

Repositório ISCTE-IUL

Deposited in *Repositório ISCTE-IUL*:

2023-07-14

Deposited version:

Accepted Version

Peer-review status of attached file:

Peer-reviewed

Citation for published item:

Simões, E. (2022). Breves reflexões sobre a negociação em contexto jurídico. In Luís Vasconcelos Abreu (Ed.), *Estudos em homenagem ao professor doutor Manuel Pita*. (pp. 168-183). Coimbra: Almedina.

Further information on publisher's website:

<https://www.almedina.net>

Publisher's copyright statement:

This is the peer reviewed version of the following article: Simões, E. (2022). Breves reflexões sobre a negociação em contexto jurídico. In Luís Vasconcelos Abreu (Ed.), *Estudos em homenagem ao professor doutor Manuel Pita*. (pp. 168-183). Coimbra: Almedina.. This article may be used for non-commercial purposes in accordance with the Publisher's Terms and Conditions for self-archiving.

Use policy

Creative Commons CC BY 4.0

The full-text may be used and/or reproduced, and given to third parties in any format or medium, without prior permission or charge, for personal research or study, educational, or not-for-profit purposes provided that:

- a full bibliographic reference is made to the original source
- a link is made to the metadata record in the Repository
- the full-text is not changed in any way

The full-text must not be sold in any format or medium without the formal permission of the copyright holders.

Breves reflexões sobre a negociação em contexto jurídico

Eduardo Simões

ISCTE-IUL

*Para o Prof. Manuel Pita, que sempre entendeu bem
o valor da negociação e da amizade*

Sumário

Neste artigo abordam-se os processos de negociação com maior relevância na actividade dos juristas. Recorrendo a resultados da investigação interdisciplinar neste domínio, são analisados e discutidos problemas negociais frequentes no contexto jurídico. Especial atenção é atribuída à construção de soluções negociadas em clima litigioso e às intervenções de mediação.

São igualmente analisados os problemas éticos na negociação, salientando a importância dos factores contextuais na persistência das falhas éticas mais comuns.

Palavras-chave: negociação integrativa e distributiva, mediação, negociação online, ética na negociação

Resolver os problemas do cliente é o objectivo central do trabalho de um advogado e, na maioria dos casos, dificilmente alcançável sem negociar. Seja para evitar que um caso chegue à barra do tribunal ou para maximizar o valor de um contrato, o domínio das competências de negociação revela-se crucial para conseguir acordos positivos. Porque abrange grande parte da actividade judicial, parece adequado definir a negociação como “o processo através do qual os advogados buscam um acordo, independentemente do estágio do litígio, da natureza da questão ou do nível de contencioso” (Lande, 2014, p.6), ou seja, os advogados não negociam apenas as resoluções finais, mas também questões substantivas durante o litígio. Pode mesmo considerar-se que estabelecer os termos da representação de um potencial cliente é, para um advogado, a primeira negociação, cujo acordo tem a particularidade de continuar sob escrutínio até ao final da intervenção.

Também na esfera pública, em ambientes de divergência ou de conflito, como os que caracterizam o quotidiano dos juristas, advogados ou não, negociar com eficácia, mais do que mero instrumento, é parte integrante da prática da justiça. As competências de negociação juntamente com outros pilares fundamentais do saber-fazer profissional, como a redação de documentos e a argumentação, são utilizadas num processo amplo, que inclui avaliação de factos e aconselhamento jurídico.

Há décadas que académicos e profissionais das áreas do Direito constaram os progressos na investigação científica dos processos de negociação, defendendo a necessidade de combinar os resultados de “estudos científicos sociais rigorosos sobre o comportamento de negociação e mediação (...) com o que realmente ocorre nas negociações dos advogados” (Menkel-Meadow, 1993, p.362). Tal intento é hoje porventura mais premente do que nunca porque, num mundo permanente ligado e acelerado, é crescente a complexidade dos problemas e muito mais

