

A IMPORTÂNCIA DAS TÉCNICAS DE NEGOCIAÇÃO E A ESCOLA DE HARVARD

Entre dois litigantes, o que vence fica sem camisa,

o que perde fica nu (Adágio Árabe)¹

Ana Beatriz Nunes Barbosa

CAPÍTULO I - Introdução

A vida em sociedade exige organização para disciplinar a atividade individual e articular o relacionamento. Entre estas, temos normas éticas e técnicas, dentre as quais o exemplo mais óbvio é o direito. O procedimento histórico estabeleceu a criação de ordenamentos jurídicos, dotados de coercibilidade, como forma estrutural e comum de normas organizacionais.

Estas normas técnicas, de difícil definição, são bem reconhecidas por Hermes Lima,² tomando por base a legislação positiva:

...direito é uma norma de conduta e organização coativamente imposta. O direito conduz, organiza, dirige. O sentido, que o inspira, é normativo. Por intermédio dessa norma são os indivíduos coagidos a certas ações, a certas reparações, a certas abstenções. Das demais regras de conduta destaca-se a norma jurídica, porque sua violação dá lugar a sanções predeterminadas, quanto à natureza e quanto às condições de aplicação.

A idéia do direito temos de pedi-la à conjugação desses dois elementos – a sociedade e o indivíduo.

¹ CHALLITA, Mansour, Os Mais Belos Pensamentos de todos os Tempos, Acigi pg. 52

² LIMA, Hermes, *Introdução à Ciência do Direito*, pg. 29

Da mesma forma, criou-se o procedimento padrão de resolução de conflitos, qual seja, a jurisdição. Estes, como regra são levados ao judiciário, com base no Princípio da Magna Carta de que os mesmos não pode deixar de serem apreciados.

Entretanto, em face da morosidade da resolução de conflitos pelos meios tradicionais, é crescente a busca de estudo e aplicação dos meios alternativos de resolução de disputa (“ADRs”) cujos principais são arbitragem, mediação e negociação.³

No Brasil, já existe lei tratando da arbitragem e uma proposta de lei de mediação. Contudo, a negociação mostra-se a margem de qualquer regulação legal, em grande parte pelo fato de que sua idéia contempla a auto-composição.

Não obstante esta aparente falta de importância em face da ausência de dispositivos jurídicos, as conseqüências da negociação e fase pré-contratual são imprescindíveis para o direito, tanto na escolha de cláusulas e do contrato como regulador de direitos, como na interpretação do mesmo sob a luz dos Princípios basilares.

Ainda, com a edição da Lei 11.101/2005 a negociação ganhou força no processo de recuperação de empresas, tornando a mesma um procedimento auxiliar e necessário para economia Brasileira, configurando auxílio ímpar para o judiciário por evitar processos falimentares. Tendo em vista que a negociação com diversos credores e classes, inclusive empregados, envolve variados problemas vemos que a boa técnica negocial será importante para alcançar o objetivo da Lei.

Assim sendo, este trabalho pretende analisar, técnicas de negociação comuns e se aprofundar na escola de Harvard, basicamente resumida na obra “Chegando ao Sim” fazendo uma análise comparativa destas regras procedimentais facilitadoras de obtenção do resultado

³ GARCEZ, José Maria Rossani, *Técnicas de Negociação Resolução Alternativa de Conflitos: ADRS Mediação, Conciliação e Arbitragem*

pretendido em uma negociação e da importância da conscientização da técnica como prevenção à futuros litígios.

A escola de Harvard, tecnologia de ponta da arte da negociação no ocidente atual, demonstra como atuar para, em situações próprias, obter-se acordos benéficos para todas as partes. Há outras principais técnicas que analisaremos, de forma mais breve, a fim de garantir uma visão panorâmica das teorias aplicáveis e caracterização deste meio alternativo de resolução de disputa.

Em todo caso, visa-se com este uma análise pontual da técnica negocial e seus benefícios à prevenção e solução de litígios.

1. O Conflito e a Jurisdição

O conflito decorre da atividade humana. A diferença de idéias, posições e interesses leva, inevitavelmente, ao estabelecimento de discórdia.

Aristóteles considerava a sociedade essencial para vida do homem que, como ser político, não pode viver só tendo em vista sua necessidade natural de associar-se para atingir seus objetivos pela cooperação da vontade humana. Já a visão contratualista entende a estrutura como um acordo de vontades celebrado hipoteticamente entre os homens para superar a natureza, constituindo o governo para limitá-los.⁴

O Estado como atualmente conhecido decorreu da repartição de funções com base nos ideais de Montesquieu em “L’Esprit des Lois”, criando órgãos independentes e separados.⁵ O Direito constituído por este visa então a disciplinar a convivência humana, ordenando a vida em

⁴ MORAIS, José Luis Bozan de, *Mediação e Arbitragem – Alternativas à Jurisdição!*, pg. 72

⁵ Sobre a necessidade de independência e separação dos poderes veja *Marbury v. Madison* 5 US 137 (1803)

sociedade. Entretanto, o monopólio da função jurisdicional hoje verificado não era historicamente exigido.

Inicialmente, os conflitos eram decididos instintivamente pelas partes envolvidas, mediante negociação e ou imposição de força - a chamada Autotutela. Nestes casos, o poder da coação era inegável.

Sendo estas infrutíferas, buscava-se um terceiro, considerado sábio e imparcial para decidir a questão, sendo este o início da arbitragem voluntária.

Em um segundo momento, a arbitragem tornou-se obrigatória com o auxílio do Estado para efetivação de suas decisões.

Somente com a sofisticação das relações sociais o Estado tomou para si tal função, o *jus punitonis*, garantindo-lhe o poder coercitivo para que pudesse instituir a solução obtida através de seu judiciário e fazendo com que no Estado Moderno liberal afastasse-se a justiça privada.

O governo então evoluiu buscando assumir funções fundamentais e tarefas ampliadas, através de estruturas burocráticas a fim de permitir o exercício da atividade proposta de forma eficiente. Deu-se, então a criação de regras norteadoras das decisões a serem proferidas e do procedimento para solução das disputas exercendo a Jurisdição.

A jurisdição, portanto, além da coercitividade conta garantias e princípios como o de que seu exercício dar-se-á somente por investidos na autoridade de Juiz (Princípio da Investidura), divisão demográfica e limitação ao território (Aderência ao Território), Indelegabilidade, Inevitabilidade (pois uma vez o conflito sujeito à soberania esta impõe-se), a garantia ao acesso ao Judiciário (Indeclinabilidade), entre outros (Juiz Natural, Inércia e Unidade da Jurisdição) como forma de assegurar a independência e justiça, pela apreciação das disputas.⁶

⁶ Sobre a distinção dos poderes legislativos e judiciários e a caracterização da jurisdição veja MORAIS, José Luis *Op. Cit.*, 99 pg. 74 a 77

*A lei é poderosa; mais poderosa, porém, é a necessidade. (Goethe)*⁷

Entretanto, tais garantias não são o bastante para proporcionar aos cidadãos o acesso à proteção pretendida. A teoria de que a justiça sendo um direito natural protegeria os cidadãos e que bastava o governo permanecer passivo até que fosse requerido o reconhecimento do direito demonstrou ser ineficaz à medida que a sociedade cresceu em tamanho e complexidade. A partir do movimento visando a declaração de direitos nos séculos XVIII e XIX, e a proclamação destes na Constituição Francesa de 1791, deu-se início a uma nova fase no qual o Estado teria uma atitude mais ativa.

O Estado Moderno, tendo como início um caráter liberal, passou através do tempo a abandonar sua ideal associação ordenadora para atuar regulatoriamente, visando o controle do crescimento e desenvolvimento em progressão geométrica. Assim, as reformas do *Welfare State* buscaram armar os indivíduos de novos direitos substantivos buscando garantir acesso efetivo a proteção.

Ainda, a orientação social deixou de ocorrer a nível nacional para que houvesse uma crescente inter-relação mundial, obrigando aos governos buscarem a resolução de conflitos privados e públicos de forma organizada.

A crescente globalização também obrigou a revisão das posturas sobre soberania, verificando-se possível adotar uma postura intermediária e ponderada, de forma a garantir uma convivência pacífica e colaboradora entre os diversos países soberanos.

A idéia do controle total verificou-se impossível bem como prescindível, caminhando o ideal Estadista para um modelo temperado de divisão de tarefas e confiança em alternativas e

⁷ CHALLITA, Mansour, *Op. Cit.*, pg. 49

acordos. A inter-relação era necessária e a agressividade pela defesa da soberania e independência completa (e auto-regulação) ultrapassada.

Por outro lado, o Direito também foi obrigado a se desenvolver de forma a buscar responder às necessidades configuradas com o adiantamento e desenvolvimento social verificado após a revolução industrial.

No Brasil, a adoção de um sistema civil e normativista, tradicionalmente pretendendo que o Código de Processo Civil regesse todas as soluções de disputas no âmbito procedimental demonstrou-se incabível.

O sistema procedimental hoje existente não é flexível e veloz o bastante para adequadamente cumprir com as garantias constitucionais existentes. A teoria da individualidade no processo e idéia restrição da ação às partes e ao pedido impede o acesso universal e solidarista da jurisdição que se vê muitas vezes limitada a reger o conflito lhe apresentado não alcançando, portanto, a extensão que seria necessária para efetivamente resolver a questão. Por outro lado, decisões absolutamente intocáveis repetidas vezes tornam-se inexecutáveis, impedindo a efetividade dos direitos reconhecidos.

Percebe-se, portanto uma crise estrutural, por falta de recursos e inaptidões tecnológicas, mas também deficiências na formação dos operadores jurídico em face da crescente complexidade dos temas enfrentados.

Comenta bem Bolzan de Moraes:⁸

...as crises da Justiça fazem parte de um quadro cada mais intrincado de problemas que são propostos à solução, tendo-se como paradigma a continuidade da idéia de Estado de Direito – e por consequência do Direito como seu mecanismo privilegiado – como instrumento apto, eficaz e

⁸ MORAIS, José Luis Bozan de, *Mediação e Arbitragem – Alternativas à Jurisdição!*, Ed. Livraria do advogado, 99 pg 99

indispensável para a solução pacífica dos litígios, e que se ligam umbilicalmente ao trato do problema relativo à transformação do Estado Contemporâneo.

Devemos, portanto, entender esta crise sob diversas perspectivas: uma que diz respeito ao seu financiamento – infra-estrutura de instalações, pessoal, equipamentos, custos – que dizem respeito não apenas aos valores (custas judiciais, honorários, etc.) efetivamente despendidos, como também ao custo diferido que se reflete em razão do alongamento temporal das demandas - , remuneração, etc. – que nominamos crise estrutural.

Outra, diz respeito a aspectos pragmáticos da atividade jurídica, englobando questões relativas à linguagem técnico-formal utilizada nos rituais e trabalhos forenses, a burocratização e lentidão dos procedimentos e, ainda, o acúmulo de demandas. É a crise objetiva ou pragmática.

A terceira crise se vincula à incapacidade tecnológica de os operadores jurídicos tradicionais liderarem com novas realidades fáticas que exigem não apenas a construção de novos instrumentos legais mas, também, a (re)formulação das mentalidades, moldadas que foram para pretenderem funcionar a partir de silogismos lógicos neutralizados da incidência de uma pressuposição legal-normativa (suporte fático abstrato) a um fato ocorrido na realidade (suporte fático concreto). Ora, o mecanismo lógico-formal não atende – se é que algum dia atendeu – às soluções buscadas par os conflitos contemporâneos, em particular aqueles que envolvem interesses trans-individuais. É a crise subjetiva ou tecnológica.

Por fim, temos aquela crise que diz respeito em particular aos métodos e conteúdos utilizados pelo Direito para a busca de uma solução pacífica para os conflitos a partir da atuação prática do direito aplicável ao caso sub judice. O que se vislumbra aqui é a interrogação acerca da adequação do modelo jurisdicional para atender às necessidades sociais do final do século - e do milênio – em razão do conteúdo das demandas, dos sujeitos envolvidos ou, ainda, diante do instrumental jurídico que se pretende utilizar – direito do Estado, direito social, lex mercatoria, costumes equidade, etc. É a crise paradigmática.

A exagerada centralização dos Estados modernos e a crise das estruturas políticas, econômicas e sociais, demonstraram ser incompetentes para solucionar as lides existentes. Assim,

baseando-se na solidariedade social e democracia participativa, nasceu a descentralização da justiça. Comenta sobre o assunto, Ada Pellegrini:

A sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da Justiça, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz, que deixa de fazer uso dos poderes que os Códigos lhe atribuem; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à insuperável obstrução das vias de acesso à Justiça e ao distanciamento cada vez maior entre o Judiciário e seus usuários. O que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do direito, mas tem como preocupante consequência a de incentivar a litigiosidade latente, que freqüentemente explode em conflitos sociais; ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas...

Acresça-se a tudo isso que os esquemas processuais tradicionais, ainda que satisfatórios para acudir a um sistema capitalista e burguês, que antepunha face a face os clássicos detentores de interesses individuais, seriam de qualquer modo inadequados para a solução dos conflitos emergentes em uma sociedade de massa... e interesses economicamente menores, mas que se multiplicam numa estrutura de intensa interação social e comunitária... E teremos, a completar o quadro angustiante de uma Justiça lenta, cara, complicada, burocratizada e inacessível até para os conflitos tradicionais, a pincelada dramática da falta de resposta processual para os conflitos próprios de uma sociedade de massa⁹

Com base na idéia dos Princípios da Instrumentalidade e Efetividade do Processo, visando que este seja um instrumento eficaz ao acesso à ordem jurídica e mecanismo de solução de disputas, verificou-se um movimento de nominado de Acesso à Justiça, almejando a implementação da democratização da jurisdição e garantias sociais.

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Conciliação extrajudicial no quadro participativo, in Novas Tendências do Direito Processual*, pp. 216/231.

Gradativamente propôs-se que a repartição de tarefas e privatização da justiça podiam ser alternativas e um auxílio às estruturas tradicionais existentes ultrapassando a visão restrita de que o sistema só seria eficiente se houvesse uma intervenção jurisdicional.

2. O Movimento de Acesso a Justiça

O movimento referido tem como principio básico a eliminação de obstáculos existentes para o cidadão litigante.

Entre os obstáculos mais comuns a serem transpostos podemos listar:¹⁰

- a) Custas Judiciais – A exigência de tais custas, possíveis ônus de sucumbência e honorários advocatícios encarecem o procedimento formal.
- b) Tempo – O tempo exigido para solução formal de conflitos muitas vezes inviabiliza à parte buscar tal solução. A delonga aumenta os custos e atua como pressão econômica.¹¹
- c) Possibilidades das Partes – as diferenças financeiras e culturais das partes envolvidas pode comprometer a possibilidade de acesso à justiça. Não só a parte mais financeiramente capaz terá maior acesso a uma melhor defesa e capacidade de suportar a delonga do judiciário como é em geral apta para reconhecer um direito e propor uma ação ou defesa.

Tal movimento teve três momentos claramente divididos, conhecidos como ondas.¹²

¹⁰ Existem ainda outros obstáculos verificados *in casu* que são menos genéricas.

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro & BRYANT, Garth, *Acesso à Justiça: “A convenção Européia para Proteção de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece que a justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível.”*

¹² Sobre as ondas do Movimento de Acesso à Justiça veja CAPPELLETTI, Mauro & BRYANT, *Op. Cit.*

A primeira onda visava a eliminação de obstáculos financeiros a fim de permitir aos hipossuficientes o acesso à jurisdição. A Constituição Federal de 1988 prevendo assistência judiciária refletiu tal preocupação permitindo a redução de custos pela utilização da defensoria pública e da justiça gratuita. Entretanto, como bem reconhecido por Bolzan de Morais,¹³ permanece ainda o problema de hipossuficiência cultural dos que incapazes de reconhecer seus direitos, deixam de tomar atitudes afirmativas para buscar garantir os mesmos e resolver eventuais disputas e a necessidade de disponibilidade, inclusive financeira, de um número suficiente de advogados para cumprir com a demanda de forma economicamente viável.

No Brasil, caminhando para a maior democratização, vimos a eliminação de privilégios estatais e racionalização dos recursos visando evitar o retardamento do julgado¹⁴.

A segunda onda referia-se ao rompimento do isolamento jurídico-legislativo dos indivíduos e a necessidade de adoção de formas de tutela que garantissem adequada resposta às violações em massa, tendo em vista que os indivíduos isoladamente não estariam em condições de contrapor-se à potência dos grandes infratores.

