

DA ORDEM IMPOSTA À ORDEM NEGOCIADA: A REFORMA DA JUSTIÇA POR MEIO DAS UNIVERSIDADES¹

FROM THE IMPOSED ORDER TO THE NEGOTIATED ORDER: THE REFORM OF JUSTICE THROUGH UNIVERSITIES

Angelo Monorit²

I. INTRODUÇÃO

O acordo e a decisão³.

Fora o uso da força, o acordo e a decisão são os produtos dos dois principais sistemas utilizados pelo mundo civilizado para gerir conflitos e restaurar a ordem social: interesses e leis. De fato, os sistemas de gestão de conflitos podem ser imaginados enquanto uma pirâmide, que possui no seu ápice a força; no meio, o direito; e na base, os interesses. Cada sistema possui objetivos distintos: para discernir quem tem mais poder (força), para estabelecer quem está certo ante a uma regra (direito), para reconciliar as vontades das partes (interesses). Conflitos sempre se originam na base da pirâmide, pois são os interesses que dão *impetus* para a ação humana. Eles podem ser resolvidos de acordo com os métodos característicos da área em que se originam: na base, pela negociação ou mediação; ou – escalando a pirâmide – com os métodos próprios as das demais áreas, como aquela do direito, pela arbitragem ou pelo judiciário, e, da força, pela autodefesa ou pela guerra.

1 **Nota dos Editores:** este artigo foi publicado previamente em 2021 na *Ratio Juris* (Disponível em: <<https://www.ratioiuris.it/dallordine-imposto-allordine-negoziato/>>) e foi autorizada pelo autor a publicação da tradução nesta edição da Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília (RED|UnB). O texto original foi traduzido do italiano para o inglês por Serena Poggi e Domenico Cordopatri. Tradutor: Gabriel Pedroza, bacharelado de Direito pela Universidade de Brasília e Editor-Chefe da Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília; Fábio Ulisses, bacharelado de Direito pela Universidade de Brasília; e Letícia de Amorim, bacharela em Direito pela Universidade de Brasília, advogada e Ex-Editora-Chefe da Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília .

2 Advogado e Professor Adjunto da Universidade Internacional Livre de Estudos Sociais (*Libera Università Internazionale degli Studi Sociali [LUISS Guido Carli]*), em Roma, Itália.

3 COSI, Giovanni et al, **L'accordo e la decisione. Modelli culturali di gestione dei conflitti**, Wolters Kluwer Italia, 2017.



Os interesses e o direito⁴ são, portanto, sistemas diferentes que trabalham por caminhos diferentes e resolvem conflitos por meios distintos, sendo eles: o acordo e a decisão. Para se chegar a um acordo, o conflito precisa ser mantido dentro da disponibilidade das partes, que, posteriormente, se dissolve. Para se chegar a uma decisão, o conflito é submetido a um terceiro para que o solucione

II. A DECISÃO

Para se obter uma decisão, é necessário que se “compreenda” e que se utilize a linguagem do terceiro que decidirá o conflito, seja ele um juiz ou um árbitro. Essa linguagem é complexa, pois exige o conhecimento das normas processuais a serem seguidas e o conteúdo do que há de ser decidido. Esse conjunto de regras constitui uma “metarrealidade”, pela qual a realidade da vida é direcionada e guiada: o direito⁵. Portanto, a linguagem das decisões é *uma linguagem difícil para as partes*, precisamente porque não é a linguagem da realidade (feita de interesses) mas a da “metarrealidade” (feito de direitos

4 ZAGREBELSKY, Gustavo. **Diritto allo specchio**. Giulio Einaudi Editore, 2018: [...] *law comes into being by distinguishing itself with its own characters from the patchwork of normative structures of society, when the norms of common living are depersonalized, made objective and do not coincide with the immediate and contingent will of the king, even the most righteous king of this world, or with an immediate anxiety for justice unmediated by generally valid rules... law comes into being by differentiation from both capricious command and the spontaneous instinct of justice. By making itself objective it can become the object of a science, a science to which “jurists” devote themselves, a social center devoted to various activities that assume, all of them, law as a profession”*.

5 O sistema jurídico, a fim de gerir os conflitos, deve necessariamente “objetivá-los”. Assim, a resolução do conflito envolve a criação de um modelo formalizado e convencional sobreposto à complexidade da realidade. Como salientam Ventura, Brutti e Brutti: “o modelo objetivo opera fazendo com que uma segunda realidade, puramente fictícia, se sobreponha à realidade atual. O conflito é assim gerido através da mediação de uma “meta-realidade” ficcional, onde a diversidade única do caso concreto em jogo e a pluralidade de pontos de vista (interpretações) sobre a realidade são minimizadas para um significado unívoco (objetivo). A mediação ficcional torna a confusão do conflito objetiva e controlável”. (VENTURA, Marco; BRUTTI, C.; BRUTTI, R. **Diritto, psiche e credenze nel conflitto in mediazione, conciliazione, riparazione**. Turin, 1999, p. 91, tradução nossa).

subjetivos). Na vida real há humanos de carne e osso (María, Francesco, etc.), com seus interesses e emoções; na metarrealidade há somente “papéis” virtuais (devedor/credor, comprador/vendedor). Valendo-se de uma metáfora moderna, poderíamos imaginar tais “papéis virtuais” como avatares sem rostos que possuem suas características definidas não por traços físicos, mas sim por “padrões” abstratos de seus comportamentos; são potencialmente corretos ou errados pela determinação de direitos subjetivos. O devedor não possui uma face, mas é caracterizado somente pelo aquilo que fez, pelo seu comportamento⁶.

Enquanto no mundo real seres humanos são movidos pelos seus interesses, na metarrealidade do direito, os direitos subjetivos são pré-atribuídos a “papéis abstratos”. Interesses são o “porquê” das coisas: são as necessidades dos humanos de carne e osso, não podem ser inteligíveis nem institucionalizáveis antes do conflito emergir. Direitos subjetivos, todavia, são “interesses categorizados” aos quais são designada uma prioridade por meio de um “critério regulatório”: a lei⁷. O conjunto de interesses que emerge da realidade dos indivíduos é muito maior que os direitos subjetivos atribuídos aos “papéis virtuais” da metarrealidade. Tanto os interesses quanto os direitos subjetivos são, portanto, “ferramentas” que podem ser usadas para resolver conflitos, mas operam em diferentes “níveis do jogo”: a realidade da vida e a metarrealidade do direito. Com essa consciência é mais fácil discernir que, enquanto na vida real os interesses – inclusive os opostos – podem ser “interligados” ou “combinados”, na metarrealidade do direito, os direitos subjetivos (“pré-atribuídos” para os “papéis relevantes”) são incompatíveis: um necessariamente prevalecerá sobre o outro, há um vencedor e um perdedor. *Seres humanos buscam decisões quando torna-se impossível a comunicação entre si e, por isso, não são mais capazes de gerar soluções de forma independente e informal por meio da combinação de seus interesses (tanto os convergentes quanto os divergentes)*⁸. *É a quebra na comunicação (na maioria dos casos causada por uma administração imprópria dos sentimentos) que marca a transição da busca por um acordo pela busca por uma*

6 O direito, afinal, “[...] não se preocupa com quem fez algo, mas com o que foi feito; isto também significa que ‘a lei é a mesma para todos.’” (COSI, Giovanni; et al. *La mediazione dei conflitti. Teoria e pratica dei metodi ADR*. Torino: Giappichelli Editore, 2012, p. 56, tradução nossa).

7 “Qualquer ordenamento jurídico, dadas as suas características de generalidade e de abstração normativo-jurídica, não pode operar senão como um formalizador de categorias de interesse. São necessários grandes conjuntos considerados comuns e, então, a serem empacotados em caixas chamadas “direitos”. Então, para operar, o ordenamento jurídico baseia os seus jogos no nessas caixas [...]” (COSI, Giovanni. *L'accordo e la decisione: Modelli culturali di gestione dei conflitti*. Turin: UTET, 2017, p. 124, tradução nossa).