acentuado o potencial de conflito com um grande número de partes interessadas, muitas destas aparentemente laterais ao objecto da intervenção negocial do jurista. Por outro lado, apesar de ser frequentemente apelidada de “arte”, possivelmente porque associada a perspicácia, flexibilidade e criatividade na interacção pessoal, a negociação é estudada cientificamente com a contribuição de diferentes disciplinas (Economia, Matemática, Psicologia, etc.) há muitas dezenas de anos, sendo que a partir dos anos 90 do século passado se assistiu a um forte crescimento qualitativo e quantitativo na investigação dos processos negociais. Dos modelos assentes no conceito de escolha racional, oriundos da teoria matemática dos jogos, aos estudos experimentais sobre os comportamentos dos negociadores, passando pela análise de casos, esta dinâmica redundou num enorme acervo de resultados e descobertas com aplicação directa nas escolhas práticas dos negociadores. Por mais que o pensamento mágico sobre o “calo da experiência” ou os “negociadores inatos” continue, infelizmente, a fazer algum caminho com prescrições infundadas, e muitas vezes baseadas no mero senso comum, é difícil ostracizar os resultados do trabalho rigoroso que um enorme grupo de cientistas tem vindo globalmente a empreender. Por isso, o desenvolvimento das competências de negociação assenta hoje na aquisição de estratégias e técnicas simultaneamente apoiadas pela prática e fundamentadas nos resultados actualizados da pesquisa mais inovadora. Não por desprezar a importância da experiência profissional e da prática, mas porque estas só são úteis quando filtradas pela reflexão crítica, que permite a aprendizagem e o desenvolvimento de uma compreensão mais lúcida da acção própria.

Trata-se de combinar harmoniosamente duas vias que permearam continuamente a abordagem da negociação enquanto objecto de estudo e prática: a perspectiva prescritiva, que procura firmar recomendações sobre o que *deve* ocorrer para que o comportamento do negociador seja eficaz, e a visão descritiva, que visa o entendimento do que *realmente* acontece

em situações negociais. Isto significa fazer sugestões práticas com base em evidências científicas sobre os processos que fundamentam formas de actuar na negociação (para um notável exemplo em contexto jurídico, v. Menkel-Meadow et al., 2020), rejeitando receitas populares, de aplicação simples e com promessas de resultados fulgurantes, que garantem *best-sellers* e fama aos seus mentores, mas não eficácia. E, como é apanágio da ciência, uma tal perspectiva implica rever resultados e reanalisar modelos quando as prescrições falham ou se adequam deficientemente aos factos. Neste texto, pautamo-nos pela convergência dessas duas vias, procurando referir de forma breve alguns processos e problemas da negociação com mais óbvia relevância para os juristas.

Construir soluções negociadas

Para que uma negociação tenha lugar é necessário que as partes reconheçam, explícita ou implicitamente, que existe entre elas uma relação de interdependência, i.e., as decisões de uma afectam os resultados da outra e vice-versa. Na verdade, a interdependência constitui a essência da negociação, a qual pode ser definida como uma interacção deliberada e voluntária das partes para fixarem ou redefinirem os termos das suas relações de interdependência (Walton & McKersie, 1965). Note-se ainda que o grau de assimetria na relação de interdependência determina objectivamente o poder relativo das partes, ainda que a percepção que cada uma possui acerca do seu poder negocial e do de outrem possa ser enviesada por elementos subjectivos e distorções cognitivas.

Aplicáveis em variados contextos, os princípios fundamentais da negociação possuem como referência crucial a existência de duas abordagens definidas essencialmente pelo modo como os negociadores percebem as *posições* (o que as partes explicitamente exigem) e os *interesses* (as necessidades e razões subjacentes ao que exigem). A *negociação distributiva*

envolve interesses que são, ou aparentam ser, directamente opostos ou de *soma nula*, i.e., qualquer ganho de um dos intervenientes corresponde a uma perda equivalente para o outro. A negociação distributiva está associada a comportamentos competitivos, como exigências fortes e recusas de concessões, e é fundamente posicional, i.e., os negociadores afirmam as suas posições, que opõem às posições de outrem, e centram-se quase exclusivamente nos seus objectivos, ignorando necessidades e interesses da outra parte.

Na *negociação integrativa* os interesses podem revelar-se compatíveis e permitir soluções de acordo que geram ganhos para todas as partes. A interacção centra-se nos interesses e nas necessidades dos intervenientes, em busca de zonas de compatibilidade, sendo essencial a assunção de que é possível fazer trocas mutuamente vantajosas de concessões e contrapartidas, como um *puzzle*, em que se tira partido das diferenças com base em itens relativamente aos quais as partes possuem diferentes preferências e prioridades. De facto, perante vários itens negociais, é sempre possível que pelos menos em alguns existam diferenças de importância atribuídas pelas partes de modo que o ganho de uma não corresponde forçosamente a perda equivalente para a outra. Como facilmente se compreende, esta abordagem exige excelentes capacidades de comunicação para partilhar informação respeitante a propostas, contrapropostas, interesses e alternativas para favorecer a descoberta de soluções com valor acrescentado para todas as partes. Assim, a essência da negociação integrativa reside na capitalização das diferenças para favorecer a optimização de benefícios mútuos. Outras estratégias integrativas possíveis passam por trazer para a mesa da negociação itens que, apesar de não terem sido inicialmente considerados, podem gerar valor suplementar nas soluções de acordo.

