

Conflitos de agência na relação advogado-cliente: a exigência de um novo modelo de advocacia e a teoria da agência.

Jênifer da Silva Santos

Resumo: A análise econômica do Direito se utiliza da Economia para uma melhor compreensão do direito e das instituições jurídicas. O propósito do presente estudo é investigar a teoria de agência, que explica os conflitos advindos das relações nas quais um indivíduo, o “principal”, contrata outro, o “agente”, para agir em seu interesse. Mediante as recentes imposições do mercado legal, segundo as quais se faz indispensável um novo perfil de advogado, esse trabalho traz consigo uma provocação: perceber como se dão os conflitos de agência na relação advogado-cliente e como a metodologia da análise econômica pode ser útil na mitigação desses conflitos.

Palavras-chave: Direito. Economia. Teoria da Agência. Advogado. Cliente.

Abstract: Law and economics makes use of economics in order to build a better understanding of law and the legal institutions. The purpose of the present study is to investigate the agency theory, wich explains the conflicts arising from the relationships in wich an individual, the “principal”, hires another individual, the “agent”, in order to act in behalf of the principal. Upon recent changes in the legal Market, according to wich it will be essential to create a new profile for lawyers in general, this work brings up a provocation: to realize how agency conflicts take place in the client-lawyer relationship and how the methodology of law and economics may be useful for the mitigation of this conflicts.

Keywords: Law. Economics. Agency Theory. Lawyer. Client.

Introdução

Ponto inicial para o estudo da análise econômica do direito consiste em compreender as relações jurídicas como relações de mercado, o que possibilita investigar o comportamento e a interação dos agentes no mercado. A teoria da agência, por sua vez, estuda as relações econômicas nas quais um indivíduo, aqui denominado “principal” contrata outro indivíduo, intitulado como “agente” para cumprir determinadas funções ou exercer atividades. É premissa dessa relação que o agente aja no melhor interesse do principal.

Os conflitos de agência decorrem do fato de que os indivíduos tomam suas decisões baseados naquilo que lhes é mais favorável porque são naturalmente maximizadores de seus próprios interesses. Por isso as decisões individuais retratam o melhor interesse daquele que é responsável pela escolha, naturalmente ainda que inserido em um contexto que pode ser influenciado por fatores externos. Tendo em vista que as pessoas respondem a incentivos, a teoria da agência procura estabelecer a correta alocação de incentivos, do ponto de vista do principal.

Em se tratado da relação advogado-cliente, emerge do mercado legal um novo perfil de advocacia. É preciso entender que perfil é esse e como as crescentes transformações na sociedade influenciam no exercício da profissão de advogado. Para que se possa compreender que maneiras – se por alocação de incentivos, monitoramento ou sinalização – se mostram adequadas a mitigar o problema de agência na contratação do advogado, faz-se necessária uma análise das competências essenciais ao advogado, tais como negociação ou inovação, assim como qual o formato ideal de desenvolvimento dos novos advogados para que se adequem a solucionar conflitos, inclusive por meios alternativos à litigância.

1 A Teoria da Agência

A fim de compreender determinados fenômenos que se manifestam no mundo jurídico, busca-se o auxílio da economia. Por meio da análise econômica do direito¹, que encontra fundamento na microeconomia e no estudo do comportamento dos agentes e da interação entre os *players* de mercado, faz-se uso da teoria da agência, ou seja, do estudo das relações econômicas nas quais um indivíduo (principal) contrata outro (agente) para cumprir determinadas funções.

Como explica Eric A. Posner², “uma relação de agência, em sua forma mais simplificada, é uma relação na qual uma pessoa, o “principal”, se beneficia quando outra pessoa, o “agente”, realiza alguma tarefa com cuidado ou esforço”. Nesse ambiente de construção da relação agente-principal, ao agente deve ser reservado espaço para tomada de decisões, cabendo a ele a escolha por duas ou mais alternativas possíveis. A isso, denomina-se

¹ Como leciona Paulo Caliendo, o estudo da análise econômica do direito, ou “law and economics”, consiste na “utilização da teoria econômica e métodos econométricos para o exame do Direito e instituições jurídicas. Apesar de seus resquícios poderem ser encontrados já em Adam Smith, no iluminismo escocês, entre outros, entende-se que ela se desenvolve particularmente nos EUA com os estudos realizados na Universidade de Chicago, especialmente a partir de 1940 (Coase, Stigler, Posner, entre outros)”. TIMM, Luciano Benetti et al. Direito e Economia. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 201.

