogo	Análise
Turnbull: “Sra. Jones, acabo de ser informado e por favor, corrija-me se eu estiver errado , de que nosso apartamento está sujeito à lei de controle de alugueis. Disseram-nos que o aluguel máximo por lei é de 466 dólares por mês. Será que fomos mal informados?”	Turnbull coloca-se aberto à correção e à persuasão por fatos e princípios objetivos, estabelecendo um diálogo baseado na razão e convidando a Sra. Jones a participar, tornando-os partícipes e esvaziando o confronto. Isso é uma estratégia de negociação que possibilita uma abertura logo no início da comunicação entre os envolvidos.

¹¹ FISHER; URY, op. cit., p. 137-147.

<p>Turnbull: “Paul e eu entendemos que a Sra. nos prestou um favor pessoal ao alugar-nos esse apartamento. A Sra. foi muito gentil em nos dar seu tempo e seu empenho, e nós reconhecemos isso”.</p>	<p>Separação clara das pessoas do problema. Turnbull colocou-se ao lado da Sra. Jones, elogiando-a, o que esvazia qualquer ameaça que ela possa sentir em relação à sua pessoa.</p>
<p>Turnbull: <u>Precisamos saber que não pagamos mais do que deveríamos.</u> Quando estivermos convencidos de que o aluguel pago é proporcional ao tempo passado no apartamento, consideraremos tudo quitado e nos mudaremos”.</p>	<p>Turnbull reafirma sua postura em relação aos princípios e critérios justos: se convencido de que o aluguel pago é correto pelo tempo decorrido, ele se mudará. Se o aluguel pago for excessivo, é justo que ele permaneça no apartamento até que o aluguel e o tempo que passar ali sejam equivalentes.</p>
<p>Sra. Jones: “É curioso você mencionar justiça, pois o que está realmente dizendo é que você e Paul querem simplesmente o dinheiro e que vão tirar proveito de ainda estarem no apartamento, para tentar obtê-lo de nós. Isso realmente me aborrece. Se dependesse de minha vontade, você e Paul sairiam do apartamento hoje”.</p> <p>Turnbull: (Esforçando-se para controlar a raiva): “Não devo estar me fazendo claro. Naturalmente, seria bom se Paul e eu conseguíssemos algum dinheiro, e é claro, poderíamos tentar permanecer no apartamento até que a Sra. nos expulsasse. Contudo essa não é a questão, Sra. Jones, para nós, mais importante do que arranjar alguns dólares, aqui ou ali, é o sentimento de sermos tratados com lealdade. Ninguém gosta de sentir-se enganado. E, se transformássemos isso numa questão de quem detém o poder e nos recusássemos a mudar-nos, teríamos de recorrer aos tribunais, gastar muito tempo e dinheiro e acabar com uma grande dor de cabeça. A sra. também. Quem está interessado nisso? Não, Sra. Jones, queremos lidar corretamente com esse problema, com base em algum padrão justo, e não no poder e no interesse pessoal.”</p>	<p>Aqui destacamos a ausência de controle da Sra. Jones e, por outro lado, o controle das próprias emoções, como técnica de comunicação, por parte de Turnbull, que não reagiu, mas se desviou dos ataques e tentou fazer-se compreendido. Ademais, alguns interesses pessoais foram apresentados, mas separados do mérito da situação.</p>

<p>Sra. Jones: “Você não confia em mim? Depois de tudo o que fiz?”</p> <p>Turnbull: “Sra. Jones, reconhecemos tudo o que fez por nós. Mas a confiança não é o que está em discussão aqui. O que está em discussão, aqui, é o princípio: será que pagamos mais do que deveríamos ter pago? Que considerações a Sra. acha que devemos levar em conta para decidir isso?”</p>	<p>A Sra. Jones tenta manipular Turnbull, que se mantém firme aos princípios. Sua atitude também é elogiosa, porque em nenhum momento houve a atribuição de culpa a Sra. Jones.</p>
<p>Turnbull: “Posso fazer-lhe algumas perguntas para ver se os dados que me foram fornecidos estão corretos? O apartamento está realmente sujeito à lei do controle de alugueis? O aluguel máximo permitido por lei é realmente de 466 dólares? Paul me perguntou se isso nos torna cúmplices de uma transgressão da lei. Alguém informou a Paul, na época em que ele assumiu o contrato, que o apartamento estava sujeito ao controle de alugueis e que o máximo permitido em lei era 134 dólares mais baixo do que o aluguel que ele concordou em pagar?”</p>	<p>Como afirmado na explicação sobre o elemento comunicação, o uso de perguntas é um recurso mais valioso e menos ameaçador do que a afirmação de fatos. Ademais, Turnbull induz a Sra. Jones a lançar informações objetivas e aceitas mutuamente e a partir das quais será possível a construção de uma solução.</p>
<p>Turnbull: “Não está claro para mim porque a senhora nos cobrou 600 dólares por mês. Quais foram suas razões para cobrar esse valor?”</p>	<p>Turnbull não rejeita as posições da Sra. Jones, mas a faz expô-las, estimulando o diálogo, e forçando a sua busca por razões, mesmo que elas não existam, mantendo a negociação nos princípios.</p>

<p>Turnbull: “Deixe-me ver se compreendo o que a Sra. está dizendo, sra. Jones. Se a entendi bem, a Sra. considera justo o aluguel que pagamos, por termos feito muitos consertos e melhorias no apartamento, desde a última avaliação feita pelo órgão controlador dos alugueis. Não valia a pena a Sra. pedir um aumento à Bolsa de Controle de Alugueis, pelos poucos meses em que nos alugou o apartamento. Na verdade, a Sra. só o alugou para prestar um favor a Paul, e, agora, está preocupada com a ideia de que possamos tirar proveito indevido da Sra. e retirar-lhe o dinheiro como o preço para que saíamos do apartamento (Creio que há algum equívoco na frase salientada. Há alguma coisa que me tenha escapado ou que eu tenha entendido mal”?</p>	<p>Turnbull demonstra ter compreendido o que foi dito (escuta ativa), de forma positiva, impossibilitando que a sra. Jones descarte a argumentação dele sob a alegação de que não leva em conta o que ela fala. A negociação requer uma boa comunicação.</p>
<p>Turnbull: “Agora que penso ter compreendido seu ponto de vista, permita que eu converse com meu colega de apartamento e explique a ele. Posso voltar a procura-la amanhã em algum horário”?</p>	<p>A pausa na negociação é importante, para que não seja fechado um acordo pelo cansaço e sob pressão. Nesse caso, Turnbull tinha o controle da situação, mas o recurso de “subir à galeria” é muito importante, como já demonstrado.</p>
<p>Turnbull: “Deixe-me mostrar-lhe onde tenho dificuldade de acompanhar parte de seu raciocínio sobre a cobrança dos 134 dólares adicionais por mês. Uma razão dada foram os consertos e melhorias feitos no apartamento. O fiscal da Bolsa de Controle de Alugueis disse que seriam necessários cerca de 15000 dólares em melhorias para justificar um aumento de 134 dólares por mês. Qual foi o valor gasto nas melhorias? Devo admitir que elas não pareceram valer 15.000 dólares, a Paul e a mim. (...)”.</p>	<p>Turnbull mostra suas razões antes de apresentar qualquer proposta. Se a proposta fosse logo apresentada, a sra. Jones não teria sequer ouvido as razões apresentadas.</p>

<p>Turnbull: “Frente às considerações que examinamos, uma solução justa seria Paul e eu sermos reembolsados pelo valor do aluguel, que pagamos acima do máximo permitido por lei. Isso lhe parece adequado?”</p>	<p>Apresentação de uma possível solução construída pelos dois. Utilização do argumento justiça.</p>
<p>Turnbull: “Se a Sra. e eu pudermos chegar a um acordo agora, Paul e eu nos mudaremos imediatamente. Se não conseguirmos chegar a um acordo, o fiscal da Bolsa de Controle de Alugueis sugeriu que fiquemos no apartamento sem pagar o aluguel e/ou que a processemos para obter o reembolso, por três vezes o valor do prejuízo e mais as custas legais. Paul e eu estamos extremamente relutantes em adotar qualquer desses caminhos. Estamos confiantes na possibilidade de solucionar essa questão com a Sra. adequadamente, satisfazendo seus interesses e os nossos.</p>	<p>Apresentação e análise das alternativas, inserindo, inclusive, um terceiro, ou seja, se utilizando do recurso de autoridade, como uma das possibilidades de solução da questão. Mesmo sendo apresentadas difíceis propostas, Turnbull manteve sua postura baseada nos princípios e demonstrou a necessidade da Sra. Jones participar da solução.</p>
<p>Sra. Jones: “Quando vocês planejam mudar-se?”</p> <p>Turnbull: “Desde que concordemos quanto ao aluguel apropriado pelo tempo que passamos no apartamento, ficaríamos felizes em procurar sair quando lhe for mais conveniente. Quando a Sra. Preferiria?”</p>	<p>Turnbull conduziu a negociação para o atendimento de interesses mútuos, destacando em especial o interesse da Sra. Jones.</p>
<p>Turnbull: “Paul e eu somos realmente gratos, sra. Jones, por tudo o que a Sra. fez por nós e estou contente por termos resolvido este último problema razoável e amistosamente”.</p> <p>Sra. Jones: “Obrigada, Sr. Turnbull. Tenha um bom verão”.</p>	<p>A negociação foi encerrada de forma amistosa, sendo preservada a relação e improvável que qualquer das partes descumpra o acordo.</p>

Referências

BAZERMAN, Max H.; NEALE, Margaret. *Negociando Racionalmente*. Tradução de de Darrel Champlin. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BURBRIDGE, R. Marc et. al. *Gestão de Negociação: como conseguir o que se quer sem ceder o que não se deve*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CIALDINI, Robert B. *A ciência da Persuasão*. Viver Mente e Cérebro, 2005.

FIGUEIREDO MOURÃO, Alessandra Nascimento Silva e. *Técnicas de negociação para advogados*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FISHER, Roger et URY, William. *Como chegar ao sim: A negociação de Acordos Sem Concessões*. 2. ed. Revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

URY, William L. *Supere o não: Negociando com pessoas difíceis*. Tradução Regina Amarante. Best Seller.

4 FASES DA NEGOCIAÇÃO – PARTE I

O processo de negociação pode ser dividido didaticamente em 5 fases: Preparação, Criação, Negociação, Fechamento e Reconstrução. Essas cinco fases serão definidas nos próximos tópicos.

4.1 Preparação

Uma boa preparação é essencial para o sucesso de uma negociação, evitando que se decida precipitadamente por uma opção ruim, que se perca valor na negociação distributiva ou que se deixem valores importantes na mesa de negociação.

Quando as negociações se iniciam, o fator emocional pode dificultar o processo de tomada de decisão. Os advogados podem perder o foco dos interesses em jogo e passar a argumentar juridicamente, prejudicando ou mesmo encerrando abruptamente o processo de negociação. Além disso, quando já estamos na mesa de negociação, pode ser difícil se comunicar com os agentes públicos dos órgãos e das entidades representadas e com os demais membros da sua equipe. Expor discussões internas na frente da parte adversa pode revelar informações estratégicas, que deveriam ser tratadas antes do início das negociações e informação, na negociação, é poder.

Outra questão que deve ser considerada é que, durante a negociação, o advogado público pode se ver pressionado pelo Juiz ou pelo mediador, ou mesmo pela parte adversa, para concordar com um acordo que esteja sobre a mesa. O quanto melhor ele tiver se preparado, mais seguro estará para concordar ou rejeitar um acordo.

Também faz parte da preparação o estudo jurídico do caso, para se verificar se o acordo é, ou não, juridicamente possível. Esse estudo deve considerar particularmente os normativos da instituição, os precedentes judiciais e a posição institucional dos órgãos e entes representados. O negociador também deve levantar quais autorizações deverão ser formalmente obtidas, bem como identificar as partes interessadas (*stakeholders*) que devem ser consultadas, formal ou informalmente. O conceito de parte interessada, aqui, não é jurídico. Ele engloba toda pessoa ou organização que possa ser afetada pelo acordo e cuja posição possa facilitar ou prejudicar significativamente o andamento da negociação.

Nessa fase, o negociador deverá verificar com os tomadores de decisão e com a entidade representada o que significaria uma vitória na negociação, planejando os seus objetivos e esboçando a ZOPA (zona de possível acordo). É o momento no qual devem se dar as negociações internas, também chamadas de negociações por trás da mesa (*behind the table*). Uma negociação interna clara dá segurança ao negociador e aumenta drasticamente as chances de um acordo bem sucedido. Consultas à chefia, discussões quanto aos limites do acordo e ajustes com outros agentes e instituições envolvidas devem ser tratadas antes do início das negociações externa (*on the table*).

Pode ser que a negociação exija, ainda, a elaboração de estudos técnicos, como a realização de cálculos, simulações, perícias, relatórios técnicos ou mesmo de consultas informais à área técnica do órgão ou da entidade representada. Isso permitirá visualizar os pontos que são possíveis de negociação e auxiliar na elaboração de propostas, opções e alternativas, as quais poderão ser debatidas ao longo da negociação. A parte que possui mais conhecimento possui uma significativa vantagem na negociação. A coleta de informações úteis facilitará a ancoragem e a fixação dos limites da negociação.

Quanto mais complexa for a negociação, mais tempo deve se gastar na fase de preparação. Negociações difíceis podem exigir meses de preparação. Contudo, é possível que em negociações mais simples a preparação possa se limitar a um simples *check list*, que pode ser feito pelo próprio advogado público em poucos minutos, antes da audiência ou da mesa de negociação. Em todo o caso, recomenda-se que o negociador redija os pontos principais da preparação em uma folha de papel, no formato de tópicos, para que ele possa ter uma referência ao longo das negociações. Pontos importantes que devem ser registrados são:

- Interesses (do representado e da parte adversa);
- MASA (sua e da outra parte);
- ZOPA;
- Informações a serem levantadas;
- Proposta (se houver) e opções;
- Critérios de legitimidade de eventual proposta;
- Tópicos a serem destacados na comunicação (framing);
- Oportunidades para a criação de valor; e
- Partes interessadas (stakeholders) que devem ser consultadas.

Por fim, aponta-se que não necessariamente a preparação se encerra com o início das negociações. Claro que o ideal é que toda a preparação já tenha sido concluída antes de se dar início à negociação com a outra parte. Contudo, pode ser que, ao longo das negociações, perceba-se a necessidade de se interromper o processo de negociação e se retornar à preparação. Esse procedimento é particularmente recomendável nos casos em que a negociação parece ter chegado a um impasse, sendo, por vezes, necessário que as partes se distanciem da mesa de negociação e voltem a estudar o caso.

4.1.1 Levantamento dos interesses

Esse é provavelmente o primeiro ponto a ser levantado no início do planejamento. Quais são os interesses que estão em jogo? O que eu desejo obter, que só possa ser conseguido com a colaboração da parte adversa? E o que eu possuo ou posso fazer, que a outra parte pode desejar?

Negociar é trocar interesses. Eu só negocio com alguém porque não posso obter, sozinho, o que eu quero. Por outro lado, alguém só irá ceder o que eu quero se tiver alguma das suas necessidades minimamente atendidas.

Assim, para negociar, eu tenho que saber claramente qual é o meu interesse. É encerrar o processo? É economizar dinheiro? É melhorar a imagem institucional do ente representado? É conseguir afastar um risco jurídico? É conseguir implementar uma determinada política pública? É manter em vigor uma determinada regra do setor? É afirmar uma posição institucional? Ter uma visão clara de quais são os interesses do ente representado é a melhor forma de se manter o foco nas negociações. A satisfação desse interesse é o farol que deve guiar todo o esforço de negociação.

Além disso, o advogado público tem que identificar quais elementos são negociáveis e quais são inegociáveis. Pode ser que determinadas questões não possam ser negociadas, por poderem criar um precedente ruim ou por contrariarem um valor institucional relevante. Em alguns casos, pode ser melhor deixar de negociar do que fragilizar uma tese jurídica ou prejudicar a atuação judicial em outros casos semelhantes. Isso deve ser corretamente avaliado antes da negociação.

Para o levantamento desses interesses, o advogado público poderá pedir informações ou realizar reuniões com o órgão ou entidade representada. Além disso, ele poderá discutir o assunto com a sua chefia imediata ou contar com a experiência de seus colegas em casos similares. Em muitos casos, o acordo advém da mera política institucional de se diminuir o número de processos e se economizar nos pagamentos judiciais, propondo-se um deságio em relação ao valor considerado devido pelo próprio ente. Contudo, esses podem não ser os únicos interesses em jogo. A correta compreensão dos interesses em discussão é essencial para que o resultado da negociação seja benéfico para a parte representada.

Por outro lado, podemos tentar antecipar quais são os possíveis interesses da outra parte. Claro que só podemos confirmar quais são esses interesses após o início da negociação, com uma comunicação franca. Mas é um exercício eficaz tentar prever quais são os interesses que o outro lado da negociação poderá ter. Esse exercício poderá permitir um estudo prévio de possíveis propostas de acordo e de alternativas viáveis.

Se, por outro lado, verificarmos que não temos certeza quanto aos possíveis interesses da outra parte, isso nos servirá para alertar que essa informação tem que ser levantada durante a fase inicial da negociação. A outra parte somente nos auxiliará a atingir o nosso interesse se tiver seus interesses minimamente atendidos. Assim, compreender esses interesses é fundamental para termos sucesso na negociação.

4.1.2 Masa e zopa

A MASA (melhor alternativa sem acordo) e a ZOPA (zona de possível acordo) devem ser identificadas pelo negociador antes do início das negociações. Um bom acordo tem que ser obrigatoriamente superior à sua MASA. Assim, se o negociador não conhece a sua MASA, ele não tem condições de decidir objetivamente quanto a aceitar ou não o acordo.

A máxima de que “o pior acordo é melhor do que a melhor causa” não é verdadeira. Um acordo ruim pode colocar a parte em uma posição pior do que estaria se não tivesse celebrado qualquer acordo! Assim, conhecer com clareza a sua MASA é uma informação essencial para se saber se você deve fechar o acordo ou continuar o litígio.

