

A solução negociada e a figura jurídica da transação: associação necessária¹?

André Luís Bergamaschi²
Fernanda Tartuce³

1. Introdução

O presente artigo trata da relação entre “solução negociada” ou “solução consensual” de controvérsias e a figura jurídica da transação (art. 840 do Código Civil⁴).

Por “solução negociada” ou “solução consensual” entende-se tanto a que é atingida pela negociação direta entre as partes quanto aquela facilitada por um terceiro imparcial valendo-se da conciliação (instituto mais ligado à obtenção de uma “solução”) ou da mediação (instituto vinculado primariamente ao restabelecimento da comunicação eficiente entre os envolvidos, que pode incidentalmente culminar na “solução” do conflito por um acordo).

A relação entre “solução consensual” e transação deve ser melhor esclarecida por dois motivos: um de cunho jurídico-processual e outro ligado à percepção dos operadores do direito sobre a utilização dos meios consensuais para resolução de conflitos.

Primeiramente, o instituto da transação vinha previsto em diversos dispositivos do Código de Processo Civil de 1973 como determinante da utilização ou não de meios consensuais de solução de conflitos; exemplo disso era o art. 331 do Código de Processo

¹ Artigo originalmente publicado na obra coletiva “Direito dos Negócios Aplicado - Volume II – Do Direito Processual”, sob a coordenação de Elias Marques de Medeiros Neto e Adalberto Simão Filho, pela Almedina Editora, em 2016 (ISBN 9788584930814).

² Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Professor convidado do Curso de Direito Civil e Processo Civil da Escola Paulista de Direito; Advogado em São Paulo, também atuante no Departamento Jurídico do Centro Acadêmico XI de Agosto.

³ Doutora e Mestre em Direito Processual pela USP. Professora dos cursos de Mestrado e Doutorado da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Professora e Coordenadora de Processo Civil da Escola Paulista de Direito (EPD). Advogada orientadora do Departamento Jurídico do Centro Acadêmico XI de Agosto. Membro do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual) e do IASP (Instituto dos Advogados de São Paulo). Presidente do Conselho do CEAPRO (Centro de Estudos Avançados de Processo). Mediadora e autora de obras jurídicas.

⁴ Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

Civil, que determina a realização de audiência preliminar (ato processual que envolve a tentativa de conciliação) apenas se “versar a causa sobre direitos que admitam transação”.

Também o art. 447, parágrafo único, do CPC de 1973, em uma interpretação estritamente literal, limitava a utilização da conciliação em causas de família “nos casos e para os fins em que a lei consente a transação”.

A ideia que parecia levar o legislador processual a restringir a utilização da conciliação (e, conseqüentemente, a abertura para a solução negociada) era a seguinte: a transação, segundo a lei, envolve “concessões recíprocas” (nos termos do art. 840 do Código Civil). “Concessão” implica em abrir mão de um direito (total ou parcialmente); no caso de direitos que não admitem transação, a conciliação não pode ser realizada, porque resultaria, naturalmente, em uma composição em que alguém abriria mão de uma parte ou de todo o direito.

O Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) deixou um pouco de lado a utilização do termo “transação”, passando a utilizar o termo “autocomposição” em seu lugar com mais frequência: o art. 334, §4º, inciso II, dispõe que não será realizada audiência de conciliação “quando não se admitir a autocomposição”; também o art. 166, §3º, como outro exemplo, dispõe que os conciliadores e mediadores poderão se valer de técnicas de negociação “com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição”. O termo “autocomposição” não nos remete diretamente ao art. 840 do Código Civil, e pode designar arranjos negociais mais amplos do que a “transação”.

O termo “transação”, contudo, é utilizado uma vez no novo diploma para designar o resultado da autocomposição: no art. 487, inciso III, *b*, é previsto que haverá resolução de mérito quanto o juiz homologar “a transação”.

Em segundo lugar, a associação entre solução negociada e “concessões recíprocas” impinge nas partes em conflito e em seus advogados a ideia de que se entra em uma negociação ou em uma conciliação com a finalidade de “fazer concessões” ou “obter a concessão de algo pelo outro”. Essa ideia é corrente e se reflete no dia-a-dia do exercício da advocacia, sendo comum inclusive na fala de conciliadores que dizem: “você está aqui para todos cederem um pouco” ou, ainda, “melhor abrir mão de um pouco agora do que esperar pelo final do processo”.