Como o cidadão não seria legitimado a buscar a reparação do dano aos demais, criaram-se órgãos especializados a defesa, iniciativas combinadas entre o público e o privado e ações de classe e popular, bem como aumentaram o poder do juiz de atuar no processo de forma ativa, a fim de garantir a justiça.¹⁵

Já a terceira onda preocupa-se com o emprego de técnicas processuais alternativas, simplificando o procedimento e aumentando as opções para tornar a justiça mais acessível.

¹³ MORAIS, José Luis Bozan de, *Op. Cit* pg. 89

¹⁴ Sobre adoção de súmulas vinculantes veja “Reforma do Judiciário e Sumulas Vinculantes” Projeto de MORAIS, José Luis Bozan

¹⁵ Sobre o desenvolvimento de tais atividades veja CAPPELLETTI, Mauro & BRYANT, Garth, *Op. Cit*.

A tendência contemporânea busca então uma reforma nos procedimentos tradicionais sem que as vias alternativas sobreponham-se às funções estatais.¹⁶ Estas seriam mesmo opções à jurisdição, complementando sua função e permitindo ao Estado que exerça tal atividade de forma mais competente.

Assim colaborando com a atividade do judiciário tradicional, viu-se a criação de tribunais de pequenas causas e especializados, permitindo maior adequação e especialização para solução de disputas.¹⁷

Por fim, propondo tais equivalentes jurisdicionais - que visam a pacificação e com isso permite a racionalização da Justiça, pela diminuição da sobrecarga dos tribunais bem como a solução de controvérsias que não eram apreciadas pelo judiciário – busca-se ainda garantir a lei através de meios assecutorios próprios como veremos adiante. Assim, ampliam-se as possibilidades de decisões sem impedir a utilização do meio tradicional.¹⁸

3. Soluções Alternativas

Na tentativa de democratização do acesso a justiça, refletindo o pensamento do terceiro movimento acima referido, atribuiu-se ao ente estatal um papel de instância de apelo quando não for possível uma solução consensual. A implementação de mecanismos de pacificação social eficientes, mas que não desvirtuem os ideais de justiça, permitem a desobstrução da Justiça mantendo as garantias sociais exigidas.

¹⁶ MORAIS, José Luis Bozan de, *Op. Cit.* pg. 94-95 cita como tentativas o reforço à oralidade, livre apreciação da prova, concentração dos procedimentos e contato entre partes e testemunhas e o juiz.

¹⁷ Discute-se ainda, a criação de seguros jurídicos que garantam os riscos de futuras demandas e a facilitação do direito, permitindo melhor entendimento aos demais.

¹⁸ Sobre o tema vide BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Privatização do Processo* e LINDBLÖM, Henrik, *La privatizzazione della giustizia osservazioni circa alcuni recenti sviluppi nel diritto processuale americano e svedese.*

Trata-se, aqui,¹⁹ de soluções para-jurisdicionais, onde a iniciativa privada propõe atividades paralelas à do Estado.

Esta atuação pode ser definida em três espécies: a auto-tutela; a auto-composição, na qual as partes compõem o litígio de forma consensual, sendo estas os titulares do poder de decisão, podendo contar com a participação de um terceiro; e a hetero-composição na qual um terceiro impõe a decisão como julgador privado.

Os mecanismos clássicos de resolução alternativa de disputa (ADRs) são três: negociação, mediação e arbitragem.

Entretanto, antes de adentrarmos a um estudo mais profundo da negociação, a fim de possibilitar um entendimento maior da importância desta negociação e sua posição em face aos demais ADRs, devemos fazer uma breve análise dos outros procedimentos e suas características.

Como mecanismo de complementação à jurisdição e não alternativo, temos no Brasil o exemplo da proposta do Projeto de Lei de Mediação²⁰ para tornar obrigatória a submissão à mediação após estabelecida a lide judicial e as tentativas de conciliação previstas no Código de Processo Civil (artigos 125 e 331 do Código de Processo Civil) e Juizados Especiais Cíveis²¹ e Criminais (Lei 9.099/95). Ainda, a proliferação de órgãos estatais de defesa do consumidor são bons exemplos da utilização da mediação.²²

Podemos também citar os equivalentes jurisdicionais *suis generis* que têm aplicabilidade restrita a determinados ramos do direito e em determinadas hipóteses como a transação penal nos Juizados Especiais Criminais, remissão no Estatuto da Criança e do Adolescente, as comissões de

¹⁹ MORAIS, José Luis Bozan de, *Op. Cit.* pg.116

²⁰ http://www.emporiodosaber.com.br/principal/enquete/home_enquete2.asp - arquivo consultado em 25/09/2001

²¹ Sobre o tema veja GRINOVER, Ada Pellegrini, *Novas Tendências do Direito Processual, Conciliação e Juizados de Pequenas Causas, Forense Universitário*, pg. 205

²² GRINOVER, Ada Pellegrini, *Op. Cit.*

conciliação prévia na Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT - e o compromisso de ajustamento de conduta nas ações coletivas.

No Brasil, portanto, aos poucos vêm se aceitando a importância de tais mecanismos. Entretanto, a adoção dos mesmos em pouco se compara ao adiantamento e utilização dos mesmos em outros países como nos Estados Unidos onde tal adoção é feita tanto em mecanismos auxiliares à jurisdição como separadamente.

3.1 Dos mecanismos alternativos não tradicionais

Além dos mecanismos tradicionais, vê-se a adoção de certos mecanismos híbridos que devemos, brevemente, citar:

a) Mini-Trial

Procedimento privado e voluntário que possui elementos de negociação e mediação, destinando-se a identificar as necessidades e anseios das partes envolvidas. De acordo com Irineu Strenger,²³ o objeto do exercício é para prover as partes com uma breve visão do que ambas as partes consideram como mais importante a sua defesa, e o que é frágil a alegação do oponente. A fragilidade do caso poderá ser vislumbrada então por quem de interesse. Seria como um teste do que ocorreria se o caso fosse efetivamente levado à justiça, simulando um processo de apreciação inicial das questões principais, audiência com apresentação de sumário do caso, debate e possivelmente uma avaliação pelo conselheiro e a tentativa de acordo. Tal

²³ STRENGER, Irineu, *Alternativa Dispute Resolution, Aspectos Iguais da Arbitragem*,

procedimento é comumente presidido por um conselheiro neutro escolhido pelas partes (advogado ou juiz aposentado), embora não seja figura imprescindível.

Rossani Garcez²⁴ assim explica:

“Esta é uma modalidade de procedimento que objetiva a solução pacífica de conflitos de natureza comercial aplicável, via de regra, entre empresas. Derivada da conciliação, esta nova formulação surgiu recentemente e tem tido algum desenvolvimento em outros países, especialmente os do hemisfério norte. ... O processo é relativamente simples. As partes reúnem por um breve período de tempo, em geral não mais que dois dias, quando seus advogados fazem a apresentação de um sumário de suas razões para executivos seniores aos quais foi delegada competência para compor o caso em nome das companhias envolvidas. Os executivos podem ser auxiliados em suas tarefas por um consultor, como um juiz aposentado (admitido como consultor neutro), que seja contratado para ajuda-los no conhecimento da matérias e no entendimento dos aspectos legais envolvidos. Os procedimentos de minitrial são conduzidos privadamente, sem registro formais e sob regras informais, não havendo a produção de evidências probantes não constituindo a série de procedimentos a serem adotados em seu curso nenhum fato que possa vincular ou obrigar as partes.”

Existem, no entanto, regras editadas pela Câmara de Comercio de Zurich e pela AAA sobre a matéria.²⁵

Dentre as vantagens deste tipo de procedimento temos: a) evita o reconhecido congestionamento das vias judiciais; b) adequa-se ao cronograma das partes e reduz a lentidão do processo; c) mantém a confidencialidade. Ainda, com a presença de um consultor técnico as partes têm o suporte necessário para decisão.

²⁴ GARCEZ, José Maria Rossani, *Contratos Internacionais Comerciais – Planejamento, Negociação, Solução de Conflitos, Cláusulas Especiais, Convenções Internacionais* pg. 65, 66

²⁵ GARCEZ, José Maria Rossani, *Op. Cit* pg. 66

b) Reference Procedures (“private judging” ou “rent-a-judge”)

Procedimento no qual os litigantes contratam um árbitro que normalmente é um juiz aposentado. Tal opção em muito se assemelha à arbitragem. Entretanto, as partes têm aqui direito à revisão da decisão do árbitro o que não ocorre na arbitragem comum onde a revisão será meramente formal. Somente nos procedimentos de arbitragem anexos à justiça (court-anexed arbitration) haverá recurso ao juiz competente.²⁶

De acordo com Castro Fiúza, tal procedimento é, na verdade, uma transferência de poderes jurisdicionais ao árbitro que poderá ordenar a condução forçada de testemunhas, marcar audiências, determinar a produção de provas e praticar os atos restritos à atividade do magistrado. Assim, não seria aceitável em nosso direito.²⁷

c) Med-Arb

Procedimento em que as partes submetem a questão controvertida a um terceiro que atuará ao mesmo tempo como mediador e árbitro. Há os que alegam ser mais eficiente que a simples arbitragem tendo em vista que uma pessoa reunirá ambas as funções de mediador e árbitro podendo acarretar em redução da duração do procedimento e custos correspondentes. Por outro lado, é questionável se uma mesma pessoa após obter informações confidenciais atuando como mediador poderá ter a mesma postura imparcial na decisão arbitral e as partes, cientes de tal possibilidade de troca de papéis estarão menos dispostas a dar informações privilegiadas.

²⁶ FIUZA, César Augusto Castro, *Formas Alternativas de Soluções de Conflitos, Temas de Direito Processual Civil*, Coord. César Augusto Castro Fiuza, Del Rey BH, 2001, pg. 95

²⁷ FIUZA, César Augusto Castro, *Op. Cit.*

Entretanto, tal processo garante uma decisão final e obrigatória para as partes e permite ao terceiro obter informações que talvez atuando somente como árbitro não teria. Ainda, o mediador-árbitro, já conhecedor do caso, decidirá mais rapidamente do que se frustrada a mediação, a questão fosse levada para arbitragem em separado.

d) Negotiated Rulemaking (“neg-reg” ou “regulatory negotiation”)

Trata-se da utilização da negociação pelos entes da administração pública nos processos de decisão e regulação dos setores da vida econômica e social envolvendo a participação conjunta do ente público, do setor privado e dos grupos afetados pela regulação que, colaborando conjuntamente objetivam alcançar um consenso que aumente a aceitação e eficácia das normas editadas, prevenindo-se assim, o recurso ao Poder Judiciário.²⁸

e) Ombudsperson

Criação do direito sueco, é um mecanismo utilizado por empresas de grande porte que contratam pessoas para dar assistência aos empregados e propor soluções aos conflitos relacionados ao ambiente de trabalho, atuando como facilitadores de possíveis conflitos entre empregadores e empregados. Utilizando-se de técnicas informais de mediação, o funcionário atua como setor de reclamações, identificando os problemas e promovendo soluções através da renúncia, submissão ou transação.²⁹ Sobre este procedimento, questiona-se sua eficiência tendo

²⁸ Definição retirada a Apostila de Negociação DALLA, Humberto Bernardino de Pinho.

²⁹ FIUZA, César Augusto Castro, *Formas Alternativas de Soluções de Conflitos, Temas de Direito Processual Civil*,

em vista que o conselheiro é empregado do empregador e, portanto, a confidencialidade das reclamações dos empregados pode ser questionada, invalidando o procedimento.

f) Conciliação

Procedimento informal, similar à mediação, porém de estrutura mais simples onde uma terceira pessoa neutra intervém no conflito para auxiliar as partes a chegarem a um acordo³⁰ utilizado em situações em que as partes se negam ou não estão dispostas a participar de uma negociação. Conforme listado por Castro Fiúza, esta opera-se mediante renúncia, submissão ou transação.³¹

No Brasil,³² a Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, com apoio do Poder Judiciário, instalou em 1982, Conselhos de Conciliação para solucionar extrajudicialmente pequenas causas envolvendo direitos disponíveis.

Conforme declarado por Ada Pellegrini,³³ a experiência tem sido extremamente bem-sucedida, disseminando-se pela capital do estado e acompanhada por Paraná e Santa Catarina, demonstrando que tal prática ajusta-se à realidade Brasileira.

VII. Facilitação

É um procedimento colaborativo usado para ajudar grupo de indivíduos com pontos de vista divergentes para alcançar meta ou completar tarefa de forma satisfatória para todos.³⁴

³⁰ Definição retirada de DALLA, Humberto Bernardino de Pinho, *Op. Cit.*

³¹ FIUZA, César Augusto Castro, *Op. Cit.*

³² Sobre o histórico da Conciliação no Processo Civil Brasileiro veja BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Breve notícia sobre la conciliación em el proceso civil brasileño*, pp. 95/101.

³³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. Cit.*, pp. 213

VIII. Fact-finding

Procedimento americano no qual o inventor, acumulando fatos e transmitindo informações, de parte a parte, leva os contendores a solução ou pode ser renúncia, submissão ou transação.³⁵

3.2 Dos mecanismos alternativos tradicionais

I. Arbitragem

A arbitragem consiste em “*uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial*”³⁶.

Já Cretella Junior,³⁷ a define como “*o sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos próprios e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses, escolhem de comum acordo,*

³⁴ FIUZA, César Augusto Castro, *Op. Cit.*

³⁵ Id. *Ibid.*, pg. 95

³⁶ Definição retirada DALLA, Humberto Bernardino de Pinho, *Op. Cit.*

³⁷ JOSÉ CRETELLA JÚNIOR - “Da arbitragem e seu conceito categorial” in Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 25, n. 98, 1988 e DALLA, Humberto Bernardino de Pinho, *Op. Cit.*

contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida”.

A arbitragem visa à solução de conflitos entre as partes, através da decisão de um terceiro, aproximando-se da decisão judicial. Não se limita, como na conciliação ou mediação, a oferecer alternativas às partes para os conflitos, mas sim decidir sobre o problema e impor a solução. A opção pela arbitragem é usualmente estabelecida por um pacto entre as partes seja previamente a verificação do conflito – cláusula compromissória – ou após – compromisso arbitral. Quando instituída, a arbitragem torna-se obrigatória entre as partes, não podendo estas últimas rediscutir o assunto nem mesmo perante o Poder Judiciário. No Brasil, de acordo com a Lei 9.307/96, existem seis possibilidades de interferência do judiciário uma vez feita a opção pela arbitragem. Entretanto, para que a prática da arbitragem se torne cada vez mais útil no Brasil, deve-se dar interpretação restritiva a tais opções legais.

Tal ADR tem caráter inquisitório, devendo o árbitro questionar testemunhas e partes, buscar provas e evidências, tudo como forma de encontrar a solução mais adequada ao direito das partes. É o meio de resolução de disputas mais semelhante à jurisdição comum, tendo em vista que o árbitro conduzirá o processo semelhantemente a um juiz, sendo certo de que o procedimento arbitral é mais flexível e adaptável às necessidades das partes podendo assim ser mais adequado e célere.

Quanto a natureza jurídica da arbitragem, existem três correntes principais. As duas correntes doutrinárias clássicas se dividem na corrente privatista e a corrente publicista.

Os privatistas, não consideram a arbitragem como exercício do direito tendo em vista que não lhes foram atribuídos poderes para impor sanções, conduzir testemunhas, imprimir medidas de natureza cautelar e fazer valer suas decisões de maneira coativa. Para os defensores desta corrente, *jurisditio sine coercitione, nulla est*. O laudo seria obrigatório nestes termos como um

contrato entre as partes. Neste caso, haveria de se homologar o laudo arbitral para que este se tornasse exeqüível. Entretanto, a Lei Brasileira (art 584 III) outorga ao laudo a característica de título executivo.