É igualmente desejável tentar identificar qual é a MASA da outra parte. É razoável se supor que o outro negociador somente irá aceitar o acordo se a nossa proposta for superior à MASA dele. Assim, é necessário que o negociador, durante a preparação, coloque-se no lugar do outro e tente enxergar, sob o seu ponto de vista, quais alternativas ele tem à sua disposição.

Outra questão que pode ser avaliada durante a preparação são as medidas que podem ocorrer, ou que podem ser adotadas, que poderão melhorar a nossa MASA ou reduzir a MASA da outra parte. Isso pode permitir, por exemplo, que se verifique qual o melhor momento de negociar. Se a MASA da outra parte tem uma janela de tempo, pode ser desejável que se aguarde a MASA dele piorar, antes de se iniciar as negociações. Igualmente pode se verificar ser necessário melhorar a nossa MASA antes de dar início a uma negociação externa, para tornar qualquer acordo minimamente viável.

Avaliados os interesses e a MASA, será possível se traçar a ZOPA. É importante que o negociador tenha a ZOPA muito bem definida, para servir como um guia para as negociações. Assim, recomenda-se que a ZOPA seja devidamente estudada antes do início de qualquer negociação, para se evitar que fatores emocionais atrapalhem o julgamento de qualquer oferta ou contraproposta apresentada no curso das negociações.

Note-se que a MASA e a ZOPA podem mudar ao longo das negociações, devendo o negociador estar atento aos fatores que possam impactá-las.

4.1.3 Informação

Pode ser que, ao longo da preparação, o advogado público perceba que ele não tem elementos suficientes que lhe permitam decidir. É possível, ainda, que ele verifique que determinadas informações somente são conhecidas pela outra parte.

É recomendável, portanto, que o negociador faça uma lista das informações que ele precisa obter. Essa lista permitirá manter o foco das conversas, ao longo da negociação.

É comum que as partes envolvidas em um processo judicial queiram argumentar juridicamente e tentem colocar os seus pontos

de vista. Essa pode ser uma boa oportunidade para o negociador ouvir e colher informações necessárias à compreensão dos interesses, das MASAs de ambas as partes e das opções de acordo possíveis. Assim, uma forma simples de se obter essas informações é através da ‘escuta ativa’.

Para isso, é importante que o negociador se mostre disposto a ouvir os argumentos da parte, sem demonstrar, com isso, concordância com tais argumentos. O negociador deve tentar fazer uso de uma linguagem neutra, isenta de qualquer juízo de valor ou de prévia opinião sobre os argumentos da outra parte da negociação. Um exemplo disso seria:

Eu vejo que vocês pediram uma indenização por dano moral no valor de R\$ 20.000,00. Nós gostaríamos de entender melhor as razões pelas quais vocês imaginam que essa indenização seria possível de ser obtida na esfera judicial.

Ao exercer a ‘escuta ativa’, é relevante que o negociador tente recapitular os pontos importantes, objetivando a conversa e demonstrando que está ouvindo os argumentos da parte adversa. Essa recapitulação serve tanto para afastar eventuais equívocos e suposições errôneas na compreensão do que está sendo dito pela outra parte, como para evitar que a conversa perca o rumo e se torne menos produtiva.

Outra questão que deve ser planejada pelo negociador é a revelação de informações. Esconder demais as informações disponíveis pode prejudicar a mútua colaboração, gerar desconfiança e dificultar a criação de opções viáveis de acordo. Por outro lado, revelar informações estratégicas, como a MASA ou a ZOPA, pode colocar a parte em desvantagem na fase de negociação distributiva. Assim, o negociador deve planejar quais informações podem ser compartilhadas e quais informações devem ser retidas.

4.1.4 Opções e comunicação

A preparação para uma negociação envolve planejar as opções de acordo que possam satisfazer os interesses da outra parte. Claro que pode ser necessário colher algumas informações antes de decidir por efetivamente apresentar uma proposta (ancoragem). Contudo, é interessante que o negociador já tenha estudado, com antecedência, as opções que são juridicamente viáveis para a solução do caso.

Tão importante quanto estudar as opções possíveis é planejar a forma de comunicar essas opções (*framing*). O advogado público deve se preocupar em apresentar critérios e justificativas que possam fundamentar racionalmente as propostas apresentadas (legitimidade). Esses critérios podem ser precedentes jurisprudenciais, a legislação vigente, parâmetros utilizados em outros acordos, estudos técnicos, resultados de perícias, normas existentes (ainda que internas) ou parâmetros de reciprocidade e equidade.

Apresentar uma fundamentação para as opções apresentadas é uma peça importante para facilitar que a outra parte concorde com ela. Um negociador somente se sentirá confortável para aceitar uma proposta se puder concordar minimamente com a legitimidade da oferta e puder justificar, mesmo que para si mesmo, a aceitação do acordo. O conhecimento jurídico do advogado público pode ser uma excelente ferramenta para se estabelecer critérios objetivos que indiquem a legitimidade da proposta. Contudo, o negociador deve ter cautela para não transformar essa fase em um debate jurídico por posições, devendo manter a mente aberta a outros critérios que sejam oferecidos pela outra parte e tendo sempre o foco nos interesses em jogo, não nas posições jurídicas defendidas pelas partes.

Além de apresentar os fundamentos de determinado acordo, é importante que qualquer solução proposta seja apresentada de uma forma que, pela ótica da parte, possa lhe parecer vantajosa. Assim, é importante que na fase de preparação o advogado público considere os interesses da parte e mostre que as opções apresentadas atendem da melhor forma possível aos interesses da outra parte na negociação. Apresentar a proposta justificando-a nos próprios interesses é um erro crasso de negociação. A outra parte não aceitará um acordo para atender aos interesses de quem oferece a proposta. A parte irá aceitar a nossa proposta porque o acordo atende aos seus próprios interesses de uma forma melhor do que ela conseguiria fazer sem o nosso auxílio.

Tão importante quanto a comunicação verbal, oral ou escrita, é a comunicação não verbal. A postura corporal do negociador, a atenção ao horário marcado, a arrumação do ambiente físico de negociação, a sua disposição em ouvir, a vestimenta usada, a presença ou não do Chefe local e de outros colaboradores, a forma de cumprimentar e

receber as pessoas, tudo isso comunica mensagens não-verbais. Uma postura hostil e beligerante transmitirá uma clara mensagem para a outra parte, ainda que a linguagem verbal utilizada seja dócil. Pior, o desalinhamento entre a linguagem verbal e a comunicação não verbal pode passar sinais contraditórios, que podem ser interpretados como falsidade, descaso ou arrogância.

A comunicação não verbal deve ser objeto da atenção ao negociador, o qual deve estar atento ao tipo de mensagem que está passando à outra parte. A comunicação deve facilitar a obtenção dos interesses pretendidos. Pode ser que, em dado momento, a mensagem tenha que ser dura. Em outra etapa da negociação, pode ser vantajoso que a nossa comunicação busque melhorar o relacionamento, para se evitar o encerramento prematuro de uma mesa de negociação. Não há uma mensagem ‘correta’. Contudo, o negociador deve ter atenção se a comunicação não verbal reflete exatamente a mensagem que ele deseja passar, questão que deve ser planejada antes do início da sessão de negociação.

Uma ferramenta que está disponível para o negociador é o *role playing* (interpretação de papéis). Nessa técnica, um colega faz o papel da outra parte, simulando-se a negociação de uma forma realista. Essa simulação poderá nos auxiliar a melhorar a nossa comunicação, identificar e corrigir falhas ou aperfeiçoar as opções e alternativas a serem apresentadas. Além disso, a simulação prévia é capaz de dar maior segurança ao negociador, diminuindo-se o risco da negociação ser prejudicada por fatores emocionais.

4.1.5 Processo

Tão importante quanto negociar os termos do acordo é negociar o processo através do qual chegaremos – ou não – ao acordo.

Nas negociações conduzidas pela AGU, é natural que as demais partes esperem que o advogado público lidere as negociações, tanto pelo seu papel institucional como pelo fato de que, normalmente, os advogados privados têm menor experiência na forma de negociação do que o Poder Público.

Assim, é importante que o advogado público designado como negociador planeje antecipadamente o processo de negociação, o qual poderá

ser pactuado com a outra parte no início das negociações. É importante que o processo não seja imposto e, sim, que o processo seja visto como uma construção conjunta das partes. A tentativa de imposição unilateral de um processo de negociação pode prejudicar o avanço da mesma. Logo, é importante que eventuais acordos sobre o processo sejam apresentados em forma de pergunta, consultando-se se a parte está de acordo com a nossa sugestão. O ideal é se iniciar pelas regras menos polêmicas, como regras de reciprocidade nas falas, para já se obter os primeiros ‘sim’ do outro negociador.

É importante que se estabeleça já no início da negociação o processo pelo qual a negociação se dará, para dar tranquilidade às partes e se criar um ambiente de negociação. Pode-se estabelecer tempo de duração da reunião, oportunidade na qual cada parte exporá seu raciocínio, regras de reciprocidade, assuntos que não serão tratados, linguagem a ser empregada, prazos limites para se chegar a um acordo (se existirem), normas quanto à confidencialidade das propostas e regras de convivência. Uma medida importante que deve ser assegurada é que o outro negociador tenha uma oportunidade de se **expressar livremente** sobre o caso, ainda que se possa estabelecer limites de tempo para tal exposição.

Na maior parte do tempo, o negociador menos experiente estará ansioso para falar e expor seu argumento jurídico. É comum que um negociador pouco experiente não consiga ouvir com atenção qualquer informação que lhe seja passada, nem consiga avaliar friamente qualquer proposta ou opção, enquanto não tiver a oportunidade de se expressar e expor juridicamente o ponto de vista do seu cliente. Recomenda-se, portanto, que nas negociações conduzidas na AGU, seja dada, primeiro, a oportunidade da outra parte de expor livremente o seu ponto de vista, sem qualquer contra argumentação, interrupção ou juízo de valor. Essa etapa pode ser necessária para se criar o ambiente que permitirá o efetivo início das negociações.

4.2 Criação

Acordado o processo de negociação e iniciadas as negociações, a tendência natural é que as partes se mostrem ansiosas para conhecer as eventuais ofertas de acordo, ou mesmo que já apresentem critérios para a solução da disputa distributiva. Pode ser que uma das partes possa, inclusive, já apresentar uma ancoragem prematura, ou tente estabelecer determinados limites para a negociação.

Sem a intervenção de um negociador experiente, as negociações tenderão a se desenvolver na forma de uma disputa distributiva, como em um jogo de soma zero, onde cada parte tentará obter a maior parte para si. As partes podem fazer uso de técnicas de negociação difícil, como a barganha, o blefe, a chantagem, a intimidação ou o ataque verbal. Esse não é o início ideal de uma negociação.

Ao se passar para a parte distributiva da negociação, os negociadores deixarão de coletar e passar informações valiosas e iniciarão o processo de distribuição de um bolo que ainda não está grande o suficiente. Mesmo que o negociador fique com a parte maior, poderá obter um acordo inferior ao que poderia ser obtido em um processo cooperativo, deixando valor sobre a mesa.

Quando se dá início à fase distributiva, dificilmente haverá espaço para os esforços de cooperação mútua e troca de informações que são necessários à criação de valor. Por isso, antes de passar para a disputa distributiva, é importante que o negociador explore as possibilidades de criação de valor e tente aumentar o bolo, antes de distribuí-lo.

Nem toda negociação possui oportunidades de criação de valor. Há casos em que realmente se trata de uma disputa de soma zero. Nesse caso, pouco haverá a explorar na etapa de criação. Contudo, em negociações complexas, as oportunidades de criação de valor podem tornar um acordo em uma oportunidade de negócio extremamente atrativo e lucrativo.

Vamos imaginar o seguinte exemplo. Uma determinada empresa está sendo processada pelo Poder Público por ter causado um dano ambiental. Se formos diretamente para a fase distributiva, pode haver pouco espaço para uma negociação. A empresa pode não reconhecer a sua culpa e não estar disposta a pagar qualquer quantia. O Poder Público, por outro lado, pode não desejar dar qualquer tipo de desconto ao valor cobrado. A passagem direta para a fase distributiva, sem a exploração de opções e oportunidades de ganhos mútuos, poderá encerrar prematuramente o acordo, reduzindo a negociação à mera repetição dos argumentos jurídicos.

Agora, imaginemos que, nesse exemplo, o órgão público ofereça a oportunidade de dar um “selo verde” para a empresa envolvida, se ela se comprometer a recuperar o dano em questão, pagando uma

indenização sem a assunção da culpa. A empresa pode ver esse selo como uma oportunidade de negócios, podendo atingir um novo nicho de mercado e sendo uma forma de criar uma vantagem competitiva para o seu produto. Por outro lado, a empresa pode estar disposta não só a pagar o valor em disputa, mas mesmo a se comprometer a divulgar o recebimento do “selo verde” em seus anúncios. Um acordo poderia incluir a divulgação pela própria empresa do programa de “selos verdes”, dando maior visibilidade ao programa ambiental e melhorando a imagem institucional do órgão, possibilidade que sequer era esperada originalmente. Criar valor permite que as partes na negociação obtenham ganhos que superem as suas expectativas iniciais e que sequer eram visualizados.

Na fase de criação, o foco é na cooperação entre as partes. Encara-se o problema como uma questão a ser resolvida por ambos, enquanto se exploram soluções criativas que não só atendam aos interesses mínimos das partes, mas que possam também trazer vantagens para as duas partes da negociação, podendo ter um objeto muito superior e muito mais vantajoso do que o da disputa original. Pela cooperação, podem-se transformar litigantes em parceiros.

A criação de valores permite os cenários de “ganha-ganha”. Ambos os negociadores podem terminar o acordo melhor do que estavam antes. No exemplo acima, a empresa pode lucrar mais com os novos negócios obtidos com o selo verde, sendo possível que esse lucro seja superior ao que gastará com o pagamento do dano e com a propaganda. O Poder Público pode conseguir obter não só a indenização cobrada, mas pode ser que a propaganda positiva convença que outras empresas se juntem ao programa, evitando-se danos futuros.

A criação de opções permite a concepção de oportunidades de cooperação mútua que sequer seriam legalmente exigíveis e que, portanto, jamais seriam obtidas em uma condenação judicial.

O negociador deve estar atento, nessa fase de negociação, para explorar oportunidades, discutir opções, buscar oportunidades de cooperação, identificar soluções criativas e, se tudo mais falhar, obter informações estratégicas, que poderão auxiliar na fase distributiva da conciliação. Nessa fase, o negociador deverá procurar identificar:

- Interesses comuns;
- Opções de ganhos mútuos;
- Trade-offs fáceis; e
- Preferências distintas.

4.2.1 Interesses comuns

O processo de negociação deve se dar na busca de atendimento aos interesses das partes, não na vitória das suas “posições”. É natural que, no início das negociações, prevaleça uma sensação de antagonismo entre as partes. Porém, um estudo mais aprofundado da negociação pode demonstrar que esses interesses sequer são conflitantes. Assim, é perfeitamente possível que existam pontos que sejam de interesse comum das duas partes.

Imagine-se, por exemplo, que o Poder Público mova uma ação civil pública contra uma empresa por um acidente de trabalho. Um interesse possível do Poder Público é que novos acidentes de trabalho não se repitam na empresa. Contudo, é perfeitamente possível que a empresa tenha esse mesmo interesse. Pode ser que, por exemplo, ela já quisesse implementar uma regra de segurança do trabalho que tenha grande oposição pelos empregados (digamos, por ilustração, que essa regra envolva o uso de um determinado equipamento de proteção, considerado incômodo pelos empregados). Pode ser que a existência de um acordo com o Poder Público seja tudo o que ela quer, para justificar aos seus empregados a adoção da nova regra de segurança – a qual, no fundo, é querida pelas duas partes da negociação.

Um acordo que atenda a um interesse mútuo tem grande chance de êxito, tanto na fase de fechamento como na sua execução. Contudo, as partes podem se mostrar hesitantes em indicar a existência de um interesse comum, por desejar usá-lo como moeda de barganha. A melhor forma de se identificar o interesse comum é através da comunicação e da escuta ativa. Uma vez identificado, a sua apresentação de forma franca pelo negociador pode fazer o acordo avançar para um ambiente cooperativo.

4.2.2 Ganhos mútuos

Outra opção que pode ser explorada são opções de ganhos mútuos. Aqui, apesar de os interesses não serem coincidentes, é possível que uma mesma opção gere ganhos para ambas as partes do acordo.

Tome-se, como ilustração, uma Universidade particular que se beneficia de um programa de empréstimos universitários concedidos pela União. O interesse do Poder Público pode ser, por exemplo, ampliar o número de vagas nos cursos de medicina e conseguir aumentar o número total de alunos bolsistas em cursos de nível superior. O interesse da Universidade pode ser de lucrar mais, razão pela qual ela vem investindo na ampliação de vagas nos cursos de baixo custo (no qual não se inclui o curso de Medicina). Um acordo bem elaborado poderia prever um aumento do número de bolsas pagas pelo governo nos cursos de baixo custo, sob a condição de a Universidade ampliar as vagas do curso de medicina. Dependendo da forma como o compromisso for entabulado, o aumento do número de bolsas pode compensar o custo do aumento das vagas no curso de Medicina, ao mesmo tempo em que atende plenamente ao interesse do Poder Público. Ou seja, é possível que uma determinada opção gere ganhos mútuos, apesar de os interesses das partes serem diversos.

Além disso, é possível que se permita a ampliação dos ganhos da outra parte, sem qualquer prejuízo próprio. É igualmente possível que se imponha obrigações inúteis, que somente gerarão custo para a outra parte, sem qualquer ganho para a parte que impôs tal obrigação. Em resumo, para uma parte sair vitoriosa, pode não ser necessário que a outra parte perca. Compreender esses tipos de cenário, onde a soma final não é zero, é essencial para um negociador que pretenda criar valor.

Para gerar ganhos mútuos, o negociador deve ter uma compreensão de quais são os interesses reais das partes e de quais são as oportunidades possíveis de ganhos. É necessário que o negociador tenha um esforço de criatividade e de exploração de cenários, para que possa imaginar alternativas que gerem vantagens para ambas as partes, considerando o interesse principal de cada qual.