Essa associação está correta? Essa é uma das respostas que esse artigo pretende fornecer, desconstruindo a ideia de que negociar sobre uma situação controversa implicaria necessariamente em “concessões recíprocas”.

2. O ato de negociar e a solução negociada

A negociação pode ser entendida como a comunicação estabelecida diretamente entre as partes para buscar um acordo⁵.

Em certo sentido, a negociação é o processo de comunicação em que duas ou mais pessoas decidem sobre a distribuição de valores escassos⁶; em outras palavras, negocia-se para obter com o outro aquilo que sozinho não se obteria.

A negociação é trivial e se expande para as mais diversas situações de escassez: colegas de trabalho, por exemplo, negociam sobre o horário de uma reunião ou a posição das escrivaninhas, assim como filhos negociam com os pais quando poderão utilizar o *tablet* para jogos de diversão.

A negociação pode também ter contornos afetivos quando, por exemplo, namorados negociam sobre o uso do celular no tempo livre que passam juntos. Ela também pode focar o âmbito dos interesses econômicos: vendedor e comprador negociam porque um deseja o objeto que pertence ao outro, enquanto o outro deseja obter dinheiro se desfazendo do mesmo objeto. No mesmo sentido, dois empresários negociam os termos de uma *joint-venture* para a realização de um projeto que demanda a expertise de ambos.

O que se percebe analisando o ato de negociar é que ele sempre visa o atingimento de um interesse (qualquer que seja sua natureza) que pode ser alcançado *com a colaboração* do outro.

A negociação pode ocorrer em contextos litigiosos ou não – o que não quer dizer que não haja um ambiente em que percepções, posições e interesses estejam em conflito. Independentemente da percepção do outro como opositor ou adversário, há sempre questões a se responder e opções a fazer. Mesmo para a tomada de decisão sobre onde almoçar com a

⁵ TARTUCE, Fernanda; FALECK, Diego; Gabbay, Daniela. **Meios alternativos de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 19.

⁶ MOURÃO, Alessandra Nascimento S. F. *et al.* **Resolução de conflitos: Fundamentos da Negociação para o ambiente jurídico**. São Paulo: Saraiva (Série GVlaw), 2014, p. 24.

família no domingo, certamente haverá pontos a serem definidos – ainda que nenhum dos envolvidos assuma a postura de adversário dos demais. Existem até mesmo conflitos que têm como pretexto a distribuição de valores escassos, mas que, no fundo, são apenas impasses aparentes ocasionados por falhas de comunicação ou questões emocionais.

A negociação pode ser situada como um *meio* de solução de conflitos quando ela recai sobre uma situação de insatisfação⁷.

O ato de negociar para realizar um interesse pressupõe, naturalmente, a presença e a disposição das pessoas capazes de satisfazê-lo. A solução negociada muitas vezes não é a única possível, havendo alternativas a ela. Pode-se usar da própria força ou pode-se delegar a solução a um julgador. Dois irmãos que discutem sobre em qual canal de TV sintonizar podem negociar a respeito, utilizando a comunicação para clarear e harmonizar seus interesses ou, ainda, valer-se de critérios de legitimidade para tentar fazer prevalecer o canal proposto por um ou pelo outro. Por outro lado, o mais velho pode simplesmente tomar à força o controle remoto, ou, então, ambos podem chamar sua mãe para decidir.

Contudo, a simples opção por uma das alternativas à negociação em determinados casos pode ser valoradas negativamente. Voltando ao caso dos dois irmãos e do controle da TV, a violência é de, toda forma, repreensível. Se estivermos tratando de dois irmãos de 35 e 40 anos, delegar a decisão à mãe não parece ser uma opção adequada à idade dos envolvidos no conflito. Nesse caso, negocia-se por entender que tal iniciativa é mais civilizada e coaduna-se melhor com a autonomia dos envolvidos.

A negociação, para além do trivial, está presente no dia-a-dia das profissões jurídicas, onde ela normalmente recai sobre questões que assumirão contornos jurídicos e serão traduzidas em termos jurídicos para gerar os efeitos desejados.

O advogado privado talvez seja o mais que, tradicionalmente, é mais exposto a contínuas negociações ao falar em nome de seu cliente. Defensores públicos, exercendo função análoga às dos advogados privados em benefício da população pobre também devem estar expostos a situações negociais em elevado grau.