8 Há que se ter em mente que, no mundo real, são precisamente os interesses (aparentemente) incompatíveis ou mesmo opostos que tornam possíveis os acordos entre as partes. Um acordo é possível precisamente pelo facto de os interesses serem diferentes. Os interesses comuns e opostos – que, através do processo de negociação, devem ser tornados “complementares” e, portanto, acomodados uns nos outros – podem servir de material para a construção de um bom acordo. Por exemplo, se uma parte estiver interessada num ativo e a outra parte já não estiver, é concluída uma venda. Se uma parte tiver também um interesse no presente e a outra parte no futuro (diversidade de valor atribuído ao tempo), pode concluir-se uma venda a prestações. Se uma das partes acredita que o preço das ações vai subir e a outra que vai descer (diversidade de expectativas), pode ser acordada uma venda em ações.

decisão. Nesse exato momento, as partes se despem do controle sobre o conflito e devolvem a solução para outrem: não haverá mais um confronto entre interesses no mundo real, mas um confronto de (supostos) direitos subjetivos que serão levados a um terceiro em uma “realidade paralela”, com um resultado que repercutirá no mundo real justamente pela decisão. Esse confronto se dará por meio de um “jogo ritualizado”, em que cada parte precisará da intervenção de um profissional especializado (o advogado), que as substituirão, fazendo com que as partes saiam de cena até a decisão do terceiro sujeito, que é o juiz. Os advogados, então, tomarão impulso e jogarão o “jogo” (o processo judicial), concebido segundo a lógica de “ganha/perde”, para que se alcance uma decisão: um tentará prevalecer sobre o outro para provar que seu cliente tem o “direito”, a “razão”. O objetivo não é demonstrar a “verdade”, mas sim, ganhar. Assim, as regras atribuem a cada parte o ônus da prova do que realmente aconteceu na vida real e marcam – ainda que abstratamente – a cisão entre verdade e vitória. O advogado substitui a parte (ao “representá-la”) precisamente em razão de ser o próprio advogado o conhecedor da linguagem que deverá ser empregada nesse jogo: uma linguagem que, como citado, aponta para a vitória, não (necessariamente) para a verdade. Além disso, o processo judicial é um “jogo de soma zero”. As apostas não podem ser alteradas (sendo os seus limites descritos na *petitum*⁹), mas apenas dar retorno a um ou outra parte: uma ganha e a outra perde. Ao fim do jogo ritual e formalizado, o conflito entre seres humanos será solucionado por um terceiro (o juiz) pela aplicação de regras gerais calibradas pelos “papéis virtuais”; essas regras estabelecerão quem tem o “direito”, quem tem a “razão”. A decisão, portanto, resolverá o conflito separando o “certo” do “errado”. E sem necessariamente levar ao “reconhecimento” do outro: afinal, o objetivo do direito não é “fazer as pazes”, mas, sim, restaurar a ordem. Seja pela autoridade, seja pela força. Um ganha, o outro perde. Afinal de contas, é sabido que a deusa da Justiça, apesar de vendada, é sempre representada com balanças e uma espada. E é justamente com esta espada que ela decide, separando o certo do errado, o inocente do culpado, a vitória da derrota. A vitória alcançada na metarrealidade direcionará a vida real. Nesse sentido, a ordem será restaurada, mas de forma “imposta”, visto que a ordem é primeiramente “encontrada” na metarrealidade (em que direitos subjetivos são comparados e se estabelece o que é “justo” e quem tem “razão”) e depois é imposta na vida real, através de uma decisão.

9 Termo em Latim que se refere aos limites do pedido.

III. O ACORDO

O acordo também é uma decisão. Não é a decisão de um terceiro de acordo com uma regra pré-estabelecida. É a *decisão das partes* tomada no momento, com base em seus interesses mútuos. Há uma mudança do “cerne da regra” para o “cerne do ser humano”. Na negociação, afinal, nunca haverá entidades abstratas, mas seres humanos com interesses diferentes – pessoais e/ou coletivos. Do problema familiar ou condominial até a mais complexa negociação internacional, nunca haverá uma negociação entre pessoas jurídicas, corporações ou entidades (essas existem somente na lógica jurídica), mas entre seres humanos de carne e osso e seus interesses (próprios ou alheios)¹⁰. Esses interesses precisam primeiro ser identificados, depois comparados. De fato, para chegar a um acordo, cada parte precisa “aprender” e “entender” os interesses da outra. Esses interesses – que surgem e são identificáveis somente quando emerge um conflito – terão, então, de ser confrontados entre si com o objetivo de combiná-los e/ou encaixá-los. Assim, para se alcançar um acordo, as partes terão de jogar um “jogo”¹¹, em que a lógica não é atacar ou defender, mas simplesmente *aprender* o máximo possível sobre os interesses e sentimentos do indivíduo ante elas.

A vida, afinal, é uma via de mão dupla: não sou capaz satisfazer os meus próprios interesses se não conheço e não tento satisfazer os interesses de outras pessoas, bem como se não conheço ou não tento lidar com os sentimentos de outras pessoas (e com os meus também).

De fato, em contraste com as premissas básicas da teoria dos jogos¹² (na qual cada “jogador” é

10 “Um fato básico sobre negociação, fácil de esquecer em transações empresariais e internacionais, é que não se está a lidar com representantes abstratos do “outro lado”, mas com seres humanos. Estes têm emoções, valores profundamente enraizados e diferentes origens e pontos de vista; e são imprevisíveis. São propensos a preconceitos cognitivos, percepções partidárias, pontos cegos e saltos ilógicos. Tal como nós o somos” (FISHER, R; URY, W; PATTON, B. *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*, **Random House Business Book**. Nova Iorque: 2012, 20-21, tradução nossa).

11 Para que se obtenham tanto um acordo quanto uma decisão, é necessário jogar um “jogo”, que, contudo, difere em termos de participantes e de objetivos. Para obter uma decisão, uma terceira parte determina quem está certo, de acordo com uma regra: nesse caso, o objetivo é a vitória acerca de algo que ocorreu no passado. Para obter um acordo, as partes comparam e acomodam os seus interesses: o objetivo é resolver o (maior) problema comum para o futuro.

12 A teoria dos jogos remete a 1654, em uma correspondência entre Blaise Pascal e Pierre de Fermat acerca do cálculo de probabilidades em apostas. A expressão “teoria dos jogos” foi primeiramente utilizada por Emil Borel na década de 1920. O nascimento da teoria dos jogos moderna coincide com a publicação do livro “*Theory of Games and Economic Behavior*”, por John von Neumann e Oskar Morgenstern em 1944, embora outros autores (como Ernst Zermelo, Armand Borel e o próprio von Neumann) tenham escrito sobre a teoria dos jogos anteriormente. Ambos eram, respectivamente, matemáticos e economistas. A ideia desses dois acadêmicos era, essencialmente, tentar descrever o comportamento humano matematicamente em todos os casos de interação envolvendo uma vitória, ou compartilhando recursos de alguma natureza. O mais célebre dentre os acadêmicos a subsequentemente lidar com teoria dos jogos, particularmente com relação a “jogos não-cooperativos”, foi o matemático John Forbes Nash Jr. Em 1950, Nash provou que cada jogo não-cooperativo admite um equilíbrio, uma solução, e essa descoberta assegurou-lhe o Prêmio Nobel de Economia em 1994. Não apenas a teoria dos jogos desempenha uma função positiva (descritiva) na interpretação da realidade (possibilitando explicar o porquê de, em certos conflitos, os sujeitos envolvidos adotarem certas estratégias), mas ela também desempenha uma função prescritiva: qual seja, possibilita determinar como alcançar um equilíbrio como resultado da interação entre dois sujeitos. Um pré-requisito fundamental para que uma teoria seja efetiva é a racionalidade dos tomadores de decisão: no caso de jogadores irracionais, o esquema matemático obviamente perde a sua validade.

racional), deve-se ter em mente que *seres humanos interagindo entre si são seres irracionais*¹³ – de fato, como Dan Ariely demonstrou, são *previsivelmente irracionais*¹⁴ – e, portanto, o objetivo de resolver problemas em comum a partir da criação de valor para ambas as partes só poderá surgir através da *interação humana*, isto é, a contraposição *entre interesses e emoções que surgem mutuamente no momento do conflito*. É evidente, portanto, que qualquer pessoa que deseje tentar “apoie” as partes a chegarem a um acordo deve ter uma preparação adequada, não (tanto) em termos técnicos (ou seja, uma preparação baseada no conhecimento de regras que são necessárias para se obter uma decisão de um terceiro), mas em termos técnico-negociais. Isso significa que a preparação adequada é aquela que mantém as duas partes “em diálogo” para gerenciar suas emoções (isso é, o lado “irracional”) e, por fim, para identificar os respectivos interesses. Trata-se de uma preparação, em essência, que não tenha como objetivo “substituir” as partes no jogo, mas fazê-las jogar melhor.

IV. A NEGOCIAÇÃO DIRETA

O caminho fundamental que leva a um acordo é a negociação direta entre as partes. Aqui não há juízes ou advogados: a negociação é *entre as partes*. A negociação, portanto, é sempre um *processo de aprendizado* mútuo baseado na interação humana¹⁵. Esse processo tem como objetivo: (i) detectar interesses e combiná-los de modo a (ii) construir possíveis soluções. Em uma negociação, não há ataque

13 Por conseguinte, é fundamental considerar que, em situações reais, os jogadores podem comportar-se de forma muito diferente da prevista pelos modelos clássicos da teoria dos jogos: a esse respeito, os aspectos sociais e psicológicos são decisivos, bem como as opiniões de cada jogador sobre os interesses dos outros jogadores, que podem ser formadas através da comunicação “pré-jogo” ou por meio da negociação. A este respeito, confira-se DIXIT, A. K.; NALEBUFF, B. J. **L’arte della strategia**. Milão: 2010, p. 142: “muitos matemáticos que se ocupam da teoria dos jogos não apreciam o facto de o resultado de um jogo poder depender de aspectos históricos, naturais ou linguísticos, ou de estratégias puramente arbitrários como os números redondos; preferem que a solução seja determinada exclusivamente pelas características matemáticas do jogo (o número de participantes, as estratégias disponíveis para cada um, os resultados das escolhas estratégicas). Nós discordamos. Na nossa opinião, é perfeitamente legítimo que o resultado de um jogo em que participam seres humanos num contexto social depende dos aspectos sociais e dos aspectos psicológicos do jogo. Pensemos, por exemplo, nas negociações (...)”