A popular designação *win-win* pode aplicar-se à negociação integrativa, ainda que haja o risco de sugerir erroneamente que esta contempla acordos envolvendo soluções de compromisso (*fifty/fifty*), as quais, de facto, são de natureza distributiva e poderiam antes ser apelidadas de *lose-lose*, já que implicam a divisão com perdas iguais assumidas pelas partes.

Estas duas formas de negociação podem decorrer de elementos estruturais, já que existem situações em que, objectivamente, um ganho de uma parte equivale à perda de outra em todos os itens em causa, e outras negociações em que a diferenças de preferências em itens diversos configuram, à partida, a possibilidade de um acordo integrativo que tire vantagem das complementaridades de interesses. Porém, as designações “integrativa” e “distributiva” referem-se igualmente a diferentes estilos de abordagem individuais, que, por si sós, podem alterar a percepção da natureza das divergências. Por exemplo, mesmo uma situação que possui potencial integrativo pode ser abordada de forma competitiva se as crenças dos negociadores forem distributivas, isto é, se acreditarem que qualquer negociação é um jogo de soma nula, em que existe forçosamente um vencedor e um perdedor. Nesse caso, apesar do potencial integrativo, os negociadores cumprem a sua própria profecia, transformando-a numa negociação distributiva, numa “batalha” de posições, desperdiçando valor que enriqueceria as soluções de acordo e/ou potenciando a ruptura ou o impasse.

Negociações estruturalmente distributivas *ou* integrativas são relativamente raras. Nas situações mais comuns, em que existem várias questões em discussão, os interesses de ambas as partes não são completamente opostos nem totalmente compatíveis. Consequentemente, os negociadores necessitam de desenvolver competências para criar valor, i.e., cooperativas, mas também ferramentas competitivas que os apoiem nos momentos em que é necessário reivindicar e defender a sua parte do valor do acordo. No primeiro caso, encontram-se, por exemplo, o uso

das técnicas de comunicação que fomentam a relação de confiança e permitem compartilhar informação útil para descobrir possíveis compatibilidades de interesses. As competências que servem os momentos distributivos da negociação incluem o domínio da dinâmica de troca de concessões por contrapartidas ou as técnicas de argumentação para apoiar as propostas e a conclusão do acordo.

Alguns advogados, em particular se exercem predominantemente no meio empresarial, quando concordam que é desejável conseguir acordos através de trocas mutuamente vantajosas, parecem estar a referir-se sobretudo a contratos, reservando um tratamento de antagonismo (“adversarial”) para as disputas, ignorando ou minorizando o facto de estas poderem igualmente ser objecto de negociação, através do uso de competências de resolução de problemas em grupo como alternativa às armas da litigância (Freund, 2006). De resto, muitos consideram que os advogados tendem a abordar a maioria das negociações numa perspectiva distributiva porque, em primeiro lugar, assumem que os casos de litígio configuram necessariamente problemas de soma nula, sendo o dinheiro frequentemente tomado como referência principal em detrimento de outros interesses e valores das partes (e.g., Mnookin et al., 2004). Por outro lado, a preparação académica, a formação e as regras profissionais dos advogados podem gerar inclinação para uma mentalidade de antagonismo, que instiga a competição e a postura posicional na negociação (Menkel-Meadow, 2001). Alguns resultados intrigantes de pesquisa em contexto judicial parecem indicar que a área de actuação do advogado pode afectar igualmente a maior ou menor propensão para uma postura excessivamente distributiva. Assim, a frequência com que as práticas competitivas são usadas em intervenções no domínio do Direito de Família superam largamente o que acontece no Direito Comercial, Criminal e outros, em que predominam estratégias de resolução de problemas sob diversas formas (Schneider & Mills, 2006).