² POSNER, Eric. COASE LECTURE: Agency Models in Law and Economics. January, 2000. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/Publication/Working/index.html>>. Acesso em 31 de julho de 2016. p.1.

discricionariedade. Dworkin³ leciona, sobre discricionariedade, que se trata de um conceito concebido pelos positivistas e que, a fim de entendê-lo, faz-se necessária uma contextualização, através do entendimento do que significa, na vida real, dizer que alguém possui discricionariedade. Nesse sentido, a primeira lição a aprender é a de que a discricionariedade só se aplica a situações e contextos muito específicos. Exemplificando-se, não se pode dizer que um indivíduo possui ou não discricionariedade ao escolher uma casa para sua família, porque a noção de discricionariedade somente se aplica às situações em que há a atribuição de responsabilidade pela tomada de decisão em nome de outro, sujeita a determinados padrões ou limites. Assim sendo, consiste em um conceito relativo, no qual se mostra importante o questionamento sobre os parâmetros de sua aplicabilidade.

Para Dworkin⁴, com frequência o conceito de discricionariedade se encontra aplicado de maneiras “fracas”, seja para dizer que os parâmetros utilizados por agentes públicos não podem ser meramente mecânicos, porque exigem uso de entendimento ou julgamento, seja para referir apenas que alguns agentes detêm autoridade para tomar uma decisão e não podem ser questionados por outros agentes. O sentido mais relevante da discricionariedade, contudo, compreende a possibilidade de que o agente dispõe, em determinadas questões, de não se limitar a decidir com base em padrões ou limites definidos por uma autoridade superior⁵.

A discricionariedade, na relação de agência, tende a significar a liberdade que o agente possui para decidir ou agir pelo principal. Os limites dessa discricionariedade se apresentam no sentido de que a atuação do agente no melhor interesse do principal é a finalidade dessa relação. Os problemas de agência, contudo, decorrem do fato de que os indivíduos tomam suas decisões baseados naquilo que lhes é mais favorável. Como traz Alexandre Di Miceli da Silveira⁶,

Precipuamente, assume-se que as pessoas procuram maximizar seu bem-estar pessoal (ou sua utilidade pessoal, no jargão econômico) ao longo de suas vidas. Trata-se de uma premissa razoável e potencialmente positiva para o fomento da atividade econômica.

As tomadas de decisões baseadas no melhor interesse do agente podem ser concebidas também, mantendo-se a essência da interdisciplinaridade no estudo das relações entre agente e

³ DWORKIN, Ronald M. The Model of Rules. 1967. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3609>. Acesso em 09 de novembro de 2016. p.32.

⁴ DWORKIN, Ronald M. The Model of Rules. 1967. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3609>. Acesso em 09 de novembro de 2016. p.32.

⁵ DWORKIN, Ronald M. The Model of Rules. 1967. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3609>. Acesso em 09 de novembro de 2016. p. 33.

⁶ SILVEIRA, Di Miceli da. Governança corporativa no Brasil e no mundo: teoria e prática. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 35.

principal, através da “Teoria dos Jogos”, cujo fundamento se encontra na compreensão de como se desenvolve o processo de tomada de decisão. Como traz Robert B. Cooter⁷, o direito e as leis se deparam constantemente com circunstâncias nas quais a ação a ser tomada por um agente influencia o outro agente e, conseqüentemente, a melhor ação a ser tomada está interligada com a escolha realizada pelo outro agente. Essas situações, embora reais, assemelham-se a jogos na medida em que as pessoas, ao enfrentarem essas circunstâncias, precisam tomar decisões fundamentadas em estratégias, sendo que essas estratégias podem ser definidas como um plano de ação que leve em consideração as reações dos outros agentes – ou jogadores. A Teoria dos Jogos surge para aprimorar a compreensão de algumas regras e instituições legais, já que serve para lidar com qualquer situação na qual uma estratégia é importante. Para que um jogo se caracterize, sempre será necessária a presença de três coisas: agentes ou jogadores, estratégias de cada jogador e recompensas para cada jogador, por cada estratégia. Para melhor ilustrar essa teoria, busca-se o exemplo mais famoso: O Dilema do Prisioneiro, tal qual explica José Eduardo Faria⁸:

Em sua versão mais simples, esse dilema é protagonizado por dois criminosos mantidos incomunicáveis entre si e sendo interrogados separadamente pela polícia. Esta, sem provas materiais suficientes para solicitar sua condenação judicial, acaba oferecendo a cada criminoso o abrandamento de sua pena caso confesse o delito e entregue o companheiro. Se um deles aceitar o acordo, a polícia terá em mãos os elementos necessários para pedir a aplicação da máxima sobre o outro, ficando assim o delator beneficiado com uma pena branda, ou então, quase simbólica. No entanto, como a proposta feita pela polícia é simétrica, pode ocorrer que ambos os prisioneiros aceitem a oferta (o que equivaleria a uma mútua delação, situação em que ambos receberiam uma pena severa); ou então, que eles decidam não se delatar (o que deixaria a polícia sem elementos suficientes para concluir o inquérito, situação em que os dois estariam próximos da liberdade, quando, finalmente poderiam usufruir do produto do delito).

Portanto, se os dois criminosos mantiveram uma sólida confiança recíproca, ambos, em questão de tempo, poderão reunir as condições legais necessárias para retornar às ruas e às suas práticas delinquentes. Contudo, até que ponto, submetidos às inevitáveis tensões dos interrogatórios, às armadilhas comumente preparadas pelos inquisidores para pegá-los em contradições, à coação moral destinada a provocar o arrependimento, às sedutoras vantagens acenadas em troca da incriminação do colega e às sucessivas propostas de acordo que lhe são apresentadas, conseguirão agir racionalmente até o fim? Em outras palavras, em que medida, com base em seus graus de confiança mútua e em suas respectivas escalas de interesses, valores, preferências e desejos, terão estes dois criminosos condições de maximizar indefinidamente suas respostas? Até que ponto poderão continuar negando aos interrogadores as informações de que precisam para pedir sua condenação, procurando ao

⁷ COOTER, Robert.; ULEN, Thomas. Law and economics. Library of Congress Cataloging-in-Publication Data. 6th ed. p. 33.

⁸ FARIA, José Eduardo. O Direito na Economia Globalizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 226.

mesmo tempo extrair da dinâmica do próprio interrogatório os dados fundamentais para saber se já não foram traídos e se ainda podem permanecer acreditando com convicção na lealdade do cúmplice?

Evidentemente, não existe uma resposta única ou inteiramente precisa para esta indagação; no máximo, existem algumas probabilidades de comportamento que, com o auxílio de métodos lógico-matemáticos, poderiam ser determinadas ou estabelecidas em termos estatísticos.

O dilema do prisioneiro corrobora com a noção de que as decisões individuais retratam o melhor interesse daquele que é responsável pela escolha, naturalmente ainda que inserido em um contexto que pode ser influenciado por fatores externos. É possível encontrar na teoria dos jogos a sustentação para o surgimento do problema de agência. Isso porque, ainda que o principal contrate o agente para atuar em seu proveito, o interesse do agente pode vir a prevalecer sobre o interesse do principal.

O que define Cooter⁹ é que os tomadores de decisões as tomam racionalmente baseados em si mesmos e nos seus próprios – e melhores – interesses. Ou seja, os tomadores de decisão têm em seu cognitivo e em suas habilidades de raciocínio uma definição clara e calculada dos custos e benefícios de cada uma das alternativas disponíveis a eles, por isso têm preferências estáveis e regulares. Desse modo, tendem a escolher dentre as opções apresentadas aquela que lhes oferece o melhor resultado ou benefício comprovado.

Jensen¹⁰ conclui que “A proposta central da Teoria da Agência é a de que as pessoas racionais que agem em interesse próprio sempre possuem incentivos para reduzir ou controlar conflitos de interesse a fim de reduzir as perdas que esses conflitos geram”.

1.1 Assimetria de Informação

A assimetria de informações se manifesta como provável incentivo ao problema de agência. Trata-se a assimetria de informações de uma falha de mercado, ao passo em que, nessas circunstâncias, uma parte detém mais conhecimento sobre determinado bem ou serviço, o qual é objeto da contratação. Cooter¹¹ leciona que:

Quando vendedores sabem mais sobre um produto do que os compradores, ou vice-versa, diz-se que a informação está distribuída de forma assimétrica no mercado. Sobre determinadas circunstâncias, essas assimetrias podem ser corrigidas pelo mecanismo de intercâmbio ou troca voluntária de informações. Por exemplo, pela disponibilidade do vendedor em fornecer

⁹ COOTER, Robert. Law and economics. Robert Cooter / Thomas Ulen. Library of Congress Cataloging-in-Publication Data. 6th ed. pp. 230 e 231.