Quanto a esta posição, vale citar o Prof. Humberto Dalla que o critica nos seguintes termos:

“O referido processualista entende ainda que as partes, a partir do momento que renunciam à solução pelo Estado de seus conflitos, dão liberdade aos julgadores convenionados de substituir a vontade das partes fora da estrita aplicação da lei, como no juízo de equidade. A crítica que fazemos à colocação do honroso mestre é que tanto o árbitro quanto o juiz aplicam a lei ao caso concreto, sendo que a equidade poderá ou não ser convenionada na arbitragem (art. 2º, lei 9.307/96), não consistindo, portanto, em regra.”³⁸

Os publicistas ou jurisdicionalistas³⁹ defendem o aspecto processual da arbitragem alegando que os árbitros efetivamente exercem atos de jurisdição, não obstante nomeados pelas partes, eis que aplicam a lei ao caso concreto, já que desta deriva o poder de julgar. Neste caso, a homologação não passaria de ato administrativo, sendo submetido o laudo ao Judiciário para mera análise da forma extrínseca do ato, equivalendo-se, pois à sentença. Ainda, os árbitros teriam as mesmas responsabilidades dos juízes togados ao exercerem funções jurisdicionais.

Modernamente, a doutrina, seguindo o entendimento de Joel Dias Figueredo Júnior,⁴⁰ adota postura intermediária, considerando a arbitragem como instituto de natureza *sui generis*,

³⁸ Vide. DALLA, Humberto Bernardino de Pinho, *Op. Cit.*

³⁹ Id. *Ibid.*

⁴⁰ FIGUEIRA JÚNIOR, Jeol Dias, *Manual de Arbitragem*, p.92.

tendo em vista que nasce da vontade das partes (caráter obrigacional, de direito privado) e ao mesmo tempo regula determinada relação de direito processual (caráter público).

Com o advento da lei 9307/96, tornou-se inegável a natureza jurisdicional da arbitragem, reconhecendo aos árbitros a possibilidade de realizar funções jurisdicionais, proporcionando a jurisdicionalização da arbitragem. Este procedimento já foi, inclusive, reconhecido como meio adequado à resolução de disputa face às garantias constitucionais. De acordo com Hamilton de Barros ao prever o juízo arbitral e ao discipliná-lo, não está o ordenamento excluindo a lesão ao direito individual, ou pessoal, da apreciação do Poder Judiciário. Está, apenas, oferecendo às pessoas mais um meio -facultativo- de acertarem as suas relações.⁴¹

A lei exige como requisitos de admissibilidade do juízo arbitral a aceitação da nomeação pelo árbitro ou árbitros e convenção de arbitragem e, no plano da validade: juízo competente em razão da matéria (esta deverá ser transigível)⁴²; árbitro ou tribunal arbitral imparcial ou sem

⁴¹ BARROS, Hamilton Moraes e, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p.464.

⁴² DALLA, Humberto Bernardino de Pinho *Op. Cit.* considera “*excluídas as matérias de natureza familiar ou de estado, ou seja relativas à capacidade da pessoa ou ao seu estado, bem como as de ordem fiscal e tributária. As causas de falência, concordata, que envolvam coisas fora do comércio, ou que exijam a participação do Ministério Público, também não podem participar da arbitragem. Os direitos metaindividuais, que são indisponíveis, os difusos e coletivos estão excluídos da apreciação pela jurisdição privada. Qualquer disposição em contrário é nula de pleno direito, haveria nulidade absoluta da convenção, pois o objeto é impossível (art. 145, II, CC).*

... Já os direitos individuais homogêneos, podem ser objeto de arbitragem, pois são direitos divisíveis e disponíveis (“são os direitos individuais, cujo titular é perfeitamente identificável e cujo objeto é divisível e cindível. O que caracteriza um direito individual comum como o homogêneo é a sua origem comum”⁴²).

As questões excluídas do objeto da controvérsia podem ser apreciadas incidentalmente, com o escopo de esclarecer ou servir de sustentação à matéria de fundo. Esta apreciação incidental não se confunde com a ação declaratória incidental, se o árbitro não tem jurisdição para conhecer de determinada matéria em sede principal, tampouco a poderá conhecer em sede incidental. Caso se faça necessária a cognição de questão prejudicial para o adequado deslinde da matéria apresentada, o feito deverá ser suspenso até manifestação do Estado-juiz (art. 25). Não há limite de tempo estipulado para esta suspensão.

Merece atenção o caso de um direito de natureza personalíssima, e por isso indisponível, ser afetado (dano à imagem, violação de privacidade, controvérsia relativa a direito autoral etc.) ensejando questões de caráter eminentemente patrimonial. Neste caso embora o litígio se funde em direito da personalidade, o objeto do litígio é o ressarcimento de danos sofridos, razão pela qual poderão valer-se da arbitragem.

Quanto ao direito trabalhista⁴², há de se diferenciar as relações individuais e coletivas, esta última, por texto expresso da constituição, admite a eleição de árbitros quando frustrada a tentativa de negociação coletiva (art. 114, §1º, da CF)⁴². No que tange os direitos individuais, que são indisponíveis pelo trabalhador, a arbitragem é arriscada, pois sempre se presume o prejuízo e o vício de vontade.”

impedimento; capacidade e legitimação processual;⁴³ requerimento ou petição inicial e compromisso arbitral válidos.⁴⁴

Uma vez verificados tais requisitos, o laudo arbitral é exequível. Tratando-se de laudo arbitral internacional, sua homologação será efetuada pelo Supremo Tribunal Federal para ser validado no Brasil.

Por fim, a lei 9.307/96 reconhece autonomia da vontade, permitindo às partes escolherem se a arbitragem se dará por regras de direito ou por equidade. Elas poderão escolher livremente as regras de direito aplicáveis, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública (art. 2º, *caput* e § 1º).

Como vantagens da arbitragem vale listar evitar a opção de o congestionamento habitual dos meios judiciários, confidencialidade e a possibilidade de treinamento dos árbitros no âmbito específico da disputa permitindo maior velocidade e qualidade na decisão.

II - Mediação

O procedimento da mediação caracteriza-se pela ausência de formalidades (salvo a contratação da mediação e o acordo escrito), pela celeridade e pelo sigilo (confidencialidade). É um processo voluntário entre duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas que buscam o

⁴³ DALLA, Humberto Bernardino de Pinho em sua Apostila de Arbitragem para LLM de Direito Empresarial IBMEC: “Não poderão fazer uso da arbitragem, além dos incapazes, o preso, enquanto durar o regime prisional (e não o condenado), o insolvente civil, a massa falida, em face da universalidade dos juízos. Esta é uma matéria relativa à capacidade de estar no juízo arbitral, e portanto é um “pressuposto ... As pessoas de direito público, interno e externo, e de direito privado podem se valer dessa forma de solução de litígios. É possível a arbitragem contra a Fazenda Pública (desde que ela não aja como Estado, ressalva PONTES DE MIRANDA). A pessoa que institui a arbitragem, além disso, deve ter poderes específicos para tanto, ou para dispor dos bens pertencentes à Fazenda. ...”

⁴⁴ Não obstante o reconhecimento da validade da arbitragem, como bem reconhece Rossani Garcez, *Op. Cit.* Pg.71, na hipótese de descumprimento da cláusula compromissória no Brasil dificilmente terá execução específica, resolvendo-se, teoricamente, em perdas e danos.

entendimento consensual entre elas, com a ajuda de terceiro(s) para solução amigável do conflito.⁴⁵

Somente questões a respeito das quais as partes possam deliberar livremente podem ser objeto de mediação (assuntos relacionados a direito de família e sucessões, questões de estado, falência, concordata, questões de direito público - tributos, por exemplo; não podem ser objeto de mediação, nem de qualquer outro tipo de resolução alternativa de disputas).

Deve-se diferenciar "mediação" e "conciliação". Na mediação, uma pessoa que não é parte, mas é escolhida por elas, aproxima e auxilia as partes na investigação e solução do conflito, podendo, ou não, chegar-se a um acordo. O mediador apenas tenta alcançar a solução amigável para o conflito. Na conciliação, conciliador (também terceiro), estimula as partes para um acordo, sugerindo alternativas e condições para a resolução do conflito; ele interfere na composição amigável.

Podemos verificar que a conciliação vem sendo utilizada pela Justiça Estatal para uma rápida solução de conflitos. Por exemplo: a obrigatoriedade de audiência para tentativa de conciliação (artigo 331, do Código de Processo Civil) e a prévia tentativa de conciliação, antes do ajuizamento da reclamação trabalhista (Lei 9958/2000, Comissão de Conciliação Prévia).

Devem ser seguidos todos os ritos que viabilizem o consenso ou a realidade do acordo. Para se ter o início do procedimento as partes precisam estar de acordo quanto a sua utilização sendo este manifestado por escrito em documento que é denominado usualmente "Termo de Mediação", que deve conter todas as regras que regerão o processo, tais como prazos, reuniões, decisões, redação de acordos, custas e remuneração do mediador.

⁴⁵ PROCEDIMENTO DE MEDIAÇÃO – CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO DE SÃO PAULO - www.crasp.com.br em Junho de 2003

As partes podem escolher instituições, entidades especializadas ou preferir profissionais desvinculados de entidades (mediador *ad hoc*)⁴⁶ e podem ser representadas por procuração, sendo facultada a presença de advogado e assessores técnicos, desde que se convençione esta presença entre as partes e o mediador considere útil e pertinente.

A mediação é feita por meio de reuniões do mediador com as partes, em conjunto ou separadamente, respeitado o sigilo e a igualdade de oportunidades. O papel do mediador é conduzir os procedimentos, cuidando para que haja equilíbrio de participação e poder decisório entre as partes. Mas, são as próprias partes que por meio de um acordo põem fim à controvérsia, limitando-se o mediador a auxiliá-las, exercendo por vezes funções de conciliador e interferindo para estimular um acordo.

Dentre as espécies de mediação, podemos citar a *rights-based* (no qual as partes analisam quais seriam os possíveis desfechos do conflito caso este estivesse submetido à jurisdição) e *interest-based* (mais voltado aos interesses e necessidades subjacentes ao conflito). Dentro os estilos de mediação cabe ressaltar *Bargaining and Therapeutic* (modo pragmático de se chegar ao acordo onde há ênfase nos aspectos mais visuais da controvérsia que nos motivos subjacentes) e a *Facilitative and Evaluative* (modo destinado a ajudar as partes a identificar seus reais anseios e interesses para que então seja formulado o acordo).

O procedimento é utilizado em várias áreas. A partir da década de 1970, passou internacionalmente a ser utilizada nos conflitos relativos a questões empresariais, de família e de meio ambiente.

Extingue-se o processo de mediação uma vez alcançado um acordo, com a assinatura do Termo de Acordo pelas partes, por uma declaração escrita do mediador justificando que a

⁴⁶ No Projeto de Lei de Mediação, o Poder Judiciário, antes de julgar o conflito, deve enviar as partes para a mediação e, não sendo por eles escolhido o mediador, a autoridade competente indicará o mediador dentre aqueles profissionais cadastrados para o exercício de tal mister.

composição teve êxito ou não; por uma declaração conjunta das partes dirigidas ao mediador com o efeito de encerrar o processo ou por uma declaração escrita de uma parte para a outra e também dirigida ao mediador, manifestando a vontade de encerrar o procedimento.

As informações da mediação devem ser confidenciais, não devendo ser reveladas a terceiros. Os documentos apresentados ou produzidos durante a mediação devem ser devolvidos às partes e os custos do procedimento, ou seja, as despesas administrativas e os honorários do mediador são rateados entre as partes, salvo disposição diversa no Termo de Mediação.

3.3 A aplicação dos mecanismos de ADR no direito brasileiro

O incentivo à conciliação no Brasil já era ressaltado na Carta Magna de 1824 em seu artigo 161 que tornava obrigatória a tentativa de conciliação.

O Código de Processo Civil Brasileiro de 1973 considera um dever do juiz intentar a conciliação entre as partes nos conflitos patrimoniais provados e nos relativos ao direito de família, onde se admite a transação.

A Lei nº 7.244 de 1984, criando o Juizado de Pequenas Causas, incluiu em suas disposições que se deve buscar sempre a conciliação das partes.

A Constituição de 1988 também impõe aos Estados e a União Federal criar órgãos com atribuições conciliatórias.

Conseqüentemente, a utilização de equivalentes jurisdicionais vem ganhando espaço, como bem reconhece a Exposição de Motivos da Proposta de Lei de Mediação:

“O avanço dos mecanismos extrajudiciais de solução de controvérsias é inegável no Brasil: a partir da vitoriosa experiência dos Juizados Informais de Conciliação, ficou clara a aspiração social por métodos que pudessem servir para a resolução dos conflitos sociais fora dos meandros do Poder Judiciário, cujos órgãos estão sabidamente sobrecarregados e cuja atuação dificilmente consegue a pacificação das partes.”

A criação de centros de arbitragem, impulsionados pela Lei 9.307/96, também ocasionou a abertura dessas instituições à mediação, que floresceu em todo o país.

A edição da Lei 9.307/96 revitalizou o processo da arbitragem como meio de resolução de disputa. Os poderes conciliatórios dos juízes foram incentivados pelo legislador com a edição da Lei 8.952/94 que alterou, entre outros, os artigos 125 e 331 do Código de Processo Civil.

Agora, com o Projeto de Lei de Mediação, torna-se cada vez mais clara a influência e importância de tais métodos de resolução de disputa como alternativa aos meios jurisdicionais no Brasil.

O Projeto de Lei referido, pretende institucionalizar a mediação extrajudicial voltada, ou trazida, ao processo civil, de modo a potencializar a possibilidade de resolução de controvérsias independentemente da intervenção do juiz estatal, estimular a participação popular na administração da justiça e pacificar os litigantes. Investe em duas modalidades de mediação: a primeira, denominada mediação prévia facultativa permite à parte buscar auxílio de um mediador para resolver o conflito previamente ao ajuizamento da medida jurisdicional; a segunda, incidental e obrigatória, após apresentada a demanda (excepcionadas as causas arroladas no art. 5º da lei), visa a extinção do processo sem a necessidade de intervenção do juiz estatal.

Deve-se ressaltar que a adoção de tais meios alternativos, mesmo quando a tentativa é obrigatória por força de lei não fere o disposto no art.5º, inciso XXXV da Constituição Federal, que dispõe a respeito da inafastabilidade do acesso aos tribunais porque, tendo em vista que a parte ou optou por resolver sua demanda desta forma (por termo de mediação ou arbitragem), ou tendo sempre opção de buscar apoio jurisdicional (Projeto de Lei de Mediação art. 9º, § 3º).

Ainda, como bem ressaltado na exposição de motivos do projeto de lei de mediação, tais procedimentos, garantida a sua seriedade, outorga, as partes à mesma solução de disputa com vantagens de celeridade e flexibilidade, demonstrando-se, portanto, benéficos e recomendáveis.

Pelas leis em vigor e o projeto de lei de mediação que prevê uma preparação dos mediadores com a contribuição da Ordem dos Advogados do Brasil veremos a devida capacitação e seleção dos profissionais, e o controle de suas atividades.

Ainda, sempre haverá o controle do Poder Judiciário, complementado pelo da Ordem dos Advogados do Brasil e dos outros órgãos oficiais profissionais.

CAPÍTULO II - Negociação

“Negociar v. int. **1.** Fazer negócios; comerciar. **2.** Manter relações para concluir tratados ou convênios. **3.** Concluir, ajustar. **4.** Comprar ou vender.”⁴⁷

“Negotiation”⁴⁸ 1. A consensual bargaining process in which the parties attempt to reach agreement on a disputed matter. • Negotiation usually involves complete autonomy for the parties involved, without the intervention of third parties. 2. (usu. pl.) Dealings conducted between two or more parties for the purpose of reaching an understanding. 3. The transfer of an instrument by delivery or endorsement whereby the transferee takes it for value, in good faith, and without notice of conflicting title claims or defenses.”

1. Definição

Analisando os conflitos e a sua relação com a resolução destes devemos citar Colaiácovo:⁴⁹

⁴⁷ AURELIO, Mini Dicionário, 2ª Edição revista e ampliada, Ed. Nova Fronteira

⁴⁸ GARNER, Bryan A., Black Law Dictionary, Second Pocket Edition, West Group

⁴⁹ COLAIACOVO, Juan e Cynthia, Conflito organizacional e Negociação - consultado em 13.11.03 *in* http://216.239.41.104/search?q=cache:KPZISMra_5MJ:www.forvm.org.br/SR%2520Alunos/sr422.pdf+conflito+e+negocia%C3%A7%C3%A3o&hl=pt&ie=UTF-8

O conflito tem estado presente de maneira latente em qualquer tipo de interação humana. Surge quando é necessário resolver um impasse que envolve posições extremas, em que por um lado uma das partes procura impor sua vontade e de outro a outra parte concede uma saída deixando de lado seus direitos e interesses.