Finalmente, outros aspectos comuns do contexto socioprofissional do advogado podem acentuar esta tendência. Por exemplo, sabe-se que a responsabilização associada à prestação de contas por resultados, que é apanágio da relação advogado-cliente, gera propensão, mesmo que não consciente, para posturas “duras” na negociação, aumentando a probabilidade de ganhos momentâneos mais elevados para os constituintes, mas também de rupturas negociais e quebras relacionais com os oponentes com consequências negativas para as interações futuras (Ben-Yoav & Pruitt, 1984; Simões, 2011). Todavia, a literatura que reflecte sobre as posturas dos juristas na negociação (e.g., Honeyman & Schneider, 2019a; Honeyman & Schneider, 2019b) vem consensualizando a necessidade de os advogados ampliarem a mentalidade negocial de modo a procurarem acordos sobre uma gama alargada de questões processuais e substantivas durante o desenrolar de cada caso para promoverem os interesses dos seus clientes. Na prática, essa orientação negocial, focada na resolução de problemas com benefício para o cliente, pode ser vista como elemento integrante da chamada *Resolução Alternativa de Litígios* (Douglas, 2013) e implica a capacidade de ultrapassar a dicotomia cooperação *versus* negociação “dura” e desenvolver a flexibilidade negocial adaptada a cada situação e atendendo às especificidades dos meios judiciais (Lande, 2014). Uma mentalidade de negociação focada na resolução de problemas adquire especial importância nos momentos difíceis das negociações, em que o perigo de um impasse espreita: um “sim, e...” em vez de um simples “não” pode fazer toda a diferença (Menkel-Meadow, 2020).

O tempo usado para preparar uma negociação nunca é de mais

Na negociação, como na vida em geral, situações inesperadas exigem improviso e flexibilidade. Mas é mais fácil e sensato improvisar quando é mesmo necessário, estando bem

preparados para o que não depende do improviso. Discutir com outra parte uma proposta de acordo sem ponderar previamente alternativas e saídas estratégicas é desperdiçar o poder imenso de uma boa preparação. Assim, é crucial definir os itens que estarão em causa na negociação e, especialmente, qual a importância relativa de cada um, para que seja possível antecipar soluções e alternativas. Neste passo da preparação, e uma vez que não negocia em nome próprio, ao advogado exige-se que tenha uma ideia bastante abrangente das necessidades, interesses e valores pessoais de um cliente, sem esquecer a avaliação do realismo dos seus objectivos. Mas enquanto o foco da preparação incidir apenas numa das partes, ela estará incompleta. Se advogado e cliente encaram a negociação como uma interacção em que vão tentar resolver problemas com vista a obterem solução positiva para todos, na preparação deverão tentar “imaginar como é andar com os sapatos da outra parte” (Hurder, 2007, p. 275). Outros pormenores do contexto negocial podem decerto ser considerados, dependendo a sua importância relativa de aspectos como a natureza do caso e das características pessoais dos interlocutores. Por exemplo, é tenaz a crença de que o local onde decorre a negociação influencia o processo, o que explica que, maioritariamente, os negociadores preferam “jogar em casa”, como se diz nos meios desportivos, em que a familiaridade com o meio envolvente parece conferir confiança e conforto. A hipótese de que ser anfitrião da outra parte pode trazer vantagens foi sustentada pelos resultados de um estudo experimental de Brown e Baer (2011): os visitados obtêm, de facto, melhores resultados. Porém, o estudo mostra igualmente que o reforço da autoconfiança dos visitantes é um meio adequado para superar a desvantagem de negociar “fora de casa.

Os advogados têm clara noção da importância de prepararem cuidadosamente comportamentos e argumentos, sejam os seus, os dos clientes ou de testemunhas. Todavia, no que toca às negociações associadas aos casos, nem sempre fazem uso da mesma autodisciplina de

preparação que lhes dá segurança em tribunal. E, como vimos, antecipar sistematicamente estratégias de condução do diálogo ou linhas de argumentação, de forma realista e baseada em toda a informação disponível sobre necessidades e objectivos das partes, deveria ser norma.

Negociar na mediação

Pode definir-se mediação como um processo em que uma terceira parte facilita um acordo consensual negociado entre as partes principais, sem envolver uma decisão formal (Menkel-Meadow, 2015). Embora tradicionalmente tida como voluntária, nos últimos tempos, e em muitos países, incluindo Portugal (Carvalho, 2011), os tribunais têm vindo crescentemente a considerar a utilização de meios alternativos de resolução de litígios, e mesmo a consagrar a obrigatoriedade de mediação em alguns casos, pelo menos no que diz respeito à participação, que não a um acordo substantivo. Este crescimento do uso da mediação em litígios de variados tipos exige juristas preparados para algo mais do que fomentar a comunicação entre partes, apresentando factos e enquadramentos legais. E se as vantagens da mediação como primeira solução parecem amplas, a intervenção de uma terceira parte pode ocorrer como resposta para quebrar um impasse que tenha causado a paralisação de negociações em curso, introduzindo novos pontos de vista e reenquadrando, logo, alterando sentidos e importância relativa dos assuntos em jogo e a própria natureza das divergências.