4.2.3 Trocas de baixo custo

Trocas de baixo custo (*easy trade offs*) são acordos nos quais uma das partes assume uma obrigação de custo baixo ou zero, mas que representa um alto ganho para a outra parte. Um exemplo disso é o do ‘selo verde’, do caso do dano ambiental. Oferecer um selo verde pode ter baixo custo, financeiro e institucional, para uma das partes, mas pode

representar um ganho significativo para a outra parte. Identificar esse tipo de *trade off* pode ser um elemento determinante para o fechamento de um acordo. Um negociador eficiente deve tentar identificar tanto seus *trade offs* fáceis, que possam ser postos na mesa, como explorar os *trade offs* fáceis da outra parte.

O negociador deve ter em mente que quanto mais valor for criado, mais fácil será para as partes envolvidas chegarem ao sim. A identificação de trocas de baixo custo permite se ampliar significativamente o tamanho do bolo a ser dividido, principalmente se forem identificadas trocas semelhantes dos dois lados.

Para identificar esse tipo de troca, o negociador deve analisar os recursos e capacidades da negociação. Para o dono de uma padaria, o custo de produzir um pão é muito inferior ao custo de mercado. Um acordo que preveja que ele fornecerá mil pães será muito mais vantajoso do que um acordo que lhe obrigue a pagar a mesma quantia em dinheiro, se considerado o valor de mercado.

4.2.4 Preferências distintas

As pessoas têm distintas preferências e dão valores diversos para as mesmas coisas. Por exemplo, pode ser que, para uma das partes, encerrar um processo judicial rapidamente tenha um alto valor, em razão do seu advogado lhe cobrar uma mensalidade para o acompanhamento do processo. Pode ser que, para o outro negociador, embora ele desejasse não fechar o acordo logo, o tempo adicional não lhe dê o mesmo ganho. O fato de as partes darem valores diferentes para o tempo abre espaço para uma negociação que ofereça ganhos mútuos. A diferença entre os valores dados pelas partes para um determinado bem ou obrigação cria um valor que poderá ser dividido entre elas, se o acordo for fechado. Diferentes perspectivas e preferências também podem oferecer oportunidades de benefícios mútuos, onde uma das partes abre mão de algo que não valoriza tanto, em troca de um outro interesse que, para si, tenha grande valor.

Um outro exemplo de valores distintos são os de prognósticos diferentes. As pessoas têm expectativas diferentes em relação ao futuro. Essas distintas expectativas podem criar oportunidades de acordo.

Digamos que uma empresa fornecedora de serviços de informática teme que novos concorrentes entrem no mercado, o que poderia diminuir os preços dos serviços prestados, em razão da maior concorrência. Por outro lado, é possível que um órgão público imagine que o cenário oposto seja mais provável, ou seja, que, com a inflação, os serviços do setor possam encarecer. Essa distinção de prognósticos pode criar oportunidades de criação de valor. Assinar um contrato mais longo, com preços pré-fixados na data atual, pode ser algo valorizado pelos dois lados.

Oportunidades também podem ser obtidas em relação às distintas visões de risco. Distintas pessoas têm predileções diferentes em relação ao risco, sendo menos ou mais conservadoras, a depender do caso. Um acordo pode criar oportunidades ao alocar riscos de formas distintas entre as partes. Uma parte pode preferir uma compensação financeira menor, desde que o acordo tenha um grau menor de risco e incerteza. Imagine-se, no exemplo acima, que o serviço de informática a ser contratado seja destinado a um projeto estratégico, para o qual o órgão possui um orçamento fixo. Pode ser que o órgão prefira pagar um pouco mais pelo serviço, do que correr o risco do custo ser reajustado ao longo do projeto, o que fugiria ao seu orçamento.

Uma alocação diferente quanto ao risco pode criar valor para o acordo, ainda que o seu objeto seja exatamente o mesmo. Assim, um negociador criativo pode criar valor ao identificar que as partes dão importância distinta aos riscos de um determinado acordo. Um cuidado que se deve ter, contudo, é o risco moral (*moral hazard*), pois uma alocação de riscos mal planejada por criar incentivos econômicos indesejados. Por exemplo, diminuir o prazo de garantia de um produto pode incentivar ao vendedor a entregar um produto de baixa qualidade.

4.2.5 Criação de valor e comunicação

É possível se criar valor para um acordo pela simples forma como ele é comunicado para terceiros. Por exemplo, pode ser que uma determinada empresa não aceite, por política institucional, pagar uma determinada multa, mas, talvez, ela aceite pagar esse mesmo valor, se ele for comunicado como sendo uma contribuição de cunho socioambiental, sem qualquer associação à sua culpa quanto aos fatos em lide.

Para se criar valor em um acordo, o elemento mais importante é a comunicação. As oportunidades de criação de valor somente serão identificadas se as duas partes se dispuserem a dividir informações e a explorar opções. Contudo, como já comentamos, transmitir informações, ingenuamente, para a outra parte pode prejudicar o negociador durante a fase distributiva da negociação.

Tomemos um exemplo no qual um órgão público tem que fechar o acordo dentro de um prazo fatal de 30 dias, sob pena de ter que devolver os valores ainda não empenhados para o fechamento do orçamento anual. Se a outra parte não tem a mesma premência de tempo, ela pode se aproveitar dessa informação e arrastar a assinatura do acordo para uma data mais próxima do final do prazo, como forma de fortalecer a sua posição e obter um ganho maior.

Assim, na fase de criação de valor, o negociador tem a relevante tarefa de avaliar a troca de informações e a comunicação entre as partes. A exploração da informação é importante para se identificar oportunidades de ganhos mútuos e criação de valor. Contudo, o negociador deve estar atento para evitar expor informações que lhe deixem vulnerável nas fases seguintes da negociação.

4.2.6 Criação de valor e opções

Outro elemento importante nessa fase é a criação de opções, apoiadas em critérios legítimos. Em negociações muito simples, como ocorre em demandas judiciais de massa, é aceitável que o negociador apresente uma única opção, com uma cláusula “aceite ou deixe”, dada a exiguidade de tempo que esse tipo de negociação envolve. Contudo, em negociações mais complexas, é desejável que o negociador apresente distintas opções, as quais podem ser desenvolvidas e aperfeiçoadas conjuntamente com a outra parte.

Não podemos também nos esquecer de que, apesar da necessidade de cooperação entre as partes, nossa posição, originalmente, é de parte da negociação, não de um mediador neutro. O nosso papel, enquanto advogados, é o de defender o interesse do nosso cliente na negociação. Portanto, o equilíbrio entre a cooperação com a outra parte e a defesa dos interesses do ente representado é a chave para a negociação bem-sucedida.

É importante que as opções não tenham uma “autoria”, ou seja, que não sejam apresentadas como sendo a proposta da parte A ou da parte B. Isso porque, em regra, a proposta autoral de uma das partes tende a ser vista como desvantajosa pela outra parte da negociação, ainda que inconscientemente. É importante que as primeiras opções sejam formuladas apenas como opções exploratórias, iniciais, e que, depois, sejam amadurecidas pelas duas partes, tornando-se a opção A, opção B, construídas por ambos, sem ter uma autoria específica.

Referências

FISHER, Roger e SHAPIRO, Daniel. *Beyond Reason: Using emotions as you negotiate*. Nova York: Penguin, 2005.

FISHER, Roger et al. *Getting to Yes: Negotiating agreement without giving in*. Nova York: Penguin, 2011.

GELFAND, Michele J. et. al. *The Handbook of Negotiation and Culture*. California: Stanford, 2004.

KOROBKIN, Russell. *Negotiation: Theory and strategy*. 3ª Ed. Nova York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

MNOOKIN, Robert. *Bargaining with the Devil: When to negotiate, when to fight*. Nova York: Simon and Schuster, 2010.

RAIFFA, Howard. *The Art and Science of Negotiation: How to resolve conflicts and get the best out of bargaining*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1982.

SAUNDERS, Harold H. We Need a Larger Theory of Negotiation: The Importance of Pre-negotiating Phases in: *Negotiation Journal* 1.3 (1985): 249-262.

SEBENIUS, James K. Negotiation analysis: A characterization and review in: *Management Science* 38.1 (1992): 18-38.

SILVA, Alessandra Gomes do Nascimento. *Técnicas de Negociação para Advogados*. São Paulo: Saraiva, 2002.

URY, William. *Getting past no: Negotiating in Difficult Situations*. Nova York: Bantam Books, 1993.

5 FASES DA NEGOCIAÇÃO – PARTE II

Distribuição

Após a fase da criação¹, responsável por agregar valores à negociação em curso e, dessa forma, por aumentar as possibilidades de satisfação dos interesses envolvidos, é chegada a hora de “dividir o bolo”. É hora de partilhar o que foi construído e satisfazer efetivamente os interesses em jogo, reivindicando para si a maior parte possível do que foi criado durante a negociação integrativa².

Para muitos, a distribuição é a essência da negociação³, e quanto mais bem preparado estiverem os negociadores maiores as chances de que ambos fiquem satisfeitos com o resultado desse processo.

Na fase da distribuição alguns dos conceitos mais importantes da teoria da negociação, tal como delineados pela Escola de Harvard, tomam corpo. É nela, por exemplo, que o conceito de MASA (melhor alternativa sem acordo) assume protagonismo. Conhecer bem a sua melhor alternativa lhe dará segurança suficiente para buscar seu alvo ou, se for o caso, abandonar a negociação em busca de uma alternativa que melhor lhe convenha.

Ao mesmo tempo, conhecer bem as alternativas do oponente, em especial a melhor delas, pode representar o salto de um bom acordo, para um excelente acordo. A chave para um bom acordo pode não estar em saber o quanto determinado bem vale para si mesmo, mas sim, no quanto ele vale para o outro. Negligenciar essa informação pode levar a um acordo satisfatório, quando se poderia obter um acordo excelente.

1 As duas primeiras fases, preparação e criação, foram apresentadas no capítulo anterior.

2 Trata-se de primeira das três tensões criadas pela dinâmica do processo de negociação, na abordagem feita por Mnookin, Peppet e Tulumello, em *Beyond Winning: negotiating to create value in deals and disputes*. Além dessa tensão entre criar valor e distribuir valor, destacam-se a tensão entre empatia e assertividade e a tensão entre os interesses dos representantes e dos representados. Todas elas se evidenciam em especial na fase da negociação distributiva. Outros autores enfatizam outras fontes de tensão no processo de negociação.

3 Robert H. Mnookin, Scott R. Peppet, Andrew S. Tulumello. *Beyond Winning: negotiating to create value in deals and disputes*. 2. ed. 2000. Harvard University Press, p. 18.

Confiança, políticas de empresa, valores, credibilidade, garantias e tantas outras questões, precisam ser cuidadosamente estudadas, para que não haja uma supervalorização, menosprezo ou má compreensão da melhor alternativa sem o acordo. Em um contrato de transporte celebrado entre duas empresas, envolvendo a cifra de milhões de reais, o quanto vale, por exemplo, a experiência da contratada? No momento em que se adquire uma passagem aérea, quanto se está disposto a pagar para voar por uma empresa que seja mais pontual, ou por uma outra que ofereça mais conforto? Em negociações complexas, especialmente as que envolvem choques culturais, transformar essas variáveis em algo palpável é um grande desafio. Todos esses fatores precisam ser traduzidos nessa nova etapa da negociação.

Em todas as negociações há um espaço entre a melhor proposta possível e a pior proposta admissível, cujo limite é dado pela MASA. A essa margem de negociação possível, entre aquilo que os negociadores querem obter, o chamado preço-alvo, e aquilo que aceitam obter no acordo, o chamado preço de reserva, chamamos “Zona de Possível Acordo”, a ZOPA:

Incontáveis vezes os negociadores deixam na mesa de negociação algo que lhes é valioso. Deixam de chegar a um acordo ou de explorar satisfatoriamente o que chamamos de zona de acordo possível⁴.

Boa parte das negociações distributivas giram em torno, justamente, de se moldar as perspectivas ou expectativas do outro, sobre aquilo que é possível se obter na negociação. O *framing*, ou o enquadramento, é o termo empregado para designar a forma com que são apresentados fatos, o enfoque que lhes é dado. Esse enfoque impacta diretamente na percepção sobre esses fatos. As manchetes de notícias, por exemplo, podem focar em determinados pontos da notícia e enquadrar positiva ou negativamente o fato. Assim, o resultado operacional de uma empresa pode ser apresentado, por exemplo, como seu maior lucro da história, ou como o pior crescimento entre suas concorrentes. Os fatos são os mesmos, mas o enfoque muda radicalmente a percepção sobre eles.

4 FIGUEIREDO MOURAO, Alessandra Nascimento Silva e. *Técnicas de Negociação para Advogados*. 3.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 37.

O momento mais importante nessa fase da negociação talvez seja aquele em que é feita a primeira proposta. A teoria da negociação fala em ancorar ao se referir a ele. A âncora exerce grande influência sobre a percepção e a expectativa das partes quanto ao possível acordo e, conseqüentemente, sobre o resultado final. Além disso, ela delimita aquilo que se poderá obter na mesa de negociação, na medida em que, feita uma proposta por um dos negociadores, dificilmente haverá um consenso em valores ou preços piores para o outro lado. Pode-se considerar assim que a primeira proposta indica o pior cenário para a outra parte.

Embora não seja incomum encontrar quem prefira ou recomende que se deixe para a outra parte apresentar a primeira proposta⁵, experimentos sugerem que primeiras propostas ambiciosas tendem a puxar para perto de si a contraproposta, fazendo com que a “âncora” do oponente seja afetada⁶.

Concretamente, algumas situações podem sugerir ser preferível ancorar a aguardar a proposta da outra parte. Normalmente essas situações estão relacionadas a algum desnivelamento de informação entre os negociadores. As mais comuns são relativas ao tempo do negócio ou ao impacto do decurso do tempo nas expectativas conhecidas por cada um e à própria amplitude da ZOPA. Quanto mais ampla a ZOPA, maior a probabilidade de que a âncora atraia o preço final para perto de si.

Erro comum em negociações é “ancorar ou reagir à âncora antes de ter aprendido tudo o que foi possível sobre os interesses e as necessidades do outro lado”⁷. Não é por outra razão que Lax e Sebenius sugerem que “a decisão de fazer a primeira oferta dependeria em parte do quanto de informação se tem sobre o valor de reserva da outra parte. Caso se tenha boas informações, faz sentido que se faça a primeira proposta para ancorar expectativas”⁸.

5 “Aliás, de preferência deixe que o outro apresente sua ‘âncora’”, é o que sugere FIGUEIREDO MOURAO. op. cit., p. 89.

6 MNOOKIN, Robert H., PEPPEY, Scott R. e TULUMELLO, Andrew S. *Beyond Winning: negotiating to create value in deals and disputes*. 2. ed. Harvard University Press, 2000. p. 24.

7 Alessandra Gomes do N. Silva, Sérgio de Freitas Costa, José Guilherme H. Lima, Richard Marc Burbridge. *Gestão de Negociação: Como se conseguir o que se quer sem ceder o que não se deve*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. p. 57.

8 LAX and SEBENIUS. The Manager as Negotiator, p. 132/133, *apud* Robert H. Mnookin,

Uma vez colocada na mesa a primeira proposta, a atenção se volta à resposta a ela. Tão importante quanto saber fazer uma proposta é saber reagir a uma proposta. Em geral, sem a preparação adequada, nossa reação a qualquer provocação tende a ser impensada: os “seres humanos são máquinas de reação. A coisa mais natural a fazer quando nos confrontamos com uma situação difícil é reagir: reagir sem pensar”⁹.

William Ury aponta as três reações mais comuns num processo de negociação, todas elas nocivas ao seu andamento: o revide, a concessão e a ruptura.

O revide consiste, basicamente, na lei de talião; olho por olho, dente por dente:

Ocasionalmente, isso mostrará a ele que você também sabe jogar o jogo dele e fará com que ele pare. Na maioria das vezes, entretanto, essa estratégia o levará a um confronto inútil e lhe custará caro. Você dará a seu oponente uma justificativa para o comportamento insensato dele¹⁰.

Outra reação também comum, embora em sentido contrário ao ato de revidar, é a de ceder. Essa reação pode ser motivada por estratégias duras de negociação, que abordaremos adiante, ou simplesmente pelo fato de recebermos uma primeira proposta melhor do que era esperado, precipitando a aceitação de uma oferta sem que a ZOPA fosse explorada adequadamente.

Por fim, a terceira reação comum apontada por Ury é a de ruptura. Ela decorre, em regra, de uma má compreensão ou uma conclusão açodada sobre o comportamento alheio. Opta-se por abandonar o processo.

Todas as reações indicadas podem ter resultados positivos. Entretanto, o risco e o custo dessas reações podem – e normalmente o são – bastante altos. Qualquer que seja a reação, ela tende a retirar do negociador a sua objetividade, afastando-o, portanto, dos seus

Scott R. Peppet, Andrew S. Tulumello. *Beyond Winning: negotiating to create value in deals and disputes*. 2. ed. Harvard University Press, 2000. p. 326.

9 URY, William. *Supere o não: negociando com pessoas difíceis: como fechar grandes negócios transformando seu oponente em parceiro*. 7. ed. Tradução: Regina Amarante. Rio de Janeiro: BestSeller, 2012, p. 20.

10 URY, William. op. cit., p. 21.

interesses. Fazer o oponente perder a objetividade pode ser uma grande arma nas mãos do oponente: “grande parte do poder de seu oponente está na habilidade de fazer com que você reaja”.¹¹

Diversas estratégias podem ser empregadas para se desestabilizar a outra parte: obstruções, que consistem em recusar-se a ceder; ataques, que buscam forçar o oponente a ceder por intimidação; e truques, que tentam confundir ou enganar o oponente na busca por concessões. Mnookin¹² aponta algumas táticas comumente empregadas por jogadores difíceis de forma que o negociador habilidoso possa identificá-las e anulá-las, tirando a negociação do campo de batalha e transportando-a para o campo da negociação colaborativa:

1. Pedidos altos seguidos de pequenas concessões;
2. Compromissos sobre procedimentos que limitam a liberdade de atuação;
3. Apresentar a proposta como inegociável (pegar ou largar);
4. Buscar nova proposta sem contrapartidas;
5. Forçar propostas até obter sinais claros de que os limites foram atingidos;
6. Pressão psicológica, buscando enfraquecer ou abalar a confiança do negociador;
7. Blefes, apresentando informações falsas ou distorcidas de forma a influenciar na percepção do oponente sobre a zona de possível acordo;
8. Ameaças quanto ao não atendimento a determinadas demandas;
9. Depreciar as alternativas da outra parte; e
10. Jogo de equipe, fazendo com que um ator agressivo faça com que uma proposta de outro ator se mostre mais atrativa do que realmente é.