A negociação também se faz cada vez mais presente em outras searas advocatícias. Os advogados públicos também estão cada vez mais envolvidos em atividades negociais na

⁷ Para um maior desenvolvimento do conceito de conflito, confira: TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2. ed. São Paulo: Método, 2015, *no prelo*.

medida em que avança o incentivo ao uso de meios consensuais no âmbito da administração (inclusive com a ampliação de figuras contratuais) e a ideia de administração pelo contrato⁸.

Mesmo promotores e procuradores de Justiça se engajam formalmente em negociações em vista das previsões legais de realização de termo de ajuste de conduta (art. 5º, §6º da Lei n. 7.347/85).

Os juízes, ainda que não se envolvam em negociações representando algum interesse, lidam com a questão durante a condução do processo ao estimular as partes a se autocompor, especialmente em tempos de fomento judiciário da solução consensual, mesmo que o Novo CPC (Lei n. 13.105/2015) tenha atribuído preferencialmente a conciliadores e mediadores o envolvimento nas atividades de autocomposição (art. 139, V).

Isso demonstra que a todos, e, neste particular, aos profissionais da área jurídica, cumpre preparar-se para entender a dinâmica inerente à negociação e munir-se de instrumentos para torna-la mais eficiente.

Não obstante, prepondera ainda no âmbito jurídico a *terceirização do conflito*, ou seja, a delegação da solução do conflito a um terceiro, mormente o Poder Judiciário; tal postura é reflexo de uma cultura *demandista* ou *judiciarista*⁹.

Talvez essa postura seja explicada pelo desconhecimento do potencial da solução negociada e pela *forma* com que se comumente negocia, sem explorar todo esse potencial.

3. Posições versus interesses

O ato de negociar é eficiente? Em relação às suas alternativas, é a via melhor, em termos de custo financeiro, custo emocional, tempo, resultado?

Costuma-se responder a tais questões positivamente. A negociação é, por excelência, o mais fluido, básico e elementar meio de se resolver controvérsias, sendo também o meio

⁸ Para um estudo aprofundado do tema, confira: PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: Estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**, Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2009, p. 82-83.

⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial**. São Paulo: RT, 2009, p. 98.

menos custoso porque os envolvidos, por si mesmos, resolvem a disputa sem a ajuda de terceiros (e sem, portanto, os gastos decorrentes da inclusão de outras pessoas)¹⁰.

É preciso considerar, porem, que uma resposta mais precisa deverá levar em conta em que bases se negocia; afinal, o negociador deve estar preparado para lidar eficientemente com a negociação.

Um entrave verificado ao desenvolvimento de negociações eficientes foi identificado no livro *Getting to Yes*, dos autores Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton¹¹, desenvolvido no âmbito do programa de negociação da Escola de Direito da Universidade de Harvard: é a chamada “barganha posicional”. Tal entrave se relaciona de forma bastante clara com o que se entende por “transação” e como ela contribui para a percepção de que, negociando, sempre haverá perda para um dos lados.

A barganha posicional é aquela em que os negociadores assumem uma posição objetiva inicial, normalmente contraposta à posição do outro, e cada um deles, apegado às suas posições, vai cedendo um pouco desde que o outro também conceda um pouco, até que atinjam um ponto médio entre suas posições em que ambos tenham perdido um pouco, “pelo bem do acordo”¹².

A barganha posicional normalmente causa uma insatisfação recíproca porque ambas as partes sentem que poderiam ter obtido mais da negociação, às custas, é claro, do comprometimento da posição alheia. Quando uma das partes é completamente “vitoriosa”, ou seja, consegue atingir 100% de sua posição, a outra normalmente se sentirá “derrotada”, e o custo incorrido pela parte “vitoriosa” será o comprometimento do relacionamento entre as partes¹³.

Além de se inserir em uma lógica de ganhador-perdedor ou perdedor-perdedor, comprometendo a satisfação das partes com a solução negociada e a relação entre os envolvidos, a barganha posicional estimula dois comportamentos opostos: o *concessivo*, pelo qual alguém cede o que for necessário para obter o acordo, e o *agressivo*, em que um faz de tudo para impor o acordo a outrem¹⁴.

¹⁰ TARTUCE, Fernanda; FALECK, Diego; Gabbay, Daniela. **Meios alternativos de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 19.

¹¹ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Getting to Yes: negotiating agrément without giving in**. 3 ed. New York: Penguin Books, 2011.