Entre os extremos existe uma variada gama de atitudes e condutas intermediárias para caracterizar a relação das partes definidas por competição e cooperação. É fato que buscamos soluções criativas num ambiente de confiança e amizade e que é incontestável que nas relações humanas as pessoas tentem a ser independentes e por isto se tornam unilateralmente dependentes. Nesta realidade, as partes normalmente fazem esforços empregando táticas que reduzam o grau de dependência. No conflito que tem natural interdependência, a tendência é obter a solução através do processo de negociação.

Este quadro de negociação depende não somente da natureza do conflito como também da percepção que as partes têm deste conflito.

A organização tem sido estudada e analisada sobre o fator humano pelo peso de suas ações de conflito que anteriormente era encarado como algo disfuncional.

A capacidade de competição tem dado ingresso ao conflito coletivo, individual e interorganizacional abrangendo os diferentes níveis organizacionais de tratamento dos conflitos. O conceito conflito - negociação está sendo aceito pela comunidade acadêmica como o novo paradigma da “ciência da administração

A negociação é a forma mais tradicional de solução de conflitos e a mais acessível. É a qual as partes, mediante tratativas, auto-compõem seus conflitos, de forma amigável e independente.

Obviamente, inexistindo a intervenção de terceiros, a negociação sujeita as partes a uma possível falta de controle por inexistir um terceiro regulador,⁵⁰ permitindo, inclusive, alguns abusos. Entretanto, a parte que negocia um acordo, vislumbrando tal desproporcionalidade pode se utilizar de meios tradicionais de solução de disputa, ou requerer o auxílio de um mediador, árbitro ou terceiro neutro. Ainda, as técnicas existentes, como veremos a seguir, permitem ultrapassar tais posturas e chegar a um acordo justo.

⁵⁰ Sobre o assunto veja URY, William, *The Third Side*

2. Regras Aplicáveis à Negociação

Nos Estados Unidos, a lei de contratos impõe o dever de boa fé durante quaisquer tratativas negociais. De acordo com Williams, tais leis regeriam de certa forma a atuação durante a negociação, que seria a fase antecessora ao contrato.⁵¹

No Brasil, inexistem regras aplicáveis à negociação. Entretanto, uma interpretação do Novo Código Civil e da Boa Fé, podemos depreender uma obrigatoriedade com lisura:

“Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

Assim, seguindo a mesma interpretação de Williams acima disposta, o negociador que agisse de má fé e gerasse um prejuízo comprovado às partes poderia vir a ser responsabilizado, conforme o direito obrigacional.

Note-se que o Novo Código estabeleceu diversas formas de responsabilidade civil.

O Artigo 927, combinado com os Artigos 186 e 187, determina a obrigação de reparação de dano decorrente de ato ilícito⁵² ou de abusos. A responsabilidade civil extra-contratual por fato lícito encontra-se nos Artigos 929 e 930 combinados com o Artigo 188 (hipóteses específicas em que a lei entendeu que não obstante a licitude do ato seria o caso de garantir o direito a reparação). Já o Parágrafo único do Artigo 927 e Artigos 931, 933 adotam de forma expressa a responsabilidade objetiva (também exemplificada nos Artigos 936, 937 e 938).⁵³

⁵¹ Sobre o assunto veja WILLIAMS, Gerald R., *Legal Negotiation and Settlement* pg 91

⁵² A ilicitude de conduta está no procedimento contrário a um dever pré-existente, tratando –se de violação de ordenamento jurídico. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. P. 654

⁵³ Sobre as diversas formas de responsabilidade veja Eugênio Facchini Neto. *Da responsabilidade civil no Novo Código*. que assim comenta na página p. 155: “o foco atual da responsabilidade civil, pelo que se percebe da sua evolução histórica e tendências doutrinárias, tem sido de estar centrada cada vez mais no imperativo de repara um dano do que na censura de seu responsável.”

Há duas espécies básicas de responsabilidade: a que deriva da culpa ou do ato ilícito/abusivo e a objetiva, onde a lei presume que a parte, por exercer determinada posição jurídica ou atividade, tem o dever de reparar o dano⁵⁴ decorrente.⁵⁵

A quantificação da reparação, entretanto, nos termos do Artigo 944 do Código Civil, mede-se pela extensão do dano, permitindo tal norma que se reduza, equitativamente, a indenização se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano⁵⁶ bem como limitar o valor desta havendo concorrência de culpas.

Vale verificar que o Código Civil⁵⁷ permite a cobrança não só dos danos emergentes, mas também o lucro cessante que é o reflexo futuro do ilícito. Entretanto, este somente será remunerado constatando razoabilidade e probabilidade objetiva de que este resulte do curso normal em face das circunstâncias do caso concreto.⁵⁸

Assim, será possível buscar a responsabilidade da parte configurando-se uma das hipóteses legais.⁵⁹

⁵⁴ Dano é a lesão de um bem jurídico, sendo o dano moral já consagrado pelo direito, de acordo com TEPEDINO, BARBOZA e MORAES. *Código Civil Interpretado conforme a constituição federal da República*. P. 334 /5.

⁵⁵ Sobre o tema vide VIEIRA, Iacyr de Aguiar. *Deveres de Proteção e Contrato*. e MIRANDA, José Gustavo Souza. *A proteção da confiança nas relações obrigacionais*.

⁵⁶ Eugenio Facchini Neto entende que tal dispositivo não se aplica aos danos extra-patrimoniais, “*permanecendo inalterada a recomendação de se levar em consideração, no arbitramento do valor dos mesmos, dentre outros fatores (como a intensidade da culpa, as circunstâncias do evento, a duração dos efeitos, a repercussão dos mesmos na vida da vítima, etc.), também a condição sócio-econômica tanto da vítima quando do agente.*” *Op. Cit.* p. 184

⁵⁷ Art. 402. *Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.*

Art. 403. *Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.*

⁵⁸ Inclui também as perdas de chances. De acordo com *Código Civil Interpretado conforme a constituição federal da República*. P. 726/7

⁵⁹ Há discussão acerca da possibilidade de questionamento de fato quando decidido no juízo criminal. Eugênio Facchini Neto (*Op. Cit.* p. 181) contudo entende que o novo diploma civil passou ao largo da controvérsia que havia se instituído posteriormente ao Código de 1916 (com o Artigo 91, I do Código Penal, Artigos 63 a 68 do Código de Processo Penal e Artigo 584, II do Código de Processo Civil).

O Novo Código Civil ainda contempla a figura do enriquecimento sem causa, que poderá ensejar o dever de restituir como também serve para estabelecer limites. Vejamos os dispositivos aplicáveis:

Artigo 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Artigo 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

Artigo 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.

Assim, é possível obter indenização provados os seguintes pressupostos, conforme Daniel Ferreira da Ponte:⁶⁰

a) enriquecimento de uma parte: deve haver incremento patrimonial do beneficiado, seja mediante acréscimo no patrimônio, seja por economia de despesas, através de redução do passivo (“enriquecimento negativo”). Enriquecimento real (valor objetivo e autônomo da vantagem adquirida) x enriquecimento patrimonial (diferença para mais no patrimônio) – o último prevalece, por viabilizar a cobertura do “enriquecimento negativo”. A extensão do acréscimo patrimonial constitui o limite do valor devido na *actio in rem verso*.

b) empobrecimento da outra parte decorrente do enriquecimento: o enriquecimento deve ocorrer à custa de outrem. Não precisa que seja redução patrimonial, basta que haja privação de um valor a que a pessoa faria jus. O empobrecimento pode dar-se na forma de transferências patrimoniais ou na exploração de bens, trabalhos ou direitos alheios.

c) ausência de causa que justifique o enriquecimento: a causa justa é aquela reconhecida pelo ordenamento jurídico. Ainda que não haja um fundamento econômico imediato, o ordenamento pode reputar justas determinadas causas, como o usucapião e a prescrição (v. Artigo 885, nCC – o dever de restituir pode decorrer da circunstância de a causa deixar de existir).

d) subsidiariedade. A *actio in rem verso* só pode ser usada quando inexistente outro meio à disposição do empobrecido. Isso torna o instituto mais difícil de ser usado.

Não se confundem a responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa: este tem como foco o acréscimo patrimonial indevido de alguém e aquela enfoca a lesão da vítima, a redução de seu patrimônio em razão de ato ilícito.

Desta, forma, verificados tais pressupostos, é possível buscar-se a indenização ainda quando não verificar prejuízo derivado de tais atos.

⁶⁰ PONTE, Daniel Ferreira da, *Do Enriquecimento sem Causa*.

Ainda, poderá ser alegado o enriquecimento sem causa por parte do lesado pela prestação de informações incorretas, omissão intencional quando haveria obrigação de informar ou qualquer atividade da parte durante a negociação que gerar à outra, prejuízo indevido.⁶¹

Obviamente, existem limites para obrigação de informar e uma zona cinzenta permite blefe e a omissão como comumente ocorre na prática do mercado. Entretanto, não iremos aprofundarmo-nos sobre o dever de informação na fase pré-contratual por exceder o tema ora tratado.

Em breve análise, podemos constatar que o estudo da responsabilidade pré-contratual mostra que o fundamento da respectiva pretensão indenizatória consiste na quebra na confiança incutida na parte inocente ao longo das negociações mantidas entre as partes.

Pontes de Miranda, traçando os parâmetros do comportamento esperado daqueles que mantêm tratativas, de forma inédita, assim dispôs:

“...O que em verdade se passa é que todos os homens têm de portar-se com honestidade e lealdade, conforme os usos do tráfico, pois daí resultam relações jurídicas de confiança, e não só relações morais. O contrato não se elabora a súbitas, de modo que só importe a conclusão, e a conclusão mesma supõe que cada figurante conheça o que se vai receber ou o que vai dar. Quem se dirige a outrem, ou invita outrem a oferecer, ou expõe ao público, capta a confiança indispensável aos tratos preliminares e à conclusão do contrato.”⁶²

Exige-se, então comportamento adequado à confiança depositada pela outra parte, conforme usualmente se espera de terceiros de boa-fé. É a noção de boa-fé objetiva, hoje

⁶¹ Código Civil de 2002:

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.

⁶² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, p. 320/321.

consagrada como prevalente no Direito das Obrigações, em oposição à antiga boa-fé subjetiva, que se mostrou segundo a Doutrina, inadequada para a disciplina das relações obrigacionais.⁶³

Deve-se notar que o direito civil, em especial o direito contratual, encontra-se sofrendo processo de funcionalização e afastamento da idéia de patrimônio e liberdade individual, sendo cada vez mais influenciado pela boa-fé objetiva, a função social do contrato e o equilíbrio econômico, princípios de nosso ordenamento.⁶⁴

A normatividade dos princípios jurídicos teve início quando se verificou, a partir do século XIX, que o sistema jurídico fechado consubstanciado em corpo de leis não alcançava todas as situações que se pretendia reger, adotando-se os princípios gerais como fontes de direito.⁶⁵ Decorrência de tal entendimento é a verificação da crescente união entre o direito público e privado contemporâneo que têm como norma basilar de todo ordenamento a constituição federal.⁶⁶

O Princípio da boa-fé objetiva, hoje consolidado no Código Civil,⁶⁷ tem respaldo constitucional, de acordo com a doutrina nacional, não obstante haver divergência sobre o tema.⁶⁸

⁶³ Sobre boa fé objetiva e subjetiva veja PONTE, Daniel Ferreira da, *Tutela da confiança e responsabilidade pré-contratual: O dever de informação como desdobramento da boa-fé objetiva*

⁶⁴ Sobre função social do contrato e seus aspectos econômicos vide MUNIZ, Joaquim Paiva. *Considerações sobre certos institutos de Direito Contratual e seus Potenciais efeitos Econômicos*.

⁶⁵ Sobre a boa-fé como princípio geral de direito vide NEVES, José Roberto de Castro, *Boa-fé objetiva: posição atual no ordenamento jurídico e perspectivas de sua aplicação nas relações contratuais*. P. 169

⁶⁶ Sobre o tema e as características dos princípios vide SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*.

⁶⁷ Vide MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro*.

⁶⁸ Regis Fichtner, contudo, nega o status constitucional do princípio da boa-fé. “É motivo de controvérsia a questão relativa à possibilidade de ser visualizada na Constituição Federal brasileira o fundamento para a aplicação do princípio da boa-fé como cláusula geral no direito brasileiro. Os incisos II, III e IV, do Artigo 1º, da Constituição Federal, se referem à cidadania, à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos do Estado Democrático de Direito. O Artigo 3º, I, da Constituição Federal dispõe que constituem objetivos fundamentais do Estado construir uma sociedade livre, justa e solidária. O texto constitucional cria, portanto, certas exigências de conduta ético-social, coincidentes com as que compõem o princípio da boa-fé, especialmente quando se refere à construção de uma sociedade justa e solidária. Não se pode extrair dessas regras, contudo, que o princípio da boa-fé esteja positivado em sede constitucional. Corroborando a correção dessa assertiva, não parece possível apontar a violação da Constituição Federal e se provocar a intervenção do Supremo

Teresa Negreiros,⁶⁹ por exemplo, entende o princípio da boa-fé como especificação do princípio da dignidade da pessoa humana:

A fundamentação constitucional do princípio da boa-fé assenta na cláusula geral da tutela da pessoa humana – em que esta se presume parte integrante da comunidade e não um ser isolado, cuja vontade em si mesma fosse absolutamente, soberana, embora sujeita a limites externos.

José Roberto de Castro Neves,⁷⁰ por sua vez, sustenta que o princípio da boa-fé deriva dos objetivos fundamentais da República:

Para alguns, a boa-fé objetiva estaria inserida nos fundamentos da república, especificamente no respeito à dignidade de pessoa humana (Artigo 1º, III, da Constituição Federal). Para outros, o princípio estaria resguardado nos objetivos fundamentais da república, Artigo 3º, I, que fala da constituição de uma sociedade justa, livre e solidária.

Examinemos as duas possibilidades. No primeiro caso – a boa-fé objetiva como consequência do respeito à dignidade humana –, o raciocínio utilizado é simples: a boa-fé objetiva consiste na conduta adequada. Através dessa conduta correta se garantirá a dignidade da pessoa humana, pois, estar-se-á evitando que alguém sofra uma deslealdade. A falha dessa assertiva está em que nem todas as relações jurídicas envolvem a pessoa humana. No caso, por exemplo, da humilde mercearia que toma empréstimo de um poderoso agiota, pode haver violação ao princípio da boa-fé objetiva, mas o lesado será a pessoa jurídica. Entretanto, caso se entenda que o embasamento da aplicação do princípio está no amparo à dignidade da pessoa humana, não se poderia invocar essa proteção no caso citado, porque a parte lesada será uma pessoa jurídica.

Na segunda acepção, o princípio da boa-fé objetiva estaria previsto entre os objetivos fundamentais da república, uma vez que a Constituição pretende garantir uma sociedade livre, justa e solidária (Artigo 3º, I, da Constituição Federal). Muito evidente que, para se atingir uma sociedade livre, justa e solidária, o direito deve prestigiar as condutas corretas. Esta acepção não possui qualquer restrição.

Conclui-se então, que (1) a primeira possibilidade é válida, mas nem sempre será aplicável; (2) O segundo enfoque é sempre aplicável; e (3) as duas acepções podem co-existir, sendo que a segunda estará sempre presente

Tribunal Federal em uma decisão judicial que negue a aplicação do princípio da boa-fé” (PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual*, pp. 64/65).

⁶⁹ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. p. 117.

⁷⁰ NEVES, José Roberto de Castro. *Op. Cit.* p. 171.

Embora divergindo sobre o fundamento, como acima mencionado, há concordância de ambos que o princípio da boa-fé encontra sólido respaldo constitucional.⁷¹

A boa-fé objetiva adotada nas relações contratuais e pré-contratuais exige determinado padrão de conduta razoável, imputando às partes, independente de aspectos subjetivos, deveres e limitações. Servirá então para impor limites ao exercício de direitos nas relações negociais, obrigações adicionais de proteção e cuidado em respeito à situação de confiança existente e auxiliar na interpretação dos contratos existentes que eventualmente decorram destas.

Assim, não qualquer atitude contraditória que o Direito reprova. Só se pode ter por ilegal a ação que, de acordo com o caso concreto, tenham incutido na parte contrária confiança e que tal confiança foi base para ações e/ou decisões da outra parte.

Ou seja, um dos requisitos de configuração da responsabilidade pré-contratual é a existência de relações negociais.

Em relação à responsabilidade decorrente de ruptura injustificada das relações negociais, a questão é mais difícil. O simples comportamento contraditório no curso de negociações não constitui, em si, um ilícito, pois é inegável a existência de um direito potestativo de não contratar.