Este último tipo de intervenção, exige uma mentalidade característica da negociação integrativa, i.e., orientada para a busca de trocas vantajosas baseadas na optimização das diferenças de preferências das partes, bem como a capacidade de incentivar a revisão das posições com base no aprofundamento do conhecimento dos interesses. Outro aspecto importante da intervenção prende-se com a necessidade de trabalhar o relacionamento das partes para promover a

flexibilidade cognitiva na reanálise das questões. Porém, isto exige que o jurista no papel de mediador possua a capacidade de não se deixar afectar pela natureza da relação entre as partes, dado que existe a tendência de o agente mediador fazer sugestões de acordo mais integrativas quando as partes se relacionam positivamente e, ao invés, sugerir soluções mais distributivas quando a relação entre elas é negativa (Thompson & Kim, 2000).

A despeito da necessária intensidade deste tipo de intervenções por parte do mediador, a literatura sobre processos de negociação na mediação sugere que a mediação deverá garantir que as partes se sintam “donas” do processo, sem que o mediador abdique do controlo (Thompson, 2020). Por exemplo, mesmo quando existe mediação obrigatória do divórcio para facilitar a negociação do acordo e a preparação do julgamento, é incentivada a participação do cliente na tomada de decisões, colocando-o pontualmente ao leme do processo sem exigir que os advogados abram mão do controlo, fornecendo um fórum para resolver questões legais e não legais (McEwen et al., 1994) e estimular acordos parciais.

Em suma, mediar envolve negociar, o jurista-mediador é também um negociador, sendo que a neutralidade típica da mediação é mais frutífera quando activa nas partes uma mentalidade de resolução de problemas, ganhando terreno ao ímpeto de conflito posicional.

Resolver disputas e negociar *online*

Na última década do século passado e nos primeiros anos deste, os resultados dos estudos sobre a negociação *online* mostravam que, comparativamente com a interacção face a face o contacto virtual apresentava desvantagens relacionais. Verificou-se que nas negociações *online* os negociadores revelavam menos confiança do que face a face (Valley Moag & Bazerman, 1998), estavam mais centrados nos próprios interesses e usavam mais tácticas “duras” (Giordano

et al., 2007). Adicionalmente, trabalhos experimentais indicam que os negociadores *online* percebem os seus oponentes como menos credíveis comparativamente com os negociadores face a face e, surpreendentemente, atribuem menos credibilidade a si próprios quando negociam virtualmente (Citera et al., 2005).

Note-se que estes resultados se referem a negociações em *são* que utilizados meios de comunicação escrita *online* (e.g., *chat* e *email*), que inicialmente eram os únicos usados com regularidade. Comparada com a comunicação face a face, a comunicação escrita tende a ser mais rude, mais centrada na tarefa do que na relação com o interlocutor, dificultando a construção do *rapport*, ou vínculo relacional, que é a base da confiança interpessoal. De igual modo, esse meio potencia o “efeito de negatividade” (Kellermann, 1984), que, neste caso, se traduz na tendência de os negociadores amplificarem as emoções negativas associadas a conflitos ou a meras contrariedades. De facto, devido às características estruturais do *email* (e.g., a ausência de *feedback* contíguo à mensagem do outro) existe probabilidade significativamente mais elevada de partes em disputa entrarem em escalada de conflito quando comunicam por *email* do que quando interagem presencialmente (Friedman & Currall, 2003). Aparentemente, a distância e a assincronia na comunicação impedem que os conflitos sejam rapidamente abordados e geridos, aumentando a probabilidade de ocorrerem situações emocionalmente inflamadas com consequências destrutivas para a negociação. O *email* fomenta outros problemas dado que os negociadores tendem a agir como se estivessem numa interacção síncrona, desvalorizando ou ignorando algumas das implicações da comunicação assíncrona. De facto, a negociação através de *email*, distingue-se da negociação face-a-face, antes de mais, porque ocorre quebra da “dança” da apresentação de propostas e contrapropostas tal como existe presencialmente. Por outro lado, uma vez que se trata de um meio comunicacionalmente mais pobre do que a interacção face a face, os negociadores têm

tendência a adoptar comportamentos socialmente mais arriscados, tais como ameaças, exigências e ultimatoss (e.g., Thompson & Nadler, 2002), alimentando igualmente a ilusão de que são mais persuasivos quando escrevem mensagens do que na interacção face a face, quando, de facto, acontece o contrário (Roghanizad & Bohns, 2017). Daí que a recomendação dos especialistas (e.g., Morris et al., 2002) seja simplesmente anteceder ou intercalar uma negociação via *email* com contactos directos, face a face ou mesmo telefónicos, permitindo “conversas de corredor” e desabafos pessoais, que ocorrem espontaneamente na interacção presencial, permitindo a resolução de problemas complicados e a ultrapassagem de impasses pontuais.