14 “A minha observação adicional é que não somos apenas irracionais, mas previsivelmente irracionais - que a nossa irracionalidade acontece da mesma forma, uma e outra vezes. Quer estejamos a agir como consumidores, empresários ou decisores políticos, compreender como somos previsivelmente irracional fornece um ponto de partida para melhorar a nossa tomada de decisões e mudar a forma como vivemos para melhor. Isto leva-me à verdadeira “fricção” (como Shakespeare lhe poderia ter chamado) entre a economia convencional e a economia comportamental. Na economia convencional, o pressuposto de que somos todos racionais implica que, na vida quotidiana, calculamos o valor de todas as opções com que nos deparamos e seguimos o melhor caminho de ação possível. E se cometermos um erro e fizermos algo irracional? Também neste caso, a economia tradicional tem uma resposta: As “forças do mercado” vão exercer o seu poder sobre nós e rapidamente nos colocarão de novo no caminho da retidão e da racionalidade. Com base nestes pressupostos, de facto, gerações de economistas, desde Adam Smith, conseguiram chegar a conclusões de grande alcance sobre tudo, desde a tributação e as políticas de cuidados de saúde até à fixação dos preços dos bens e serviços. Mas... somos realmente muito menos racionais do que a teoria económica padrão supõe. Além disso, estes nossos comportamentos irracionais não são aleatórios nem insensatos. São sistemáticos e, uma vez que os repetimos vezes sem conta, são previsíveis” (ARIELY, Dan. **Predictably Irrational**: the hidden forces that shape our decisions. Nova Iorque: 2008, p. 13).

15 MONORITTI, A.; GABELLINI, R. **NegoziAzione**: Il Manuale dell’interazione umana. Milão: Giuffrè, 2018.

ou defesa, não ganhar ou perder: as partes não competem, mas cooperam para solucionar um problema maior. A necessidade a ser suprida quando se integra uma negociação não é a de “ganhar” do inimigo (como no caso do direito ou da força), mas a de solucionar um problema em comum. Com efeito, o objetivo é solucionar um problema “maior”, cujo perímetro será delineado pela comparação dos próprios interesses com os de outro indivíduo. O outro, então, merece respeito simplesmente porque, a princípio, ele enxergaria seu próprio problema, do seu próprio ponto de vista, exatamente como nós mesmos. O outro não é um inimigo, apenas um adversário.

Sobre essa perspectiva, faz-se necessário desmascarar um mito.

Negociar não guarda vínculo nenhum com os conceitos de “ganhar” ou “perder”. Um negociador eficaz não “vence” os outros, *mas é aquele que, ao obter o máximo de informações possíveis, “constrói” a melhor solução para todos*. Um grande negociador não é aquele que ataca ou defende com maior veemência ou mais eloquentemente, mas sim, é aquele que mais aprendeu sobre os indivíduos envolvidos e seus interesses. Se examinarmos atentamente, apesar de a lógica “ganha/perde” dominar as estratégias na nossa sociedade (sempre trabalhamos entre a tese e a antítese), na dinâmica de escolhas empresariais, por exemplo, a lógica “ganha/ganha”, que visa cooperar e criar valor, já pode ser encontrada. Considere, a título de exemplo, as sessões de *brainstorm* que frequentemente são organizadas em grandes companhias para solucionar problemas. Os líderes empresariais não almejam tomar uma *decisão* imediata, mas a possibilidade de exprimir livremente suas próprias percepções e visões sobre o problema. Esse processo de “aprendizado” coletivo engloba e busca analisar os interesses do outro lado, oferecendo não apenas uma gama completa de possibilidades como também meios e recursos que auxiliam a atingi-las.

Há também outro mito a ser desmascarado.

Enquanto na lógica do direito e da tomada de decisões sempre apresenta um profissional (advogado) contra outro profissional (procurador), que se preparam individualmente para *ganhar do outro*, na negociação os dois profissionais (negociadores) *aprendem um com outro* para “apoiar” as *partes* até que se construa um acordo. Essa movimentação muda radicalmente a lógica (da competitiva para a cooperativa) da *educação* e da interação entre os profissionais.

São os dois negociadores que, ao interagirem, criam a possibilidade de apoiar as partes para que elas solucionem os problemas. E o que precisa ser “solucionado” é o problema “maior”, ou seja, o problema *comum* existente, não *analisando o passado*, para identificar os responsáveis, e, conseqüentemente, as reivindicações legais, mas *analisando o futuro*, por meio da compreensão dos interesses e das emoções

de ambas as partes¹⁶.

Ora, se negociação nada mais é do que um processo de *aprendizado mútuo* (dos interesses e das emoções uns dos outros) baseado em interações humanas, qual é o sentido de se pensar em termos competitivos? Isso seria um oxímoro. A negociação – compreendida enquanto o processo de interações humanas com a finalidade de solucionar o conflito – faz sentido se, e somente se, seu objetivo principal continuar sendo o de permitir que cada indivíduo lide *com o conflito, não de forma competitiva, mas como um jogo cooperativo*.

A. A TEORIA DOS JOGOS E O DILEMA DO PRISIONEIRO

A teoria dos jogos é uma ciência matemática que analisa conflitos e almeja suas soluções por meio de jogos exemplares em que as decisões de uma parte influenciam nas das outras. Ela permite que um modelo matemático possa descrever o processo de tomada de decisão em conflitos em que várias pessoas (ou grupos de pessoas, ou organizações) têm capacidade de tomar decisões autônomas com interesses conflitantes. Na teoria dos jogos, tradicionalmente, os seres humanos são denominados jogadores ou grupos. E um jogo pode ser definido como qualquer situação de interdependência estratégica e, portanto, qualquer situação de conflito. O jogo é representado pela totalidade de seus jogadores, de suas estratégias, e de seus ganhos, que derivam das aplicações de tais estratégias. O objetivo de cada jogador é a maximização de seus próprios ganhos, considerando que esse objetivo é comum a todos os outros participantes do jogo. A partir daí, o jogo é um modelo em que o resultado de cada jogador depende não só das suas próprias escolhas, mas também das escolhas dos outros jogadores. A interdependência da decisão de cada jogador, portanto, é um aspecto essencial dos jogos e pode ser “sequencial” (quando os jogadores se revezam para fazer suas jogadas) ou “simultâneas” (quando os jogadores jogam “simultaneamente” – como no dilema do prisioneiro, leia abaixo – e ignoram as jogadas que os outros estão fazendo). Em síntese, a teoria dos jogos descreve, por meio de modelos matemáticos, o processo de tomada de decisão e lida com conflitos entre jogadores que precisam estar imbuídos de duas características: *ser inteligente e ser racional*; jogadores inteligentes geralmente tem *conhecimento em demasia*; jogadores racionais são indivíduos que *maximizam suas vantagens pessoais*. A

16 Enquanto o processo judicial olha para o passado para atribuir responsabilidades e produzir uma decisão, a negociação olha para o futuro procurando oportunidades/opções para produzir uma ou mais soluções partilhadas que serão o núcleo do acordo. Um negociador (assim como o mediador) preocupa-se pouco com o que aconteceu no passado e com quem é responsável por isso: ele se preocupa muito mais com a geração de ideias para consertar o futuro. Neste sentido, podemos dizer que a negociação é orientada para as pessoas enquanto um processo judicial é orientada para os factos.

solução do jogo é uma descrição sistemática dos resultados que poderão derivar dele: em verdade, a teoria dos jogos almeja computar matematicamente *a melhor solução racional dentro dos interesses dos jogadores (presumindo, como mencionado, de que eles são racionais) e sugere como alcançá-la.*

Como é sabido, há diferentes tipos de jogos.

Jogos podem ser *competitivos* (ou não-cooperativos) ou *cooperativos*, dependendo do fato de os jogadores poderem decidir sua própria estratégia individualmente sem saber a dos outros ou de poderem concordar antecipadamente com a estratégia a ser seguida para maximizar os ganhos de todos. Afinal, a teoria dos jogos é dividida em duas grandes vertentes: (i) a teoria dos jogos não-cooperativos (a cooperação entre jogadores é proibida ou impossibilitada pela estrutura do jogo)¹⁷ e (ii) a teoria dos jogos cooperativos (a cooperação entre os jogadores existe e eles podem ter laços mútuos ou explícitos e formar coalizões com o objetivo de obter benefícios mais amplos).