¹⁰ JENSEN, Michael C. Self-interest, altruism, incentives, & agency theory. 1994. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=5566>>. Acesso em 31 de julho de 2016. p. 15.

¹¹ COOTER, Robert. Law and economics. Robert Cooter / Thomas Ulen. Library of Congress Cataloging-in-Publication Data. 6th ed. pp. 41 e 42.

uma garantia que assegure a qualidade do produto. Mas assimetrias severas podem perturbar tanto os mercados que o nível social ideal não possa ser atingido pelo intercâmbio voluntário. Quando isso acontece, a intervenção estatal no mercado pode corrigir de maneira ideal as assimetrias de informação e induzir uma troca quase ideal.

A Teoria da Informação, conforme Marco Antonio Sandoval de Vasconcellos¹², utiliza-se da probabilidade de que determinados agentes detenham mais informação que outros, o que os coloca em uma situação privilegiada no mercado. Posto que

todas as transações econômicas são realizadas, de uma forma ou de outra, por meio de contratos. Isso é verdade para operações de empréstimos, aluguéis, relações de trabalho etc. Um contrato, seja formal ou informal, tem como objetivo garantir que a transação ocorra de forma que os benefícios esperados sejam usufruídos por ambas as partes contratantes. Existem situações, entretanto, em que, numa relação contratual, uma das partes possui informação privilegiada, ou seja, não observada pela outra parte, a não ser mediante custo e tempo, sendo essa informação importante para o resultado da transação. Tomemos como exemplo um contrato de empréstimo em que o credor disponibiliza certa quantia em dinheiro para o devedor, que promete devolvê-la a partir de certa data, acrescida de juros e demais encargos estabelecidos no contrato. O grande problema dessa relação é que o credor não necessariamente conhece o risco ou "caráter" do devedor a ser selecionado. Também pode não ter condições de monitorar se o empréstimo está ou não sendo aplicado de forma adequada. O devedor, entretanto, conhece seu próprio caráter e disposição de pagar o empréstimo.

Ou seja, o problema da assimetria de informação aparece sempre que a relação contratual não é equilibrada no que tange às informações que uma das partes possui em relação à outra, possibilitando que a parte que detém maiores informações possa se utilizar dessas informações em benefício próprio, tirando vantagens da transação. Conforme Francisco Mochón¹³, em se tratando de informação imperfeita,

A teoria da mão invisível supõe que compradores e vendedores tenham acesso total às informações sobre os bens e serviços que comprem ou vendem. Supõe-se, portanto, que as empresas conhecem perfeitamente todos os aspectos técnicos necessários para produzir em seu setor e que os consumidores conhecem a qualidade e os preços dos bens que consomem. Assim, toma-se como certo, por exemplo, que os consumidores sabem quais automóveis são realmente bons ou qual é a segurança e eficácia dos medicamentos que tomam. A realidade passa muito longe desse mundo idealizado, e o importante é saber em que medida são prejudiciais os desvios em relação à informação perfeita.

¹² VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. Economia: micro e macro: teoria e exercícios, glossário com os 300 principais conceitos econômicos. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2011. pp. 174, 175.

¹³ MOCHON, Francisco. Princípios da economia. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.p. 130.

Em alguns casos, a perda de eficiência é pequena. Não seremos muitos prejudicados se, por exemplo, comprarmos uma pizza com uma massa diferente da de outra. Em outros casos, porém, o prejuízo é grande.

Para ilustrar a assimetria de informação, um exemplo adequado se manifesta nos contratos de seguro, no qual a assimetria de informação pode ocorrer em dois sentidos: a. seguradora em relação ao segurado: já que essa detém maiores condições e conhecimento sobre as cláusulas contratuais dos contratos de seguro; b. segurado em relação à seguradora: em se tratando das informações fornecidas pelo segurado quando da contratação do seguro, quem possui a maior capacidade de conceder os dados e elementos necessários à contratação é o segurado, eis que ele detém o conhecimento sobre seu estado de saúde e outros aspectos relevantes à contratação.

Adversidades decorrentes da assimetria de informação podem ser enfrentadas também pelo empregador ao contratar um empregado, eis que antes da contratação o empregador não tem informações seguras sobre a contratação. Quem possui maior conhecimento sobre suas habilidades, conhecimento, capacidade, desempenho, é o empregado. Do mesmo modo, há possibilidade de que um candidato mude seu desempenho após ser contratado – assim como a de que um segurado passe a utilizar de forma controversa seu veículo depois da contratação de um seguro. Para Vasconcellos¹⁴,

As implicações acerca da existência de assimetria de informação são inúmeras. No mercado de crédito, por exemplo, os contratos passam a exigir garantias reais, penalizando devedores que não possuem tais garantias. De forma geral podemos afirmar que os problemas de assimetria de informação geram custos adicionais às transações (custos de transação) a ponto de, em alguns casos, inviabilizá-las.