Essas táticas e esses erros podem levar a um encerramento precoce da fase distributiva, caminhando-se apressadamente para a fase de fechamento da negociação, com prejuízo para os interesses defendidos. Por isso, conhecer seu perfil de reação é fundamental para o bom negociador. Só assim se estará preparado a responder às

¹¹ URY, William. op. cit., p. 24.

¹² Robert H. Mnookin, Scott R. Peppet, Andrew S. Tulumello. *Beyond Winning: negotiating to create value in deals and disputes*. 2. ed. Harvard University Press, 2000. p. 24 e 211.

provocações em uma mesa de negociação sem perder o foco dos interesses de seu cliente e dos seus próprios interesses. Conhecendo seus pontos fracos, o negociador “saberá mais facilmente quando seu oponente estiver tocando neles, o que lhe possibilitará controlar sua reação natural”¹³.

Algumas dicas são frequentemente apresentadas para essa fase do processo: ouvir atentamente ao que é dito pelos outros negociadores, demonstrar empatia, mostrando-se capaz de compreender os interesses da outra parte, não deixar dúvidas em aberto, confirmar aquilo que está sendo proposto, evitar o uso de palavras ou expressões com carga negativa, ser claro ao expor seus interesses, não negociar consigo mesmo (demandar algo em troca de qualquer concessão de sua parte), e ter atenção ao *deadline* do processo.

Embora todas sejam de grande relevância no processo de negociação, a mais importante das lições é aprender a **não reagir**: “Se a má notícia é que você contribui para o círculo vicioso da ação e reação, a boa notícia é que você tem o poder de romper o ciclo em qualquer momento unilateralmente. Como? Não reagindo.” É preciso “subir à galeria”¹⁴: recuar e analisar a situação de maneira objetiva, ganhar tempo para pensar e, só então, responder.

As negociações baseadas em interesses, como propõe a Escola de Harvard, tem como importante elemento da negociação a legitimidade da proposta. É importante para o sucesso da negociação – e, em especial, do relacionamento que nela se estabelece - que as propostas sejam feitas com base em critérios legítimos, calcadas em raciocínios razoáveis e compreensíveis pelos envolvidos.

Nessa etapa, o papel dos advogados tem especial relevo. O conhecimento sobre as leis e a jurisprudência é importante fonte de parâmetro sobre os quais poderá ser fundada uma proposta, e também servem à desconstrução de propostas fundadas em critérios ilegais.

A legitimidade da proposta facilita a sua aceitação, além de impactar nas etapas subsequentes do processo de negociação: o

13 URY, William. op. cit., p. 34.

14 Na apresentação à sua obra, Ury atribui ao seu colega de Harvard, Ronaldo Heifetz, a expressão “subir à galeria”, usando-a como “metáfora da atitude de se dar um passo atrás para se ter uma melhor perspectiva”. URY, William. op. cit., p. 10.

fechamento e a reconstrução. Se as opções não forem legítimas e justas “poderá haver recusa da opção ou revogação do acordado após a aceitação”, além do dano que pode ser causado ao relacionamento, na medida em que “ninguém gosta de ter a sensação de que saiu lesado numa negociação”¹⁵.

Cabe, portanto, ao bom negociador, encontrar critérios objetivos que deem legitimidade à sua proposta. **Táticas agressivas, como aquelas acima anteriormente, podem levar à perda de credibilidade do negociador:**

A vida não é um jogo de pôquer ou truco. Se for blefar, ainda que com vantagem, considere o efeito dessa sua atitude no longo prazo tanto sobre o relacionamento quanto sobre negociações futuras com o mesmo indivíduo ou com pessoas ligadas a ele. A credibilidade é um patrimônio valioso do negociador profissional¹⁶.

Algumas vezes, no entanto, o resultado de um processo de negociação não será necessariamente a realização do acordo. Haverá situações em que será necessário reconhecer que a alternativa, a MASA é, de fato, melhor do que aquilo que lhe foi apresentado, daquilo que está sobre a mesa. Deepak Malhotra, professor da *Harvard Business School*, já apontou que “algumas vezes a parte mais difícil da negociação é saber quando abandoná-la”¹⁷. O processo de negociação, em si, já demanda em regra tempo e esforço, além de eventualmente levar à perda de outras possibilidades.”¹⁸

Entretanto, a partir do momento em que os dois lados apresentam propostas que se situam dentro da ZOPA, pode-se assumir que ambos os negociadores já encontraram propostas mais atrativas do que suas melhores alternativas.

Oferecidas opções aos negociadores, é chegada a hora do sim, da conclusão da negociação.

15 FIGUEIREDO MOURAO, Alessandra Nascimento Silva e. op. cit., p. 45.

16 Alessandra Gomes do N. Silva, Sérgio de Freitas Costa, José Guilherme H. Lima, Richard Marc Burbridge. *Gestão de Negociação: Como se conseguir o que se quer sem ceder o que não se deve*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 57.

17 *Accept or Reject? Sometimes the Hardest Part of Negotiation Is Knowing When to Walk Away*. Negotiation Newsletter, 2004. Program on Negotiation. Harvard Law School.

18 URY, William. op. cit., p. 29.

Fechamento

No fechamento da negociação o que se busca é transformar todo o esforço empregado na preparação, na criação e identificação de valores e interesses, e na distribuição daquilo que foi construído, em um compromisso. Espera-se – isso tem forte impacto na consolidação de relacionamentos – que o acordo tenha sido minimamente satisfatório para os dois lados e, fundamentalmente, que ele seja exequível. Por melhor que possa parecer um acordo, ele somente será bom, de verdade, se for implementado.

A primeira dificuldade que se coloca nessa fase é identificar o momento adequado de se fechar uma negociação. **É a hora de controlar a ansiedade pela conclusão da negociação para não deixar valores na mesa ou, o que seria inda pior, colocar tudo a perder.**

Assim como em relação à decisão de ser fazer a primeira proposta, não há uma regra que defina, com precisão, o momento de fechar uma negociação:

Não existe uma regra universal para decidir quando está na hora de fechar. (...) Se sentir que o outro lado já esgotou seu limite de concessões, ou que se esvaiu seu limite de tempo, é melhor encerrar as negociações do que arriscar um rompimento do processo¹⁹.

Os advogados, em especial, devem ter atenção adicional a essa etapa do processo, de forma que não deixem a ansiedade pela formalização de compromissos atropelar uma negociação que poderia gerar maiores ganhos.

Outro risco que deve ser bem ponderado, e que confere aos advogados posição peculiar em um processo de negociação, é a avaliação da litigância judicial como alternativa à não celebração de um acordo. Normalmente “o cliente não tem conhecimento técnico suficiente para avaliar suas alternativas ao acordo”, de forma que “não tem como saber se o acordo é melhor que suas chances no Judiciário”²⁰.

19 Alessandra Gomes do N. Silva, Sérgio de Freitas Costa, José Guilherme H. Lima, Richard Marc Burbridge. *Gestão de Negociação: Como se conseguir o que se quer sem ceder o que não se deve*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. p. 98.

20 FIGUEIREDO MOURAO, Alessandra Nascimento Silva e. op. cit., p. 73.

Essa assimetria de informações pode ser também foco de tensão entre negociador e representado.

Quando houver dificuldades em se obter o fechamento e houver tempo suficiente, pode-se adiar a fase de forma que se possa analisar com mais calma tudo o que foi colocado durante o processo. É importante verificar se o impasse não está calcado em *posições*, trazendo novamente à tona os verdadeiros interesses eventualmente esquecidos.

Em alguns casos, o oponente se mostra exitoso quanto aos benefícios do acordo e o fechamento do acordo depende da construção de uma ponte dourada sobre o abismo:

Envolve-o no processo, incorporando as ideias dele. Procure identificar e satisfazer os interesses dele, principalmente suas necessidades humanas básicas. [...] Em resumo, torne mais fácil para ele dizer sim construindo-lhe uma ponte dourada²¹.

Algumas perguntas podem orientar a avaliação sobre quanto a estarmos diante de um bom acordo: Por quê? O quê? Quanto? Quem? Como? Onde? Quando? ²² O objetivo de tais perguntas é assegurar-se que o compromisso está bem estruturado, ou seja, se mostra ao mesmo tempo “exequível, exigível, prático e duradouro”²³.

A implementação dos acordos tem sido objeto de especial atenção nos estudos mais modernos sobre negociação. Esses estudos têm procurado trazer a preocupação com a implementação dos acordos não apenas para a fase de sua conclusão, como uma abordagem mais tradicional, mas como uma forma de se encarar todo o processo de negociação, desde seu início.

Essa postura de negociação focada no cumprimento do acordo sugere ao negociador uma postura ainda mais ativa no processo de negociação. Ele se coloca como responsável por situações típicas da parte contrária, mas que, por implicarem em risco à própria implementação do acordo, passam a ser enxergadas também como

21 URY, William. op. cit., p. 149.

22 Alessandra Gomes do N. Silva, Sérgio de Freitas Costa, José Guilherme H. Lima, Richard Marc Burbridge. *Gestão de Negociação: Como se conseguir o que se quer sem ceder o que não se deve*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. p. 99.

23 FIGUEIREDO MOURAO, Alessandra Nascimento Silva e. op. cit., p. 75.

sua responsabilidade²⁴. Aliás, a preocupação com a implementação dos atos jurídicos se reflete também na consolidação da vocação da Advocacia Pública, em especial no que se refere ao seu viés preventivo e consultivo²⁵, focado na implementação de políticas públicas. Em última análise, as duas principais preocupações que os negociadores devem ter em mente ao buscar compromissos são minimizar os riscos e criar procedimentos de solução de controvérsias²⁶.

Considerando a farta legislação brasileira sobre obrigações e contratos, bem como sobre as limitações dirigidas às contratações da administração pública, esse papel pode influenciar definitivamente na própria efetividade dos contratos e das políticas públicas, e está intimamente relacionada com a eficiência da atuação da administração.

Reconstrução

O processo de negociação é desgastante. Um relacionamento abalado implica em riscos ao adimplemento do acordado. Além de preservar o cumprimento do acordo, manter um bom relacionamento pode ter implicações em negociações futuras. Negociadores possivelmente se encontrarão novamente e as corporações possivelmente tornarão a negociar entre si. Por isso, um acordo não é apenas um negócio, e o processo não se encerra com a assinatura do contrato. É preciso reconstruir o relacionamento que se desgastou ao longo do processo:

Ainda que celebrado o negócio jurídico, esteja pronto para resgatar sua reputação e preparar-se para eventual encontro futuro com as mesmas partes. O mundo é pequeno e, com a globalização está cada vez menor. Ninguém pode afirmar que jamais voltará a ter seu caminho cruzado por aquele com que acabou de negociar. Talvez em posição mais vantajosa, talvez

24 ERTEL, Danny. *Getting Past Yes: Negotiating as if Implementation Mattered*. Consulta em 26.12.2014, em: <<https://hbr.org/2004/11/getting-past-yes-negotiating-as-if-implementation-mattered>>.

25 Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia-Geral da União, disponível em 26.12.2014 no endereço: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/153380>: “Na análise dos processos administrativos submetidos ao Órgão Consultivo, o Advogado Público deve apreciar a viabilidade jurídica do ato proposto pelo gestor público, indicando a alternativa jurídica adequada, caso exista, quando não houver amparo jurídico para o ato proposto.”

26 Ury, William. op. cit., p. 138/139.

em posição bem desvantajosa.²⁷

Ações simples podem contribuir para a consolidação de bons relacionamentos e pavimentar o caminho para negociações futuras: elogiar, oferecer ao oponente um discurso vencedor, afirmar a legitimidade do acordo e oferecer um brinde são atitudes indicadas²⁸.

No campo de batalha, a vitória é o grande objetivo. Numa negociação, o que se busca é a satisfação de todos os envolvidos.

Referências

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Manual de boas práticas consultivas*. Brasília: AGU, 2014.

ERTEL, Danny. *Getting Past Yes: negotiating as if implementation mattered*. Consulta em 26/12/2014. Acesso em: <<https://hbr.org/2004/11/getting-past-yes-negotiating-as-if-implementation-mattered>>.

HARVARD Law School. *Program on Negotiation*. Accept or Reject? Sometimes the hardest part of negotiation is knowing when to walk away. Negotiation Newsletter, 2004.

MNOOKIN, Robert H.; PEPPEY, Scott R.; TULUMELLO, Andrew S. *Beyond Winning: negotiating to create value in deals and disputes*. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

MOURAO, Alessandra Nascimento Silva Figueiredo. *Técnicas de Negociação para advogados*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, Alessandra Gomes do N.; COSTA, Sérgio de Freitas; LIMA, José Guilherme H.; BURBRIDGE, Richard Marc. *Gestão de Negociação: como se conseguir o que se quer sem ceder o que não se deve*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

URY, William. *Supere o não: negociando com pessoas difíceis: como fechar grandes negócios transformando seu oponente em parceiro*. Tradução de Regina Amarante. 7. ed. Rio de Janeiro: BestSeller, 2012.

27 FIGUEIREDO MOURAO, op. cit., p. 91.

28 Alessandra Gomes do N. Silva, Sérgio de Freitas Costa, José Guilherme H. Lima, Richard Marc Burbidge. *Gestão de Negociação: Como se conseguir o que se quer sem ceder o que não se deve*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. p. 101.

6 O PAPEL DA EMOÇÃO NA NEGOCIAÇÃO

Muitas vezes, em uma situação de conflito, agimos reativamente e adotamos uma postura em relação a qual necessitamos de apenas alguns minutos para nos arrependermos. Isso gera sentimentos de frustração e desentendimentos, em picos de confronto de nossa razão com nossa emoção. Esses desentendimentos apenas aumentam e, sob um ponto de vista, impessoalizam os conflitos, como se não fossem todas as partes envolvidas “pessoas”, todas com a mesma dificuldade de se colocar no lugar do outro e de agir de forma mais racional e que permita atos mais inteligentes emocionalmente.

Com o intuito de buscar formas de analisar e melhor entender o papel da emoção no processo de negociação que pesquisadores de Harvard desenvolveram estudos buscando meios não apenas de melhor avaliar sua atuação nas negociações, como, também, de utilizá-la com o intuito de viabilizar a compreensão das próprias reações e as da outra parte, permitindo a continuidade do processo de acordo.

Em geral, podemos afirmar que todos concordam com o papel essencial das emoções na negociação. Elas podem ser utilizadas de forma produtiva, alavancando um acordo difícil, assim como podem terminar prematuramente com uma conversa.

No entanto, compreender as emoções, próprias e alheias, para bem se inteirar do que está ocorrendo e tentar conduzir o acordo ao seu objetivo não é tarefa fácil, até porque, como não poderia deixar de ser, entramos em qualquer mesa de negociação com nossos julgamentos e nossas ideias pré-concebidas. Muitas vezes sequer nos preocupamos em tentar entender a emoção e os interesses reais da outra parte.

Conforme exposto por Roger Fisher e Daniel Shapiro, negociação é mais do que argumentação racional. Seres humanos não são computadores. Suas emoções estarão lá. Do mesmo modo que a emoção dos outros também.¹

1 FISHER, Roger; SHAPIRO, Daniel. *Além da razão: a força da emoção na solução de conflitos*. Tradução de Arão Shapiro. Rio de Janeiro: Imago, 2009, p. 12.

A percepção do que está ocorrendo tem o condão de evitar não apenas que uma conversa seja encerrada de forma prematura, o que poderá trazer prejuízos para todos, como, também, permitir a criação de alternativas para ambas as partes, o que pode significar em aumento da ZOPA – zona de possível acordo, e melhores alternativas para o deslinde da controvérsia.

O controle emocional, ou ao menos trabalhar formas de buscar compreender o que está ocorrendo, permitirá que a negociação tenha como foco os interesses das partes, e não suas posições, deixando-se de lado a barganha posicional. Além disso, possibilitará a separação das pessoas do problema. Conforme exposto por Roger Fisher e William Ury:

Em uma negociação, particularmente em uma amarga disputa, os sentimentos poderão ser mais importantes que a conversa. As partes poderão estar mais dispostos a brigar do que a trabalhar cooperativamente em prol de uma solução para um problema comum. As pessoas normalmente chegam a uma negociação se sentindo ameaçadas e conscientes de que há muito em jogo. Emoções de um lado induzirão emoções no outro. O medo poderá gerar raiva e a raiva, medo. As emoções poderão levar rapidamente a negociação a um impasse ou ao seu fim.²

Desse modo, assim como nos demais momentos da vida, não há como separar as emoções do processo de negociação e, “por não podermos isolar o pensamento da emoção, estamos sujeitos a disparos de gatilhos emocionais, que transformam o diálogo em conflito”³.

Se não prestarmos atenção às nossas emoções, ainda mais em momentos de tensão, elas acabarão atrapalhando a comunicação e trazendo ainda mais prejuízos e, com isso, ainda mais raiva e frustração. O problema é que em muitas situações nossas emoções acabam se confundindo com o próprio problema, impedindo qualquer diálogo produtivo e que o que é realmente importante seja avaliado.

Algumas vezes, o problema reside em não conseguirmos demonstrar de forma clara e apropriada nossos sentimentos, bem

2 FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*. Tradução de Ricardo Vasques Vieira. Rio de Janeiro: Solomon, 2014. p. 69.

3 BURBRIDGE, R. Marc et. al. *Gestão de negociação: como conseguir o que se quer sem ceder o que não se deve*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 122.

como identificar os da outra parte. Por sua vez, em outras situações, as complicações decorrem do excesso de expressão das emoções e da falta de autocontrole dos atos. Mas não é nada fácil lidar com nossas emoções e identificar o que está ocorrendo, para bem trabalhar a situação.