Assim, o direito a indenização não decorre da simples desistência durante a negociação. A pretensão indenizatória baseada na responsabilidade pré-contratual surge em situação de tal intensidade que levem as partes a confiar na celebração de um negócio jurídico válido.

Para tanto, exige-se a existência de culpa, exceto se a lei obrigacional dispensa tal requisito,⁷² danos, sendo que no caso de danos por ruptura de negociação a doutrina entende que

⁷¹ SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. Entende haver fundamento tanto no Artigo 170 quanto no Artigo 3º I da Constituição Federal. Em *A Boa-Fé Objetiva na Relação Contratual*. Lucas Abreu Barroso e Mário Lúcio Quintão Soares, também reconhecem que há base constitucional. Em *Os princípios informadores do novo Código Civil e os princípios constitucionais fundamentais. Lineamentos de um conflito hermenêutico no ordenamento jurídico brasileiro*.

⁷² Veja sobre o assunto PONTE, Daniel Ferreira da, *Tutela da confiança e responsabilidade pré-contratual: O dever de informação como desdobramento da boa-fé objetiva*

seriam devidos danos por conta da confiança depositada e a perda de contratação de um terceiro,⁷³ e nexos de causalidade.⁷⁴

Sobre o dever de fornecimento *espontâneo* de informações durante as tratativas, o Código Civil estabelece em seu artigo 147 que:

“nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado”.

Ou seja, de acordo com tal norma, durante as negociações prévias, há o dever de informar a parte de fato ou qualidade, que sejam determinantes para a formação da vontade a respeito da celebração do negócio e sejam por esta ignorados, ou seja, que não tinha ou deveria ter conhecimento. Não cabe a parte, logo, prestar informações que seriam de obrigação da outra parte obter, ou que esta poderia facilmente alcançar⁷⁵.

Ora, tal obrigação vai de encontro a tese negocial de manutenção de informações.

Em relação à vinculação do proponente à proposta, a obrigação é prevista no Código Civil (artigo 427 do Código de 2002), tendo sido estendida no âmbito do Consumidor pelo Código de Defesa do Consumidor (artigo 4º, inciso III e artigos 30,31 e 35)⁷⁶, demonstrando que a lei incide mesmo na fase pré-contratual.

Entretanto, se é possível haver responsabilização por atos na fase pré-contratual, devendo haver uma postura de boa-fé durante a mesma, é da natureza da negociação certo nível de omissão ou blefe. Mesmo adotando o estilo de negociação mais cooperativo, haverá informações

⁷³ Veja em PEREIRA, Regis Fichtner. *Op. Cit.*

⁷⁴ Sobre a teoria da causalidade adequada veja CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, São Paulo, Ed: Malheiros, 2003, 4ª edição.

⁷⁵ PONTE, Daniel Ferreira da, *Op. Cit.* pg. 35 a 40.

⁷⁶ Sobre o assunto veja AZEVEDO, Antônio Junqueira de, *A boa-fé na formação dos contratos* e MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*.

que não devem ser divulgadas à outra parte, vez que poderia inviabilizar um resultado positivo para uma das partes.

Nestas situações, torna-se difícil determinar o nível de troca de informações que se consideraria como imprescindível e legal. Os limites do dever de informar, temperados com a malícia aceitável em determinadas situações, se difíceis de determinar, podem causar responsabilidade ou até nulidade de um negócio firmado, se posteriormente verificada ilegalidade. Assim, se não nos cabe aqui determinar o que seria considerado como permitido ou não pela lei e os costumes, devemos atentar para o fato de que qualquer negociador estará sujeito a tais limites e normas, cabendo respeitá-las da melhor forma.⁷⁷

Não obstante, um treinamento das partes na arte da negociação e um conhecimento do direito aplicável pode ser útil para facilitar a obtenção de soluções pacíficas e evitar negócios inválidos ou litígios futuros.

3. Espécies Diversas

I - Distributiva⁷⁸

Consideranda a negociação como se uma só parte fosse ganhadora, tal forma negocial entende seu objeto como algo fixo. Discute-se apenas um valor ou questão determinada, em situação de que quando uma parte ganha, a outra inegavelmente perde. Assim, a parte buscará obter a maior vantagem possível, ou seja, o maior preço para o vendedor e o menor, para o comprador. Nota-se, aqui, um cabo-de-guerra negocial.

⁷⁷ Sobre o assunto veja PEREIRA, Regis Fichtner. *Op. Cit.* e PONTE, Daniel Ferreira da, *Op. Cit.*

⁷⁸ NOBLE, Thomas, *Improving Negotiation Skills: Rules for Master Negotiators*

O relacionamento entre as partes pouco importará a parte que entender a negociação como distributiva. Usualmente, trata-se de questões em que as partes não vislumbram futuro relacionamento.

Neste caso, informação é vital nesta espécie de negociação tendo em vista que o conhecimento de fraquezas e preferências permite a outra parte utiliza-las em seu benefício.

Recomenda-se e sugere-se como tática, para esta espécie de negociação:

- (i) Atentar para a primeira oferta na mesa;
- (ii) Não divulgar informações significantes;
- (iii) Obter a maior quantidade de informação da outra parte e explorar isso; e
- (iv) Não exagerar nas demandas para evitar uma ruptura nas tratativas.

Como crítica desta tática em relação às normas e princípios do direito civil, podemos criticar que algumas informações, se não prestadas, poderão ser consideradas má fé da parte, podendo, inclusive posteriormente ser alegada tal má fé. Isto poderá então gerar um negócio jurídico questionável e responsabilidade civil decorrente.

II - Integrativa

Nesta espécie de negociação, as partes cooperam de forma a atingir benefícios máximos integrando seus interesses bem como competindo para dividir o valor. Pode-se fazer então uma divisão mental em duas fases: criação e divisão de valores.

Normalmente, referem-se a situação em que as partes terão relação continuada e podem se beneficiar mutuamente. Entende-se aqui, que como há criação de valores pela combinação das partes, pode-se gerar uma situação em que todos ganhem. Tal possibilidade, é decorrente do fato

de que, em muitas situações a aparente divergência é ultrapassada após um estudo mais aprofundado de interesses das partes, resultando em uma feliz cooperação.

Como receita para tal espécie, a Escola de Harvard ⁷⁹sugere algumas táticas:

- (i) Prover informações significantes sobre as circunstâncias envolvidas;
- (ii) Explicar a outra parte como o negócio pode lhe ser favorável;
- (iii) Revelar preferência sobre assuntos e opções;
- (iv) Considerar e por em discussão quaisquer capacidades adicionais ou recursos que podem auxiliar ou ser de interesse da outra parte; e
- (v) Utilizar o que foi informado para criar opções que irão atender, da melhor forma possível, os interesses de ambas as partes.

Esta espécie de negociação já está mais de acordo com os princípios de boa fé exigidos pelo ordenamento Brasileiro. Entretanto, trata-se de uma forma de negociação que nem sempre poderá ser utilizada vez que a existência de relação continuada e vontade de cooperação de ambas as partes não é a regra.

III - Competidora ou Agressiva

Tal técnica, como a distributiva, busca a vitória buscando maximizar os ganhos e destruir a outra parte. Para tanto, pode utilizar-se de ameaças, truques sujos, destorcer verdades e dissimular fatos buscando uma vitória unilateral.

De acordo com Alessandra Nascimento⁸⁰ citando o teste criado por Kenneth W. Tomas e Ralph Kilmann o negociador que adota esta tática:

⁷⁹ HARVARD BUSINESS, *Negotiation*, Harvard Business School Press, 2003

⁸⁰ SILVA, Alessandra Gomes do Nascimento, *Técnicas de Negociação para Advogados*

“é ávido, determinado e impaciente. Toma partido e geralmente gosta de manter o controle da reunião, querendo determinar como ela deve ser estruturada. Faz propostas ambiciosas e se mantém nelas forte e firme, recusando qualquer tipo de intimidação.”

Cabe aqui as mesmas observações efetuadas à distributiva acerca da possibilidade de tais táticas implicar em uma infração aos princípios regentes e regras legais Brasileiras.

IV - Conciliadora ou Cooperativa

“É mais fácil obter o que se deseja com um sorriso do que à ponta da espada.

(William Shakespeare)⁸¹”

Buscando o acordo, esta tática pretende que agindo de forma justa, maximizando a importância de manutenção de boas relações, estará se aproximando de um bom acordo. Utiliza-se de postura gentil, adotando postura aberta e realista e faz concessões na expectativa de que o oponente seja moralmente obrigado a fazer o mesmo.

Os elementos da postura cooperativa, é mover-se psicologicamente para a outra parte buscando elementos, interesses e valores comuns, utilizando-se de argumentos racionais e buscando cooperação. A finalidade é chegar a uma solução justa com base em uma análise objetiva dos fatos e da lei. O cooperativo, demonstrando boa fé e confiança, fará concessões esperando que a outra parte corresponda e atuará calculadamente para gerar tal resposta da outra parte.⁸²

Aqui vemos um entendimento diferente do competitivo. Não se tratam de partes opostas, mas sim que atuam em conjunto para juntas chegar a uma solução.

⁸¹ CHALLITA, Mansour, *Op. Cit.* pg. 74

⁸² WILLIAMS, Gerald R., *Legal Negotiation and Settlement*, West Group 1983

Como grande vantagem da postura cooperativa, temos a produção de mais resultados favoráveis e menos “breakdowns” na negociação. Entretanto, tal postura se não utilizada adequadamente, pode gerar abusos da outra parte que se aproveitará da boa vontade do conciliador ou até uma aparente fragilidade para o negociador competitivo mais preconceituoso.

Neste caso, o cooperativo ficará sujeito a abusos pela outra parte, novamente implicando em possíveis infrações dos princípios da boa fé.

V - Evasiva ou Distrativa

O negociador que adota esta tática busca distrair a outra parte almejando a vitória apesar de incerto de como alcançar tal propósito. O objetivo é sobreviver à negociação sem perdas. Podem utilizar-se de três padrões: ataques, apaziguar ou postergar a questão. Costumam evitar adotar posições firmes e perdas.

VI - Analítica

Tal tática é adotada pelos que buscam o porquê das disputas e das posições pertinentes . Ao invés de pretender resolver o problema, buscam entendê-lo. Costumam basear-se em critérios objetivos e buscar opções diversas. Obviamente, perdem a objetividade em solucionar a questão

VII - Idealista

É a postura que busca a Verdade. Procurando a justiça abstrata, por vezes sem atentar aos fatores humanitários, tais negociadores muitas vezes são dominados pelo que consideram como real não obstante os prós e contras da mesma. Costumam ser honestos dedicados e sinceros. Por outro lado, esta ideologia pode causar inflexibilidade e posições intensas e veementes e até irrealistas.

3. Técnicas de Negociação da Escola de Harvard – Chegando ao Sim

Oriundo do Programa de Negociação, da Faculdade de Direito de Harvard, Chegando ao Sim, inovou com a teoria de técnicas negociais e logo se tornou importantíssima no cenário mundial de resoluções de disputas por meios alternativos.

O texto contempla que o ideal tradicional de negociação, baseado em evitar concessões e uma postura agressiva, nem sempre pode gerar o resultado mais apropriado para a situação em tela, propondo técnicas alternativas e indicando a importância da preparação à negociação e sugere uma postura de “joint problem solving” ou “resolução conjunta do problema” podendo ser uma opção favorável para manutenção de um bom relacionamento e a obtenção de um acordo eficaz.

Devemos, então, analisar suas propostas de fases e métodos negociais.

Separe as Pessoas do Problema

“Be hard on the problem, soft on the people”

Negociação, como qualquer situação que pretende resolver conflitos, envolve inegavelmente, relações inter pessoais nas quais as características de cada parte, personalidade e idéias pode impedir que se alcance o objetivo principal de acordo. Conforme bem colocado na tradução de Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges⁸³:

⁸³ FISCHER, URY & PATTON, Roger, William & Ury, *Como chegar ao Sim – A negociação de acordos sem concessões*

Todos sabem como é difícil lidar com um problema sem que as pessoas se interpretem mal, zanguem-se ou fiquem irritadas e tomem as coisas em termos pessoais.

Deve-se estar atento para o aspecto humano da negociação tendo em vista que este pode ser útil o desastroso. Criando uma relação boa com a outra parte com a qual se negocia semeia-se a possibilidade de um acordo favorável ou de mais fácil obtenção. Mal entendidos, criados por sentimentos negativos, por sua vez, reforçam atitudes preconceituosas e produzem reações contrárias em círculos viciosos.

Ainda, a manutenção de um relacionamento amigável entre as partes pode ser importante para futuras relações. Assim, ao atentar-se para o fato de que se lida com pessoas - e que estas podem se sentir atacadas pela simples menção do problema ou uma forma de apresentar as questões – deve-se também evitar permitir que as pessoas extraiam de comentários substanciais inferências infundadas, passando a tratá-las como verdades.

“Resposta branda apaga a ira (Salomão, Provérbios)”⁸⁴

Preocupando-se em separar a questão pessoal da material, tratar-se-á de cada problema com a técnica e a forma mais adequada. Para problemas psicológicos, técnicas psicológicas, permitindo que cada parte extravase suas emoções para que a comunicação seja a melhor possível. A emoção da outra parte deve ser reconhecida e compreendida tanto quanto sua própria, que deve ser explicitada para permitir que sua legitimidade seja reconhecida. Ao se deixar a outra parte desabafar, torna-se mais fácil lidar com emoções negativas. A comunicação verbal e utilização de gestos simbólicos devem ser maximizadas de forma a permitir uma verdadeira troca entre as partes.

⁸⁴ CHALLITA, Mansour, *Op. Cit.* pg 74

Deve-se buscar compreender o pensamento da outra parte, pois as diferenças podem ser somente aparentes ou ultrapassáveis por um bom argumento. Para tanto, recomenda-se colocar no lugar do outro, vendo a situação como o outro lado a vê e evitando deduções a partir de seus próprios temores.

Culpar o outro pelo seu problema também é visto como uma atitude contraproducente visto que, colocado sob ataque, a parte torna-se defensiva e resistente. Contrariamente, deve-se discutir abertamente as percepções de cada um de forma franca e honesta sem responsabilizar a o outro pelo problema, permitindo que cada parte tenha uma visão dos interesses (e da importância desses) da outra.

Ademais, sabendo quais são os valores da outra parte e tornando suas propostas compatíveis com estes, caminha-se para aceitação destas. Entretanto, a boa comunicação é imprescindível para qualquer negociação. Conforme já mencionado acima, deve ser eliminada qualquer possibilidade de má interpretação, buscando deixar claro todas as posições e demonstrar a existência de preocupação em entender o que está sendo dito pela outra parte. Em suma, ser *duro no problema e suave com as pessoas*.

Ressalto, que mesmo nas situações em que aparentemente não haveria necessidade de manutenção de boas relações, no mundo de crescente relações internacionais atual, a criação e cultivo de parcerias ou somente não inimizadas pode ser extremamente útil. Até mesmo quando utilizando-se das técnicas de negociação agressivas e não cooperativas, deve-se atentar se ao fazê-lo não está se destruindo o objeto da negociação. Ou seja, não devemos criar inimizadas pois não sabemos o futuro. Ora, mesmo em situações de guerra, Sun Tsu em sua infinita sabedoria bem dizia:

Lutar e vencer em todas as batalhas não é a glória suprema; a glória suprema consiste em quebrar a resistência do inimigo sem lutar. Na prática da arte da guerra, a melhor coisa é

tomar o país inimigo totalmente e intacto; danificar e destruir não é tão bom. Assim, também é melhor capturar um exército inteiro e não destruí-lo...

Não barganhe com posições

Tradicionalmente, qualquer negociação tende a concentrar-se em determinadas barganhas posicionais, nas quais cada parte defende sua própria, fechando-se em um cabo de guerra no qual cada concessão é vista como uma demonstração de fraqueza. Logo, quanto mais cada parte justifica sua posição e busca alterar a da outra parte, mais difícil se torna mudar seu pensamento e, portanto, chegar a um acordo. A agressividade que comumente acompanha tais negociações gera um risco para a manutenção do relacionamento futuro. O método proposto em Chegando ao Sim pretende evitar esse impasse buscando alcançar o melhor resultado para as partes que negociam conjuntamente.