¹² Cf. FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Getting to Yes**, *op. cit.*, p. 3-5.

¹³ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Getting to Yes**, *op. cit.*, p. 7.

¹⁴ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Getting to Yes**, *op. cit.*, p. 8.

Outra desvantagem da barganha posicional é a inibição da criatividade na busca de soluções. Como alternativa à tal situação, os autores do *Getting to yes* propõem um modelo de negociação *baseado em princípios*. Um dos pontos principais desse modelo é, em vez de se limitar à tentativa de prevalência de sua posição em uma negociação, procurar *quais são os interesses subjacentes à posição assumida*. Isso significa questionar: o que está por trás da posição? Quais são os desejos e as necessidades que a parte busca atender em uma negociação e a leva a assumir determinada posição?¹⁵

A diferença entre *posições* e *interesses* é fundamental para entender que há casos em que, não obstante a parte se afaste da posição inicialmente assumida, não há necessariamente uma “concessão de seus interesses”, pois estes podem ser atingidos de outra forma que possa ser atendida e aceita também pela outra parte, que agregue valor ao acordo e que também atenda aos interesses alheios.

Nesse ponto é começa a surgir uma inconsistência na associação entre “solução negociada” e “transação”: é possível negociar fazendo “concessões recíprocas”, mas também é possível negociar sem concessões. Em outras palavras, mesmo que as partes se afastem das posições inicialmente assumidas (ou que absolutamente não assumam posições) “cedendo” assim em suas posições, seus interesses subjacentes podem restar atendidos sem ser necessário comprometer o interesse alheio.

Mas o que isso tem a ver com o Direito? Essas categorias (“posição” e “interesse”) não têm uma definição legal, não configuram por si só institutos jurídicos. Rodolfo de Camargo Mancuso bem aponta que “interesse” é uma palavra plurívoca¹⁶ e que a apreensão da lei se dá na noção de “direito subjetivo”, que é o interesse individual cancelado com a proteção estatal¹⁷. A ideia de “interesse subjacente”, em contraposição à posição, não é completamente apreendida pelo Direito. Contudo, essa diferenciação permite entender melhor a operação de meios tradicionais de solução de conflitos.

Tome-se o processo judicial. Sabe-se que a linguagem jurídica traduz apenas uma parte da realidade. Assim, por exemplo, toda a angústia e a tristeza que circundam uma relação mal resolvida que culmina em um evento desastroso acaba sendo traduzida como uma

¹⁵ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Getting to Yes**, *op. cit.*, p. 10-11.

¹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 25.

¹⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**, p. 51.

“demanda indenizatória por danos morais” em que se pleiteia determinado valor com a finalidade de se reparar os maus sentimentos infligidos.

Além da ação judicial, através de seu recorte normativo, trazer à tona apenas parte do conflito, a forma mais corrente que oferece para solucioná-lo é por meio de uma sentença de mérito, que, em regra, deve se ater aos exatos termos do pedido formulado pelo autor (art. 492 do Novo CPC – Lei n. 13.105/2015).

Voltando ao caso dos danos morais, a única forma de resolução *de parte do conflito que restou traduzida pelo direito* é por meio da concessão de uma quantia em dinheiro pleiteada pela parte. Ora, o que é este pleito senão uma *posição* assumida pelo autor como forma de resolver o conflito? Não há espaço, na via tradicional, para a busca do real interesse envolvido a fim de se reformular a pretensão do autor.

O Código de Processo Civil de 1973 já parecia ter alguma abertura para o aprofundamento no plano dos interesses no art. 461, §5º, que previa que nas ações de obrigação de fazer ou não fazer, para a efetivação da tutela específica ou obtenção do resultado prático equivalente, o juiz poderá determinar *as medidas necessárias* para tanto. O Novo CPC (Lei n. 13.105/2015), em seu art. 536, repete essa redação. Isso quer dizer que há espaço para o juiz entender qual o interesse subjacente ao pleito formulado e determinar que se o cumpra da maneira que parecer mais adequada e – por que não? – menos custosa para o devedor.

4. Negociação baseada em princípios

O modelo proposto na supracitada obra envolve uma dinâmica de negociação um pouco mais complexa do que simplesmente estipular uma posição inicial e um *bottom line*, tentando obter do outro qualquer coisa entre esses dois pontos. Envolve preparação e conhecimento da situação de fato, tanto em relação ao negociador quanto à(s) outra(s) pessoa(a) presente(s) na negociação.