Nas palavras de Patton, Stone e Heen, “antes de sabermos onde podemos chegar, precisamos saber onde estamos. Quando chega a hora de compreender nossas emoções, estamos perdidos”.⁴ Assim, no entendimento dos mesmos autores, temos de aceitar que os sentimentos são normais e naturais, que boas pessoas podem ter sentimentos ruins, bem como que nossos sentimentos são tão importantes quanto os dos outros.

Temos de tentar nos desvencilhar dos rótulos preestabelecidos e de nossos constantes julgamentos e acusações. Porque assim estaremos abertos para negociar com nossas próprias emoções, evitando tanto as explosões desnecessárias quanto a desconsideração de emoções importantes, tanto próprias, quanto da outra parte.

Segundo William Ury, quando confrontados com situações difíceis, costumamos agir de forma impulsiva e imediata, em especial com três tipos de reações.⁵

A primeira delas é, ao ser atacado, contra-atacar, o que torna aquele já difícil início ainda mais conturbado, o que pode, inclusive, trazer problemas para a manutenção de uma relação futura. Muitas vezes o ataque é proposital, com o intuito de desestabilizar e buscar o contra-ataque, em especial quando a outra parte cria situações difíceis exatamente para atrapalhar o ambiente de negociação, jogando de forma suja e desrespeitosa.

Outra atitude comum é desistir e ceder à pressão. Ao ser confrontado pela outra parte, desistimos e concedemos de forma fácil o que ela pretende. Muitas vezes a desistência é decorrência de algum ato de intimidação em relação ao qual não conseguimos lidar de forma adequada, importando em concessões imediatas. Contudo,

4 STONE, Douglas; PATTON, Bruce; HEEN, Sheila. *Conversas difíceis*: como argumentar sobre questões importantes. Tradução de Soeli Araújo Ferraresi. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 87.

5 Os próximos parágrafos desta página e da próxima foram baseados em URY, William. *Getting past no: negotiating your way from confrontation to cooperation*. Nova York: Bantam, 1993. p. 32-39.

usualmente o ato seguinte é de arrependimento por um negócio fechado de forma inapropriada. Quando somos a parte que desiste, que entrega, o sentimento é de frustração. Quando somos quem efetua a pressão, acabamos por, novamente, trazer problemas na manutenção desse relacionamento, pois no futuro, de forma natural, a parte que saiu prejudicada anteriormente poderá inclusive se negar a participar de nova negociação.

Por fim, a terceira delas é romper a relação. Muitas vezes desistir ou romper a relação pode mostrar à outra parte que não foi razoável. No entanto, o custo pode ser alto para todos, pela impossibilidade de retorno ao *status quo* inicial.

Assim, na tentativa de superar as dificuldades o ideal é lidar com as emoções e buscar formas de tornar mais fácil para a outra parte aderir ao processo de negociação, construir uma *ponte de ouro* (*the golden bridge*)⁶ que facilite o engajamento de todos na negociação. Ajudar a outra pessoa a dizer sim não apenas ao acordo, mas ao processo de negociação e à busca de mais opções que tornem aquele acordo mais adequado para todos.

Mas isso apenas será possível se aprendermos a lidar com nossas emoções de forma que tenhamos a capacidade de identificar o que está ocorrendo.

Para isso, criou William Ury a metáfora de “ir à varanda”⁷, ou seja, parar momentaneamente o processo de negociação de forma que se possa dar um passo atrás e analisar mais objetivamente a situação posta, buscando alternativas para superar o impasse se distanciando dos impulsos naturais e automáticos.

Por isso, parar um pouco o processo e “ir à varanda” permite não apenas que atentemos para nossas emoções como, também, que tenhamos tempo de identificar a tática que está sendo usada pela outra parte, com o intuito de tentar superá-la.

O que se pretende não é eliminar os sentimentos, até porque isso é impossível. A ideia é apenas impedir a atuação automatizada que

6 URY, William. *Getting past no: negotiating your way from confrontation to cooperation*. Nova York: Bantam, 1993. p. 110.

7 “*go to the balcony*” é a expressão utilizada em inglês.

costumamos ter em determinados momentos, desconectar a emoção da ação imediata, suspendendo os impulsos. Buscar uma atuação mais fria e calculada que permita a busca de opções para ambos os lados.

“Ir à varanda” não é nada mais do que buscar um tempo para pensar de forma um pouco mais distante do problema posto, identificando a atuação da outra parte. Isso pode ser feito com uma ida ao banheiro, um telefonema ou apenas pela repetição das palavras da outra parte. O importante é não tomar de forma imediata uma decisão importante sem refletir, por estar mais interessado em contra-atacar, desistir ou acabar com uma relação que pode dificultar acordos futuros.⁸

As emoções podem ser positivas ou negativas, podendo servir, no último caso, como obstáculos nas negociações, ao desviar a atenção de assuntos importantes, desgastar um relacionamento cuja manutenção pode ser importante no futuro e, por fim, podem ser usadas como fonte de exploração pessoal. No entanto, as positivas podem auxiliar “a obter nossos propósitos na negociação, achando saídas criativas para satisfazer nossos interesses ou para melhorar um relacionamento pedregoso.”⁹

6.1 Os interesses centrais e o papel da emoção¹⁰

O fato é que não é possível se distanciar das emoções ou ignorá-las. Mesmo lidar com as emoções não é um processo fácil para a maioria. Conscientes ou não as emoções sempre impactarão nas negociações e, por isso, o ideal é dar atenção ao que está gerando as emoções.

Para tanto, defendem Roger Fisher e Daniel Shapiro que devemos atentar para cinco interesses centrais que estimulam, positiva ou negativamente, as emoções que afloram em uma negociação: a apreciação, a afiliação, a autonomia, o *status* e o papel. Ao lidar com esses interesses, pode-se buscar formas de estimular emoções positivas tanto em você quanto na outra parte.¹¹

8 URY, 1993, p. 45-49.

9 FISHER; SHAPIRO, 2009, p. 12.

10 Subcapítulo baseado no livro de FISHER; SHAPIRO, 2009. Sempre que utilizada outra fonte, será indicada de forma específica.

11 FISHER; SHAPIRO, 2009, p. 23.

Também podem servir como uma lente para enxergar uma situação mais difícil. Isso pode ocorrer na fase de preparação da negociação, momento em que as áreas mais sensíveis da outra parte podem ser detectadas e em que pode ser avaliada a forma como se dará a abordagem na negociação. Ainda, pode auxiliar a condução da negociação propriamente dita, bem como na reavaliação das posturas já adotadas. Quando a outra parte, por exemplo, deixa o recinto, pode avaliar o que ocorreu até aquele instante em termos emocionais e o que pode ser efetuado para alterar eventual momento mais problemático.

O quadro abaixo sintetiza a relação dos interesses centrais em uma negociação:¹²

Figura 1 – Relações dos Interesses Centrais em uma Negociação

Interesses Centrais	Os interesses centrais são ignorados quando...	Os interesses centrais são considerados quando...
Apreciação	Seus pensamentos, sentimentos ou ações são desvalorizados	Seus pensamentos, sentimentos ou ações têm seu mérito reconhecido
Afiliação	Você é tratado como um adversário e mantido à distância	Você é tratado como um colega
Autonomia	Sua liberdade de tomar decisões é usurpada	Outros respeitam sua liberdade para decidir sobre assuntos importantes
Status	Sua relativa posição é tratada como inferior comparada com a dos outros	Sua posição é plenamente reconhecida
Papel	É seu entendimento que seu papel e suas atividades na negociação não estão realizando você	É seu entendimento que seu papel e suas atividades estão realizando você

Fonte: FISHER; SHAPIRO, 2009, p. 25.

A **apreciação** tem um papel fundamental entre os elementos e para bem cumpri-la é necessário o estabelecimento de três pontos.¹³

O primeiro deles é a necessidade de entender o ponto de vista de cada um dos envolvidos, tentar entender a forma como a outra parte

¹² FISHER; SHAPIRO, op. cit., p. 25.

¹³ Ibid., p. 36.

visualiza o problema. Isso importa tanto em colocar-se no lugar da outra parte quanto a estar apto a ouvir o que tem a dizer.

Ainda, necessário reconhecer a existência de mérito nas ações e emoções da outra parte, mesmo que discorde com suas ponderações. Ao efetivamente ver o mérito nas ações do outro, o negociador terá condições de atuar de forma sincera e demonstrar que entende, ou ao menos busca compreender, os sentimentos e atos da outra parte. Conforme Fisher e Shapiro, ao invés de lutar para tentar identificar o mérito do que dizem ou fazem, o ideal é concentrar-se na experiência emocional vivida pela outra parte, considerando os interesses centrais que motivariam suas emoções.¹⁴

Por fim, para cumprir o interesse da apreciação, é necessária a manifestação dessa compreensão por meio de ações e palavras, comunicando o seu entendimento. O negociador deve trabalhar para comprovar a outra parte que efetivamente ouviu e entendeu seu problema de forma honesta e sem exageros.

Apreciar, valorizar o ponto de vista da outra parte não significa ceder nem concordar com o que ela expõe. Apenas deixa claro que compreende a situação e abre as portas para que o outro lado também assim aja.

Mas, além de apreciar os outros, é importante usar meios de ajudá-los a apreciarem você, entendendo o seu ponto de vista. Para isso, pode-se pedir um tempo para falar e tentar fazer com que a outra parte reflita sobre o argumento apresentado. Uma forma de troca de papéis. Por exemplo, o negociador pode questionar: “eu não estou certo se fui tão claro quanto poderia sobre minha perspectiva. Por que você acha que eu considero que meu próprio ponto de vista desses assuntos é importante e persuasivo?”¹⁵

Expor os pontos mais importantes e questionar se realmente a outra parte entendeu sua posição, mesmo que ela com eles não concorde, promove o maior debate e permite melhor identificação dos interesses.

14 FISHER; SHAPIRO, 2009, p. 38.

15 Ibid., p. 43.

Já a **afiliação** é não tratar o outro de forma antagônica, tal como usualmente ocorre nos processos de negociação. Ela implica em se buscar meios de enfrentar as diferenças de forma conjunta, de modo a alcançar o objetivo com menor perda de tempo e recursos. Nas palavras de Fisher e Shapiro,

O termo afiliação vem do verbo latino *affiliate*, que quer dizer “adotar ou receber na família”. Como um interesse central, a afiliação descreve nosso senso de conectividade com as outras pessoas. É o espaço emocional entre nós e eles. Se nos sentimos afiliados a uma pessoa ou grupo, nos sentimos “próximos”, e nessa condição fica mais fácil trabalhar em grupo.¹⁶

A empatia formada certamente facilitará a conversa e possibilitará uma preocupação de cada uma das partes com o outro.

Para isso devem ser construídas conexões estruturais e pessoais. As estruturais consistem em buscar ligações com a outra parte. Pequenas ocorrências podem auxiliar na criação da afiliação, muitas vezes sem qualquer ligação com o objeto do acordo propriamente dito. Assim, importante que sejam criadas novas ligações e, mesmo inexistente qualquer ligação prévia, que sejam construídas no processo de negociação.

Formas de construir esse vínculo é tratar a outra parte como colega. Para isso pode-se tornar o ambiente um pouco menos formal, tentar sentar lado a lado (aliás, essa é uma das razões de se evitar atualmente o uso de mesas retangulares e priorizar as redondas, para que todos fiquem em uma mesma posição), referir a importância dos interesses da outra parte, evitar dominar a conversação, bem como enfatizar a natureza compartilhada da tarefa, qual seja, a forma de se chegar a um acordo viável.

Além disso, deve-se atentar para não excluir, mesmo que de forma não proposital, partes que participam da discussão, de forma a não criar embaraços por alguém que se sentiu deixado de lado. Manter a conversação planejando as atividades em conjunto e buscar atuar de forma integrativa podem evitar futuros embaraços, inclusive os criados de forma proposital pela outra parte.

¹⁶ FISHER; SHAPIRO, op. cit., p. 58.

Já no caso da conexão pessoal, o desafio é reduzir a distância emocional entre os negociadores, mas sem ultrapassar uma linha imaginária que pode tornar desconfortável a situação, sem ultrapassar as fronteiras pessoais da outra parte. Uma metáfora utilizada por Fisher e Shapiro muito bem evidencia o que se busca, ao exporem os autores que “a distância emocional ideal entre dois negociadores pode ser comparada à distância física entre dois porcos espinhos tentando se manter aquecidos em uma noite gelada. Eles se enroscam, mas não tão próximos, de modo a não serem espetados por seus espinhos.”¹⁷

Por isso, quatro são as táticas indicadas para criar essa conexão. A primeira delas, em especial no início da negociação, consiste em buscar encontrar-se pessoalmente, evitando o uso de telefone e internet. Criado esse contato inicial, ficará mais fácil o prosseguimento das conversas por outros meios. Além disso, também é importante discutir pontos que lhe preocupam, que são pessoalmente importantes, dar espaço efetivo para a aproximação, bem como manter contato.

Contudo, a própria afiliação pode ser usada pela outra parte como pressão à realização do acordo. No entanto, promover a afiliação e buscar o melhor relacionamento com a outra parte demanda cuidados para não ser manipulado. Por isso, importante não perder o foco crítico no processo, avaliando de forma racional, não se deixando ceder por pressões sociais na realização do acordo. Nesses momentos, a verificação de sua MASA – Melhor Alternativa Sem Acordo, e o respeito a sua intuição podem auxiliar na melhora da qualidade de sua decisão.

Outro interesse importante a ser desenvolvido é a **autonomia**, que é a vontade que todos têm de verem suas decisões respeitadas. Ao trabalhar a autonomia, é importante atentar tanto para o aumento da própria, quanto o cuidado para não invadir o interesse alheio. Isso porque o poder da autonomia está diretamente ligado à nossa capacidade de influenciar decisões. Mesmo que não tenhamos o poder para a decisão final, podemos buscar formas de ampliá-la, por meio de sugestões, recomendações, assim como a criação de opções em sessões de *brainstorm*, que podem ser realizadas com colegas.

17 FISHER; SHAPIRO, 2009, p. 65.

Por sua vez, o excesso de autonomia pode gerar dificuldades pelas inúmeras decisões que devem ser tomadas. Nesse caso, o importante é objetivar de forma a decidir quem deve participar, explorar os interesses envolvidos, inventar opções sem se comprometer (mesmo tendo autonomia para tanto), depurar as opções e então decidir o que fazer com as idéias.

Ainda, importante não invadir a autonomia alheia, o que pode criar um ambiente inapropriado para a continuidade das conversações. O conselho dado por Fisher e Shapiro no ponto é, na sigla em inglês, *ACBD – Always Consult Before Deciding*¹⁸, ou seja, sempre consultar a outra parte antes de decidir, pois a consulta anterior gera importantes benefícios para a negociação: “o outro se sente incluído no processo de decisão, você pode aprender algo perguntando primeiro e você ainda mantém o poder de voto. Ao consultar o outro, não se passa o poder de decidir, mas de receber uma sugestão ou conselho.”¹⁹

No entanto, conforme exposto pelos mesmos autores, deve-se confrontar a realização de decisões de forma unilateral e o muito tempo gasto com consultas, o que pode inviabilizar o processo. Por isso, alguns defendem que o mais apropriado seria *CCBD – Consider Consult Before Deciding*²⁰, ou seja, considere consultar, avalie o caso concreto e a necessidade, pois o excesso de autonomia também pode emperrar as decisões.

Como guia no processo de decisão sugerem os autores mencionados o uso do que chamaram sistema de baldes *INC, informação, consulta e negociação*, com o intuito de buscar esclarecer quais são os limites da própria autonomia quando se atuar em grupo maior de pessoas, diminuindo as chances de invadir a autonomia alheia. Para isso, pode-se definir “quais questões devem ser decididas sozinho? Consultar antes de decidir? Negociar? Respeitando os interesses centrais das pessoas por autonomia, você estimulará as emoções positivas neles e em você.”²¹

18 FISHER; SHAPIRO, 2009, p. 85.

19 *Ibid.*, p. 86.

20 *Ibid.*, p. 86.

21 *Ibid.*, p. 94.

Já o **status** alude à nossa posição em comparação ao outro e pode ser utilizado com o fito de aumentar a autoestima, própria e alheia, e facilitar o processo de decisão. O maior erro no caso, em especial no meio jurídico, é a constante competição por um maior *status*, por posição, incentivando emoções negativas. Dar atenção ao *status* das outras pessoas pode torná-las mais corteses e, ao gerar empatia e melhorar a autoestima da outra parte, influenciar de forma positiva o processo decisório.

Por outro lado, quando se atua com alguém de *status* elevado, ao mesmo tempo em que é importante considerar sua opinião, deve-se tomar cuidado para não ser influenciado indevidamente. O *status* particular deve ser apreciado quando relevante na negociação, devendo avaliar-se se vale a pena ponderar sobre os pontos de vista expostos, não podendo ser esquecido que todos, independentemente da posição, têm algum *status* particular que vale ser ressaltado.

Por fim, o último interesse central é o **papel**. Todos interpretamos papéis a todo instante e, no mais das vezes, nos preocupamos em desempenhá-lo da melhor forma, seja em casa, seja no trabalho. Mas não podemos fugir das inúmeras facetas convencionais que a vida nos impõe e da possibilidade de conflito entre os papéis que desempenhamos. Como exemplo podemos referir as dificuldades quando da maternidade e a manutenção de uma vida profissional atribulada.

O importante é trabalhar as emoções de forma a evitar conflitos desnecessários nos diversos papéis desempenhados, buscando alternativas para melhor gerenciar os conflitos. Para tanto, pode-se moldar o papel desempenhado de forma a torná-lo mais gratificante, bem como assumir papéis temporários que auxiliarão de forma significativa na solução de problemas.

E isso não é diferente no processo de negociação.

Quantas vezes iniciamos uma audiência ou uma reunião com o advogado da outra parte já em posição de quem terá de, a qualquer momento, se defender de um ataque. Com isso, o caminho natural já é entrar atacando.

Podemos utilizar, exemplificativamente, os advogados que representam Sindicatos de servidores. Quem atua no contencioso está tão acostumado a todas as brigas via petição em centenas de processos,

em teses que se repetem e levam anos para serem resolvidas, que quando tem a oportunidade de sentar para buscar a adoção de alguma medida que também trará benefícios para a Fazenda Pública, não se sente à vontade. Pensa nas diversas vezes que aquele escritório atuou de forma que não considera justa ou ética, sempre contra os interesses do erário.