Tanto a Teoria dos Jogos como a Economia da Informação mantêm alguns dos pressupostos básicos da Teoria Neoclássica, principalmente o do comportamento maximizador, ou seja, o agente toma as decisões procurando maximizar seus objetivos, e o do princípio da racionalidade, no sentido de que as ações tomadas pelos agentes são consistentes com a busca de objetivos.

A assimetria de informação também encontra origem no oportunismo, que pode ser definido como o “esforço para realizar ganhos individuais por meio de uma falta de sinceridade ou honestidade nas transações”¹⁵. O problema da assimetria de informação pode

¹⁴ VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. Economia: micro e macro: teoria e exercícios, glossário com os 300 principais conceitos econômicos. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 176.

¹⁵ WILLIAMSON, Oliver. E. Markets and hierarchies: some elementary considerations. The American Economic Review, 63, 2, p.316-325, 1973. p. 317.

se revelar em dois momentos distintos da contratação. O primeiro momento, antes da contratação, configura a seleção adversa, enquanto o segundo configura o risco moral.

1.1.1 Seleção Adversa

Para captar a essência do problema da seleção adversa, George A. Akerlof¹⁶ analisou o que denominou de “Mercado de Limões”, utilizando-se do exemplo do mercado de automóveis usados e da extrema diferença existente entre os preços de carros novos e usados, que se trata de muito mais do que a justificativa comum de que a diferença ocorre meramente da “alegria de se utilizar um carro novo”.

A fim de ilustrar sua teoria, Akerlof¹⁷ supõe que existam apenas quatro espécies de carros: carros novos, carros usados, carros bons e carros ruins (os quais nos Estados Unidos seriam conhecidos como “lemons”, ou “limões”. O carro novo pode ser bom ou pode ser ruim – nesse último caso, seria um “limão” e o mesmo pode ser verdade em se tratando de carros usados, sendo que quem compra um automóvel novo não sabe de fato se está comprando um carro bom ou um “limão”. Akerlof sugere, então, que a probabilidade de que esse indivíduo esteja comprando um carro bom é “q”, enquanto a probabilidade de estar comprando um limão é de 1 a 9. Nessa hipótese, “q” representa a proporção de bons carros produzidos e (1-q) é a proporção de limões. Após um tempo de uso é possível ao proprietário do veículo formar uma boa opinião sobre a qualidade do automóvel. Logo, nesse caso o proprietário do veículo pode atribuir uma nova probabilidade de que esse automóvel seja um “limão”. Essa estimativa é mais precisa do que a estimativa inicial. Nesse caso, uma assimetria de informação é gerada: o proprietário do veículo conhece melhor a qualidade do carro do que alguém para quem ele eventualmente deseje vender o carro. E isso se repete constantemente no mercado. Como é improvável que um comprador reconheça a diferença entre os carros bons ou ruins, ambos podem ser vendidos pelo mesmo preço. Um carro usado, entretanto, não pode ter a mesma valoração de um carro novo. Isso porque, se ambos tivessem o mesmo valor, seria vantajoso vender um “limão” pelo preço de um carro novo, o qual teria a possibilidade “q” de ser bom e uma probabilidade inferior de ser ruim. De outro lado, o proprietário de um veículo bom ficaria “aprisionado” com o carro, já que não receberia o valor real de seu carro, mas sequer poderia obter o valor de um carro novo. Desse modo, a maioria dos carros usados a serem

¹⁶ AKERLOF, George A. The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism. 1970. pp. 488-500. Disponível em: <<https://www.iei.liu.se/nek/730g83/artiklar/1.328833/AkerlofMarketforLemons.pdf>> Acesso em 10 de novembro de 2016.

¹⁷ AKERLOF, George A. The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism. 1970. pp. 488-500. Disponível em: <<https://www.iei.liu.se/nek/730g83/artiklar/1.328833/AkerlofMarketforLemons.pdf>> Acesso em 10 de novembro de 2016.

vendidos seriam “limões”, enquanto os carros bons não seriam negociados de modo algum. Os carros ruins tendem, por conseguinte a reduzir os custos dos carros bons – além de aumentar as chances de que os bons carros sejam retirados do mercado.