Agora, *no cotidiano não é possível determinar de antemão se um conflito tem as características de jogos competitivos ou cooperativos.* Na verdade, a depender de como a interação do jogo se desenrola, um determinado conflito pode acabar sendo de “soma zero”, com um indivíduo vencendo e o outro perdendo, ou de “soma variada”, se o valor tiver sido gerado de uma forma que crie um acordo com todos. *Portanto, não é o conflito em si que é competitivo ou cooperativo, mas é a abordagem dos participantes que define a estrutura do jogo. Em outras palavras, é a forma como o conflito (competitivo/colaborativo) é abordado que delimita as características do jogo, e não o contrário. Afinal, é necessário lembrar que ninguém é compelido a jogar o “jogo”, como aparenta ser, mas que, na realidade, “sempre há de ver um jogo maior”¹⁸.* A relação entre jogos competitivos e cooperativos também pode ser explicada considerando-se que nossa vida é um conjunto de “jogos finitos” que podem ser jogados dentro de um ou mais “jogos infinitos”¹⁹. Cada “jogo finito” exige necessariamente um ganhador em virtude das regras definidas em acordo mútuo entre os jogadores. Não só um “jogo finito” possui limites necessários – em termos de tempo, de espaço e de números – como também é

cercado por outras limitações²⁰. De dentro, um jogo finito possui restrições adicionais que constituem

17 Quando se fala de jogos “não-cooperativos”, o conceito é semelhante ao de “ausência de comunicação” e não de absoluta de cooperação: há de fato modelos de jogos que não prevêem a comunicação entre os jogadores mas incluem, em vez disso, a possibilidade de cooperar (por exemplo, tomado como certo).

18 DIXIT, A. K.; NALEBUFF, B. J. **L'arte della strategia**. Milão: 2010, p. 46.

19 “Há pelo menos dois tipos de jogos. Um é chamado de finito, o outro, de infinito. Um jogo finito é jogado com o propósito de ganhar, um jogo infinito com o propósito de continuar jogando. Para que um jogo finito seja vencido por alguém, ele deve chegar a um fim definitivo. Ele chegará ao fim quando alguém tiver vencido. Sabemos que alguém venceu o jogo quando todos os jogadores concordarem em quem dentre eles é o vencedor. Nenhuma outra condição além da concordância dos jogadores é absolutamente necessária para determinar quem ganhou o jogo. (...) Jogos finitos podem ser jogados dentro de um jogo infinito, mas um jogo infinito não pode ser jogado dentro de um jogo finito. Os jogadores infinitos consideram suas vitórias e derrotas em quaisquer jogos finitos que joguem como momentos de um jogo contínuo” (CARSE, J.P. **Finite and Infinite games: A vision of Life as Play and Possibility**. Nova Iorque: Free Press, 1986, pp. 3-7).

20 “Assim como é essencial que um jogo finito tenha um final definitivo, ele também deve ter um início preciso. Podemos falar que jogos finitos, portanto, possuem limites temporais – com os quais, é claro, todos os jogadores devem concordar. Mas os jogadores também devem concordar com o estabelecimento de limites espaciais e numéricos. Ou seja, o

as “regras do jogo”: essas regras constituem, essencialmente, os termos contratuais por meio dos quais os jogadores concordam, ao fim, quem será o vencedor. As regras de um jogo finito não podem mudar durante o jogo, caso contrário, se tornaria um outro jogo diferente daquele inicialmente definido. Em contraste, as limitações exógenas do jogo finito podem ser mudadas (ampliadas ou reduzidas) com a concordância dos jogadores. Um jogo infinito não tem limitações espaciais ou numéricas, nem há limites para seu acesso: qualquer um pode jogar um jogo infinito. Enquanto as regras de um jogo finito não podem ser mudadas enquanto se joga, aquelas do jogo infinito, por outro lado, podem ser mudadas livremente enquanto se joga o jogo²¹. *Em paralelo, podemos afirmar que um processo judicial e a decisão judicial se aproximam do conceito de um jogo finito, enquanto a negociação se aproxima do conceito do jogo infinito.*

Afinal, a vida é uma negociação sem fim.

Levando isso em conta, a abordagem competitiva sempre tenderá a delinear um jogo finito (e, portanto, de “soma zero”), enquanto somente uma abordagem cooperativa (as chamada abordagem integrativa) – pela qual é possível conciliar os interesses das partes e, assim, criar um valor agregado novo que subsequentemente será dividido entre os jogadores – pode levar para além das barreiras do jogo finito e, dessa forma, viabilizar um jogo de soma positiva²².

O princípio para dar o pontapé inicial, então, é que o conflito não é um fenômeno patológico que pode ser evitado ou um mal a ser “vencido” ao reivindicar o “direito” de alguém. O conflito é um fenômeno “fisiológico” inevitável, inerente à essência humana, devido à escassez de recursos, de espaço, de tempo e de comunicação. Conflito não é ontologicamente bom ou mal. É a maneira como escolhemos lidar com ele que pode transformá-lo em uma experiência positiva ou negativa. Estamos cercados por conflito. Isso é um fato da vida. Para resolvê-los, precisamos lidar com um conjunto de “jogos” com

jogo deve ser jogado em um espaço delimitado e com jogadores específicos. Os limites espaciais são evidentes em todos os conflitos finitos, desde os mais simples jogos de tabuleiro e esportes de quadra até as guerras mundiais. Os limites numéricos assumem muitas formas, mas são sempre aplicados em jogos finitos. As pessoas são selecionadas para o jogo finito. Não podemos jogar se tivermos que jogar, mas também não podemos jogar sozinhos. Assim, em todos os casos, precisamos encontrar um oponente e, na maioria dos casos, companheiros de equipe que estejam dispostos a jogar conosco. (...) Essas limitações que a data, o local e a participação de cada jogo finito são definidos externamente. (...) Um jogo é jogado naquele lugar, com aquelas pessoas. O mundo é elaboradamente marcado por limites de competição, seus habitantes são finamente classificados quanto às suas elegibilidades” (CARSE, J.P. **Finite and Infinite games: A vision of Life as Play and Possibility**. Nova Iorque: Free Press, 1986, p. 4).

21 Nesse sentido, pode-se dizer que, em um jogo finito, os jogadores jogam “dentro dos limites”, enquanto em um jogo infinito os jogadores jogam “com limites” (CARSE, J.P. **Finite and Infinite games: A vision of Life as Play and Possibility**. Nova Iorque: Free Press, 1986, pp. 9-10).

22 A abordagem cooperativa (também “integrativa” do conflito) enfatiza especialmente a solução de problemas e os lucros conjuntos, razão pela qual as estratégias “integrativas” incentivam os jogadores (ou seja, os negociadores) a trabalharem juntos para criar soluções finais que sejam lucrativas para todos. O elemento fundamental subjacente a essa abordagem é a ideia de interação (negociação) como um “processo” no qual as partes devem analisar as características do conflito antes de “jogar”. Isso envolve fazer uma série de perguntas sobre o outro lado, as questões a serem negociadas, como discuti-las e quais valores devem ser levados em consideração. Portanto, é um processo que leva um pouco mais de tempo, mas, em longo prazo, isso permite não apenas recuperar o tempo perdido, mas também chegar a acordos melhores, mais fortes e mais válidos. Sob essa ótica, vale a pena mencionar a chamada negociação baseada em princípios (FISHER, R.; URY, W.; PATTON, B. **Getting to Yes. Negotiating Agreement Without Giving In**, Random House Business Book, 2012). Esse tipo de abordagem de negociação vai além das escolhas estratégicas limitadas da negociação competitiva (distributiva do valor existente) e permite a preparação e a cooperação para criar valor.

a compreensão de que cada jogo é sempre parte de um “jogo maior”. E, é justamente essa tentativa de sempre jogar o “jogo maior” que torna possível a cooperação e da criação do valor agregado algo possível.

A confirmação do supracitado pode vir do exemplo de alguns princípios e critérios da teoria dos jogos, fornecidos pelo famoso “dilema do prisioneiro”. O dilema representa uma situação típica que pode exprimir a essência de inúmeros conflitos e interações que podem ocorrer diariamente. A sua estrutura matemática foi estudada por Merrill Flood e Melvin Dresher em 1950 e posteriormente formalizado por Albert Tucker²³. É um jogo de informação completa, pois cada jogador conhece todas as regras. Vamos analisá-lo.

Dois criminosos, cúmplices em outras ocasiões, são parados pela polícia em dois carros diferentes, próximos de uma joalheria recém roubada. Ambos são acusados pelo crime e são detidos em celas diferentes. *Sem nenhuma chance de se comunicarem*. Cada um tem duas opções: confessar ou não confessar. É explicado melhor para os acusados: (i) se somente um confessar acusando o outro, o que confessou não sofrerá sanção, mas o outro será condenado a sete anos; (ii) se ambos se acusarem, ambos serão condenados a seis anos; (iii) se nenhum confessar, ambos serão condenados a um ano, pois ambos são culpados de carregarem armas. A escolha é difícil. Um dilema, de fato: trair o outro para manter sua liberdade, ou não falar nada, correndo o risco de sofrer a condenação mais severa?

