



## Opinião: Escritórios devem aposentar grupos contenciosos

A advocacia tem acompanhado, e com muita frequência protagonizado, as muitas mudanças da sociedade brasileira. O mesmo pode ser afirmado quanto ao movimento de consensualização do sistema de Justiça. A realidade do advogado contencioso no Poder Judiciário tem passado por mudanças significativas.

Em 2006, no início do CNJ e seu movimento pela conciliação, a advocacia pública na alegada defesa de órgãos públicos mostrava-se marcadamente avessa às soluções consensuadas, e a advocacia privada apresentava suas resistências iniciais (por exemplo, o receio de transmitir-se imagem de fragilidade, pois equivocadamente considerava-se que buscava acordo apenas quem tinha dúvidas quanto ao seu êxito em uma demanda). Todavia, essa mudança de postura e da prática da advocacia mostram-se patentes: atualmente, a tendência do campo profissional dos artífices de Direito mostra uma valorização maior do advogado que consegue trazer racionalidade, objetividade e criar valor para o cliente no processo de resolução de disputas.

Por outro lado, escritórios de grande porte dividem suas atuações em setores ou grupos especializados em empresarial, tributário, trabalhista, imobiliário e... contencioso. Parte-se da premissa de que esse setor se direciona a auxiliar clientes a litigarem seus conflitos. Todavia, uma prática contenciosa diante de um sistema público de resolução de disputas voltado cada vez mais a soluções consensuais mostra-se, no mínimo, anacrônico.

A interação de um advogado contencioso com o cliente, consiste, em boa parte, em avaliar se há alguma probabilidade de a perspectiva do cliente ser defensável e conceber uma estratégia jurídica a partir da qual o causídico passará a defender seu cliente. Essa prática produz um viés cognitivo no advogado de querer ver o quanto o seu cliente está correto na disputa. Não por outro motivo, em algumas práticas de resolução de disputas empresariais, quando um mediador questiona separadamente aos advogados acerca de suas probabilidades de êxito, a soma dos percentuais apresentados raramente é menor que 170% — quando, ao menos matematicamente, se houvesse avaliações precisas e distanciadas de paixões, a soma deveria necessariamente ser 100%.

Por um lado, ter um advogado que se engaja na causa de seu cliente mostra-se importante para o litígio — afinal, ninguém quer um defensor incrédulo, fraco ou desmotivado. Por outro lado, ter um advogado que o faz de forma a perder a sensibilidade quanto à real probabilidade de êxito faz com que se percam oportunidades de negociação, e com isso geram-se perdas pecuniárias.

A título de exemplo, um advogado que acredita que possui 90% de chance de êxito em uma demanda na qual poderá receber R\$ 1 milhão, em uma negociação, como sugere a teoria própria a esse respeito<sup>[1]</sup>, deve fechar um acordo igual ou superior a R\$ 900 mil. Todavia, se essa avaliação estiver equivocada e sua real probabilidade de êxito seguindo parâmetros descritivos de litígios semelhantes for de 30%, uma proposta da parte contrária de R\$ 400 mil mostra-se, de fato, uma ótima proposta. Assim, corre-se o risco de incorrer-se não apenas em perdas de oportunidades, mas também em prejuízos financeiros.

O erro de aferição e a escolha equivocada de estratégia profissional, por ora (e esperamos, por pouco tempo), não se mostra tão relevante no Direito como é em outras profissões. Considere-se a situação de



um oncologista que se equivoca na escolha de tratamento de um paciente em razão da avaliação incorreta acerca da probabilidade de êxito do tratamento optado. A falta de conformidade com protocolos médicos consolidados e seu desconhecimento de índices seguros de probabilidade de êxito dos tratamentos expõe o médico a maiores probabilidades de ser civilmente responsabilizado por esse erro.

Ademais, não apenas deve o advogado produzir uma aferição segura e isenta — nem que para tanto tenha que contratar um avaliador neutro — como também oferecer, diante de uma disputa em concreto, um rol de procedimentos possíveis para resolver de forma objetiva e eficiente o conflito. Atualmente, é possível, entre muitas outras práticas, negociar, mediar, ter um avaliador neutro, facilitar negociações, arbitrar e, naturalmente, contender ou litigar. Todavia, indicar que o grupo ou setor em um escritório de advocacia responsável por gerenciar esse rol de escolhas procedimentais denomina-se "grupo contencioso" soa tão inapropriado no século XXI como chamar dentistas de "tira-dentes". Advogados que lidam bem com disputas são muito mais que isso... E criam para os clientes muito mais valor do que apenas permitindo que demandas permaneçam em juízo por anos.