A negociação baseada em princípios envolve um método que demanda mais atenção do que conhecimento teórico, mas no qual é possível clarear algumas diretrizes e alguns pontos importantes para consideração. Entre as diretrizes indicadas, estão:

1- *Separar as pessoas dos problemas*¹⁸: essa diretriz envolve reconhecer que os negociadores envolvidos em um impasse têm sempre dois tipos de interesses: na substância do problema e na relação; trata-se de decorrência natural da condição das pessoas em si. Um possível entrave a uma negociação eficiente ocorre quando os negociadores misturam o relacionamento e a substância do problema, o que impede uma visão objetiva direcionada à efetiva solução. Quando a negociação se torna uma barganha posicional e as partes envolvidas passam a se identificar com as posições adotadas, a negociação torna-se um conflito de egos de forma que o relacionamento passa atuar em desfavor da substância. Nesse cenário, a interferência das questões pessoais pode atravancar uma solução consensual eficiente.

O método recomenda, então, que se separem as pessoas do problema substancial, ou seja, que se criem duas linhas de desenvolvimento da negociação: uma direcionada à solução do problema substancial e outra esforçada em construir um bom relacionamento. Propõe-se que não se trabalhe o relacionamento com concessões no plano da substância, mas sim mudando a maneira de lidar com o próprio relacionamento: abrindo e melhorando a comunicação quando ela estiver ruidosa; entendendo e discutindo as percepções de cada um quando elas parecem conflitar; acolhendo emoções exaltadas e deixando-as serem processadas.

O objetivo dessa diretriz não é outro senão impedir que os negociadores se envolvam de maneira emocional na negociação de modo ineficiente, ou seja, impedindo um resultado em que seus interesses e os do outro sejam atendidos, seja porque a relação se deteriora ao longo da negociação, seja porque, a fim de salvar a relação, a parte traia o atingimento de seu interesse.

2 - *Focar em interesses e não em posições*¹⁹: aqui o método proposto começa a ajudar-nos em nossa pergunta sobre a relação entre transação e solução negociada. A ideia é que o negociador saiba diferenciar a posição objetiva assumida e o interesse que se está perseguindo. Atrás de toda a posição existe um ou vários interesses subjacentes; uma negociação eficiente pressupõe a busca pelo conhecimento desses interesses.

¹⁸ Cf. FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Getting to Yes**, *op. cit.*, p. 19-41.

¹⁹ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Getting to Yes**, *op. cit.*, p. 42-57.

Quando, por exemplo, negociando o prazo de um contrato de prestação de serviços a empresa tomadora insiste em um prazo de 6 meses enquanto a prestadora afirma que só assinará um contrato de, no mínimo, dois anos, vale perquirir: o que estaria realmente sendo buscado com esses prazos? Talvez o prestador queira estabilidade e previsibilidade em suas contas, enquanto o tomador queira um tempo para avaliar o novo prestador contratado.

Apenas conhecendo e acessando tais interesses é possível construir uma solução que agrade a ambos, em vez de um simples “meio-termo” que pode não atender a nenhum dos dois lados e deixar ambos apenas um pouco menos insatisfeitos. É o reconhecimento dos interesses que permite a construção de uma solução negociada que se revela melhor do que a autotutela ou a imposição por um terceiro.

Identificando os interesses de todos os negociadores, estes podem verificar que há interesses convergentes, divergentes ou simplesmente diferentes. A partir daí, a solução consiste em aproveitar os interesses convergentes e tentar, na medida do possível, conciliar interesses divergentes. Contudo, nesse processo, as partes são capazes de melhor atingir seus próprios interesses do que se insistissem em uma posição que, pelo “bem do acordo”, teria que ceder em algum momento em maior ou menor grau.

3 - *Inventar opções de ganho mútuo*²⁰: essa diretriz indica que, uma vez identificados os diversos interesses presentes, os negociadores apresentem-se como “resolvedores de problemas”, estimulando sua criatividade e buscando desenvolver diversas opções para o seu atendimento. Os negociadores devem estar engajados em resolver os problemas da negociação e não apenas aquilo que os preocupa individualmente.

O método proposto passa pelo *brainstorming* de ideias, permitindo que, sem julgamento, os envolvidos na negociação inventem as mais diversas opções para apenas em seguida avalia-las. Possivelmente, após a geração de diferentes opções, os negociadores encontrarão soluções melhores que suas *posições* iniciais indicavam.