	Confessar	Não Confessar
Confessar	(6,6)	(0,7)
Não Confessar	(7,0)	(1,1)

Como se depreende da tabela acima, a melhor e mais *racional* estratégia neste jogo *não-cooperativo* é que ambos confessem, já que nenhum dos dois criminosos sabe o que o outro escolherá. Afinal, para cada um dos detidos o objetivo é minimizar sua própria pena. Portanto, se cada prisioneiro confessar, o confessado poderá ser sentenciado a 0 ou a seis anos, enquanto se não confessar, o prisioneiro corre o risco de ser condenado a um ou sete anos. Assim, a melhor estratégia para minimizar a condenação é a de que ambos confessem ou neguem. Bem, essa estratégia coincide com o chamado *Equilíbrio de Nash*. É a escolha *mais racional*, o equilíbrio do qual nenhuma das partes tem interesse em se desviar devido ao fato de que, dada a mesma escolha pela outra parte, a sentença aumentaria em anos. Quando a estratégia de um jogador é mais vantajosa do que qualquer outra, independente da estratégia ou da combinação

23 Poundstone, W. **Prisoner's Dilemma**. Nova Iorque: Doubleday, 1992, pp. 8-9; Nasar, S. **A Beautiful Mind**. Nova Iorque: Simon&Schuster, 1998, pp. 118-119.

de estratégia presumida pelo oponente, é dito que o jogador tem uma “estratégia dominante”. No caso do “dilema do prisioneiro”, ambos os jogadores têm a “estratégia dominante”.

Para ambos, na verdade, a estratégia de não confessar é dominante em relação à estratégia de confessar. Assim, ao se eliminar as estratégias dominantes, o *Equilíbrio de Nash* pode ser encontrado. O ponto correspondente ao Equilíbrio de Nash (os dois prisioneiros cooperam com a polícia e são sentenciados a seis anos de prisão) propicia, portanto, um excelente resultado que satisfaz todos os jogadores: representa uma *situação final de equilíbrio*; um resultado final em que nenhuma modificação unilateral é conveniente. Mas atenção! Esse não é o melhor resultado absoluto para nenhum dos criminosos. Na verdade, o melhor resultado – chamado de “Otimidade de Pareto” – é que *nenhum deles confesse*, correndo o risco de serem condenados a 1 ano e não 6. No entanto, esse não é o ponto de equilíbrio. De fato, a Otimidade de Pareto é a situação em que nenhum indivíduo ou preferência pode ser feito melhor sem fazer com que o outro indivíduo fique pior. *A Otimidade de Pareto é racional do ponto de vista coletivo, mas não é de nenhuma forma racional do ponto de vista individual.* Em essência, se o indivíduo jogar o jogo de acordo com a lógica individual, isso é, com único objetivo de maximizar o seu resultado pessoal, não haverá necessariamente a Otimidade de Pareto.

Em alguns casos, eles atingem esse objetivo e, em outros, não; nesse último caso, suas ações resultam em desperdício ou má alocação de recursos. Voltando ao nosso dilema, foi dito que a Otimidade de Pareto não é o ponto de equilíbrio. Vejamos o motivo. Suponhamos que os dois prisioneiros tenham prometido não confessar no caso suas prisões. Agora ambos estão presos em celas diferentes se questionando se a promessa será mantida pelo outro. E, se um prisioneiro não cumprir a promessa e o outro cumprir, somente o descumpridor estará em vantagem e liberto. De acordo com a teoria dos jogos, só há um equilíbrio (confessar, confessar). Como mencionado, essa é a estratégia (uma para cada jogador) em relação à qual nenhum jogador tem interesse em ser o único a alterá-la. O Equilíbrio de Nash pode ser visto como uma ferramenta teórica que rompe o ciclo vicioso determinado na mente de cada jogador em todos os casos em que, em um conflito, a decisão de uma parte dependerá do comportamento da outra (e vice-versa). Ele é baseado na ideia de um resultado em que, respondendo a estratégia do seu oponente, cada jogador envolvido escolhe a estratégia mais eficaz em vista de seu próprio interesse.

Tendo isso em conta, *é claro que a busca do interesse próprio – doravante, a estratégia dominante – não leva ao melhor resultado para ambas as partes.* E, na verdade, **quando os jogadores recorrem à estratégia**

dominante, ambos agem da forma menos vantajosa do que quando conseguem se comunicar e chegar a um acordo compartilhado e confiável, segundo o qual escolheriam a outra estratégia dominada. Em suma, poderíamos dizer que se as duas estratégias (dominante e dominada) fossem descritas como “não cooperar entre si” e “cooperar entre si”, isso significaria que “não cooperar é a estratégia dominante para ambas, e a combinação em que todos os jogadores escolhem “não cooperar” leva a um resultado menos vantajoso do que se tivessem escolhido “cooperar”²⁴. Dito tudo isso, para nossos propósitos, é útil fazer uma breve reflexão sobre o significado mais profundo do Equilíbrio de Nash. Até agora, vimos que ele representa uma situação em que nenhum agente *racional* tem interesse em mudar de estratégia e como ele é o resultado de todos os jogadores escolherem sua estratégia dominante. O Equilíbrio de Nash representa, portanto, a situação em que um grupo é formado se cada membro fizer o que é melhor para si mesmo (portanto, o objetivo é maximizar seu próprio lucro, independentemente das escolhas de seus oponentes). Entretanto, como vimos, não necessariamente o Equilíbrio de Nash é a melhor solução para todos. Embora seja verdade que, no Equilíbrio de Nash, o jogador individual não pode aumentar seu lucro apenas mudando sua estratégia, não é de forma alguma certo que um grupo de jogadores (ou, em um cenário extremo, todos eles) não possa aumentar seu lucro afastando-se conjuntamente do equilíbrio. Afinal, o próprio Nash, ao descrever sua teoria deixou claro que *“um jogo pode ser descrito em termos de estratégias, que jogadores devem seguir em todos os seus movimentos: o equilíbrio existe quando ninguém pode melhorar unilateralmente seu comportamento. Para mudar, precisamos agir em conjunto. Porque unilateralmente só podemos evitar o pior, enquanto para alcançar o melhor precisamos de cooperação”*²⁵. No dilema do prisioneiro, o principal impasse para os jogadores é escolher entre dois tipos de comportamentos: (i) o comportamento racional, egoísta e não-cooperativo (racionalidade individual); ou (ii) o comportamento irracional e cooperativo (racionalidade coletiva).

Há, portanto, uma diferença entre racionalidade individual e racionalidade coletiva: enquanto a primeira, como mencionado, diz respeito à capacidade de maximizar o lucro pessoal, a segunda diz respeito ao conceito de eficiência (chamada de Otimalidade de Pareto). Nesse instante, fica evidente que é justamente o dilema do prisioneiro que enfatiza a importância e o valor do comportamento altruísta. Se os jogadores se comportam de forma altruísta e ambos escolherem suas estratégias de acordo com a vantagem (também) do outro lado, então a estratégia “Não confessar, Não confessar” se torna o equilíbrio resultante de uma estratégia dominante (Equilíbrio de Nash) e de

uma solução eficiente para o grupo (Otimalidade de Pareto). Dessa forma, entende-se que o Equilíbrio de Nash

²⁴ DIXIT, A. K.; NALEBUFF, B. J. *L'arte della strategia*. Milão: 2010 p. 93.

²⁵ NASH, John. Interview with Piergiorgio Odifreddi, John Nash tra genio e follia. **Repubblica, Espresso, Cultura**, 11 de março de 2008.

pode não ser uma otimalidade paretiana e que, portanto, podem existir outras combinações de estratégias que tornem um indivíduo melhor sem tornar pelo menos um indivíduo pior, ou mesmo, como no caso do dilema do prisioneiro, apresentar vantagens para todos. A comparação entre o Equilíbrio de Nash e a Otimalidade de Pareto, portanto, desmente o que foi afirmado por Adam Smith, que foi considerado, antes da formulação da teoria do equilíbrio, o “pai da economia moderna”. Smith acreditava que se cada membro do grupo buscasse seu próprio interesse, o efeito só poderia resultar em uma situação melhor para todos os membros – a Otimalidade de Pareto, em síntese. Em contraste, *como apontado acima, se cada membro do grupo buscar somente o que é melhor para si, o resultado poderá ser um Equilíbrio de Nash, mas não necessariamente uma Otimalidade de Pareto*. Por isso, se cada jogador buscar somente seu próprio benefício, é possível obter uma alocação ineficiente de recursos. No caso do dilema do prisioneiro, o supracitado se torna evidente: o mínimo possível de anos de prisão é 0 para o indivíduo e dois para o grupo, mas, se ambos escolherem sua estratégia dominante, cada um receberá seis anos de detenção.