Face a estas dificuldades criadas pelos meios *online*, assíncronos e dependentes da escrita, é compreensível que as plataformas de videoconferência actualmente em uso possam aparecer como solução, uma vez que permitem a comunicação síncrona, com acesso a alguns indicadores não-verbais (expressões faciais, sobretudo) e são independentes da escrita. Todavia, também a utilização destes suportes de comunicação não está isenta de consequências problemáticas para a negociação. Por exemplo, na videoconferência, a atenção tende a ser mais investida na tarefa do que na relação, com os negociadores a abdicarem da “conversa de corredor” espontânea que é parte integrante da criação de confiança. Adicionalmente, quando comunicamos por videoconferência, a construção da confiança baseia-se mais na competência percebida (Newman et al., 2020) do que nos factores psicológicos que desencadeiam a confiança na comunicação face a face, como a percepção de semelhanças de valores e interesses nos interlocutores e as emoções positivas associadas à interacção verbal e não-verbal, as quais tendem a conduzir os interlocutores a ajustamentos inconscientes de sincronização mútua, antecedentes do *rapport*.

Em suma, os enormes benefícios dos meios suportados pelas novas tecnologias para a comunicação representam oportunidades para a negociação, mas também ameaças sobretudo de

natureza relacional. Usá-los de forma ponderada, com contactos presenciais intercalados, e atendendo às suas especificidades comunicacionais, parece ser o passo certo para os negociadores de todas as áreas.

Ética na negociação

Os problemas éticos da negociação em contexto jurídico derivam, antes de mais, de conflitos de interesses entre as obrigações do profissional perante o cliente e dois tipos de interesses do advogado: “comportar-se honrosamente perante outros envolvidos na negociação e o interesse próprio em preservar a reputação e a autoestima” (Fisher, 1985, p.105).

Uma síntese de vários estudos com advogados americanos (Hinshaw et al., 2013) revelou que cerca de um terço dos participantes se envolvem em práticas antiéticas e até mesmo fraudulentas quando negociam, incluindo a omissão e a distorção de factos. A análise dos resultados sugere que muitos advogados têm uma compreensão apenas superficial das regras deontológicas e colocam a lealdade ao cliente acima do respeito pela verdade e justiça.

O ambiente altamente competitivo no ambiente judicial fornece pistas contextuais facilitadoras da ocorrência de enviesamentos cognitivos que são de há muito conhecidos pelos psicólogos que investigam a tomada de decisão ética (para revisão v. Simões, 2015). Assim, é provável que muitos advogados sucumbam ao fenómeno da *eticidade limitada*, que refere a tendência das pessoas para ignorarem conflitos de interesses, de forma deliberada, mas inconsciente, evitando examinar as suas decisões do ponto de vista ético. Para além da necessidade de esclarecer as regras de conduta do advogado, alguns (e.g., Tsakalis, 2015) defendem que um código de ética específico das negociações no âmbito jurídico é recomendável para manter os padrões deontológicos. Complementarmente, defende-se a desejabilidade de ter em conta o contexto específico de cada negociação contratualizando as obrigações éticas sob as

quais advogados e clientes desejam e aceitam operar (Peppet, 2005). Ademais, sublinha-se a importância de os advogados adquirirem e desenvolverem técnicas de defesa contra mentiras e distorções enganosas durante a negociação. A competitividade de certos ambientes jurídicos pode exacerbar as supostas vantagens de usar má fé maquiavélica sob capa utilitarista, quando, de facto, pode ser caminho para criar “riscos morais de danos à integridade do advogado” (McGinniss, 2015) a que se opõe uma “negociação virtuosa, fundada na manutenção da boa fé com os advogados e partes contrárias, e promovendo as virtudes do respeito pelas outras pessoas, da lealdade aos clientes e da justiça de processos justos. (Id.Ibid., p. 247).

Se os factores de contexto, *lato sensu*, parecem ser decisivos no desencadear dos enviesamentos cognitivos individuais que ajudam a explicar as falhas éticas na negociação, outras características específicas do contexto social são de considerar. Por exemplo, o papel socioprofissional desempenhado pelas partes pode influenciar a aceitabilidade ética: na negociação em contexto empresarial, vendedores e compradores diferem marcadamente no grau em que aceitam táticas idênticas eticamente dúbias (Simões, & Monteiro, 2004). Em contexto jurídico, este enviesamento parece igualmente comum: num estudo envolvendo defensores públicos e procuradores no sistema de justiça criminal dos Estados Unidos, os primeiros, que desempenham um papel defensivo, perceberam táticas eticamente questionáveis e retaliatórias como mais aceitáveis do que os procuradores, que desempenham papéis ofensivos (Garcia et al., 2001)