O outro escritório pode chegar da mesma forma e com o mesmo sentimento e acabam todos levando a um conflito desnecessário, que apenas poderá impedir a resolução da questão da melhor forma para todos. No entendimento de Fisher e Shapiro, essa situação acaba gerando armadilhas nas quais caímos facilmente. Isso porque, “assumimos um papel em função do papel adotado pela outra parte. Se o outro se mostra um ferrenho adversário, assim procedemos. Se o outro apresenta demandas, nos demandamos. Se ele nos chama de fraco, nós mostramos nossa força”²².

Desse modo, ao permitirmos que nossas ideias preconcebidas atrapalhem a negociação, bem como que os outros escolham nossos papéis, estamos deixando de lado a ideia de ter um papel gratificante e interessante. Não temos condições de lidar com o momento da forma apropriada, deixando as emoções atuarem de forma que não nos conduzirão para o caminho certo.

Por isso muito importante aceitarmos os papéis temporários ao tempo em que conseguimos identificar a situação que está posta. O molde a um papel temporário necessário para o melhor deslinde da controvérsia possibilitará a identificação dos padrões de comportamento da outra parte, permitindo que se atue, por exemplo, como defensor, ouvinte ou argumentador.

A adoção de um papel não é estanque. Podem ser alterados de acordo com a demanda momentânea, o que pode não ser fácil de ser realizado. Mas no momento que conseguimos adequar nossos papéis, em especial os temporários, estaremos aptos a atuar de forma mais gratificante e incentivar o trabalho em conjunto.

Em suma, focar nos cinco interesses permitirá a criação de um ambiente mais propício à negociação e à tomada de decisões eficazes.

22 FISHER; SHAPIRO, 2009, p. 126.

Ao respeitar a outra parte e trazê-la para o processo são aumentadas as chances de sucesso para todos.

Conforme exposto por Fisher e Shapiro, é importante adotar uma ação construtiva, pois ao invés de apenas se “preocupar em dar nomes às emoções, diagnostique suas causas e pense no que fazer, pois sempre é possível superar emoções negativas com emoções positivas.”²³ Contudo, de qualquer forma, em certos momentos aflorarão fortes emoções negativas, que acabam por dirigir o comportamento da parte, tirando o foco do real interesse no processo.

Os momentos tomados por emoções negativas acabam por tirar o foco da negociação, fazendo com o que a própria emoção seja mais importante do que o acordo, bem como poderão fazer com que se aja de forma que não se perceba as consequências prejudiciais a longo prazo desses atos.

Na medida em que não podemos isolar nossas emoções de nossos atos, podemos trabalhar as informações e, “quanto mais cientes estivermos dessa realidade e nos capacitarmos para reconhecer os gatilhos emocionais, mais poderemos evitá-los e mesmo desarmá-los.”²⁴

Referências

bAZERMAN, Max H.; NEALE, Margaret. *Negociando racionalmente*. Tradução de Darrel Champlin. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BURBRIDGE, R. Marc et. al. *Gestão de negociação: como conseguir o que se quer sem ceder o que não se deve*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FISHER, Roger; SHAPIRO, Daniel. *Além da razão: a força da emoção na solução de conflitos*. Tradução de Arão Shapiro. Rio de Janeiro: Imago, 2009.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*. Tradução de Ricardo Vasques Vieira. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

²³ FISHER; SHAPIRO, 2009, p. 141.

²⁴ BURBRIDGE, R. Marc et. al. *Gestão de negociação: como conseguir o que se quer sem ceder o que não se deve*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 122.

STONE, Douglas; PATTON, Bruce; HEEN, Sheila. *Conversas difíceis: como argumentar sobre questões importantes*. Tradução de Soeli Araújo Ferraresi. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

URY, William. *Getting past no: negotiating your way from confrontation to cooperation*. Nova York: Bantam, 1993.

_____. *O poder do não positivo: como dizer não e ainda chegar ao sim*. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

7 TÉCNICAS DE NEGOCIAÇÃO NO ÂMBITO INSTITUCIONAL

7.1 Introdução

Conforme já ressaltado anteriormente, o sistema de solução de conflitos, pela via judicial, tem se mostrado ineficaz para a solução dos anseios da sociedade, seja em relação à alta taxa de congestionamento, seja em relação à falibilidade do modelo de resolução impositiva dos conflitos.

A presente parte do trabalho procura em determinada medida conciliar as premissas lançadas nos outros capítulos; em outras palavras, procura-se, por intermédio das letras que seguem, desenvolver a temática de forma efetivamente real, sem qualquer conotação que possa parecer utópica, como que possa se, eventualmente, propalar, como a que a “conciliação ou a negociação é solução para os conflitos”, ou que “é sempre melhor um mau acordo do que nenhum acordo”.

A advertência acima é corroborada essencialmente ao se perceber que os mecanismos que incentivam a conciliação, em determinadas culturas, evidenciam um melhor resultado do que no Brasil, tendo em vista a sua respectiva estruturação cultural e legal. Perceba-se que não seria adequado simplesmente se importar uma cultura de conciliação como a desenvolvida nos Estados Unidos, porquanto o sistema de acesso à jurisdição, desse país, propicia um volume menor de solução de conflitos de forma impositiva – comparativamente com o Brasil – essencialmente em razão da fase *pretrial*, inexistente em nosso sistema¹; o direito brasileiro pressupõe um direito subjetivo, relativamente abstrato e presumido do demandante, que prescinde de provas para a propositura, situação totalmente diversa do modelo estadunidense.

Reconhece-se, portanto, que a sociedade brasileira é composta essencialmente por agentes que são litigantes em potencial, como em qualquer sociedade, onde o que vai nortear, a forma de atuação das pessoas, são as estruturas de incentivos dessa mesma sociedade.

1 Para um aprofundamento dessa discussão vide COSTA, H. A. *Pretrial e instrução probatória: a construção das provas*. In: Elias Marques de Medeiros Neto; Ricardo Augusto de Castro Lopes; Olavo de Oliveira Neto. (Org.). *A prova no processo civil: estudos em homenagem a João Batista Lopes*. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2012, v. 1, p. 1-30.

Ressalte-se, neste aspecto, que os custos financeiros do processo para as partes estão inseridos nesse contexto de estrutura de incentivos, conforme já pontuado por Cândido Rangel Dinamarco:

O processo custa dinheiro. [...] A realidade é a necessidade de despendere recursos financeiros, quer para o *exercício da jurisdição* pelo Estado, quer para a *defesa dos interesses das partes* [...].

Seria igualmente discrepante da realidade a instituição de um sistema judiciário inteiramente gratuito para os litigantes, com o Estado exercendo a jurisdição à própria custa, sem repassar sequer parte desse custo aos consumidores do serviço que presta²

Portanto, deve-se levar em consideração que, a depender de como se estabelece o repasse do custeio do sistema judicial para as partes postulantes, pode-se ter um incremento do quantitativo de processos.

Nesse sentido, a doutrina especializada identifica diversas formas de repasse do custo financeiro do processo, como os modelos da *Regra inglês*, *Regra americana*, *Sistema Continental*, *Sistema Marchall*, *Sistema Quayle*, *Pró-queixoso* e *Pró-infrator*³, sendo que o sistema brasileiro atual se assemelha ao da *Regra Inglesa*, tendo em vista que “o perdedor da causa paga os custos do processo de ambas as partes” e na *Regra americana* cada uma das partes assume os respectivos “custos com a litigância”⁴.

Assim, sob essa perspectiva, chega-se à conclusão que as regras processuais do sistema de repasse financeiro do custeio do processo no Brasil induzem ao aumento da litigiosidade, pois:

[...] os sistemas que mais incentivam o queixoso são também aqueles que impõem menores custos globais, e que os sistema introduzem relativa indeterminação no montante de custos das partes, são os sistemas, *a priori*, globalmente menos apelativos (como o *sistema Mathew* ou a *regra inglesa* – neste último

2 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol II. 5 ed São Paulo: Malheiros, 2005, p. 634-5.

3 PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise Económica da Litigância*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 95

4 Idem, p. 83.

caso, se as expectativas de êxito por cada uma das partes forem reduzidas). Comprova-se, assim, *a contrário*, que, com expectativas elevadas do queixoso, existirá um maior incentivo à litigância (meritória ou não) com a *regra inglesa*.⁵

Deve-se ter cautela ao se interpretar a situação da litigiosidade, bem como o de seu incentivo. Com efeito, a litigiosidade não é um mal por si só, porquanto são nos conflitos de interesses que se tem a possibilidade de modificação ou consolidação dos direitos previstos nos sistemas jurídicos. Assim, o simples fato de se ter um maior ou menor quantitativo de conflitos, que devam ser dirimidos pelo sistema judicial, não é nocivo para a sociedade. O que deve ser encarado dessa forma é a *litigiosidade excessiva*, pois tal situação acaba por impedir a adequada análise dos conflitos pelos órgãos estatais, o que, em última instância, acaba por não realizar o papel de cumprimento forçado do direito, tendo em vista que se reduz a probabilidade de adequação do que se pede, com o que se dá em juízo.

Portanto, pelo que se evidencia da estruturação das regras processuais, sempre haverá um incentivo à litigiosidade, portanto, a realização de direitos pelo sistema judicial brasileiro, sempre estará aquém do esperado pela sociedade, portanto, subótima. Contudo, diversos estudos têm demonstrado que a sociedade brasileira vive um panorama muito distante de um nível adequado de realização do Direito, considerando o volume de processos, tema objeto do tópico seguinte.

7.2 Ciclo de litigância

Sem embargo das exposições anteriores do presente trabalho, que muito bem trabalham os problemas advindos do volume excessivo de processos, há a necessidade de se ter uma exata compreensão do fenômeno da litigância no Brasil.

Nesta parte do trabalho é crucial se ter em mente a linha teórica desenvolvido por Ivo Gico Junior, a respeito do ciclo de litigância, para evidenciar que de uma forma, ou de outra, há sempre um aumento do volume de processos judiciais, conforme o desenvolvimento das interpretações e avanços no próprio Direito.

⁵ Idem, pp. 95-6.

Com efeito, Ivo Gico não desconsidera a possibilidade de o juiz no sistema de *civil law* - como seria o brasileiro – adotar uma linha interpretativa mais elástica ou liberal:

Apesar dessa diferenciação tradicional entre o sistema romano-germânico e o sistema consuetudinário, em uma abordagem mais realista da dinâmica processual no sistema brasileiro, deve-se reconhecer que em muitos casos a legislação não estabelece uma regra clara a ser subsumida pelo magistrado. [...]

Por outro lado, na prática, mesmo regras jurídicas cujo conteúdo é perfeitamente inteligível podem ser alteradas pelo Judiciário a guisa de uma “interpretação” mais adequada.

[...]

Se até a legislação, na prática, pode ser alterada pelo Judiciário, então, mesmo no sistema brasileiro, em que não há a figura do precedente, é possível se aplicar o modelo econômico de criação judicial de regras jurídicas, pois a regra de facto não necessariamente é a regra que está prevista em lei, mas sim o resultado da aplicação (ou não) dessa regra pelo próprio Judiciário. Note-se que o argumento não é que o Judiciário nunca segue a lei e, por isso, ela pode ser ignorada para fins do modelo e o sistema brasileiro (romano-germânico) equiparado ao norte-americano (consuetudinário). O que argumentamos é que apesar de o nosso sistema ser preponderantemente baseado em leis e códigos, não raras vezes o Judiciário cria regras jurídicas a despeito do que prevê a legislação (mesmo na ausência de lacuna jurídica) e que, portanto, a prática judicial – para o bem ou para o mal – nos permite considerar o direito que limita as ações dos agentes como o resultado das decisões judiciais para fins de análise positiva.⁶

Aliado a essa constatação, Ivo Gico desenvolve o conceito de “Capital Jurídico” para trabalhar como um produto a segurança jurídica e, a partir daí, desenvolver a sua tese econômica:

O capital jurídico de uma sociedade é o conjunto de regras jurídicas (originalmente legislativas ou não) que o Judiciário aplica para um tipo de caso em um dado momento. Pelo fato de o Judiciário aplicar tais regras quando surge um conflito, os agentes econômicos podem realizar previsões acerca de como um magistrado resolveria determinado tipo de conflito. Essa

6 GICO JR, Ivo. *A tragédia do Judiciário: Subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário*. Tese de Doutorado em Economia, Brasília: 2012, *Universidade de Brasília – UnB*, p. 23-25.

previsibilidade, que chamaremos segurança jurídica, por sua vez, permite aos agentes econômicos saberem e negociarem *ex ante* a quem fica alocado o risco de um determinado evento.

[...]

O capital jurídico de uma sociedade é o fruto de suas experiências e valores no decorrer do tempo. Quanto maior o capital jurídico de uma sociedade, maior o número de situações em que os agentes podem antever o resultado provável de um determinado conflito, caso fosse levado ao Judiciário, ergo, mais fácil alocar riscos ou celebrar um acordo extrajudicial. Essa segurança jurídica permite o planejamento de longo prazo, a melhor alocação de riscos, o desestímulo a determinados comportamentos oportunistas e, em última análise, a cooperação entre os agentes.

[...]

O estoque de capital jurídico é o conjunto de regras jurídicas previsivelmente aplicáveis a um caso concreto que foram se acumulando no decorrer do tempo em períodos anteriores ($t - 1$, $t - 2$, $t - 3$ etc.).⁷

Utilizando o exemplo da união homoafetiva, admitida pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 4.277 e ADPF nº 132, bem como de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, Ivo Gico demonstra o impacto de mudança de entendimento jurisprudencial no Capital Jurídico de um país:

A vedação anterior [da união entre pessoas do mesmo sexo] e suas implicações jurídicas foram construídas durante o tempo e geravam segurança jurídica, isto é, integravam o capital jurídico. Com a mudança da regra, esse capital se depreciou e o Judiciário passou a ter de reconstruir nos períodos seguintes as regras associadas a esta nova possibilidade. Nesse sentido, o valor informacional das regras anteriores se depreciou (as regras tornaram-se obsoletas), isto é, ele diminuiu e precisou ser repostado por meio de novos investimentos em decisões judiciais, ainda em andamento. Note-se que, dada a natureza civilista de nosso sistema, essa depreciação poderia ser rapidamente repostada pelo investimento legislativo estabelecendo a regra jurídica para o casamento homossexual (permitindo-o ou proibindo-o novamente), que por ser obrigatória em todo território nacional (força cogente), tenderia a resolver a questão de forma unificada e rápida. Todavia, dada a natureza emocional, política e religiosa da questão, os custos de transação que devem ser incorridos para viabilizar a negociação política acerca dessa legislação tornam a realização desse investimento jurídico proibitivo naquele momento.⁸

7 Idem, pp. 26-27.

8 Idem, p. 29.

Portanto, considerando uma necessidade de “resposta” à sociedade, diante da criação de novos direitos, o Judiciário desenvolve novos parâmetros de decisão a serem utilizados. Contudo, até que haja uma estabilização do entendimento, muitos processos vão ser gerados, aumentando o seu volume perante os Tribunais. Cria-se, assim, uma insegurança jurídica transitória, até que se consolide o entendimento.

Conforme explica Ivo Gico Jr:

Os retornos decrescentes do aumento do capital jurídico traduzem a ideia de que cada nova regra jurídica traz uma nova informação, mas um número excessivo de regras começa a tornar cada vez mais difícil diferenciar uma regra da outra, reduzindo o valor informacional acerca de como uma determinada disputa será decidida.

[...]

A utilidade do fluxo de informações gerado pelo estoque de capital jurídico decorre da possibilidade de os agentes saberem *ex ante* que comportamentos são permitidos pelo direito, que comportamentos são proibidos e as sanções jurídicas associadas a cada violação, inclusive sua magnitude.⁹

Portanto, para que haja o desenvolvimento de um novo padrão de entendimento jurisprudencial, haverá um aumento do quantitativo de processos, até que ocorra uma estabilização do novo entendimento, seja por intermédio de súmulas ou até da legislação. Assim, estabelece-se uma relação direta entre a segurança jurídica (Capital Jurídico) e o quantitativo de processos (nível de litigância):

A ligação direta entre o nível de litigância e o estoque de capital garante que os particulares realizarão, ao menos em parte, o investimento necessário (alocação de recursos) para a formação de novo capital jurídico e o deslocamento do estoque de capital no sentido do equilíbrio jurídico de longo prazo. Se esse incentivo é suficiente – do ponto de vista das partes litigantes – para alcançar este equilíbrio é uma questão mais complexa.

Releva observar, ainda nessa linha, que as partes litigantes não podem cobrar pelo resultado de seus processos em relação à sociedade, ou seja, com o estabelecimento de um novo entendimento, por intermédio de uma nova decisão judicial, as partes, diretamente

⁹ Idem, p. 30-31.

atingidas por aquele processo, não poderiam negociar com o restante da parcela da sociedade, para que esta usufrísse daquele entendimento. Trata-se, portanto, de uma característica de “bem público” no conceito utilizado pela economia, ocorrendo, assim, externalidades positivas para toda a sociedade. Essa é provavelmente a razão por que há um grande incentivo para o acesso mais facilitado ao Judiciário, traduzido no princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição da República¹⁰). Nesse sentido, esclarece Ivo Gico Jr:

Considerando que o ganho privado decorrente de um acórdão é menor que o benefício social resultante, existe uma externalidade positiva na oferta de jurisprudência. Logo, provavelmente teremos um problema de suboferta de acórdãos. Como as partes litigantes não podem cobrar um preço pelo uso de jurisprudência formada a partir de seu caso, internalizando a externalidade (como faria, por exemplo, o autor de um livro ou o dono de uma patente), a presença de externalidades positivas parece justificar – ao menos em parte – a utilização de subsídios públicos à litigância, pelo menos em segunda instância [...].