Escritórios de advocacia precisam alterar suas atividades contenciosas substituindo-as pelo que se denominou<sup>[2]</sup> de advocacia resolutiva: aquela baseada em análises objetivas de probabilidade de êxito, identificação apropriada de interesses reais das partes, criação de valor em razão de abordagens integrativas, auxílio com a escolha procedimental adequada baseada em critérios objetivos referentes aos diversos processos de resolução de disputas e apoio às partes no desenvolvimento de competências emocionais que permitam o distanciamento de escolhas baseadas em paixões ou posições irracionais.

Como uma das muitas ferramentas desta nova prática da advocacia, cite-se o exemplo da elaboração pelo advogado de uma árvore de decisões. Por essa ferramenta, o advogado examina as diversas variáveis que influenciarão diretamente no resultado da disputa, atribui um percentual de êxito à causa, que, multiplicado pelo valor pretendido inicialmente, delimita a zona de possível acordo, ou seja, o intervalo economicamente interessante para as partes chegarem ao consenso<sup>[3]</sup>.

Ao utilizar tal ferramenta, o advogado apresenta ao seu cliente, de maneira técnica e precisa, as vantagens do uso de cada meio de resolução de disputas — com a monetização esperada de sua utilização. A título de exemplo, uma avaliação objetiva feita pelo advogado (ou por um avaliador neutro) de que o cliente possui 50% de probabilidade de lograr uma condenação da parte adversa em R\$ 100 mil; 30% de probabilidade de lograr R\$ 50 mil; e 20% de probabilidade de não obter qualquer êxito gera uma base de negociação de R\$ 65 mil (R\$ 50 mil + R\$ 15 mil + R\$ 0). Cabe, ao advogado resolutivo, consultar seu cliente acerca de a possibilidade de sua relação com a outra parte ser reestruturada de forma a se criar (ou gerar) valor e com isso buscar-se um acordo acima do patamar sugerido pela análise probabilística de resultados esperados da demanda. Assim, o papel do advogado resolutivo consiste em apresentar ao seu cliente, objetivamente, o benefício econômico que a resolução da disputa não litigiosa pode lhe trazer, e o risco inerente à utilização de formas judiciais para, ao final, decidirem em conjunto quanto a sua viabilidade.



Nessa atuação, a prática de inflacionar-se a probabilidade de vitória de um cliente em uma demanda passa a significar retirar dele a oportunidade de ganhos decorrentes do controle quanto ao resultado, da economia de tempo na resolução da disputa, de se criar valor em negociações diretas e, finalmente, mantendo-se o cliente em um patamar de eficiência reduzida de resolução de disputas.

Apesar de no Brasil apenas 11,9% das sentenças e decisões proferidas no Poder Judiciário em 2016 terem sido homologatórias de acordo[4], não há como fugir do nítido movimento de que aos poucos, diante dos benefícios da advocacia resolutiva — principalmente econômicos e tempo de duração do processo —, o mercado vai exigir que os escritórios extingam o setor denominado contencioso, onde ajuizar ações e contestá-las é uma prioridade, para criar o setor resolutivo, onde o advogado deverá saber quando usar o chapéu de litigante e quando usar o de solucionador[5] em razão de critérios objetivos e quantificáveis.

Como indicava Lewis Carroll, “quando não se sabe para onde se está indo, qualquer caminho o levará ao seu destino”. Este, por muitos anos, foi um ótimo adágio para o litígio: segue-se este caminho por não se saber para onde se está indo. Por outro lado, como sugere o professor Michael Wheeler, rigor analítico é fundamental para sucesso da negociação ou na resolução de disputas[6]. Com isso, surgem não apenas diversas formas de economizar tempo e gerar valor para clientes, mas também uma forma mais inteligente de se advogar: a advocacia resolutiva.

[1] RAIFFA, Howard, *Lectures in Negotiation Analysis*, Cambridge, MA: PON Books, 1996.

[2] V. GOMMA DE AZEVEDO, André. *Pedagogia de competências como paradigma do processo formativo em negociação: uma proposta a partir da experiência da oficina de negociação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília*. Brasília: Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2018. 305p. (Tese, Doutorado em Direito) e GOMMA DE AZEVEDO, André (Org.) *Manual de Mediação Judicial*. 7ª Ed. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2018.

[3] SENGER, Jeffrey, *Federal Dispute Resolution: Using ADR with the United States Government* 80, 113-15, 2004.

[4] <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/9d7f990a5ea5e55f6d32e64c96f0645d.pdf>, fls. 125.

[5] MACFARLANE, Julie, *The New Lawyer: How Settlement is Transforming The Practice of Law*, Vancouver: UBC Press 2008, page 119.

[6] WHEELER, Michael, *Negotiation Analysis: an introduction*, Cambridge, MA: Harvard Business School paper, 9-801-156, 2000.

## Date Created

13/05/2018