Inequivocamente, a seleção adversa encontra sua origem na fase anterior à contratação. Conforme Vasconcellos,

O problema de seleção adversa pode ser considerado como um problema "pré-contratual". Tomemos como exemplo mais uma vez o mercado de crédito. Determinado indivíduo (principal) deseja disponibilizar determinada quantia de dinheiro para empréstimo. Ofertando o contrato de empréstimo, o potencial credor pode estar selecionando maus pagadores, uma vez que ele pode não estar conseguindo diferenciar os bons dos maus. Outro exemplo diz respeito ao contrato de trabalho. O empregador (principal) deseja contratar um trabalhador (agente), mas não consegue diferenciar a qualidade do candidato, podendo estar selecionando uma pessoa não apta para o trabalho.¹⁸

Existe seleção adversa, desse modo, quando um dos contratantes tende a ser prejudicado por não conhecer, na fase pré-contratual, todas as características da outra parte. Além disso, um bem ou agente pode ser afastado do mercado em consequência dessa falha de mercado. É o que se verifica, exemplificativamente: a) no “Mercado de Limões” e na tendência de retirada do mercado dos bons carros; b) nos contratos de seguro, à medida que as pessoas que correm os maiores riscos são as que mais provavelmente comprarão o seguro; c) nos contratos de trabalho, nos quais aqueles empregados que mais destacarem suas atribuições - sejam elas verdadeiras ou não -, provavelmente serão os contratados.

1.1.2 Risco Moral

O risco moral se apresenta como uma variação do oportunismo, caracterizando-se como um problema de cumprimento de contrato. Via de regra, o problema do risco moral é identificado quando o agente age de forma a priorizar seus interesses, assim como sua vantagem individual, ainda que esses não sejam, necessariamente, compatíveis com a do principal. Nesse sentido, ensina Mochon¹⁹ que:

Em muitas situações, o risco moral é de pouca importância. Poucas pessoas arriscarão a sorte apenas porque a apólice de seu seguro de vida é generosa: afinal, a vida é um bem precioso e, além disso, ninguém leva dinheiro para o túmulo. Em outras áreas, porém, o risco moral é grande. Alguns estudos indicam que a existência de um plano de saúde com cobertura completa influi significativamente na quantidade de operações de cirurgia plástica realizadas, bem como no grau de utilização de assistência médica prolongada

¹⁸ VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. Economia: micro e macro: teoria e exercícios, glossário com os 300 principais conceitos econômicos. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 175.

¹⁹ MOCHON, Francisco. Princípios da economia. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007. p. 131.

- casas geriátricas, por exemplo. É por isso que a maioria dos planos de saúde exclui esses tipos de serviço.

Em regra, o problema do risco moral pode ser mitigado com ajuste dos incentivos adequados, de forma a fazer com que o agente mantenha um nível de esforço adequado. Aqui, a solução pode ser contratual.

Cooter²⁰ explica que os contratos de seguro costumam transferir o risco das partes seguradas para a seguradora, como uma forma de externalizar o risco que seria assumido pelo segurado. Por outro lado, essa externalização do risco pode dar ao segurado um incentivo para reduzir os cuidados que teria caso o risco estivesse presente. A essa redução de precaução ou cuidado o mercado de seguros denomina risco moral – ou *moral hazard*. Para exemplificar, Cooter²¹ traz que alguém que possua seguro de seu veículo pode não ser tão cuidadoso em trancá-lo, o que torna necessário que as seguradoras empreguem meios para reduzir o risco moral, tais quais uma coparticipação do segurado ou *experience rating* – onde o preço cobrado é determinado pela situação de cada tomador de seguro -, sendo que o segurado paga uma porcentagem sobre os acidentes ou perdas sofridas. Isso faz com que o segurado tenha incentivos para tomar os devidos cuidados com o bem segurado. Além disso, as empresas seguradoras também estabelecem políticas para assegurar que o bem continue segurado, tal como exigir extintores de incêndio para firmar uma apólice de seguro contra incêndio.

Assim, o que se verifica é que origem do risco moral se encontra no contrato de seguro. O risco moral pode ser observado, porém, em outros meios de contratação e, por esse motivo, qualifica-se como um problema de agência. Posner²² assim descreve:

Mas se o principal não pode observar diretamente o nível de esforço do agente, nós temos o que é chamado “problema de agência”. O agente pode realizar baixo esforço, ou no chamado “risco moral”. O agente pode prometer se utilizar de esforço, mas a menos que o principal possa observar o nível de esforço, a promessa do agente não é exequível, então o principal não tem qualquer razão para acreditar na promessa do agente.