Subsidiar a litigância é justamente o que o Brasil vem fazendo nos últimos anos, quando (a) criou os juizados especiais de pequenas causas nos quais não é necessário um advogado e não há custas processuais; (b) criou a defensoria pública (advogados públicos pagos pelo contribuinte); (c) criou a assistência judiciária gratuita – AJG (possibilidade de alguém não ter de pagar custas processuais, mesmo na justiça comum, nem honorários de sucumbência); (d) manteve o sistema de custas processuais abaixo do custo social de cada processo; etc. Tudo isso significa que é o contribuinte quem arca com parte dos custos de cada processo e não a parte litigante, o que claramente é um subsídio ao litígio e à parte da sociedade que litiga. Todavia, [...] devido à forma como estruturadas e implementadas, essas políticas aumentam o nível geral de litigância, mas contribuem pouco para a formação de capital jurídico.¹¹

Portanto, havendo mutação de entendimento jurídico, principalmente ocasionado por pressões da própria sociedade na estipulação de novos direitos, haverá um aumento também do volume de processos. Contudo, até que haja uma solidificação de entendimento

10 “Art. 5º. (...)XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

11 Idem, p. 36.

jurisprudencial, ocorrerá igualmente um alto nível de insegurança jurídica. Deve-se ressaltar, outrossim, que a segurança jurídica nunca será absoluta nestes termos, pois:

[...] a insegurança jurídica como um todo nunca será eliminada, mas apenas mitigada, pois, à medida que novas leis são promulgadas ou há alterações nas condições socioeconômicas que estruturavam as relações jurídicas, deprecia-se o capital jurídico existente, surgindo novos surtos de litigiosidade que, por sua vez, dispararão respostas legislativas e/ou a formação de nova jurisprudência que, se dominante, recomporá o capital jurídico depreciado. O investimento em capital jurídico, tanto por meio de alteração legislativa quanto por mudança de jurisprudência, pode decorrer de uma série de pequenos problemas que geram mudanças incrementais ou de um único problema, tão relevante que seja capaz de atrair suficientemente a atenção de determinados grupos políticos para que a mudança seja rápida e drástica, caso em que há uma recomposição quase instantânea do capital.¹²

Dessa forma, sempre haverá oscilações entre volumes de processos, ciclos temporais e quantitativos de demandas judiciais, a depender sempre de mudanças também cíclicas de entendimento jurídico e jurisprudencial.

Nessa linha, o correto seria falar em ciclos de litigância, pois é um processo contínuo, mas não periódico, podendo cada ciclo variar em duração. Os ciclos de litigância seriam, então, um tipo de flutuação na atividade litigiosa; cada ciclo composto por um período de expansão e um período de retração das taxas de litigância a que se seguiria uma nova fase de expansão.¹³

Portanto, o crescente volume de processos, que tem ocorrido nos últimos tempos, é resultado dos próprios anseios sociais por mudanças nas normas jurídicas e por intermédio delas. Pode-se apontar como parte de um fluxo oscilante do próprio Direito, a partir do momento em que se passa a identificá-lo como o principal instrumento de correção dos problemas da sociedade contemporânea.

Assim, a existência de ciclos de litigância revela mais um sintoma da crise do ordenamento jurídico, que propriamente o problema em si, ou seja, o volume excessivo de processos no Judiciário brasileiro

12 Idem, p. 37.

13 Idem, p. 38.

não seria efetivamente a crise do processo, mas antes revelaria o problema porque passa o próprio Direito na contemporaneidade. A identificação desse problema é corroborado, a partir do momento em se torna nítida a percepção que os males da sociedade devem ser resolvidos no e pelo Direito.

Ocorre que não há alternativa plausível que fuja da necessidade de consideração do aparato estatal na solução de litígios. Em outras palavras: ou se cria uma outra forma alternativa de solução de conflitos, fora do Direito estatal, ou se reconhece os problemas do formato atual e se tenta resolver de alguma forma. Trata-se de uma necessidade, portanto, de se ter como entender esse mecanismo e tentar solucionar, de forma transitória, os problemas advindos dos ciclos de litigância.

O primeiro ponto seria reconhecer o próprio paradoxo do Direito, no sentido de sua infalibilidade de conciliar os anseios da sociedade com a resposta por intermédio das normas jurídicas. Em sentido semelhante, assim é apontado por Marcelo Neves:

Não se pode, porém, imaginar um equilíbrio perfeito entre consistência jurídica e adequação social do direito, a saber, entre justiça constitucional interna e externa. [...] O excesso de ênfase na consistência jurídico-constitucional pode levar a graves problemas de inadequação social do direito, que perde, então, sua capacidade de reorientar as expectativas normativas e, portanto, de legitimar-se socialmente. Por outro lado, um modelo de mera adequação social leva a um realismo juridicamente inconsistente. [...] o equilíbrio entre justiça constitucional interna e externa serve como orientação para os envolvidos na rede de comunicações do sistema jurídico estatal. Trata-se de um paradoxo funcional do direito, pois o aumento da consistência jurídica implica, em regra, a redução da adequação social do direito e vice-versa. Esse paradoxo pode ser processado e solucionado nos casos concretos, mas ele nunca será superado plenamente, pois é condição da própria existência do direito diferenciado funcionalmente: como fórmula de contigência, a superação do paradoxo da justiça implicaria o fim do direito como sistema social autônomo, levando a uma desdiferenciação involutiva ou ensejadora de um “paraíso moral” de plena realização da justiça, assim como o fim da escassez como fórmula de contingência da economia conduziria a um “paraíso da abundância”, a saber, ao fim da economia.¹⁴

14 NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. Martins Fontes: São Paulo, 2009, pp. 65-66.

Percebe-se, no entanto, que o estágio atual do presente ciclo de litigância, está em patamares muito distantes ao ótimo suportável pelo Estado brasileiro, porquanto toda a sociedade corre o sério risco de não se ter a estabilização de suas expectativas normativas. Nesse ponto, as medidas conciliatórias¹⁵ servem mais como um mecanismo de sobrevivência do próprio Direito, porquanto na atual conjuntura a ninguém é garantido que o socorro ao Poder Judiciário terá a satisfação ou garantia de seu direito. Assim, deve restar claro que toda e qualquer medida que vise a reduzir o quantitativo de processos judiciais funciona mais como uma tentativa de manter a litigância em patamares suportáveis pela sociedade, de modo a se ter um mínimo de segurança jurídica.

Portanto, considerando que a litigiosidade em si é salutar para a alimentação e retroalimentação do Direito e que, na verdade, não se teria como a superar definitivamente, porquanto seria a própria negação do Direito, pressupõe-se que as medidas conciliatórias devem pressupor uma estrutura de incentivos que reconheçam os reais interesses dos agentes envolvidos. Nesse aspecto é que entra em cena os princípios da Escola de Harvard sobre negociação, porquanto neles se procura desenvolver aspectos objetivos que trabalhem com os interesses das partes envolvidas.

Considerando essa premissa, busca-se no tópico seguinte desenvolver uma linha a ser trilhada no âmbito da Advocacia-Geral da União, de modo a evidenciar um modelo que vá ao encontro dos interesses do ente público envolvido.

7.3 Modelo institucional para eficiência de resultados: necessidade de aperfeiçoamento

A solução de conflitos de forma amigável parte, essencialmente, de vários aspectos subjetivos, que, de certa forma, são defendidos pela Escola de Harvard.

¹⁵ Além de outros, como inovações normativas que acabam também por incentivar a conciliação ou o maior incremento de filtros recursais e medidas de resolução de processos repetitivos, conforme o *Novo Código de Processo Civil (CPC/2015)*. Destaque-se também, medidas de redução de litigiosidade no âmbito da própria *Advocacia-Geral da União*, como o programa desenvolvido pelo Departamento de Servidores Públicos da *Procuradoria-Geral da União – DCM/PGU* que reduzira drasticamente o total de decisões desfavoráveis perante o *Superior Tribunal de Justiça – STJ*.

Com efeito, ao se considerar elementos como “satisfação pessoal” e “rapidez no término do processo”, conforme são utilizados pelos pesquisadores de Harvard, deve-se reconhecer que de fato representam aspectos que atingem interesses de pessoas individualmente consideradas. Contudo, em uma perspectiva de utilização desses mesmos elementos na defesa da uma instituição, especialmente ao se falar de Pessoas Jurídicas de Direito Público, aparentemente não encontrariam suporte prático para o deslinde de controvérsias.

A afirmação acima é verdadeira, se for considerado como elemento o tempo para solução de uma controvérsia, onde se verifica uma variada forma de percepção. Por exemplo, considere-se um caso que possua como tempo médio de “vida processual” (começo e fim do processo) sobre a matéria X uma estimativa média de 10 (dez) anos para solução definitiva. Pode ser vislumbrada uma perspectiva diversa, a partir do reivindicador da tutela do interesse (autor): uma pessoa com 18 (dezoito) anos, possui naturalmente uma percepção diferenciada de uma outra de 70 (setenta) anos, podendo representar uma situação de maior tranquilidade/cautela por este, devido à experiência acumulada, e, por outro lado, àquele uma maior angústia, tendo em vista o contrário (ausência de experiência), ou justamente o contrário, considerando as perspectivas individuais de cada um em relação à expectativa de vida. O exemplo também poderia evidenciar uma perspectiva sob a ótica do demandado (réu), que poderia possuir um interesse na postergação da concessão do pleito, a depender das opções que se lhes apresentam, ou justamente o contrário, uma solução mais célere em função de um sentimento de angústia por uma indefinição.

As técnicas de negociação da Escola de Harvard trabalham essencialmente com a realidade, consideram que o indivíduo age de forma auto interessada, buscando otimizar os seus interesses. A pertinência de se adotar os seus conceitos no âmbito institucional da Advocacia-Geral da União se dá, essencialmente, pela discussão de se revisitar quais são os interesses dos agentes envolvidos, em especial daquele que litiga contra o ente público e especialmente este.

Com efeito, muitos aspectos da Escola de Harvard fazem sentido em um ambiente de negociação, quando os interesses em discussão

são de natureza eminentemente individuais¹⁶. Por essa lógica, não se poderia pressupor que o representante judicial do ente público agiria em conformidade com os seus interesses individuais, porquanto que, caso situação ocorresse, além de poder configurar eventual ilicitude, poderia justamente prejudicar a parte representada (União, Autarquias e Fundações Públicas). Ainda nessa linha de argumentação, poder-se-ia tranquilamente se vislumbrar a hipótese que o interesse individual do representante judicial seja a diminuição de processos e, considerando determinada demanda sob sua supervisão, qualquer proposta judicial que pusesse fim ao processo seria, na percepção individual desse agente, vantajosa. Perceba-se o risco de se enveredar pela perspectiva individual dos agentes, pois os interesses podem ser até escusos, em prejuízo ao ente público representado.

Essa é a razão pela qual se exige um patamar normativo para conciliação e negociação no âmbito da Advocacia-Geral da União, onde critérios são estabelecidos de modo a se ter uma pretensão de objetividade e lisura no procedimento.

Contudo, entende-se, ainda, pertinente se trabalhar na esfera de negociação com os interesses da parte contrária. Com efeito, neste passo, descarta-se inicialmente qualquer interesse do representante judicial e parte-se somente para a busca das necessidades, desejos, preocupações e temores do pretensa parte *ex adversa*. A premissa a ser adotada, considera que o interesse do ente público representado será sempre financeiro¹⁷, o que, se procura desenvolver mais a frente, considerando projeto em andamento no âmbito do Departamento de Cálculos e Perícias – DCP/PGU.

Portanto, como ponto de partida para uma esfera de negociação, deveria se perquirir quais os interesses da parte em negociação. Esse passo tem uma gama variada de extensão, começando-se primeiramente

16 Saliente-se que não se quer dizer critérios subjetivos, pois a *Escola de Harvard* trabalha com critérios objetivos. A afirmação acima é somente para chamar a atenção que o que se pressupõe nas tratativas são os diálogos entre pessoas.

17 Reconhece-se que os gestores públicos podem direcionar a diversidade de interesses a serem conduzidos pela Administração Pública, notadamente ao se considerar o estabelecimento, criação ou continuidade de políticas públicas. Contudo, considerando a multiplicidade desses “interesses”, adota-se como terreno seguro um ponto de partida comum para todos os outros, qual seja, o financeiro.

com o simples desembolso financeiro representativo de algum direito violado, até o reconhecimento de algum outro direito ou garantia que possa ou não representar impactos financeiros.

Dessa forma, um parâmetro seguro, antes de se iniciar qualquer processo de negociação, seria primeiramente encontrar as alternativas possíveis, explorar de forma abundante a *MAPAN (Melhor Alternativa Para um Acordo Negociado)*, ou *MASA (Melhor Alternativa Sem Acordo)*, conforme defendidos pelos pesquisadores de Harvard.

Para tanto, como técnica inicial seria perquirir o panorama atual de processos ativos de uma mesma parte. Por exemplo, entidades de classe (sindicatos e associações) representam um grande volume de processos judiciais, em face de entes públicos, ocorre que, não raro, em muitos ambientes de negociação, as partes vão debater ou discutir pontos controvertidos em um único processo de negociação, o que, via de regra, diminui o leque de alternativas para o representante judicial do ente público. Com efeito, medida mais prudente seria verificar todos os processos da entidade de classe, de modo a propiciar opções seguras para um começo aberto de negociação, onde não haveria cenário “perde-ganha”, mas sim “ganha-ganha”.

Dessa forma, pesquisas em bancos de dados dos Tribunais (“nome das partes”), SICAU e SAPIENS, são instrumentos úteis para se encontrar um leque de opções. A partir dos dados encontrados deve-se perquirir, primeiramente, qual órgão competente responsável pela condução dos processos. Obviamente que se a alçada estiver sob a supervisão de uma mesma Procuradoria, o trabalho é facilitado, mas não se deve descartar – aliás, ao contrário, incentivar – a interlocução diuturna entre todas as Procuradorias da União, Federal, da Fazenda Nacional e do Banco Central.

Como exemplo dessa possibilidade, cita-se o caso que fora conduzido pela Procuradoria-Geral da União, sobre a diferença de valores dos repasses a um determinado setor. Embora em um primeiro momento a conciliação não fora levada à frente, considerando que há época se correria o risco de se criar um precedente desfavorável, resolveu-se omitir os dados do caso considerando o retorno das tratativas. Essa ressalva é não é trivial tendo em vista que eventual

divulgação dos cenários analisados se pautaria qualquer possibilidade futura de acordo, considerando a redução da MAZA da União.

7.4 Análise do processo nº XXXXXX (União x Outro).

Reajuste de preços (período junho/1994: 23,04%)

<u>Hipótese de liquidação consensual</u>	<u>Hipótese de acordo</u>
<p>1 Sentença judicial condena a União a pagar diferença de valores resultantes da errônea conversão da moeda (percentual de 23,04%).</p> <p>Obs: Não se considerará o teto de R\$151.414.200,00 já que o STJ entendeu necessária a liquidação do julgado (por artigos).</p>	<p>1 Sentença judicial condena a União em montante fixo (R\$ 151.414.200,00), que deve ser atualizado ao presente:</p> <p>1.1 Valor homologado em novembro/2000 (base para expedição dos precatórios): R\$ 397.493.970,10;</p> <p>1.2 Valor limite para um eventual pagamento futuro: R\$262.732.370,67 (saldo restante das duas últimas parcelas do precatório original).</p>
<p>2 Acórdão do STJ considera nula a execução e determina a liquidação por artigos da sentença (Processo XXXX)</p>	<p>2 Como há decisão do STJ favorável à União (RESP XXXX), reconhecendo o direito aos beneficiários e não à entidade representativa, podem ser convalidados, ou não, os pagamentos realizados por essa entidade.</p>

<p>3 Como o direito pertence aos beneficiários, há a necessidade de <i>devolução</i> pela entidade dos valores pagos nos precatórios, inclusive no tocante aos honorários advocatícios destacados; total sem atualização: R\$ 653.850.678,19.</p>	<p>3 Como o direito pertence aos beneficiários, há a necessidade de se fazer um “encontro de contas”:</p> <p>3.1 A entidade deve informar a quem pagou e a metodologia utilizada;</p> <p>3.2 Para a validação dessa metodologia é necessária uma auditoria independente custeada pela entidade e escolhida pela <i>PGU</i> a partir da indicação de 5 empresas pela entidade;</p> <p>3.3 A <i>União (DCP/PGU)</i> estabelecerá o critério de proporcionalidade para fins de delimitação dos valores devidos aos beneficiários;</p> <p>3.4 Caso detectados valores recebidos a maior pelos beneficiários que receberam pela entidade, e que interfira no montante ainda a ser pago (R\$262.732.370,67), deve-se juntar:</p> <p>3.4.1 Documentação comprobatória dos outros beneficiários que ainda não receberam com termo de aceite em receber a quota parte definida pelo <i>DCP/PGU</i>;</p> <p>3.4.2 Na impossibilidade de cumprimento do item anterior, a entidade deve devolver o montante de modo a cobrir a diferença.</p> <p>3.5 Caso encontrado valor à disposição da entidade e que não tenha sido destinado ao pagamento dos beneficiários, a entidade deve devolver o montante de modo a cobrir a diferença.</p>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<p>4 Habilitação de cada um dos beneficiados:</p> <p>4.1 Delimitação dos beneficiários constantes na lista juntada à inicial (fls. 383/392);</p> <p>4.2 Estatuto Social do beneficiários;</p> <p>4.3 Dados para contato (inclusive e-mail);</p> <p>4.4 Declaração individual que não recebera qualquer valor referente à diferença de pagamento de junho/94 e obrigação de devolução em dobro caso constatado qualquer pagamento;</p> <p>4.5 Compensação com valores recebidos a mesmo título em outros processos judiciais;</p> <p>4.6. Compensação com créditos tributários devidos pelos beneficiários, nos termos do art. 100, §9º da Constituição.</p>	<p>4 Habilitação e termo de acordo com cada um dos beneficiados:</p> <p>4.1 extensão do direito a todos os beneficiários (lista a ser informada pelo Ministério respectivo);</p> <p>4.2 Estatuto Social do benficiário;</p> <p>4.3 Dados para contato (inclusive e-mail);</p> <p>4.4 Seclaração individual que não recebera qualquer valor referente à diferença de pagamento de junho/94 e obrigação de devolução em dobro caso constatado qualquer pagamento, com responsabilidade solidária da entidade;</p> <p>4.5 Compensação com valores recebidos a mesmo título em outros processos judiciais;</p> <p>4.6 Compensação com créditos tributários devidos pelos Hospitais, nos termos do art. 100, §9º da Constituição.</p>
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<p>5 Por ocasião da cada habilitação (exigência dos procedimentos realizados no período ou simples referência aos valores informados pelo Ministério respectivo), haverá o cálculo individual com a respectiva expedição de precatório ou <i>RPV</i>.</p>	<p>5 A entidade representativa deve desistir das seguintes ações:</p> <p>5.1 Processo nº XXXXXX – embora o objeto envolva um período diverso (jul/94 a out/99), padece do mesmo problema identificado na presente demanda: natureza jurídica da entidade (“associação de associações” e não de entidades); caso não haja a desistência poderá comprometer a defesa da União inclusive em outras demandas (principalmente de servidores públicos); da mesma forma, não haverá risco de perda para os beneficiários, pois a maior parte dos processos se referem a este período;</p> <p>5.2 Processos nº XXXXX, XXXXX, XXXXX e XXXXX (risco do mesmo objeto – <i>PRU-1</i> deve confirmar);</p> <p>5.3 Processos nº XXXXX, XXXXX, XXXX e XXXX (confirmar com a PFN, eventual impacto em créditos tributários).</p>
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Este caso é somente um exemplo de como se pode trabalhar, com uma diversidade de cenários, em um ambiente negocial, principalmente o item 5 acima citado. Como ressaltado acima, resolveu-se omitir os dados completos do processo justamente em razão do retorno das negociações. Contudo, o caso ainda é útil pois procura identificar quais são as razões ou motivos de se negociar em um cenário aparentemente favorável à União.