Portanto, a matemática nos ensina algo importante: cooperação baseada em confiança permite que todos ganhem algo, não só do ponto de vista moral, mas também do ponto de vista material. É evidente que, se quiséssemos tentar adentrar na mente de alguém, prever influenciar seus comportamentos, deveríamos nos esforçar em “construir confiança” e “cooperar” (em outras palavras, negociar), pois, muitas das vezes, ao contrário do que acontece em jogos, uma interação entre seres humanos é possível, justamente porque escutar, aprender (sobre o outro) e comunicar é possível. E essa interação sempre traz maiores benefícios para todos.

B. A DEFINIÇÃO DE NEGOCIAÇÃO: UM PROCESSO DE APRENDIZADO

Negociação é um “jogo” informal em que *as partes participam* diretamente e em que o objetivo não é atribuir uma vitória ou uma derrota, mas que *as partes entre si* resolvam seu *problema comum*. Não o problema de um (para fazer prevalecer um sobre o outro) contra o problema do outro (para se fazer prevalecer sobre o primeiro) *mas o problema (maior) de ambas as partes* sem a intervenção de nenhuma força exterior, mas simplesmente através de interações mútuas. E é um jogo de soma positiva (ganha/ganha)²⁶. É possível jogar o jogo “maior” e expandir as apostas pois não se está vinculado ao *petitum*²⁷.

²⁶ Sobre isso, vale a pena mencionar que, em contraste, a “transação” (art. 1965 do Código Civil Italiano), por meio da qual as partes fazem “concessões mútuas” para resolver o conflito, é um “jogo de soma negativa”; de fato, é também um “jogo de soma negativa (perde/perde) embutido em um jogo de ‘soma zero’ (ganha/perde)” (COSI, G. **L'accordo e la decisione**: Modelli culturali di gestione dei conflitti. Turim: UTET, 2017, p. 128).

²⁷ “Primeiras ofertas, contrapropostas e padrões de concessão são partes importantes desse jogo. A teoria da ne-

Nesse jogo, como mencionado, não há vencedores ou perdedores.

Assim, se quiséssemos perguntar o que “ganhar” realmente significa em termos de negociação, a resposta seria que em uma negociação “vence-se” quando, embora não se atinja um resultado máximo teoricamente alcançável por qualquer uma das partes, *o nível máximo de satisfação de todas as partes nessas circunstâncias é alcançado*. Poderíamos então argumentar que, definindo o objetivo de qualquer negociação, ***o melhor resultado é atingido quando cada negociador faz o que é melhor para si e para outros***²⁸. Substancialmente, dado que o melhor resultado *para todos* é sempre obtido por meio da cooperação²⁹, a *negociação* deve ser vista como um processo de interações humanas que – por meio do aprendizado de informações e da influência sob os comportamentos – permite que o *conflito possa ser resolvido como um jogo cooperativo, ou seja, para dirigi-lo e/ou transformá-lo de um jogo competitivo em um jogo cooperativo*. Consequentemente, essa é a **definição de negociação** que pode ser útil para entender sua real essência e, desse modo, o processo educacional para se tornar um negociador. Não se trata de um processo de comunicação ativa pela qual uma parte ataca e/ou se defende para obter o que é tido como o melhor para si, mas é um ***processo de aprendizado de interesses e de sentimentos das partes, que aspiram a combiná-los e gerar soluções úteis para atingir o melhor resultado para todos***. Em uma negociação ninguém “fala para atacar”, mas sim “escuta para apreender”. E isso é o que concatena a melhor solução para todos.

Daqui em diante, presumindo que o melhor resultado a ser buscado para resolver conflitos não é maximizar o benefício próprio a curto prazo, mas *maximizar o valor próprio e, ao mesmo tempo, o de todos, preferencialmente a longo prazo*, a meta a ser encontrada em toda negociação só pode ser encontrar soluções que criem valor agregado para toda a comunidade-alvo (também podendo ser duas pessoas). E, para tal, ao invés de começar ou continuar a jogar em uma perspectiva não cooperativa – isso é, a ausência de aprendizado mútuo – será necessário, se preparar para “mudar o jogo” (ou o conflito) de não cooperativo para **cooperativo**:

negociação, no entanto, nos diz que muitas vezes esse é o jogo errado para se jogar. A suposição da ‘torta fixa’ geralmente é incorreta. Não é necessariamente verdade que mais para mim significa menos para você. Um dos principais desafios nas negociações é identificar movimentos que criam valor: coisas que são baratas para eu dar e valiosas para você receber, e vice-versa. Para ser claro, “aumentar o bolo” não é necessariamente bom em si. No final das contas, o que importa é o tamanho da sua fatia, mas é obviamente muito mais fácil obter uma fatia grande se a torta geral for maior” (SUBRAMANIAN, G. **Dealmaking**: The new strategy of negotiauctions. Nova Iorque: 2010, p. 22).

²⁸ A esse respeito, é curioso que, enquanto o prefácio original do primeiro livro de Dixit e Nalebuff, intitulado “I Win, You Lose”, começava com “[p]ensar estrategicamente é a arte de ter mais sucesso do que o adversário, sabendo que ele está tentando fazer exatamente o mesmo”; no prefácio do segundo livro, intitulado “Art of strategy”, os próprios autores acrescentaram o seguinte: “pensar estrategicamente é também a arte de encontrar maneiras de colaborar, mesmo quando os outros são motivados apenas por seus próprios interesses. (...) É a arte de interpretar e revelar informações. É a arte de se colocar no lugar da outra parte para prever e influenciar sua conduta” (DIXIT, A. K.; NALEBUFF, B. J. **L’arte della strategia**. Milão: 2010, tradução nossa).

²⁹ UNGUREANU, V. **Pareto-Nash-Stackelberg Game and Control Theory**: Intelligent paradigms and Applications. Springer: 2018, p. 46

C. O DILEMA DO NEGOCIADOR

É precisamente a capacidade de negociar de forma eficaz – instilada cientificamente – que pode permitir a resolução do que David Lax e James Sebenius, revendo a estrutura do dilema do prisioneiro, vieram a chamar de “dilema do negociador”³⁰. Para representar as tensões que ocorrem entre dois negociadores, os autores construíram um cenário em que dois indivíduos fictícios, Ward e Stone, discutem problemas diferentes. Ward e Stone precisam escolher entre duas alternativas: eles podem “cooperar” (adotar uma abordagem aberta e prestativa) ou “competir” (adotar uma abordagem fechada e protetora). Os negociadores também lidam com a escolha dos prisioneiros no famoso “dilema” frente a decisão entre competir ou cooperar: aqui, a cooperação corresponde a uma abordagem mais sutil, com o objetivo de agregar valor, enquanto a competição corresponde à uma abordagem mais agressiva com o objetivo de agregar valor somente para si. Para representar as várias possibilidades que emergem da interação entre os dois atores, Lax e Sebenius propuseram o seguinte:

		Stone's Choice	
		Create	Claim
Ward's Choice	Create	Good	Great
	Claim	Terrible	Mediocre

Stone Payoff
Ward Payoff

Como demonstra a figura acima³¹, se Ward e Stone cooperarem, ambos obterão um resultado “bom”. A abordagem receptiva e auxiliadora permite que identifiquem oportunidades que criam valor a ser eventualmente compartilhado.

Em contrapartida, se Ward e Stone competirem, ambos obterão um resultado “mediocre”. Isso porque a abordagem defensiva impede que sejam identificadas oportunidades que criam valor. Nesse caso, eles seriam forçados a lutar para compartilhar uma pequena fração restante. A terceira

possibilidade, na diagonal da matriz, será aquela em que um coopere e o outro compita. Assim, se Ward

30 LAX, David A.; SEBENIUS, James K. **The Manager as Negotiator: Bargaining for Cooperation and Competitive Gain**. Nova Iorque: Free Press, 1986, p. 38-39.

31 Imagem original.

competir e Stone cooperar, Ward obterá um resultado “ótimo” e Stone permanecerá com um resultado “terrível”. E vice-versa. Portanto, a pergunta é: em uma negociação, pensando racional e logicamente, Ward deverá escolher competir ou cooperar?

A pergunta exige uma análise do comportamento que Stone poderá adotar. Um resultado “ótimo” é melhor que um resultado “bom”. Dessa maneira, se Stone escolher cooperar, a melhor resposta para Ward será escolher a competição: Stone terá uma postura receptiva e auxiliadora e Ward poderá usar das informações obtidas para identificar e se beneficiar de todas as oportunidades de criação de valor em vez de cooperar e dividir o valor criado com Stone. E se Stone optar pela postura competitiva? Mais uma vez, o melhor para Ward seria escolher a competição. Afinal, um resultado “mediocre” é melhor do que um resultado “terrível”. Conclui-se que o princípio deverá ser o seguinte: independente da escolha de Stone, a melhor resposta para Ward será sempre competir. E, simetricamente, o mesmo é verdadeiro para Stone.