Implicitamente, na visão mais comum e superficial da negociação, a ética está associada a fraqueza. Porém, agir eticamente pode ser não só uma tática momentaneamente útil (e.g., apelar a princípios de justiça face a uma proposta inaceitável), mas também um suporte do poder a longo prazo como resultado de comportamentos coerentemente íntegros de um negociador que,

tal como um samurai japonês medieval, age seguindo o seu código de honra mais do que brandindo as espadas, em que também é exímio. Ou seja, o poder da ética deriva de “honrar verdadeiramente os seus preceitos para “garantir a sustentabilidade dos seus acordos e proteger a sua reputação geral” (Young, 2008, p 148), implicando genuíno interesse pela outra parte como meio para chegar um bom acordo para ambos: ”como um samurai, eu honro o valor do outro para seu próprio bem” (Id.ibid., p 150.).

Nota final

Desejavelmente, em cada caso específico, o esforço negocial de um advogado visa um resultado melhor para o cliente do que teria ocorrido sem negociação, e que seja igualmente aceitável e objectivamente justo para todas as partes, com acordos fáceis de implementar. Estes são objectivos do presente, os quais, compreensivelmente, se focam nos *resultados*. Porém, para o futuro, contam mais os *processos*: assegurar comunicação eficaz entre todas as partes, conseguir relações de confiança, enquadrar as diferenças com uma mentalidade de resolução de problemas e actuar de forma eticamente irrepreensível não apenas facilita as negociações futuras, mas constitui um capital de reputação e confiança precioso para a acção futura do advogado, dentro e fora das negociações.

Referências

- Barsness, Z. I., & Bhappu, A. D. (2004). At the crossroads of culture and technology: Social influence and information-sharing processes during negotiation. In M. J. Gelfand & J. M. Brett (Eds.), *The handbook of negotiation and culture* (pp. 350–373). Stanford University Press.
- Ben-Yoav, O., & Pruitt, D. G. (1984). Accountability to constituents: A two-edged sword. *Organizational Behavior and Human Performance*, 34(3), 283–295.
[https://doi.org/10.1016/0030-5073\(84\)90040-0](https://doi.org/10.1016/0030-5073(84)90040-0)
- Carvalho, J.M. (2011). A consagração legal da mediação em Portugal. *Julgar*, 15, 271-290.
- Citera, M., Beauregard, R., & Mitsuya, T. (2005). An experimental study of credibility in e-negotiations. *Psychology & Marketing*, 22(2), 163–179.
<https://doi.org/10.1002/mar.20053>
- Douglas, K. (2013). The evolution of lawyers’ professional identity: The contribution of ADR in legal education. *Deakin Law Review*, 18(2), 315–336.
- Fisher, R. (1985). A code of negotiation practices for lawyers. *Negotiation Journal*, 1(2), 105–110. <https://doi.org/10.1111/j.1571-9979.1985.tb00298.x>
- Freund, J. C. (2006). Calling all deal lawyers—try your hand at resolving disputes. *Business Lawyer*, 62(1), 37–53.
- Friedman, R. A., & Currall, S. C. (2003). Conflict escalation: Dispute exacerbating elements of e-mail communication. *Human Relations*, 56(11), 1325–1347.
<https://doi.org/10.1177/00187267035611003>
- Garcia, S. M., Barley, J. M., & Robinson, R. J. (2001). Morally questionable tactics: Negotiations between district attorneys and public defenders. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 27(6), 731–743. <https://doi.org/10.1177/0146167201276008>
- Giordano, G., Stoner, J., Brouer, R., & George, J. (2007). The influences of deception and computer-mediation on dyadic negotiations. *Journal of Computer-Mediated Communication*, 12, 362–383. <https://doi.org/10.1111/j.1083-6101.2007.00329.x>
- Honeyman, C., & Schneider, A. K. (2019a). Introduction. In C. Honeyman, & A. K. Schneider (Eds.) *Negotiation essentials for lawyers* (pp. 5-13). ABA Book Publishing.