Como exemplo típico de uma situação nas quais posições opostas podem ter interesses convergentes verificamos o caso no qual as duas partes pretendem obter uma laranja. Ocorre que existe somente uma única laranja e esta é pretendida por ambas. Num primeiro momento se concluiria que o melhor resultado seria obtido repartindo esta ao meio. Entretanto, se buscarmos os interesses das partes, é possível que uma delas pretenda fazer um suco, sendo necessário para esta somente o sumo, enquanto para a outra, que pretende fazer um bolo, somente a casca é precisa. Assim, satisfaz-se ambas as partes sem que nenhuma tenha que fazer concessões.

Para identificar interesses deve-se questionar o porquê de cada posição da outra parte e o pensar na escolha desta. Como as partes costumam ter vários interesses a serem protegidos, os mais importantes devem ser preferidos. Reconhecendo os objetivos do outro como parte do problema, sendo mais flexível nas decisões, ultrapassar-se-á a problemática de se restringir a situações de poucas opções e difícil retroação.

Invente Opções de Ganhos Mútuos

Como bem explicitado no exemplo da laranja, nem sempre a resposta que se teria em um julgamento prematuro é a mais adequada. Chegando ao sim recomenda a utilização de um *brainstorm* ou uma “tempestade de idéias” para possibilitar a visualização de uma alternativa mais favorável. Parte-se de uma sessão livre onde todos contribuem com as idéias mais variadas para uma seleção de opções concluindo-se com algumas preferidas. Assim, examinar-se-á uma gama de opções outorgando às partes múltiplas propostas, aumentando-se, assim, a possibilidade de acordo numa espécie de análise combinatória invertida. Ou seja, quanto mais opções, maior a chance de acordo⁸⁵.

Insista em Critérios Objetivos

*O melhor argumento é aquele que parece ser uma simples explicação (Dale Canegie)*⁸⁶

A utilização em critérios objetivos de avaliação de propostas e geram uma maior razoabilidade na discussão de opções. Assim, a sensação de justiça é maior e, portanto, as partes tendem a agir de forma mais sensata e eficiente. Padrões como valor e costume de mercado, índices, etc... tendem a dar base às soluções são mais facilmente aceitos. Da mesma forma, o procedimento justo na negociação em si garante às partes a possibilidade de acordo que agrada a ambos. É o tradicional exemplo da divisão de bolo “um corta o outro escolhe” ou da escolha da

⁸⁵ Como bem comenta Alessandra Nascimento Silva as opções são úteis tendo em vista que as partes podem ter valores diferentes seja quanto aos recursos, prognósticos, visão de risco e tempo. SILVA, Alessandra Gomes do Nascimento, *Técnicas de Negociação para Advogados*, Ed. Saraiva, 2003, pg. 37

⁸⁶ CHALLITA, Mansour, *Op. Cit.* pg. 80

bola e do campo. Cada parte tem sua opção e se sente, assim, participando da solução final. Ora, aquela que participe da decisão terá muito mais dificuldade em atacar ou descumprir a mesma, tornando o acordo, então, dotado de maior efetividade.

Dificuldades no Procedimento e Preparação

Nem sempre a adoção desta postura de parceria pode ser fácil. Tratando-se de uma relação bilateral, é comum encontrar-se em situações em que a parte contrária se recusa a negociar. Chegando ao Sim então sugerem algumas táticas.

Partes Poderosas

Mesmo que o inimigo seja mais forte em suas tropas, podemos impedi-lo de combater. Planeje de forma a descobrir seus planos e sua probabilidade de sucesso⁸⁷
Se empregar todo o seu esforço, até o rato pode devorar o gato (Provérbio árabe)⁸⁸

É possível que se busque adotar as técnicas recomendadas e se depare com uma parte de maior influência ou poder econômico que dificulta o procedimento. Para evitar uma situação de maior vulnerabilidade, deve-se, antes mesmo de negociar, buscar ter em mente quais são suas opções ao acordo e até mesmo envidar esforços para fazer com que tais alternativas sejam as melhores possíveis. Ainda, o estabelecimento de um cordão de isolamento sobre o que é negociável e o que não é, evita uma solução que não será benéfica.

⁸⁷ TZU, Sun – Adaptação e Prefácio de CLAVELL, James, *A Arte da Guerra*.

⁸⁸ CHALLITA, Mansour, *Op. Cit.* pg. 83

Da mesma forma, deve-se evitar permitir que a outra parte, se mais poderosa, aumente tal status ou se veja em posição de vantagem. A escolha do local para o procedimento é então importante para que as partes se sintam confortáveis para agir.

Recomenda-se sempre buscar evitar locais onde se possa sentir intimidado. Ou seja, a negociação deve ocorrer sempre em local neutro, ou em seu próprio campo de atuação. Tais recomendações, contudo, não são restritas à escola de Harvard. Como dizia Sun Tzu comentado por Mc Neilly⁸⁹:

“os peritos em guerra levam o inimigo para o campo de batalha e não são levados por ele para lá. (grifo no original) Para atingir os objetivos da nação e derrotar o inimigo, um líder tem primeiro de fazer com que o inimigo aja de acordo com sua estratégia, suas regras, sua vontade. Deverá aproveitar a oportunidade e fazer com que o inimigo o enfrente na hora e no local de sua escolha. Dominar o inimigo dessa maneira é o que SunTzu quer dizer com “modelar”. Para modelar o inimigo é preciso, primeiro, juntar tudo o que se apurou até o momento. Um líder tem de estar a par dessa situação. (grifo nosso)”⁹⁰

Importância da Preparação

A preparação prévia à negociação é inquestionavelmente importante. A análise de suas opções, das alternativas da outra parte, de seus interesses e das informações que são necessárias para chegar a um bom acordo torna o processo muito mais eficiente e eficaz. Neste caso, vale exemplificar a regra esportiva: “se o jogo se ganha quando termina, a preparação adianta a vitória”.⁹¹

Chegando ao fim reforça veementemente como a preparação é vital ao bom acordo. Entretanto, tal idéia está longe de ser nova ou característica da negociação cooperativa. A Arte da

⁸⁹ McNEILLY, Mark, *Sun Tsu A Arte da Guerra Moderna*.

⁹⁰ Vide ainda LIONEL GILES, M.A., *Sun Tzu on the Art of War – The Oldest Military Treatise in the World*,

⁹¹ Ditado Popular

Guerra, de Sun Tzu, conhecida por muitos como obra incomparável, tratando de técnicas de guerra e de administração, já ressalta a importância da preparação:

“Se você conhece o inimigo e conhece a si mesmo, não precisa temer o resultado de cem batalhas. Se você se conhece mas não conhece o inimigo, para cada vitória ganha sofrerá uma derrota. Se você não conhece nem o inimigo nem a si mesmo, perderá todas as batalhas..⁹²”
“O motivo pelo qual o príncipe esclarecido e o general inteligente conquistam o inimigo sempre que se deslocam e seus feitos ultrapassam as de homens comuns é a previsão.⁹³”

Vê-se que as recomendações da Escola de Harvard são aplicáveis nas mais variadas situações, servindo a quem busca o consenso na negociação ou durante conflitos.

Assim, deve-se buscar evitar situações que possam ser prejudiciais. Análise prévia das alegações e possíveis propostas e interesses da parte contrária lhe garante estar melhor preparado para lidar com estas.

Da mesma forma é importante analisar suas opções ao acordo (Best Alternative to a Negotiated Agreement - BATNA) e buscar fazer com que sejam mais as favoráveis possíveis, até para utilizar-se destas como um argumento de barganha. Se a outra parte souber que você tem boas escolhas, ela poderá estar mais apta a chegar a um acordo. Destarte, a opção pode atuar tanto como espada como escudo, protegendo a parte de aceitar qualquer proposta desfavorável.

Ainda, é importante manter o elemento surpresa. Deve-se analisar quais informações devem ser divulgadas e quais não. Ao se fazer propostas, deve-se dar um argumento somente. Uma vez rebatido, utiliza-se de outro e assim por diante, de forma que a outra parte seja forçada a analisar cada motivo e facilitar a visão desta de seu ponto de vista. Ou seja, surpreendendo a

⁹² TZU, Sun – Adaptação e Prefácio de CLAVELL, James, A Arte da Guerra, Record, 20ª Edição, 1999

⁹³ McNEILLY, Mark, Sun Tsu A Arte da Guerra Moderna - Tradução de Luiz Carlos do Nascimento Silva, Ed. Record, 2003.

outra parte com ações diferentes, caminha-se para construção de um parceiro com uma visão bilateral da questão.

Por fim, buscando saber quais são as opções da outra parte você está melhorando as chances de suas propostas serem aceitas (buscando minimiza-las) e evitar superestimar ou sobreestimar o poder da outra parte.

Truques Sujos

A outra parte pode se utilizar de truques sujos. Entre eles, a doutrina reconhece como mais recorrentes utilização de dados falsos, sustentação de falta de autoridade, intenções duvidosas quanto ao acordo e omissões prejudiciais.

Os remédios sugeridos por Chegando ao Sim são os que se seguem:

- (i) checar sempre todas informações prestadas alegando-se que “há muitos em que não se pode confiar”;
- (ii) confirmar os poderes para negociar no início das tratativas;
- (iii) incluir cláusulas que garantam o cumprimento do contrato; e
- (iv) questionar diretamente sobre questões quando há tendência à omissões e buscar esclarecimentos em tempo próprio.

Somam-se a tais truques o uso de guerras psicológicas como ataques pessoais, utilização de dupla que atua em seqüência mocinho / bandido, situações tensionantes e mesmo ameaças. Ora, se muitas vezes a identificação de tais truques e a informação a outra parte basta para anular ou diminuir o uso destes, é preciso de clareza para fazê-lo de forma ponderada sem atrapalhar o andamento da barganha.

Ainda, a escalada de exigências e exigências estremadas, recusa a negociar, atraso do acordo para o momento que lhe seja mais favorável ou simplesmente adotar uma postura de “pegar ou largar” pode ser uma dificuldade para o negociador de boa-fé. O livro, então sugere a manutenção da postura e calma, não cedendo às pressões e exigindo o uso de padrões objetivos, claros e justos.

Ultrapassando posturas difíceis adversariais (Getting Past No)

Assim como a água modela seu fluxo de acordo com o terreno, um exército administra a vitória de acordo com a situação do inimigo⁹⁴

Complementando o disposto no Chegando ao sim, um de seus autores escreveu o Getting Past No⁹⁵ que trata mais extensamente das situações que podem vir a impedir a conclusão do acordo.

Entre estas barreiras para negociar, Ury⁹⁶ lista a emoção, posição, insatisfação e poder das partes. Para romper com estes impedimentos, o Professor então sugere utilizar-se da tática de velejar, ou seja, utilizar ações indiretas para contornar o vento e chegar ao destino. Deve-se buscar evitar emoções próprias e ajudar a outra parte a afastar-se desta aproximação emocional.⁹⁷

Algumas das dificuldades que se encontra ao negociar são ataques visando a intimidação, manipulações e distorções da realidade bem como a alegação de falta de flexibilidade e imobilidade. Ao alternar a forma de condução da conversa e questionar as razões pela atitude da

⁹⁴ McNEILLY, Mark, *Sun Tsu A Arte da Guerra Moderna*.

⁹⁵ URY, William, *Getting past no, Negotiating your way from confrontation to cooperation*.

⁹⁶ Id. Ibid.

⁹⁷ Em uma análise paralela, podemos citar as palavras imortais de Sun Tzu sobre a importância de manobras indiretas em situações de adversidade: “Para garantir que toda a sua tropa possa agüentar o ímpeto do ataque inimigo e permanecer firme, faça manobras diretas e indiretas. Em todo o combate, o método direto pode ser usado para coordenar a batalha, mas os indiretos serão necessários para garantir a vitória.” TZU, Sun – Adaptação e Prefácio de CLAVELL, James, *A Arte da Guerra*.

outra parte, perguntar como tal proposta seria justa e oferecer opções, caminhar-se-á para uma melhor solução do problema. Deve-se quebrar a cadeia de truques sujos e uma postura agressiva e competitiva com atitudes doces e ponderadas. Ao mesmo tempo, deve-se manter firme nos argumentos e justificativas de posições.

O que é de suma importância na guerra é atacar a estratégia do inimigo⁹⁸

O reconhecimento da atitude ou truque da outra parte e o efeito desse pode ser o bastante para se evitar a continuidade da prática pela simples demonstração de que se percebe a tática. Uma pausa e reavaliação do que ocorre pode evitar trocas de agressões, bem como mostrar simpatia e compreensão em face das idéias e posições da outra parte pode ser extremamente útil para evitar uma bola de neve de desentendimentos.

O Silêncio é, algumas vezes, mais eloqüente que os discursos (Sabedoria Árabe)⁹⁹

Pausas e controle da situação são excelentes para melhor análise da situação. Decisões só devem ser tomadas após longa análise e não de imediato.

Como sugestões para ultrapassar barreiras como a alegação de inflexibilidade podemos citar: (i) simplesmente ignorar, (ii) dar uma interpretação diferente, ou (iii) testar os limites desta imobilidade. Ataques podem ser ignorados, considerados um ataque ao problema e não pessoal, e utilizados como uma vontade de ultrapassar o passado e remediar o futuro. Da mesma forma, percebendo certa vontade de enganar da outra parte pode-se utilizar das informações lhes

⁹⁸ Sobre o tema vide DIMITRIUS & MAZZARELLA, Jo-Ellan & Mark, *Decifrar Pessoas – Como entender e prever o comportamento humano*. CHALLITA, Mansour, *Op. Cit.* pg. 79

⁹⁹ Id. Ibid 79

oferecidas a seu favor. Por exemplo, sabendo-se lidar com alguém pouco confiável e verificando-se que este afirma ser fiel pode-se então requerer uma garantia extra, tendo em vista que sendo fidedigno não teria porque se opor a tanto. Mostra-se ai, mais uma vez, o elemento surpresa como algo útil às negociações em geral.

Discutir é a maneira de transformar amigos em inimigos (Ferreira de Almeida)¹⁰⁰

Envolver a outra parte no processo de decisão evita com que esta se perceba infeliz com o mesmo e não efetue o acordo ou cumpra com o mesmo. Da mesma forma, garantir à outra parte a participação na elaboração do compromisso final é o adiantamento do encaminhamento do acordo. Se a parte ainda resistir é possível que ela mude sua posição ao ser questionada com suas opções ao acordo. Nem sempre a alternativa à negociação é boa e um conselho prévio pode ser bastante eficiente. Deve-se atentar, contudo, para não tornar tal aviso uma ameaça – ao demonstrar suas opções não deixe que a outra parte se sinta ameaçada e aumente, então o tom agressivo da conversa

Exequibilidade

Na teoria da negociação, compromisso é qualquer declaração oral ou escrita sobre o que as partes farão ou deixarão de fazer com fechamento do acordo. Compromissos podem ser feitos ao final de uma negociação, ou aos poucos, ao longo do procedimento, em pontos específicos sobre os quais as partes entendam que possam desde logo aquiescer. Estaremos diante de um compromisso bem estruturado quando ele for ao mesmo tempo exequível, exigível, prático e duradouro¹⁰¹.

¹⁰⁰ Id. Ibid 79

¹⁰¹ SILVA, Alessandra Gomes do Nascimento, *Técnicas de Negociação para Advogados*.

Para que um acordo seja cumprido, mister torná-lo exequível. Visando evitar problemas futuros, Chegando ao sim recomenda a inclusão de cláusulas de garantia, em especial quando se percebe a possibilidade da outra parte não adimplir. Assim, se esta alega que a possibilidade de descumprimento é pequena, deve-se razoar que, se assim o é, nada importa a inclusão de instrumentos de garantia a tal adimplemento. Previne-se logo que o acordo e o procedimento de negociação sejam inúteis.

CAPÍTULO III - Benefícios e desvantagens da Negociação da Escola de Harvard – uma comparação

a) Benefícios das Formas alternativas de resolução de conflito

Não entendo quem procura obter pela força o que pode obter pela persuasão, nem que prefere a violência quando a concórdia é igualmente eficaz. (Muauiat)¹⁰²

Os métodos de ADR têm como vantagens a celeridade, informalidade, oralidade, adequabilidade ao caso concreto e possibilidade de serem menos custosos que os meios tradicionais. Ainda têm como característica a preservação de fatores emocionais e sociais, permitindo uma convivência mais amigável entre as partes.

Em face de uma disputa ou controvérsia, o principal interesse é a resolução desta, em geral o mais brevemente possível. Os meios alternativos, pela maior independência do poder judiciário, permitem que as partes resolvam seus conflitos no tempo adequado.