Tudo isso prova que a estratégia de competir é dominante, o que significa que será sempre conveniente tanto para o Ward quanto para Stone competir, independente da escolha que o outro lado tome. Nesse sentido, o resultado sempre será, no mínimo, “mediocre” para ambos, que, em uma inspeção pormenorizada, não é otimizada, haja vista a possibilidade em que ambos cooperassem e agregassem valor. Em outras palavras, **se considerarmos todas as interações humanas como totalmente racionais**, o resultado do estudo de Lax e Sebenius demonstraria que a abordagem competitiva é a preferida desde que possibilite o melhor resultado (apesar de mediocre) a curto prazo; mas não é o melhor resultado entre todos os possíveis. Assim, *o dilema do negociador também nos faz perceber que se negociadores se comportam de forma lógica e racional, o resultado da negociação será sempre “mediocre”, dado que as partes vão deixar de obter valor disponível*. Esse estudo nos faz perceber que em toda negociação há o risco de se perder oportunidades para se agregar valor para ambas as partes. *Felizmente, no entanto, na vida real negociadores possuem vantagens sobre a situação supracitada: eles podem escutar, aprender uns com os outros e se comunicar*.

D. O OBJETIVO FINAL DA CIÊNCIA DA NEGOCIAÇÃO

Eis, então, o objetivo da ciência da negociação: disponibilizar a todos os jogadores a ferramenta (processo de aprendizado) que pode dissolver qualquer conflito através de um jogo colaborativo. Para cooperar, ao menos dois elementos são necessários: a coleta de informações (sobre o interesse do outro negociador) e a

construção de uma relação. É claro, portanto, que para se construir um “acordo”, as partes precisam necessariamente escutar, aprender e se comunicar. Afinal, a única forma de compor seus interesses de forma *independente* é se valer da linguagem que conhecem, a da realidade da vida (seus interesses). Assim, as principais personagens do caminho que leva a um acordo são as *partes* em si.

Por esse caminho (negociação), o conflito é dissolvido pelas partes de forma independente. O “procedimento” para chegar ao acordo não é, e não deve ser, pré-estabelecido por forças exógenas (por exemplo, o direito) mas pelas próprias partes que acordam livremente sobre o processo e escolhem assentar, em nível substantivo, os interesses em jogo. *Isso não significa que as partes não precisem de “apoio”, mas esse apoio não pode jamais ser tal que exclua a presença das partes e/ou as “destitua” do controle sobre a administração do conflito; qualquer apoio externo precisa necessariamente procurar “auxiliar” as partes no mesmo nível do jogo, não substituí-las ou jogar o jogo em outro nível (como no plano jurídico).*

Em termos concretos, essa “assistência” externa pode e deve se apresentar enquanto apoio: (i) no gerenciamento emocional para manter a comunicação entre as partes sempre constante (relacionamento); (ii) na definição do procedimento que elas terão que seguir para chegar a um acordo (processo); e, (iii) ao concatenar possíveis opções/soluções para satisfazer os interesses mútuos³². E essa “assistência” externa às partes pode vir mesmo antes da figura do mediador (que “fica no centro”), enquanto *duas figuras ao lado de cada parte envolvida, cuja preparação, como veremos, talvez não seja (apenas) técnico-jurídica mas técnico-negocial. Escutar para aprender ao invés ouvir para atacar ou para defender*³³:

V. MEDIAÇÃO

Uma negociação direta pode se tornar uma *mediação* quando um terceiro intervém no processo de estabelecimento do interesse comum. O terceiro não substitui as partes na resolução do conflito, não decide nem define quem ganha e quem perde, como um juiz faria. Ele mantém e facilita a comunicação entre as partes, ajudam-nas a analisar os estágios de suas reuniões e as *orientam* a encontrar as melhores

32 O currículo da disciplina de “Ciência da Negociação” – que descreve os antecedentes de quem “assiste” as partes em uma negociação – passa por três capítulos básicos: relacionamento, processo e substância (MONOROTI, A.; GABELLINI, R. **NegoziAzione**: Il Manuale dell’interazione umana. Milão: Giuffrè, 2018)

33 “Ao invés de escutar a outra parte para conhecer suas preocupações, criticamos sua perspectiva e condenamos seu caráter. Mas não ousamos criticar nossa própria perspectiva, pois tememos ser desleais à nossa própria identidade” (SHA-PIRO, D. **Negotiating the Nonnegotiable**. Nova Iorque: 2016, p. 43)

soluções para *sens* problemas comuns. Afinal, é precisamente a comunicação direta entre as partes que permanece indispensável até em uma mediação: sem ela, o pré-requisito para seu funcionamento adequado se esfacela.

São sempre *as partes*, então, que são as personagens principais da mediação (certamente não o mediador nem aqueles que “assistem” as partes). E são sempre *as partes* quem detém o controle sobre a gerência do conflito. *Mediação, afinal, nada mais é do que a negociação entre as partes (e certamente não entre advogados) guiada pelo mediador. Mediação também é – e precisa manter-se como – um processo autônomo e informal* que não tolera “regras procedimentais” externamente impostas por terceiros e ou entidades de outras partes ou da lei. Caso contrário, a efetividade da ferramenta estaria evidentemente “distorcida” e precisaria deixar as partes com o controle não apenas sobre o momento e as modalidades da reunião, mas também sobre a discussão substancial.

Reconhece-se que, mesmo em uma mediação, *as partes terão de estar presentes e sempre se comunicarão em sua linguagem própria (aquela dos interesses); uma linguagem que não pode ser transformada na linguagem técnico-jurídica dos advogados (aquela dos direitos subjetivos)*. Qualquer profissional que “assista” às partes, juntamente com o mediador, não deve substituí-las ou representá-las, mas deve, em vez disso, ajudá-las a se comunicarem entre si usando sua própria linguagem (não a linguagem do direito).

Então, o que é necessário não é um domínio da decisão técnica (própria do advogado), mas um profissional de interação humana (um negociador). O desafio fundamental do negociador não será “atacar” ou “defender” (ganhar ou perder), mas “reabrir” ou manter “aberta” a comunicação entre as partes. Somente assim será possível apoiá-las na definição do caminho que levará a um acordo (quem? como? onde? quando?) e construindo possíveis soluções para o problema compartilhado por meio do confronto de seus respectivos interesses. *Ao contrário de advogados, quem “auxilia” na mediação não fica “à frente” das partes, mas “ao lado”, e deve cooperar com cada uma delas para que possam dissolver seu problema comum (o problema comum das partes)*. Nesse sentido, de fato, o acordo tem um valor “constitucional” e serve como guia factual para futuras interações entre as partes, As partes serão os pais fundadores da relação futura; os negociadores precisam ser o apoio para que eles (re)escrevam sua constituição.

9. A CIÊNCIA DA NEGOCIAÇÃO COMO OBRIGATÓRIA NAS NOSSAS UNIVERSIDADES

Duas importantes consequências emanam do supracitado:

(i) na mediação, *independente do lado do mediador*, a presença de (uma ou duas) “novas figuras profissionais” que, independente de licença para praticar o direito, estudaram a ciência da negociação;

(ii) se tais profissionais foram exigidos a estudar *uma ciência diferente da jurídica – nominalmente, a ciência da negociação*³⁴ – *ela terá de ser introduzida e se tornar central em todos os sistemas universitários.*

Isso deve começar, primeiro, nas Faculdades de Direito.

Cabe às universidades devem preparar a geração mais jovem não apenas como técnicos do saber jurídico, mas também como negociadores profissionais. Afinal, em um sistema renovado – em que o princípio da autodeterminação dos indivíduos³⁵ (menos dispostos a esperar e lidar com a ordem imposta ou mais inclinados a resolver seus conflitos de forma autônoma) está crescendo cada vez mais – um profissional moderno de conflitos não poderá mais se limitar ao papel de um “técnico jurídico”; ele não deverá mais ser um profissional capaz de interpretar regras abstratas e predeterminadas – e, como tal, nunca “precisas” – e de associá-las aos fatos; não poderá mais ser apenas um “técnico” que redige os atos para transmitir a um terceiro (o juiz) que é competente “pela lei” ou que faz cumprir a decisão por meio da “força” do Estado; finalmente, não poderá mais se limitar a formalizar em um contrato o conteúdo de uma vontade já interpretada e determinada independentemente pelas partes.

Precisamente, *por meio do estudo da ciência da negociação*³⁶ será possível formar negociadores capazes de auxiliar as partes em uma negociação direta ou em uma mediação; e, em casos posteriores, formar negociadores capazes de sustentar-se profissionalmente ao lado de mediadores; profissionais que cientificamente preparam uma estratégia, ativam e se engajam na linha de frente em uma sessão de escuta persuasiva e uma comunicação direcionada a compor os interesses das partes envolvidas e, assim, criar o consenso. *O profissional moderno será cada vez mais empenhado em dissolver conflitos, não por meio das normas jurídicas, mas por meio de interações que os geraram*; um atividade que, portanto, não somente exige conhecimento dos parâmetros legais, que pré-existem para regular relações entre indivíduos, e o procedimento para tê-los determinados pelo Estado, mas pelo ser humano e as regras fundamentais da interação humana.