Ambas as partes esperam da outra, ao contratar, informações adequadas e claras, passíveis de serem cumpridas após a contratação. Durante a execução do contrato, porém, o problema ocorre porque o principal muitas vezes não possui condições de observar o

²⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Law and economics. Library of Congress Cataloging-in-Publication Data. 6th ed. p. 238

²¹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Law and economics. Library of Congress Cataloging-in-Publication Data. 6th ed. p. 238

²² POSNER, Eric. Coase Lecture: Agency Models in Law and Economics. January, 2000. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/Publication/Working/index.html>> p.4.

comportamento do agente, a fim de constatar se o contrato está sendo efetivamente cumprido. É então que o risco moral ocorre.

O problema de agência, seja por risco moral ou seleção adversa, se revela nas mais diversas configurações de relações contratuais. É possível identificar a existência desse problema na relação empregador e empregado, ou quando acionistas contratam executivos de topo para administrar seus negócios, na delegação de autoridade legislativa para órgãos de governo. A relação de agência a ser estudada nesse trabalho, por sua vez, será a do advogado-cliente. Antes de adentrar na análise específica do problema advogado-cliente, contudo, faz-se oportuno um entendimento do que o mercado espera do advogado.

2 As Exigências do Mercado e Um Novo Modelo de Advocacia

2.1 As Mudanças no Mercado Legal

Richard Susskind²³ aborda as constantes mudanças no mercado legal, enfatizando que nas próximas duas décadas o modo como os advogados trabalham mudará radicalmente. Para ilustrar a inevitabilidade dessas mudanças, sugere que haverá três principais condutores para essas mudanças: o desafio do “mais por menos”, a liberalização e a tecnologia da informação.

2.1.1 O desafio do mais por menos²⁴

Existem formas diversas de clientes chegarem até advogados. Há os advogados corporativos internos, que trabalham para grandes organizações e que gastam mais em aconselhamento legal quando possuem importantes disputas ou acordos com valores elevados para realizar. Há também os gerentes de pequenas e médias empresas ou cidadãos individuais com necessidades que demandam assessoria jurídica. Por mais diversas que sejam as demandas, em geral, o que esses clientes têm em comum é o fato de que não conseguem arcar com os custos dos serviços de um advogado se esses forem entregues de maneira tradicional.

Os líderes de departamentos jurídicos internos (gerentes ou diretores) concordam que enfrentam três problemas: a) pressão para redução das equipes (devido às dificuldades econômicas); b) pressão dos diretores executivos, financeiros ou do conselho para reduzir a quantia que gastam com assessoria externa; c) aumento da demanda e dos riscos em relação

²³ SUSSKIND, Richard. *Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 3.

²⁴ SUSSKIND, Richard. *Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 4.

ao trabalho. Isso é o que Susskind²⁵ define como desafio do “mais por menos”: nas condições de pressão enfrentadas pelos departamentos jurídicos internos, como esses departamentos (trabalhando com suas assessorias externas), podem entregar mais serviços legais a um preço menor?

O desafio do “mais por menos”, entretanto, é enfrentado também por pequenos negócios, ao passo em que esses comerciantes ou empresários não possuem seus próprios especialistas e sempre que precisam de consultoria jurídica precisam recorrer a recursos externos. Muitas vezes, porém, devido ao custo dos serviços jurídicos, esses empresários optam por trabalhar sem aconselhamento legal. No que tange aos consumidores, ainda que o direito seja central às nossas vidas, apenas os muito ricos ou os muito pobres conseguem arcar com os serviços de advogados. Por isso os cidadãos comuns também vivem o desafio do “mais por menos”.

2.1.2 O desafio da Liberalização²⁶

O segundo grande vetor da mudança é a liberalização. Na grande maioria dos países, os serviços legais estão restritos a advogados com qualificação (e registro?) para tal. As leis e demais regulamentações têm definido quem pode ser advogado, quem pode ter e comandar escritórios ou firmas de advocacia, bem como que tipos de serviços esses negócios podem prestar. Em alguns países, como a Inglaterra e o País de Gales, o que é tido como negócio jurídico “reservado” – trabalho exclusivo de advogados qualificados – é uma categoria muito mais restrita do que a “prática autorizada de advocacia”, como ocorre nos Estados Unidos. Os princípios que regem essa necessidade de exclusividade ou esse trabalho restrito a advogados são similares na maioria das jurisdições, eis que se fundamentam no interesse do cliente e no fato de que, para o bem do cliente, o profissional deve ser capacitado e experiente. Não seria o caso de incluir uma conclusão parcial? De uma forma ou de outra os mercados de advocacia são fechados ou, usando a teoria econômica, apresentam fortes barreiras à entrada. Poderiam ser citadas todas as barreiras para anúncios e propagandas.