4 - Por fim, outra diretriz é a *insistência em critérios objetivos*²¹ para ponderação das opções criadas. Negociar com base apenas na vontade (“é assim porque quero que assim

²⁰ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Getting to Yes**, *op. cit.*, p. 58-81.

²¹ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Getting to Yes**, *op. cit.*, p. 82-95.

seja”), típico da barganha posicional, é ineficiente e não se amolda a critérios justos, podendo, assim, comprometer a relação.

Por outro lado, é mais fácil negociar com alguém se baseando em critérios objetivos, discutindo sua validade e sua aplicação ao caso. Tal conduta cria resultados mais sensatos do que basear-se apenas na vontade.

A preparação para a negociação é ponto também importantíssimo. Segundo o método de negociação baseada em princípios, a preparação para a negociação pode ser decomposta na identificação de sete elementos, descobertos com base nas diretrizes já apontadas. É importante conhecer não apenas os elementos em relação a si mesmo, como também em relação às pessoas com quem se irá negociar. São eles²²:

- *Relacionamento*: Como os negociadores se sentem uns em relação aos outros? Como gostariam que se sentissem? Como é possível construir um relacionamento bom para ajudar a negociação?

- *Comunicação*: A comunicação está fluindo ou é unilateral? Como fazer para que se estabeleça uma comunicação mais eficiente?

- *Interesses*: Os interesses dos negociadores estão claros para eles mesmos e para os outros? Como é possível identifica-los e esclarecê-los?

- *Opções*: Foram criadas opções de ganho mútuo? Ou a negociação ainda se situa em um plano de perde-ganha, em que são necessárias concessões? A solução é realizar, sozinho ou com os outros negociadores, um *brainstorming* de ideias sem comprometimento.

- *Legitimidade*: A negociação está se pautando por critérios objetivos? As pessoas estão preocupadas em conferir justiça à solução? A orientação é insistir que as opções propostas sejam analisadas com base nesses critérios e que os outros negociadores também forneçam critérios que legitimem suas preferências.

- *Alternativas*: Quais são as alternativas à solução negociada? Elas atendem seus interesses? Quais suas vantagens e desvantagens? Qual é sua melhor alternativa não negociada? E a do outro?

- *Compromissos*: Está claro sobre o que cada negociador pode se comprometer? As partes estão assumindo compromissos realistas?

²² Um resumo da preparação para a negociação pode ser encontrado na seguinte obra: FISHER, Roger; SHAPIRO, Daniel. **Beyond Reason**: using emotions as you negotiate. Nova York: Penguin, 2005, p. 205 e ss.

Esclarecer para si mesmo esses elementos e tentar identifica-los em relação aos outros é parte essencial da negociação, e permite que sua potencialidade seja explorada.

5. Transação de acordo com a Lei.

No dicionário Aurélio, encontramos as seguintes definições para “transigir” e “transigente”²³:

Transigir (zi). (...)

V. int. 1. Chegar a acordo; condescender: “*após duas horas de propostas e contrapropostas, o plenário transigiu*”. T. i. 2. Chegar a acordo; ceder; condescender; temporizar: *Não transige com os desonestos; “Não cortejeis a popularidade. Não transijais com as conveniências” (Rui Barbosa, Oração aos moços).*

Transigente (...)

Adj. 2 g. 1. Que transige; tolerante, condescendente. S. 2 g. 2. Pessoa que transige.

Nota-se que os termos sugerem que o ato de transigir é, de fato, um ato tolerante, que abre mão de algo pelo bem do acordo. A previsão do Código Civil reforça essa ideia: segundo o art. 840, “*é lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas*”.

A transação é negócio jurídico normalmente relacionado com a composição em juízo, ao lado das figuras do “reconhecimento jurídico do pedido” e da “renúncia ao direito em que se funda a ação”.

Na transação, teríamos uma composição por concessão recíproca; no reconhecimento jurídico do pedido a concessão é inteiramente feita pelo réu e na renúncia ela é feita inteiramente pelo autor. Verifica-se que não há propriamente uma forma de extinção do

²³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. **Novo Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa**. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004, p. 1977.

processo por autocomposição que não implique, em sua definição normativa, em concessão por alguma das partes²⁴.