Na estratégia preparada por um negociador eficaz, portanto, a regra jurídica não será mais a

34 Foi justamente a Suprema Corte Italiana (n.º 8473/2019), referindo-se à “(...) aquisição de habilidades relacionais e humanas adicionais, incluindo a capacidade de entender os interesses das partes além das reivindicações legais”, que esclareceu definitivamente que a preparação profissional daqueles que resolvem conflitos não deve se concentrar na capacidade de confrontar “direitos subjetivos” (direito), mas interesses humanos (negociação).

35 COSI, G. Conoscere il conflitto. In LUCARELLI, P.; CONTE, G. **Mediazione e Progresso. Persona, società, professione, impresa**. Turim: 2012, pp. 12-ss.

36 MONORITI, A.; GABELLINI, R. **NegoziAzione: Il Manuale dell’interazione umana**. Milão: Giuffrè, 2018.

única, mas apenas uma entre as muitas ferramentas e critérios que podem ser utilizados para a solução dos interesses das partes e para a resolução de conflitos. Dessa maneira, se as Faculdades de Direito de hoje os advogados são treinados para atuar no processo judicial, mas Faculdades de Direito (e de Negociação?) de amanhã, serão treinados não apenas para advogar, mas, também, para negociar, tornando-se especialistas que conduzem *profissionalmente* a negociação direta e a mediação.

O estudo da ciência da negociação exigirá, além disso, a implementação de um *modelo diferente de treinamento*, comparado àquele do direito: *o modelo que não deve preparar individualmente, mas coletivamente. Será necessário treinar não mais profissionais “individuais”, mas “pares”*: pares “virtuais” que corresponderão aos pares “reais” que, no futuro, se encontrarão na mesa de negociações. Serão exatamente os pares que, cooperando uns com os outros, “assistirão” a seus respectivos clientes para que esses possam chegar a um acordo (ou seja, os acordos *dos clientes*).

Em adição às Faculdades de Direito, seria relevante se a ciência da negociação fosse ensinada em outras faculdades que preparam a juventude para se envolver em áreas intrinsecamente conflituosas, como, sobretudo, a economia e a ciência política. E não só. Como a vida é uma negociação infinita, vários benefícios seriam acumulados em suas futuras profissões para aqueles matriculados em outras faculdades, como, a título de exemplo, Engenharia e Medicina³⁷, tanto para gerenciar interações entre colegas, quanto com os usuários dos serviços relevantes.

A introdução da ciência da negociação enquanto disciplina obrigatória em todas as universidades do mundo não só teria o efeito de treinar “novas figuras profissionais”, mas levaria automaticamente o mercado de conflitos a aceitá-las, dando-lhes uma colocação específica e indispensável.

E, na verdade, as próprias empresas – e, porque não, também os escritórios de advocacia – poderiam introduzir e desenvolver *equipes de negociação* que cooperaram entre si e “prestam assistência” aos cidadãos e às empresas a resolver problemas cotidianos rápida e informalmente.

Ao se considerar princípios básicos da ciência da negociação, a composição típica das equipes de negociação pode exigir a presença conjunta de pelo menos duas figuras: um negociador – que analisa e sintetiza a estrutura da negociação e “presta assistência” à parte sem substituí-la – e o litigante – não como um gestor de conflitos, mas como um especialista que identifica e avalia um parâmetro fundamental, ou seja, a melhor alternativa para um acordo (definido tecnicamente como *BATNA* - *Best*

³⁷ A literatura científica relata, por exemplo, casos de consequências prejudiciais aos pacientes que ocorreram como resultado de um gerenciamento inadequado da interação humana entre colegas (por exemplo, falha na transferência de informações) devido essencialmente ao despreparo de negociação (FISHER, R.; SHAPIRO, D. **Beyond reason**. Nova Iorque: Penguin Books, 2005, p. 115)

Alternative to a Negotiated Agreement). Como é sabido, é da relação relativa entre os *BATNA* de ambas as partes que a força de negociação é determinada como um parâmetro fundamental para o propósito não apenas de definir a estratégia relevante, mas de avaliar a adequação e a eficiência do conteúdo do acordo potencial.

Há outro elemento, entretanto, que, como consequência dessa “profissionalização” do negociador, será quase natural nos diversos sistemas jurídicos: a limitação do mandato. Como visto, para garantir o devido desdobramento da negociação direta e ou da mediação, é fundamental que a troca de informações seja facilitada para ambas as partes. Isso, no entanto, não pode prejudicar as próprias partes quando, não chegando a um acordo, decidam ir à juízo dirimir sua disputa. Em outras palavras, enquanto é necessário “incentivar” a troca de informação durante o processo de mediação de um lado, é também necessário prevenir que tais informações sejam usadas pelas partes contra outrem perante a “ferramenta” diferente e subsequente, que é o processo judicial.

Nesse sentido, para maior proteção das partes e precisamente para abrir novos “espaços” para o profissionalismo dos advogados, no futuro, prever um mandato limitado para os advogados que “assistem” as partes na negociação direta ou na mediação. Em essência, quando o treinamento universitário adequado se maturar, será quase automático prever legalmente que o advogado que “assistir” a parte na mediação não poderá “representá-la” em eventual processo judicial. Essa solução, afinal, garantiria não apenas maior proteção para as partes em juízo contra o uso indevido de informações adquiridas no curso da mediação, mas poderia “apoiar” ainda mais a “profissionalização” da assistência em uma negociação direta ou uma mediação.

O mandato limitado, de fato, possui a vantagem indubitável de criar confiança e proteger a confidencialidade, além de motivar as partes e os profissionais a chegarem a um acordo. Não qualquer acordo, mas um que resulte da combinação real de seus interesses. Da perspectiva individual, há certamente desvantagens, tanto para o cliente, quanto para o advogado (já que, caso a negociação seja frustrada, não seria só o cliente trocando de advogado, mas o advogado perdendo um cliente). No entanto, essas desvantagens seriam compensadas a longo prazo em nível social em uma perspectiva mais ampla que levará a uma nova visão das profissões e à diversificação dos serviços de “assistência” prestados aos cidadãos: negociação e litígio.

Será necessário garantir que as novas gerações superem, por meio da educação, a presunção de que, para se resolver um conflito e restaurar a ordem, um indivíduo não poderá fazer mais do que:

(i) usar a força diretamente contra o inimigo para fazê-lo se curvar; ou (ii) fazer com que um juiz verifique a existência de uma regra padronizada e preestabelecida que nos julgará “justos” e nos fará “vencer” o outro lado (se for o caso, aplicando essa regra por meio da força estatal). Há, ao menos, mais uma possibilidade: fazer com que o estado das coisas seja determinado e reestabelecido de forma independente *pelas partes* com uma solução para um problema em comum. Mas isso exige aprender a “assistir” às partes por meio de tornar-se um negociador eficiente. Será possível superar o maior preconceito: ninguém nasce um negociador, mas todos podem se tornar um!

Com o devido estudo e a preparação científica.

Em suma, somente ao se redirecionar nossa educação sobre o estudo científico da negociação³⁸ é que a ordem negociada (negociação direta e mediação) pode automaticamente evitar assumir um valor “alternativo” em face do processo judicial (ainda chamado de *ADR - Alternative Dispute Resolution*) e se tornar, por si própria, preliminar e principal em detrimento dele. Como consequência imediata, a disputa legal vai finalmente mostrar sua verdadeira função: um anteparo residual e delicado contra a força e a violência humana. E, como tudo que é delicado, poderá ser usado pouco e com extrema delicadeza. Trata-se de recuperar uma abordagem mais liberal da resolução de conflitos – provavelmente perdida nas primeiras décadas do século passado com o advento de um modelo de Estado autoritário – em que a lógica passa a ser “assistir” às partes em conflito oferecendo um serviço, em vez de excluí-las do conflito impondo poder (ou seja, o poder do juiz). Então, é o treinamento de profissionais que prestam esse valioso “serviço” que é a chave para reverter o paradigma segundo o qual as disputas ainda são quase exclusivamente reservadas para sistemas da ordem imposta (processo judicial ou arbitragem), em vez de (cada vez mais) também para sistemas da ordem negociada. Somente então a condição mínima que “reverteria”, é claro, a relação entre negociação/mediação direta, por um lado, e processo judicial/arbitragem, por outro, poderá ser realizada; a saber, a existência de dois tipos de figuras profissionais (não fisicamente, mas) logicamente diferentes: o negociador e o advogado.

E essas serão, como visto, duas figuras com treinamento *diferente* e adequadamente preparadas para dissolver (o primeiro) ou resolver (o segundo) conflitos por meios *diferentes*: o acordo e a decisão.

38 O currículo completo da disciplina de “Ciência da Negociação pode ser encontrado” em MONORITI, A.; GABELLINI, R. **NegoziAzione**: Il Manuale dell’interazione umana. Milão: Giuffrè, 2018.