- Honeyman, C., & Schneider, A. K. (2019b). Negotiation for the overcommitted: A theory-to-practice guide for lawyers. *Alternatives to the High Cost of Litigation (1549-4373)*, 37(10), 149–152.
- Kellermann, K. (1984). The negativity effect and its implications for initial interaction. *Communication Monographs*, 51(1), 37–55. <https://doi.org/10.1080/03637758409390182>
- Lande, J. (2014). A framework for advancing negotiation theory: Implications from a study of how lawyers reach agreement in pretrial litigation. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 16.
- McEwen, C. A., Mather, L., & Maiman, R. J. (1994). Lawyers, mediation, and the management of divorce practice. *Law & Society Review*, 28(1), 149–186. JSTOR. <https://doi.org/10.2307/3054140>
- Menkel-Meadow, C. (1993). Lawyer negotiations: Theories and realities—what we learn from mediation. *The Modern Law Review*, 56(3), 361–379. <https://doi.org/10.1111/j.1468-2230.1993.tb02678.x>
- Menkel-Meadow, C. (2001). Negotiating with lawyers, men, and things: The contextual approach still matters. *Negotiation Journal*, 17(3), 257–293.
- Menkel-Meadow, C. (2020). Critical moments reconsidered: When we say yes and when we say no. *Negotiation Journal*, 36(2), 233–241.
- Menkel-Meadow, C. J. (2015). Mediation, arbitration, and alternative dispute resolution (ADR). In *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences: Second Edition* (pp. 70–74). <https://doi.org/10.1016/B978-0-08-097086-8.86083-3>
- Menkel-Meadow, C., Schneider, A. K., Love, L. P. (Eds.) (2020) *Negotiation: Processes for problem solving, 3rd Edition*. Wolters Kluwer.
- Mnookin R. H. , Peppet, S. R. ,& . Tulumello A. S. (2004). *Beyond winning: Negotiating to create value in deals and disputes*. Harvard University Press.
- Morris, M., Nadler, J., Kurtzberg, T., & Thompson, L. (2002). Schmooze or lose: Social friction and lubrication in e-mail negotiations. *Group Dynamics: Theory, Research, and Practice*, 6(1), 89–100. <https://doi.org/10.1037/1089-2699.6.1.89>
- Peppet, S. (2005). Lawyers' bargaining ethics, contract, and collaboration: The end of the legal profession and the beginning of professional pluralism. *Iowa Law Review*, 90(2), 475–538.

- Roghanizad, M. M., & Bohns, V. K. (2017). Ask in person: You're less persuasive than you think over email. *Journal of Experimental Social Psychology*, 69, 223–226. <https://doi.org/10.1016/j.jesp.2016.10.002>
- Schneider, A. K., & Mills, N. (2006). What family lawyers are really doing when they negotiate. *Family Court Review*, 44(4), 612–622.
- Simões, E. (2009). Ethics and negotiation: effects of social role and relative power. In *Ética e Psicologia - Actas do III Colóquio Europeu* (pp.91-99). ISPA.
- Simões, E. (2011). Outcome and process accountability in negotiation: a motivated processing approach. *Psychologica*, 55, 351-368. doi: https://doi.org/10.14195/1647-8606_55_18
- Simões, E. (2015). Agir de forma ética. In J. G. Neves, M. Garrido & E. Simões, *Manual de competências pessoais, interpessoais e instrumentais- 3ª Ed.* (pp.149-175). Edições Sílabo.
- Simões, E., & Monteiro, M. B. (2004). Aceitabilidade ética das táticas negociais em negociadores profissionais. In J. Vala, M. Garrido & P. Alcobia (Orgs.), *Percursos da investigação em Psicologia Social e das Organizações, Vol. I* (pp. 159-173). Edições Colibri.
- Thompson, L. L. (2020). *The mind and heart of the negotiator, 7th Edition*. Pearson
- Thompson, L., & Kim, P. H. (2000). How the quality of third parties' settlement solutions is affected by the relationship between negotiators. *Journal of Experimental Psychology: Applied*, 6(1), 3–14. <https://doi.org/10.1037/1076-898X.6.1.3>
- Thompson, L., & Nadler, J. (2002). Negotiating via information technology: Theory and application. *Journal of Social Issues*, 58(1), 109–124. <https://doi.org/10.1111/1540-4560.00251>
- Valley, K. L., Moag, J., & Bazerman, M. H. (1998). 'A matter of trust': Effects of communication on the efficiency and distribution of outcomes. *Journal of Economic Behavior & Organization*, 34(2), 211–238. [https://doi.org/10.1016/S0167-2681\(97\)00054-1](https://doi.org/10.1016/S0167-2681(97)00054-1)
- Young, M. (2008). Sharks, saints, and samurai: The power of ethics in negotiations: In practice. *Negotiation Journal*, 24(2), 145–155. <https://doi.org/10.1111/j.1571-9979.2008.00174.x>
- Walton, R. E., & McKersie, R. B. (1965). *A behavioral theory of labor negotiations*. McGraw-Hill.