Contudo, como vimos, é possível que soluções negociadas ou consensuais sejam dadas a conflitos sem que haja concessões dos interesses das partes envolvidas. Haveria então alguma imprecisão nas definições normativas dos possíveis resultados da autocomposição?

Tratemos especificamente da transação, objeto desse estudo: segundo sua definição legal, é o negócio pelo qual um litígio é prevenido ou resolvido mediante concessões recíprocas. Mas o que é objeto dessas concessões?

Seriam os direitos subjetivos das partes? É até possível dizer que, ao transacionar, as partes estejam abrindo mão de parte de seus direitos subjetivos. Mas, para se falar seguramente em existência de direitos subjetivos, é necessário que estes já estejam reconhecidos com caráter de definitividade (através de um título judicial, por exemplo).

A maior parte dos litígios não se encontra em tal grau de maturação da certeza do direito. Pelo contrário, os litígios justamente existem porque há uma *crise de incerteza* do direito, que necessita de sentença judicial para dirimi-la. Assim, na maior parte das vezes, o que se concede em uma transação não é o direito em si, de forma que a “concessão recíproca” de direitos não é elemento definidor da transação.

É mais precisa a definição de Maria Helena Diniz nesse tocante:

A transação é um negócio jurídico bilateral, pelo qual as partes interessadas, fazendo-se concessões mútuas, previnem ou extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas. (...) A transação seria uma composição amigável entre os interessados sobre seus direitos, em que cada qual abre mão de parte de suas pretensões, fazendo cessar as discórdias²⁵.

A transação é um instituto jurídico *sui generis*, por consistir numa modalidade especial de negócio jurídico bilateral, que se aproxima do contrato (RT. 277:266; RF, 117:407), na sua constituição, e do pagamento, nos seus efeitos. É um negócio jurídico bilateral declaratório, uma vez que, tão-somente, reconhece ou declara direito, tornando certa uma situação jurídica controvertida e eliminando a incerteza que atinge um direito²⁶.

²⁴ Neste sentido, cf.: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Manual das pequenas causas**. São Paulo: RT, 1986, p. 77.

²⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2, p. 324-325.

²⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, *op. cit.*, p. 331.

A transação recai, portanto, sobre as pretensões das partes (como afirmamos anteriormente, normalmente coincidem com suas posições) e não sobre seus direitos ou interesses de fundo. Pelo contrário, ela é forma *consensual* de se reconhecer direitos, conferindo-os às partes e não abrindo mão deles, necessariamente.

Veja que a partícula “concessões mútuas” pode ser retirada do trecho citado sem que se prejudique a compreensão sobre qual é o objetivo da autocomposição.

Assim, não é da essência da autocomposição e da solução consensual de conflitos a existência de “concessões mútuas” - nem de direitos, pois estes normalmente não estão definidos, nem de interesses, pois é possível construir arranjos negociais que atendam aos interesses de ambas as partes da mesma forma que suas posições iniciais (ou suas pretensões) poderiam (ou não) atender.

Assim, em uma solução consensual de litígios, não há, necessariamente, “concessões recíprocas” de direitos ou interesses; essa relação não é necessária. Por consequência, não há relação necessária entre solução consensual e “transação” em sua definição legal.

A fim de clarear o conceito e desembaraçar a associação entre solução consensual e “concessão”, poderíamos sugerir dois caminhos: o primeiro implica em simplesmente passar a utilizar o conceito de transação como “negócio jurídico que extingue ou previne litígios” suprimindo-se a menção a “concessões recíprocas” e reconhecendo que a transação mais se assemelha a um contrato como amplo espaço de liberdade das partes para construção e rearranjo de obrigações jurídicas.

O segundo caminho implica em admitir que existam outras formas de solução consensual que não envolvam abrir mão de direitos e interesses, reservando a figura jurídica da transação para aqueles casos em que efetivamente verifica a transação – o que efetivamente ocorre, por exemplo, no acordo feito em sede de execução em que o exequente confere um desconto ao executado em troca do pagamento à vista da dívida.

A associação entre solução consensual, transação e concessões recíprocas aparece como empecilho de uma série de situações negociais, mas que vai cedendo aos poucos diante da realidade.

Exemplo disso é o termo de ajustamento de conduta previsto na Lei n. 7.347/85, segundo o qual na ação civil pública “[o]s órgãos públicos legitimados poderão tomar dos

interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial” (art. 5º, §6º).