Da mesma forma, o uso das ADRs pode resolver problemas de forma menos custosa. É possível que uma arbitragem, conforme a importância e o assunto em tela, seja bastante cara

¹⁰² CHALLITA, Mansour, Os Mais Belos Pensamentos de todos os Tempos, Acigi

pelos custos envolvidos na análise da questão. Entretanto, em geral observa-se que os métodos de ADR são menos caros e, em especial, permitem mais veloz resolução o que leva a menos gastos (dispensa de custas, tempo, honorários advocatícios etc...). Em face de disputas monetárias, seguindo ao princípio de que “*tempo é dinheiro*” quanto mais rápida a solução, mais barata esta se mostra. Ainda, minimiza os riscos de danos da continuidade de disputa.

Os ADRs ainda permitem a flexibilização do procedimento para adequar ao caso em tela, contrapondo-se aos procedimentos pré-estabelecidos da jurisdição tradicional. Assim, vão se adequando na forma, permitindo maior controle das partes sobre esta, para obter um resultado material melhor.

Da mesma forma, é possível utilizar-se de árbitros ou mediadores especializados no objeto da lide, ou mesmo através da negociação pelos conhecedores da matéria em questão, a fim de obter um acordo ou laudo que seja condizente com a matéria referida. Tratando-se de procedimento mais simplificado, os meios alternativos não são vinculados o que a legislação determina, autorizando às partes analisarem suas perspectivas através de um panorama mais amplo de possibilidades.

Procedimentos como mediação e negociação, que dão espaço para as partes se envolverem no processo de decisão, ainda fazem com que, em geral, os acordos sejam respeitados e cumpridos. Geram também comumente a continuidade de boas relações entre as partes. Costumam evitar também os custos sociais e psicológicos que decorrem de ações judiciais como a publicidade dos assuntos, maior destruição do relacionamento das partes e ansiedade pela mora e repercussão da ação.

Como funções das conciliações, reconhecendo a utilidade de tal procedimento, Ada Pellegrini¹⁰³ enumera:

- a) “a recuperação de controvérsias que permaneceriam sem solução na sociedade contemporânea, sobretudo no campo da denominada “Justiça menor”..;
- b) a racionalização da distribuição da Justiça, com a conseqüente desobstrução dos tribunais...;
- c) o reativar-se de formas de participação do corpo social na administração da Justiça;
- d) a mais adequada informação do cidadão sobre os próprios direitos e sua orientação jurídica, ...”

Ora, os itens a a c aplicam-se a todas as formas de ADR demonstrando estes serem extremamente benéficos a justiça.

Continua a Ilustre autora:

...Tudo aliado à convicção de que o método contencioso de solução de controvérsias não é o mais apropriado para certos tipos de conflitos, indicando a necessidade de atentar para os problemas sociais que estão à base da litigiosidade, mais do que aos meros sintomas que revelam a existência desses problemas¹⁰⁴

Como vantagens da jurisdição comum, parte da doutrina alega a garantia de justiça.

Tratando-se de situações em que uma das partes detém maior poder, alegam estes que os ADRs poderiam levar a um acordo injusto, ou até, havendo menor controle sobre a atividade do árbitro, um laudo que beneficie desproporcionalmente uma das partes. Entretanto, as técnicas negociais, se bem utilizadas, permitem evitar abusos e o mediador bem instruído atuará de forma a minimizar tais diferenças. Por fim, os árbitros são escolhidos pelas partes com base na confiança e na segurança de capacidade e imparcialidade de resolver a disputa. Assim, a maior parte da doutrina reconhece que é ultrapassada a teoria de que somente a jurisdição comum daria a certeza e segurança jurídica necessária.

¹⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini, *Op. Cit* pg 191

¹⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini, *Op. Cit.*

Da mesma forma, a participação mais ativa das partes no processo permite que estas estejam mais atentas a um possível conflito de interesses decorrentes da representação. Nos procedimentos mais informais o conhecimento procedimental do advogado ou representante, apesar de inegavelmente importantes, pois o conhecimento sobre o processo e tecnicidades são grandes contribuintes para uma solução de sucesso, deixam de ser demasiadamente necessários e as partes costumam atuar de forma mais ativa, seja optando na forma de resolução seja sentindo-se mais aptos a opinar no resultado ou propor soluções.

A justiça e sua formalidade, tradicionalmente conhecida como método de assegurar proteção, muitas vezes assustam as partes mais simples, que se vêem intimidadas para agir de forma mais segura ou requerer ou colocar suas posições.

A possibilidade das soluções equivalentes se sobreponem a jurisdição também se verifica infundada. Não só os exemplos adotados pelas cortes nos Estados Unidos e mundialmente, demonstram que as partes por serem às vezes obrigadas a buscar soluções alternativas antes de dar continuidade ao processo não são limitadas à atuação ou acesso ao judiciário, como este ainda é o detentor de poder de coerção e controle posterior de acordos e até laudos arbitrais no sentido formal.

Por outro lado, em relação ao poder de coação restrito à justiça, devemos transcrever as críticas postuladas por Castro Fiuza em brilhante artigo¹⁰⁵

Alem de ser fim em se mesmo, o Direito Processual Civil brasileiro cria empecilhos que devem ser solucionados, a todo custo, pelos juristas. Um deles é a questão d aprova, aliás, problema muito mais de Direito material que de Direito Processual, afeto a todos os ordenamentos jurídicos, nos quais impera o fetichismo legal.

É muito comum depararmo-nos com situação em que a pessoa tem o direito, mas não consegue prova-lo, perdendo-o, pois... Talvez maior expansão da teoria objetiva da responsabilidade e da inversão do ônus da prova fossem pontos iniciais de debate, no sentido de se resolver o problema.

¹⁰⁵ FIUZA, César Augusto Castro, *Formas Alternativas de Soluções de Conflitos*

Outro ponto importante é o das sentenças inexecutíveis. Ocorre, com bastante frequência, o fato de a sentença conceder o direito, mas sua execução ser impossível. ...

Mas quais as possíveis soluções para tal problema?

São indubitavelmente, várias, e conhecidas de todos, as soluções. Cada um de nós sabe que acelerar o processo judicial significa aumentar o número de juízes e auxiliares da Justiça, pagando-lhes salários condignos. Também, é mister total reestruturação do Direito Processual, tornando-o menos formal e mais célere. Além disso, há que reformar os sistemas judiciário e penitencial. Todas medidas indispensáveis para a melhoria da prestação jurisdicional e, conseqüentemente, da forma democrática de governo.

...

Nesse momento, entram em cena as formas alternativas de solução de disputas, como opção eficaz para a realização da justiça.

Da mesma forma, exatamente porque a negociação e a mediação permitem às partes participarem do processo decisivo, estas, verificando que o procedimento levará a uma decisão injusta, podem optar pela apreciação do judiciário. Já no procedimento arbitral, a lei de arbitragem estabeleceu meios de proteger às partes de uma possível parcialidade.

As partes também, detendo maior controle sobre o procedimento e muitas vezes decisões (no caso da mediação e negociação) evitam o risco da incerteza de uma decisão judicial ou arbitral ou até uma interpretação desfavorável da lei ou dos fatos.

A oralidade, característica dos meios alternativos permite a verbalização de insatisfações existentes sem o peso do procedimento formalista jurisdicional. Em conflitos de menor porte, muitas vezes só a possibilidade de expor sua posição já garante à parte a satisfação pretendida, que muitas vezes não seria lhe oferecida em um processo litigioso.

Tratando da conciliação e concluindo que esta se enquadra numa perspectiva mais ampla de jurisdição por esta incluir no seu escopo social a pacificação e no político a participação das partes no procedimento, assim comenta Ada Pellegrini¹⁰⁶:

¹⁰⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Conciliação extrajudicial no quadro participativo, in Novas Tendências do Direito Processual*, pp. 221.

Releva, assim, o fundamento da conciliação, consistente na sua função de pacificação social. Esta via, de regra, não é alcançada pela sentença, que se limita a ditar autoritativamente a regra para o caso concreto; que, na grande maioria dos casos, não é aceita de bom grado pelo vencido, o qual contra ela costuma insurgir-se com todos os meios na execução; e que, de qualquer modo, se limita a solucionar a parcela de lide levada à juízo, sem possibilidade de pacificar a lide sociológica, em geral mais ampla, da qual aquela emergiu, como simples ponta do iceberg. Por isso mesmo, foi salientado que a Justiça tradicional se volta para o passado, enquanto a informal se dirige ao futuro. A primeira julga e sentencia, a segunda compõe, concilia, previne situações de tensões e rupturas, exatamente onde a coexistência é um relevante elemento valorativo

Para a manutenção dos requisitos de imparcialidade e independência, existe a provisão de exceções de impedimento e suspeição aos árbitros, nos mesmos moldes das exceções aplicadas aos juízes togados no CPC, atribuindo-lhes a mesma responsabilidade (art. 134 e 135 do CPC).

Assim, os árbitros nomeados têm o dever de revelar, antes de aceitar sua nomeação, qualquer fato denotativo de justificada dúvida quanto à sua imparcialidade ou independência (art. 14, § 1º da Lei de arbitragem) ou declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo como podem os juízes togados (art. 135, p. único, do CPC). Entretanto, uma vez nomeado, as partes só podem recusar o árbitro se o motivo para dando se der após a nomeação (art. 14, § 2º da Lei de arbitragem).

Destarte, as partes podem levar à justiça comum a apreciação da parcialidade do árbitro, dando-lhes semelhante garantia à existente no judiciário. Ainda, existe a previsão da eventual propositura da “ação declaratória de nulidade da sentença arbitral” (art. 20, § 2º c/c art. 33 da Lei de Arbitragem).

Por fim, já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal a adequabilidade da arbitragem como meio de solução de disputa¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Informativo 254 (SE-5206) “Concluído o julgamento de agravo regimental em sentença estrangeira em que se discutia incidentalmente a constitucionalidade da Lei 9.307/96 - Lei de Arbitragem (v. Informativos 71, 211, 221 e 226). O Tribunal, por maioria, declarou constitucional a Lei 9.307/96, por considerar que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória no momento da celebração do contrato e a permissão dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar compromisso não ofendem o art. 5º, XXXV, da CF (“a lei não

Devemos ainda reconhecer que mesmo a justiça comum estimula a solução amigável das disputas. Seja no estabelecimento de audiências conciliatórias, (Lei 9958/2000, Comissão de Conciliação Prévia, artigos 125 e 331 do Código de Processo Civil e Lei 9.099/95) ou na validação de acordos a qualquer tempo, considerando estes, após homologação como forma de solução com decisão do mérito da ação (Artigo 269 do Código de Processo Civil)¹⁰⁸.

Assim, pela regulação legal da arbitragem e em breve da mediação, e o estímulo reconhecido em lei à negociação, nos parece que a lei reconhece que os ADRs não levam à ausência de garantias constitucionais e processuais características do sistema jurisdicional ou que a hipossuficiência de uma das partes acabará resultando em um acordo ou laudo que reflete os interesses de uma só das partes e, portanto, injusto.

Obviamente, a boa-fé é um dos elementos mais importantes para o sucesso dos processos alternativos de resolução já que estes não são dotados do poder coercitivo da justiça comum. Entretanto, a adoção destes não retira a possibilidade de buscar a execução do acordo ou laudo no judiciário. Da mesma forma, uma parte que aja de má fé poderá retardar judicialmente o cumprimento de decisões jurisdicionais e utilizar-se dos inúmeros recursos e meios legais para evitar o cumprimento ou execução de sentença ou acórdão. Destarte, nos parece que por mais que os ADRs prescindem de coatividade, a boa-fé importa tanto para o meio alternativo ou tradicional de solução de disputa.

excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"). Vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, relator, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, que, ao tempo em que emprestavam validade constitucional ao compromisso arbitral quando as partes de uma lide atual renunciavam à via judicial e escolhem a alternativa da arbitragem para a solução do litígio, entendiam inconstitucionais a prévia manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam, por violação ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário, a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei 9.307/96: 1) o parágrafo único do art. 6º; 2) o art. 7º e seus parágrafos; 3) no art. 41, as novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do Código de Processo Civil; 4) e do art. 42. O Tribunal, por unanimidade, proveu o agravo regimental para homologar a sentença arbitral". SE 5.206-Espanha (AgRg), rel. Min. Sepúlveda Pertence, 12.12.2001.(SE-5206)

¹⁰⁸ Sobre o resultado dos procedimentos de conciliação veja BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. Cit.* pp. 95/101.

Por fim, reconhecendo a lei a validade do acordo como acima disposto, acreditamos que a oponibilidade dos efeitos deste a terceiros não deve ser problemática. Pelo contrário, tais meios de resolução de disputa reduzem a pressão e volume de ações na justiça comum, que se encontra presentemente inflada, permitindo a esta melhor apreciação dos casos que forem a ela levados.

Como situações em que a jurisdição seria preferível às soluções alternativas, além das situações em que a lei considera imprescindível a análise da justiça comum, do ministério público e dos auxiliares do poder judiciário, lista Gerald Williams:¹⁰⁹

- a) Quando a ação é frívola e a parte não está interessada na solução desta, mas somente na continuidade da lide por motivos vários;
- b) Quando se pretende obter uma resposta esclarecedora sobre a situação da lei e prefere utilizar-se de recursos a um acordo;
- c) Quando a parte se sente vingativa e quer uma audiência judicial bem como uma sentença;
- d) Quando a avaliação dos danos é difícil e a utilização de um juiz pode ser benéfica pois este passará ser responsável pela avaliação; e
- e) Quando a outra parte impossibilita qualquer acordo.

ALLISON,¹¹⁰ analisando os benefícios dos meios alternativos, comenta que somente em casos em que existe uma necessidade de estabelecer um precedente judicial ou um princípio de vingança e/ou necessidade de uma resolução pública para re-estabelecer uma situação moral a justiça comum ofereceria vantagens.

CARVAR & VONDRA¹¹¹ declaram que os meios alternativos só não são mais efetivos tendo em vista que ainda se estes ainda são opções alternativas à jurisdição, ao invés de uma opção prioritária, por medo ao desapego.

Como formas de comparação entre as opções, AARON & HOFFER¹¹² propõem uma análise matemática das chances da vitória combinada com o quantum que isto repercutiria para a

¹⁰⁹ WILLIAMS, Gerald R., *Legal Negotiation and Settlement*, West Group 1983

¹¹⁰ ALLISON, John R., *Five Ways to Keep Disputes Out of Court*.

¹¹¹ CARVER and VONDRA, Todd B & Albert A, *Alternative Dispute Resolution: Why It Doesn't Work and Why It Does*, *Harvard Business Review on Negotiation and Conflict Resolution*.

¹¹² GOLDBERG, SANDERS & ROGERS, Stephen B, Frank E A & Nancy H., *Dispute Resolution – Negotiation, Mediation and Other Processes*.

parte, em face do resultado do acordo para se decidir qual a melhor opção. Contudo, como é difícil em grande parte dos casos se avaliar as chances de êxito e ainda mais o quanto o juiz garantirá à parte, na prática tal teoria é de difícil aplicação.

Mauret¹¹³ já propõe uma análise com base nos seguintes pontos: elementos de prova disponíveis, suas fontes e credibilidade, jurisprudência, custas judiciais, possibilidades de acordo e conseqüências fiscais do acordo.

Fora das hipóteses listadas e de uma forma genérica, portanto, os meios alternativos serão benéficos e devem ser estimulados.

b) Vantagens e desvantagens da Negociação em face às demais formas de resolução de conflito

Como vantagem da negociação e a mediação/conciliação em face da arbitragem podemos citar que, pelo árbitro decidir o conflito e impor a solução às partes, e na mediação/conciliação a decisão ser das partes, permitindo estas de participarem do poder de decisão, as mesmas em geral estarão mais propícias a cumprirem o acordo que consideram como justo.

A mediação e negociação permitem a análise de opções criativas para a solução do conflito, não se limitando às tradicionais e esperadas.

Adicionalmente, estes meios permitem a continuidade das boas relações entre as partes. Em relacionamentos jurídicos de longa duração a negociação pode ser o método de solução de disputas mais aconselhável, justamente porque as partes não estarão encerrando o vínculo jurídico, mas sim resolvendo um conflito localizado e relativo à uma parcela do liame sem exigir

¹¹³ MAUET, Thomas A., *Pretrial*, New York: Aspen, 1999.

a interferência de terceiros. Nesse sentido, não se mostra adequada solução que identifique o "vitorioso" e o "derrotado", justamente para que tal situação não gere novos conflitos.