Aliás, o exemplo também é interessante, não só para efeitos de como se deve proceder no ambiente negocial, de modo a se ampliar as alternativas, mas também para o efeito de como as instituições devem agir e evitar problemas internos e externos.

Com efeito, nesse caso, como em outros, é natural que grupos de interesses, geralmente conduzidos por entidades de classe, busquem abrir um canal de negociação, diretamente, com alguém de esfera hierárquica alta na estrutura organizacional; não é raro que esses grupos busquem o diálogo diretamente com setores mais altos da Advocacia-Geral da União, muitas vezes atuando com o auxílio de agentes facilitadores, como parlamentares ou agentes do alto escalão do governo. Em regra, quando tal situação acontece, cria-se um cenário de se analisar as possibilidades de negociação sobre determinado processo, onde, muitas vezes, aquele que tenha trabalhado na elaboração da tese de defesa é instado a participar de reuniões. Ocorre que essa medida não é adequada, porquanto é natural que haja uma resistência desse profissional, seja por razões ordinárias de trabalho, seja pelo eventual apreço na condução da tese.

Portanto, como medida de resguardo de um correto ambiente institucional de negociação, dois pressupostos básicos devem ser adotados:

- 1) O diálogo entre as partes deve ser realizado por um canal próprio, que não podem ser pessoas em esfera hierárquica mais próxima do topo da gestão da Advocacia-Geral da União; e
- 2) O canal de diálogo deve ser exclusivo e não difuso, onde pessoas da estrutura institucional tenham como praxe a negociação e não a defesa judicial.

As razões para que não se tenha um diálogo diretamente com pessoas mais próximas do topo da gestão (Procuradores-Gerais, Adjuntos, Ministro) se dá basicamente por duas razões principais:

1ª) o natural é que se desenvolvam tantas reuniões ou encontros quantos forem necessários, até se chegar a um momento de deliberação de pontos comuns e contraditórios, e que sempre haverá o risco de se chegar a um momento que a esfera de decisão seja realizada pela autoridade superior; caso a negociação já parta “de cima”, quebra-se o ciclo com diminuição de alternativas para as partes, o acordo nesse caso “já vem pronto”, com probabilidade de perda para um das partes (geralmente, o ente público); e

2ª) há sempre o sentimento de insegurança por aqueles que

auxiliariam na tomada de decisão para o fechamento de um acordo, seja por que participaram na argumentação de defesa, seja porque vislumbram chances diminutas de extrair ganhos para o ente público representado.

Da mesma forma, há que se ter um canal exclusivo de negociação, como acontece no DPCONT/PGF, no DEE/PGU e Centrais de Negociação da PGU, de forma a se ter pessoas preparadas técnica e juridicamente, mas com possibilidade de dedicação maior às atividades relacionadas, como uma forma de incentivo à flexibilidade e abertura das alternativas de negociação possíveis. Uma advertência necessária nesse aspecto é que embora haja uma necessidade de um centro responsável pela negociação, deve-se levar em consideração a necessidade de se buscar sempre que possível reduzir a assimetria de informação.

Com efeito, em que pese isso seja algo relativamente simples de ser superado, diversos contextos de negociação exigem que se tenha o maior número de informações do caso/processo objeto; dados fidedignos, a compreensão correta dos fatos e o conhecimento jurídico das variadas questões suscitadas no conflito, são elementos indispensáveis para um adequado exercício da função de negociador. Infelizmente, não é raro que o representante do ente público, em face da incompletude das informações a ele disponíveis, figure como se fosse “vendido” na discussão, o que acaba por ocasionar em desperdício de tempo e, o que é pior, revelar um aparente despreparo para investidas futuras da outra parte. Há que se ter sempre a compreensão de se tentar manter sempre em condição de superioridade, pois, considerando as formas como são desenvolvidos os conflitos, em face de entes públicos, é natural que a outra parte se encontre em condições favoráveis do ponto de vista informacional; portanto, toda investida em busca de informações para o começo de uma negociação sempre será subestimada, o que exige um esmero do negociador maior.

Outro ponto relevante a ser considerado se relaciona ao ganho financeiro do ente público no ambiente negocial, que perpassa por um desdobramento mais técnico do que se evidencia *a priori*. Essa análise é relevante, principalmente por se tentar estabelecer um padrão objetivo de formas seguras de acordo. Veja-se, não é simplesmente por que em um ambiente negocial o ente público deixará de pagar uma parcela x

ou *y*, que o acordo será vantajoso¹⁸; da mesma forma, não é em razão de a tese jurídica defendida em juízo ser relativamente aceita, que não se pode realizar qualquer concessão¹⁹. Nesse aspecto, o viés econômico-financeiro, se bem utilizado, pode trazer ganhos para as partes (ente público e particular).

Com efeito, não é trivial a discussão sobre a necessidade de se envidar esforços para a solução de casos que já se encontram pacificados pela jurisprudência, porquanto fugiria a uma percepção de se dedicar mais trabalho para temas/casos/processos que exigem uma atenção maior em razão da complexidade. Trata-se, em devidas proporções, de um critério de eficiência, mais ou menos intuitivo, para todos aqueles que atuam na prática forense. Ocorre que, uma sinalização “intuitiva”, ainda que de certa forma generalizada, não pode ser utilizada sem critérios, sob pena de evidenciar um falso resultado sem base científica, além de exponenciar um maior grau de subjetividade na tomada de decisão.

Dessa forma, a hipótese de solução consensual de conflitos no âmbito da Advocacia-Geral da União precisa ser falseada (numa linguagem popperiana²⁰), de modo a verificar com que modelo ela sobrevive.

18 Essa afirmação é relevante, pois, em muitos casos se tem verificado que a parte defende com seus critérios, de quanto seria o seu equivalente financeiro da sua pretensão e, a partir daí, começam-se as estabelecer cenários de deságio ou supressões de parcelas. Na verdade, caso se fosse analisar efetivamente esse ponto, a lógica deveria ser a contrária: o ente público deveria dizer quando e em que condições seriam o representativo financeiro da pretensão da parte e, somente então, se estabelecer cenários diversos.

19 Obviamente que este aspecto deva ser considerado, para o fim não de também se ponderar a respeito de criação de precedentes que causem impacto econômico-financeiro, porquanto seria totalmente contraditório se defender ganhos econômicos em um dado caso concreto que, na verdade, representariam perdas econômicas de forma generalizada.

20 “Contudo, só reconhecerei um sistema como empírico ou científico se ele for passível de comprovação pela experiência. Essas considerações sugerem que deve ser tomado como critério de demarcação, não a verificabilidade, mas a falseabilidade de um sistema. Em outras palavras, não exigirei que um sistema científico seja suscetível de ser dado como válido, de uma vez por todas, em sentido positivo; exigirei, porém, que sua forma lógica seja tal que se torne possível validá-lo através de recurso a provas empíricas, em sentido negativo: deve ser possível refutar, pela experiência, um sistema científico empírico”. (POPPER, Karl. *A Lógica da*

Para esse efeito serão utilizados, nesta parte do trabalho, um patamar objetivo, que visa dar segurança aos agentes públicos envolvidos. Nesse íterim se adotarão elementos, sem considerar teses/casos/processos, que sejam reiteradamente contrários às teses dos entes públicos em juízo, como forma de servir de modelo a ser trabalhado, criticado e/ou expandido.

Os elementos a serem propostos são os seguintes²¹:

- I Custo financeiro para AGU - *CostAGU*;
- II Custo financeiro para a União considerando o desembolso financeiro advindo de eventual condenação - *CostU*;
- III Tempo médio do processo – *TempM*;
- IV Custo de manutenção ativa do processo – *CostAt*;
- V Volume de Atividades Jurídicas totais realizadas – *VTJ*; e
- VI Volume de Atividades Jurídicas realizadas considerado determinado processo/tema histórico - *VTJ* ⁽ⁿ⁾

Poder-se-ia questionar das razões pelas quais não se considera o custo financeiro da estrutura do Poder Judiciário da União para a presente análise. Ocorre que por uma razão central esse elemento não será utilizado: o custo da estrutura do Poder Judiciário brasileiro envolve vários fatores, que, em regra, giram em torno da atividade típica desenvolvida, qual seja, a solução de conflitos; se o que se está a trabalhar no presente momento é também a solução de conflitos, menos conflitos gerariam também menos custos para a formação daquela estrutura. Ademais, os agentes envolvidos na negociação não consideram a figura do juiz, terceiro imparcial, que tem por escopo a imposição de resolução²².

Primeiramente deve-se considerar um ano padrão para encontrar o elemento *CostAGU*. Para tanto, os dados orçamentários

Pesquisa Científica. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 13. reimpr. São Paulo: Cultrix, 2007, p. 42).

21 Os elementos aqui citados são inspirados nos debates realizados no projeto “Custo de Oportunidade Processual” desenvolvido âmbito do Departamento de Cálculos e Perícias da Procuradoria-Geral da União – DCP/PGU. Há previsão para a conclusão dos trabalhos e criação do primeiro modelo é para final do mês de novembro de 2017.

22 Reconhece-se que no âmbito do *Novo Código de Processo Civil (CPC/2015)* há uma participação mais colaborativa do juiz, para uma solução conciliatória dos conflitos.

da Secretaria-Geral de Administração da Advocacia-Geral da União – SGAGU devem ser considerados.

Encontrado esse valor, há que se conjugá-lo com o IV elemento, de modo a se verificar o custo das atividades jurídicas no âmbito da AGU. Dessa forma, tem-se primeiramente:

$$CostVTJ = \frac{CostAGU}{VTJ}$$

Em seguida deve-se encontrar o custo financeiro para a manutenção ativa de um processo/tema:

$$CostAt = CostVTJ . VTJ(n)$$

Hipoteticamente, se o *CostAGU* no ano de 2015 foi de R\$ 6.034.613,75²³ e o *VTJ* nesse mesmo período foi de 2.048.358²⁴, encontra-se o *CostVTJ* de R\$ 2,94, como um coeficiente. Da mesma forma, ao se considerar o volume de atividades jurídicas realizadas em processo que envolva um *TemaX* é de 400²⁵, então o *CostAt* seria de R\$ 1.176,00 para o *TemaX* para a Procuradoria-Geral da União.

Passo seguinte é conjugar essa informação com o custo da União para o desembolso financeiro decorrentes de condenações judiciais - *CostU*, englobando, portanto, os valores médios, tanto precatórios judiciais, quanto requisições de pequeno valor, sobre o mesmo tema/processo objeto de análise do *VTJ*⁽ⁿ⁾, para o fim de encontrar o primeiro elemento de eficiência de atuação, onde, necessariamente:

$$CostAt < CostU$$

Portanto, a atuação de defesa em juízo sempre deverá ser desenvolvida, quando o custo de manutenção ativa do processo,

23 Considerando todas as unidades da PGU e se utilizando o método de Absorção de Custos.

24 Considerando o somatório de todas as unidades da PGU.

25 O número acima é totalmente hipotético e serve somente para efeito de raciocínio.

for inferior ao custo médio da União, para o pagamento de valores decorrentes de condenações judiciais, sobre um determinado tema/processo.

Seguindo um exemplo, se o *CostAt* é R\$ 1.176,00 e o *CostU* é R\$ 5.000,00, entende-se que qualquer medida ou atuação processual que permita a sobrevivência do processo seria eficiente.

Por outro lado, há que se considerar que a sistemática de atualização/remuneração financeira é diversa para os fins orçamentários (que em regra adota o IPCA), para fins de cobrança (em regra, SELIC) e pagamento (em regra, TR²⁶), o que atrairia uma percepção inicial de que há um incentivo a manutenção ativa do processo, considerando que o critério de correção monetária da lógica orçamentária é superior ao do pagamento. Contudo, ainda assim o modelo é possível, considerando que se deve agregar o elemento *TempM* onde, em que pese a diversidade de grandezas numéricas, haveria um ponto de equilíbrio, encontrando-se a eficiência em determinado momento processual.

Voltando ao mesmo exemplo, se o valor de R\$ 5.000,00 adotado como ponto de partida a época da propositura da demanda, que seria em 1º de maio de 2004, o valor de pagamento²⁷, chegar-se-ia ao valor aproximado de R\$ 6.947,00²⁸; contudo, adotando-se o mesmo período de atualização para o valor de R\$ 1.176,00, adotando-se o IPCA como fator de correção, considerando-se a lógica orçamentária, chega-se ao valor aproximado de R\$ 2.500,00.

Considerando esse exemplo, ainda seria eficiente se manter ativo o processo, contudo, da mesma forma, seria eficiente se estabelecer um acordo para esse processo com um valor máximo de R\$2.500,00 (deságio mínimo de 64%)

Assim, no momento que o custo de manutenção ativa do processo encontrar o custo de desembolso financeiro, qualquer postergação do processo seria ineficiente. Da mesma forma, é possível

26 Há sinalização de mudança de entendimento perante o *STF* por intermédio do *RE*; contudo, pelo que se evidencia a disparidade na forma de atualização ainda permanecerá, considerando que se adotaria o IPCA-e e não o IPCA.

27 Considerando a sistemática usual de correção, que considera a *TR* a partir de julho de 2009.

28 Sem juros de mora.

se fazer regressões de modo a se saber, em determinada fase processual, os percentuais de deságio ideais para aquele tipo de processo, bem como, se verificar, *ab initio*, se seria eficiente reconhecer o pedido desde logo, ou estabelecer um percentual de deságio para o pedido maior.

Importa ainda analisar o caso considerando uma outra variável, que deveria representar uma lógica de “remuneração” da atividade do processo. Para esse fim, deve-se perquirir as razões de como a União capta recursos no mercado, para desembolsos presentes.

Como ainda não se concluía os trabalhos a respeito dessa abordagem financeira²⁹, entende-se apenas recomendável a utilização de elementos objetivos em modelos aproximados ao exposto, como uma forma de se poder trabalhar com mais segurança.

Para finalizar o presente trabalho, insta ressaltar que em um ambiente de negociação, qualquer que seja o cenário, é sempre recomendável que a abertura do diálogo seja feita de forma ética, de modo a registrar que qualquer medida ou etapas vencidas por reuniões, não sejam levadas a um processo judicial, porquanto, além de poder configurar deslealdade institucional, poderia dar ensejo a alguma responsabilização.

Perceba-se que, nesse aspecto, ao se exigir a exclusividade por parte dos atores, no âmbito da Advocacia-Geral da União, de certa forma, o risco de deslealdade acima referido é mitigado; contudo, não há qualquer garantia de que a outra parte assim também se comporte. Como uma forma de incentivar um comportamento leal entre as partes, por ocasião do começo das negociações, seria prudente se fazer um registro, que funcionaria como um “pré-acordo” em caso de eventual utilização de informações colhidas nas reuniões, estabelecendo, inclusive alguma espécie de indenização compensatória, a ser estipulada em patamar razoável, conforme o eventual ganho financeiro objeto da negociação. Nesse pré-acordo, que atuaria de forma semelhante aos *gentlement’s agrément* das relações internacionais, não seria desarrazoado se

²⁹ Registre-se mais uma vez que a metodologia acima referida pertence ao projeto *Custo de Oportunidade Processual*, desenvolvido âmbito do *Departamento de Cálculos e Perícias da Procuradoria-Geral da União – DCP/PGU*, onde há previsão para a conclusão dos trabalhos e criação do primeiro modelo para final do mês de novembro de 2017.

estipular uma “cláusula de confidencialidade” para o efeito de vincular as partes da negociação.

Referências

COSTA, H. A.. Pretrial e instrução probatória: a construção das provas. In: Elias Marques de Medeiros Neto; Ricardo Augusto de Castro Lopes; Olavo de Oliveira Neto. (Org.). *A prova no processo civil: estudos em homenagem a João Batista Lopes*. 1ed.São Paulo: Verbatim, 2012, v. 1, p. 1-30.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil. Vol II*. 5 ed São Paulo: Malheiros, 2005

GICO JR, Ivo. *A tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário*. Tese de Doutorado em Economia, Brasília: 2012, Universidade de Brasília – UnB.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. Martins Fontes: São Paulo, 2009.

PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise Económica da Litigância*. Coimbra: Almedina, 2005.

POPPER, Karl. *A Lógica da Pesquisa Científica*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 13 reimpr. São Paulo: Cultrix, 2007.

SANTOS, Diogo Palau F. *Processo Judicial como matriz do Desenvolvimento Económico*. Tese de Doutorado em Direito, São Paulo: 2013, Faculdade Autônoma de Direito, FADISP.

URY, William. *O Poder do NÃO Positivo: Como dizer NÃO e ainda chegar ao SIM*. Tradução Regina Lyra. 11ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.