Sabe-se que, em regra, ação civil pública tem como objeto direitos ditos transindividuais dos quais os legitimados à sua defesa não podem abrir mão. Assim, o Ministério Público, em uma demanda ambiental que tenha como pedido a interrupção de determinada produção fabril por conta do alto grau de toxicidade de seus detritos, não pode renunciar à preservação do bem ambiental. Por trás desse pedido, há, evidentemente, o interesse de se garantir a integridade do meio ambiente e da saúde das pessoas que circundam a fábrica. Em regra, o Ministério Público não poderia abrir mão desses interesses, o que não o impede, todavia, de construir uma solução consensual com a empresa responsável pela fábrica no sentido de tomar medidas para sanar o problema da poluição sem que, necessariamente, interrompa-se a atividade. Nesse cenário, pode-se adotar uma solução consensual que não abra mão dos interesses em jogo.

6. Transação, negociação, conciliação e mediação.

Da mesma forma que não pode confundir a noção tradicional de transação, não se deve confundi-la com os meios pelo qual podem ser obtidas as soluções consensuais.

A negociação é o envolvimento direto das partes na tentativa de solução do conflito ou composição de interesses.

A conciliação é meio facilitador da negociação mediante a introdução de um terceiro imparcial que auxilia as partes a negociarem, clarificando pontos e elementos importantes para a negociação, estimulando a criação de opções e a busca de critérios para avaliação. A conciliação é mais voltada à obtenção do resultado, ou seja, ao atingimento de um acordo²⁷.

Já a mediação é meio que pode até incidentalmente facilitar a negociação e composição de interesses, sendo seu objetivo principal o restabelecimento da comunicação. Seu foco reside no trabalho do relacionamento das partes, mais do que na questão substancial.

²⁷ Nesse sentido, cf.: SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 17-19.

A solução do conflito substancial é incidente à mediação, mas não se caracteriza como seu objetivo nem a define²⁸.

A negociação, por sua vez, está presente inevitavelmente no desenvolvimento da conciliação e da mediação. Assim, em decorrência do que já se pontuou no item anterior, não há que entender que o resultado da conciliação ou da mediação, se obtido, virá a implicar uma perda para os participantes. Pelo contrário, uma negociação bem esclarecida e bem preparada pode gerar valor ao acordo, através de opções de ganhos mútuos que podem se afigurar ainda melhor do que a posição inicial.

7. Considerações finais

Parte da resistência à utilização dos meios consensuais de solução de conflitos advém da falha noção de que o acordo significa, necessariamente, em concessão de direitos ou de interesses, ou seja, sempre haveria algo a perder.

Parte disso advém da vinculação da solução consensual, seja por negociação, conciliação ou mediação, à ideia de transação, negócio jurídico que, conforme a Lei civil, implicaria em “concessões recíprocas”.

A alternativa de negociar de forma estruturada, baseando-se não em posições rígidas mas sim nos interesses subjacentes, permite a criação de opções que acomodem os interesses de todos os envolvidos e, ainda, que agreguem valor ao que cada um dos negociadores desejava inicialmente.

Para tanto, é importante que os operadores do direito estejam sempre preparados para a negociação e desenvolvam-na não com base em posições, mas sim em interesses.

Sob esta perspectiva, cai por terra a associação entre solução consensual e transação na forma concebida pela lei, e, junto com ela, todos os dispositivos legais e ideias sociais que vinculem o uso dos meios consensuais de solução de conflitos à “transigibilidade” do direito.

²⁸ Nesse sentido, cf.: SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 19-22.

Referências bibliográficas

- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Manual das pequenas causas**. São Paulo: RT, 1986.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. **Novo Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa**. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.
- FISHER, Roger; SHAPIRO, Daniel. **Beyond Reason: using emotions as you negotiate**. Nova York: Penguin, 2005.
- FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Getting to Yes: negotiating agreement without giving in**. 3 ed. New York: Penguin Books, 2011.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial**. São Paulo: RT, 2009.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.
- MOURÃO, Alessandra Nascimento S. F. *et al.* **Resolução de conflitos: Fundamentos da Negociação para o ambiente jurídico**. São Paulo: Saraiva (Série GVlaw), 2014.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: Estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**, Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2009.
- SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2007.
- TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2. ed. São Paulo: Método, 2015, *no prelo*.
- TARTUCE, Fernanda; FALECK, Diego; Gabbay, Daniela. **Meios alternativos de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: FGV, 2014.