Quando o conflito se refere o vínculo já encerrado ou concluído, a negociação pode também ser uma boa opção de resolução do conflito, pois não exige um terceiro e, logo, custos adicionais, para solucionar o envolvimento das partes. Este se caracteriza pela informalidade e ausência de regras de comportamento e procedimentos acordados entre as partes.

Na arbitragem, costuma-se ainda requerer a contratação de advogados o que poderia ser prescindível na negociação ou na mediação. Assim, a negociação tende a ser menos custosa do que os demais meios.

Como possível contraponto aos benefícios da negociação, por esta não possuir parâmetros ou regras claras que definam procedimentos e as condutas das partes e/ou dos negociadores, pode alega-se que a mesma pode colocar em risco até mesmo o sigilo da operação. Entretanto, assinando-se um documento em que se exige a confidencialidade se evita tal risco.

Questiona-se muito a inexistência na negociação de um terceiro imparcial que estaria intermediando as partes, evitando discussões desnecessárias que por vezes decorrem da atuação pessoal no problema e buscando equilibrar as relações das partes onde uma se mostra muito mais segura e forte. Efetivamente, tais questões são excelentes e pertinentes. Não obstante, um negociador hábil e treinado, conhecedor de técnicas (em especial a Escola de Harvard) não permitirá que a parte fraca seja abusada através de artifícios e argumentos. A separação das pessoas do problema evita que emoções afastem as partes de um possível acordo. Por outro lado, um negociador experiente utilizar-se-á de uma preparação e treino para não permitir que a situação de desequilíbrio continuo e buscará respostas adequadas e propostas alternativas para permitir um acordo justo e interessante para ambas as partes.

Ainda, nos demais métodos de ADR a negociação é sempre estimulada. O mediador atua como facilitador da negociação. Na conciliação pode ter uma postura mais ativa mas tal papel de estímulo ao acordo permanece. Na arbitragem, semelhantemente ao que ocorre na justiça comum, o árbitro, ou tribunal, deverá designar uma audiência preliminar de conciliação, que é obrigatória, auxiliando a aproximação das partes e julgadores, e propiciando a resolução do conflito amigavelmente. Ainda, a qualquer momento, se as partes encontrarem solução cordial para o conflito fora do processo, um pedido deverá ser formulado para o árbitro ou para o tribunal, contendo os termos da composição, o qual será homologado por sentença e valerá como título executivo judicial (art. 584, III, do CPC c/c art. 28 da lei 9.307/96).

c) Importância da técnica para Negociação. Vantagens das Técnicas da Escola de Harvard face às Demais¹¹⁴

Comparando as táticas de negociação cooperativas e competitivas, Williams¹¹⁵ comenta alguns pontos e reflete algumas experiências:

Even when used by effective negotiators who are well prepared, toughness creates other problems as well. Osgood (1962) found that the use of toughness and unilateral commitment in negotiating agreements generates a marked increase in tension and mistrust between negotiators. The tension and mistrust create a whole series of additional effects, each of which may impact negatively on the negotiations. One immediate effect is to distort the communications between the parties. Mellinger, as early as 1956, found that when people communicate under conditions of distrust, they tend to overstate the extent of agreement or to overstate the extent of disagreement. Both have negative consequences. In the first case, tough negotiator is lead to believe that his opponent is closer to agreement than is in fact the case, and therefore goes on to the next item on the agenda, ... or seek closure on the case, only to find that the opponent is in serious disagreement and will not commit himself to the anticipated agreement.

Williams prossegue comentando outros problemas que podem surgir da atitude competitiva: a falta de comunicação pode gerar maior sensação de litígio do que efetivamente

¹¹⁴ vide HARVARD BUSINESS, *Negotiation* e KAGAN, *Odia, Negotiating Negotiation.*,

¹¹⁵ WILLIAMS, Gerald R., *Legal Negotiation and Settlement.*

ocorre, podendo levar inclusive à completa finalização das negociações; a agressividade pode gerar preocupações em estados emocionais implicando em menos atenção ao objetivo e mérito da questão em discussão; tal postura competitiva leva a descontinuidade de bom relacionamento entre as partes.¹¹⁶

Em relação à postura cooperativa, a escola de Harvard caminhou adiante nas fraquezas apontadas naquela. As técnicas para se evitar os truques sujos e separar as pessoas do problema, podem evitar abusos do negociador competitivo ou de má fé. Já a postura rígida com o problema e suave com as pessoas evita a aparente fraqueza que poderia se depreender da postura conciliador, ao mesmo tempo evitando os problemas decorrentes da agressividade. Ademais, a escola de Harvard expressa grande importância em tornar a comunicação entre as partes a mais clara possível, facilitando alcançar o acordo.

As tempestades derrubam as árvores fortes e altas por mais enraizadas que estejam; mas a elas resistem as modestas plantas flexíveis e a selva do campo (Da sabedoria oriental)
Um homem que nunca foi à escola pode roubar a carga de um vagão; mas se tiver uma educação universitária, roubará a estrada de ferro inteira (Theodore Roosevelt)

White¹¹⁷, criticando as técnicas de negociação de Harvard, alega que a teoria ignorou a realidade de grande parte das negociações ao propor sua tese. Ele alega que grande em parte dos casos, nota-se uma situação distributiva, onde a criatividade e possibilidades de opções criativas são inexistentes, e a teoria seria inaplicável. Ademais sustenta, que a utilização de critérios objetivos não seria uma boa recomendação tendo em vista que, segundo o autor, as partes costumam justificar suas posições e não coloca-las sem razão.

¹¹⁶ Como sustentação desta posição, podemos citar a pesquisa efetuada em Phoenix na qual verificou-se que para os negociadores eficientes os competitivos chegaram a acordos em 50% enquanto os cooperativos firmaram acordos em 62% dos casos e para os ineficientes a o percentual de acordos era 33% para os competitivos e 34% para os cooperativos. Este resultado explica-se pelo fato de que os cooperativos sabendo-se ineficientes sentem-se obrigados a levar o caso para justiça para melhor atender ao seu cliente *em WILLIAMS, Gerald R., Op. Cit*

¹¹⁷ 34 J, Legal Educa. 115-117 (1984) *em GOLDBERG, SANDERS & ROGERS, Stephen B, Frank E A & Nancy Op. Cit.*

Goldberg, Sanders e Rogers¹¹⁸ rebatem esta primeira crítica alegando que alguns princípios básicos do *Getting to Yes* são aplicáveis a todos os tipos de negociação como a preparação e análise do BATNA. Destarte,, que a utilização de critérios objetivos é útil para evadir-se do cabo de guerra costumeiro.

Os autores de *Getting to Yes*¹¹⁹, ainda, em resposta às críticas de White, replicam que em nenhuma negociação haverá uma parte justa ou mais correta. Entretanto, a utilização de padrões externos facilita o acordo por demonstrar justiça na proposta. Dentro desta solução, standards mais convincentes são os que são mais específicos para o caso concreto, mais aceito e mais relevantes por conta de tempo, local e circunstância. Obviamente, a cultura, valores e experiências das partes influenciará na validação dos padrões utilizados. Entretanto, indícios externos são mais aceitos que posições isoladas e tendem a reduzir a extensão da discussão para pontos específicos, permitindo que as demais controvérsias sejam resolvidas.

A escolha da técnica e modo de utilizá-la dependerá do caso específico, dos interesses das partes e características pessoais dos negociadores. Entretanto, o estudo destas e a forma de utilizar dessas em benefício próprio ou como identifica-las e usar das mesmas como defesa é imprescindível para o bom negociador.

Assim, é possível chegar a opções criativas que não se atêm ao pedido inicial de cada uma das partes, podendo, inclusive, satisfazer plenamente todos os envolvidos sem exigir concessões.

¹¹⁸ GOLDBERG, SANDERS & ROGERS, Stephen B, Frank E A & Nancy H., *Op. Cit.*

¹¹⁹ FISHER, URY & PATTO, R, W & B, *em* GOLDBERG, SANDERS & ROGERS, Stephen B, Frank E A & Nancy H., *Dispute Resolution – Negotiation, Mediation and Other Processes*, Aspen Law & Business, Third Edition

Bibliografia

1. ALLISON, John R., *Five Ways to Keep Disputes Out of Court*, *Harvard Business Review on Negotiation and Conflict Resolution*, Harvard Business School Press, 2000
2. ANTEPROJETO DE LEI SOBRE A MEDIAÇÃO:
http://www.emporiodosaber.com.br/principal/enquete/home_enquete2.asp - arquivo consultado em 25/09/2001.
3. AURELIO, Mini Dicionário, 2ª Edição revista e ampliada, Ed. Nova Fronteira
4. AZEVEDO, Antônio Junqueira de, *A boa-fé na formação dos contratos*, in *Revista de Direito do Consumidor*, Ed: Revista dos Tribunais, v. 3, 1992
5. BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Privatização do Processo ?*, Revista Doutrina, Vol, SP, 1999
6. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Breve noticia sobre la conciliación em el proceso civil brasileiro*, in *Temas de Direito Processual*, 5ª série, Rio de Janeiro: Saraiva, 1994, pp. 95/101.
7. BARROS, Hamilton Moraes e, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol.IX, Rio de Janeiro, Forense, 1977.
8. BARROSO, Lucas Abreu e SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Os princípios informadores do novo Código Civil e os princípios constitucionais fundamentais. Lineamentos de um conflito hermenêutico no ordenamento jurídico brasileiro*. <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3974>>. Acesso em: 11.07. 2005.
9. CAPPELLETTI, Mauro & BRYANT, Garth, *Acesso à Justiça*, Editor Sergio Antonio Fabris

10. CARVER and VONDRA, Todd B & Albert A, *Alternative Dispute Resolution: Why It Doesn't Work and Why It Does*, Harvard Business Review on Negotiation and Conflict Resolution, Harvard Business School Press, 2000
11. CHALLITA, Mansour, Os Mais Belos Pensamentos de todos os Tempos, Acigi
12. DIMITRIUS & MAZZARELLA, Jo-Ellan & Mark, *Decifrar Pessoas – Como entender e prever o comportamento humano*, Ed. Alegro, 3ª Edição, 2000
13. DPMT OF COMMERCE, Dispute Avoidance and Dispute Resolution in China
26.10.2003 em
http://library.lp.findlaw.com/articles/file/00018/008636/title/Subject/topic/Alternative%20Dispute%20Resolution_International%20Dispute%20Resolution/filename/alternativedisputeresolution_1_367
14. FACCHINI NETO, Eugênio. *Da responsabilidade civil no Novo Código*. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.
15. FIGUEIRA JÚNIOR, Jeol Dias, *Manual de Arbitragem*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.
16. FISCHER, URY & PATTON, Roger, William & Ury, *Como chegar ao Sim – A negociação de acordos sem concessões* – Ed. Imago, 2ª Edição Revista e Ampliada, 1994, Tradução de Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges
17. FISCHER, Roger and William Ury, *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving In*, Boston: Houghton Mifflin Co., 1981.
18. FISCHER & SHARP, Roger & Alan, *Getting It Done – How to Lead when you're not in charge* – Harper Perrenial, 1999

19. FIUZA, César Augusto Castro, *Formas Alternativas de Soluções de Conflitos*, in Temas de Direito Processual Civil, Coord. César Augusto Castro Fiuza, Del Rey BH, 2001
20. GARCEZ, José Maria Rossani, *Contratos Internacionais Comerciais – Planejamento, Negociação, Solução de Conflitos, Cláusulas Especiais, Convenções Internacionais*, Ed. Saraiva, 1994
21. GARCEZ, José Maria Rossani, *Técnicas de Negociação Resolução Alternativa de Conflitos: ADRS Mediação, Conciliação e Arbitragem*, Lúmen Iuris, 2002. RJ
22. GARNER, Bryan A., *Black Law Dictionary*, Second Pocket Edition, West Group
23. GOLDBERG, SANDERS & ROGERS, Stephen B, Frank E A & Nancy H., *Dispute Resolution – Negotiation, Mediation and Other Processes*, Aspen Law & Business, Third Edition
24. GRINOVER, Ada Pellegrini, *Novas Tendências do Direito Processual, Capítulo III - Conciliação e Juizado de Pequenas Causas, 13 Deformalização do Processo e Deformalização das Controvérsias*, Forense Universitário, 1940, pg
25. _____. *A Conciliação e Juizados de Pequenas Causas*, in *Novas Tendências do Direito Processual*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, pp. 205/216
26. _____. *A Conciliação extrajudicial no quadro participativo*, in *Novas Tendências do Direito Processual*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, pp. 216/231.
27. HARVARD BUSINESS, *Negotiation*, Harvard Business School Press, 2003
28. KAGAN, Odia, *Negotiating Negotiation*, NYSBA publication – Perspective, 2003
29. LIONEL GILES, M.A., *Sun Tzu on the Art of War – The Oldest Military Treatise in the World*, 1910
30. LIMA, Hermes, *Introdução à Ciência do Direito*, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 29ª Edição

31. LINDBLOM, Henrik, *La privatizzazione della giustizia osservazioni circa alcuni recenti sviluppi nel diritto processuale americano e svedese*, Revista Trimestral di Diritto e Procedura Civile, ano XLIX – nº 4, Composição de Litígios
32. MAUET, Thomas A., *Pretrial*, New York: Aspen, 1999.
33. MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro*. www1.jus.com.br
Acesso em 10.10.04.
34. _____. *A Boa-fé no Direito Privado.*, 1ª edição, 2ª tiragem. Ed: Revista dos Tribunais, SP, 2000.
35. McNEILLY, Mark, *Sun Tsu A Arte da Guerra Moderna* - Tradução de Luiz Carlos do Nascimento Silva, Ed. Record, 2003.
36. MIRANDA, José Gustavo Souza. *A proteção da confiança nas relações obrigacionais*.
Revista de Informação Legislativa Ano 38 n. 153, 2002.
37. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial Tomo XVI, 4ª. Edição. 2ª. Tiragem, RT, SP 1983.
38. MORAIS, José Luis Bozan de, *Mediação e Arbitragem – Alternativas à Jurisdição!*, Ed. Livraria do advogado, 99
39. MUNIZ, Joaquim Paiva. *Considerações sobre certos institutos de Direito Contratual e seus Potenciais efeitos Econômicos*. Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais, 7 n. 25, 2004.
40. NEVES, José Roberto de Castro, *Boa-fé objetiva: posição atual no ordenamento jurídico e perspectivas de sua aplicação nas relações contratuais*. in Revista Forense, Ed: Forense, Volume 351, 2000.

41. NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Renovar, RJ, 2002.
42. NOBLE, Thomas, *Improving Negotiation Skills: Rules for Master Negotiators*
43. PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual*. Rio de Janeiro, Ed: Renovar, 2001.
44. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Atualizado por MORAES, Maria Celina Bodin de. VOLUME 1 21ª Edição, Forense, RJ, 2005.
45. PONTE, Daniel Ferreira. *Do Enriquecimento sem Causa*. monografia de teoria de direito civil I, Mestrado de Direito Civil da UERJ, 2003.
46. _____, *O Conceito de Homem Médio e as Variações de Standard*, Monografia de Conclusão da Disciplina “Teoria do Direito Civil II” Mestrado em Direito Civil da UERJ, 2004.
47. SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. *A Boa-Fé Objetiva na Relação Contratual*. Cadernos de Direito Privado Série da Escola Paulista da Magistratura. Editora Manole. 2004.
48. SILVA, Alessandra Gomes do Nascimento, *Técnicas de Negociação para Advogados*, Ed. Saraiva, 2003
49. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, Rio de Janeiro, Ed: Renovar, 2002.
50. STRENGER, Irineu, *Alternativa Dispute Resolution, Aspectos Iguais da Arbitragem*, Coord. Adriana Noemi Puccil, Forense, RJ, 2001
51. TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a constituição federal da República*. Renovar, 2004.

52. URY, William, *Getting past no – Negotiating your way from confrontation to cooperation*, Bantam Books, 1993
53. URY, William, *The Third Side*, Harvard University, 2000
54. VIEIRA, Iacyr de Aguiar. *Deveres de Proteção e Contrato*. Revista dos Tribunais. Ano 88. Volume 761, 1999.
55. WILLIAMS, Gerald R., *Legal Negotiation and Settlement*, West Group 1983

Jurisprudência:

www.findlaw.com