Conforme lembra Susskind²⁷, um problema que pode ser enfrentado é o de os profissionais do meio jurídico não oferecerem opções suficientes aos consumidores desses serviços. A crítica, aqui, é no sentido de que os serviços jurídicos precisam de mais

²⁵ SUSSKIND, Richard. *Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 4.

²⁶ SUSSKIND, Richard. *Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 5

²⁷ SUSSKIND, Richard. *Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 6.

flexibilização, assim como novas categorias de serviços ou negócios jurídicos, mediante devida regularização. É o que se verifica que iniciou na Inglaterra, em 2004, por meio do “Relatório Clementi”²⁸. Por meio do relatório, Clementi recomendou uma “liberalização considerável”. Isso levou ao “Ato de Serviços Legais 2007”, que, dentre outras provisões, permitia o estabelecimento de outras categorias de serviços legais, chamados de “alternative bussiness structures” (ABSs) – “estruturas alternativas de negócios” -, nas quais profissionais diversos, não qualificados como advogados, poderiam possuir ou gerir negócios antes restritos a advogados (tais como escritórios ou firmas de advocacia), a fim de permitir investimento externo, provavelmente advindo de fundos de investimento de participação privada ou de capital de risco – “Private Equity” or “Venture Capital”²⁹ - no setor de serviços legais, bem como possibilitar que profissionais de outros ramos pudessem se tornar sócios em escritórios ou firmas de advocacia³⁰.

Ainda que as discussões sobre liberalização estejam em fase de desdobramento³¹ na Inglaterra, Susskind³² adverte que um espírito empreendedor vem se estabelecendo no mercado de serviços legais. É visível que as barreiras e limitações relativas à forma como os serviços legais são entregues estão sendo quebradas. Ainda que seja cedo para certezas ou resultados exatos dessas mudanças, certamente estamos diante de grandes mudanças.

2.1.3 Tecnologia da Informação³³

A provocação em relação à tecnologia da informação resulta do impacto que essa sinaliza causar aos advogados, tribunais, escritórios de advocacia, departamentos jurídicos e autoridades ou governos. Isso porque os operadores jurídicos não foram estimulados a adotar

²⁸ “Na Inglaterra e no País de Gales, o debate a respeito da liberalização dos serviços jurídicos iniciou em 2004, com a publicação de uma crítica independente, feita por “Sir. David Clementi” – um executivo do mercado financeiro -, o qual à época liderava uma comissão que tinha o dever de revisar a regulamentação dos serviços legais na Inglaterra e nos País de Gales.

²⁹ Segundo a Associação Brasileira de Private Equity & Venture Capital, “Private Equity: aportam recursos em empresas já bem desenvolvidas, em processo de consolidação de mercado, para ajuda-las a se preparar para abrir capital, fundir-se ou serem adquiridas por outras grandes empresas”; enquanto “Venture Capital: investem em empresas que já estão faturando bem, mas ainda estão em processo de crescimento e desenvolvimento”. Como funciona a indústria de private equity, seed e venture capital. Disponível em: <<http://www.abvcap.com.br/Download/Guias/2726.pdf>> Acesso em 30 de outubro de 2016.

³⁰ Susskind refere que a Escócia possui legislação similar, ainda que um pouco mais conservadora.

³¹ Como demonstra Susskind, a firma de advocacia “Irwin Mitchell” deseja ser a primeira no Reino Unido a ter suas ações negociadas na Bolsa de Valores, enquanto a australiana “Slater & Gordon”, a primeira a ser listada no mercado de ações, adquiriu um escritório – “firma” - inglês especializado em danos morais – licenciado como uma “ABS”.

³² SUSSKIND, Richard. *Tomorrow’s Lawyers: An Introduction to Your Future*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 7.

³³ SUSSKIND, Richard. *Tomorrow’s Lawyers: An Introduction to Your Future*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 10.

novas tecnologias ou automatização, mas está se tornando impossível evitar a onda gigantesca, ou “maremoto”, da tecnologia³⁴.

Susskind³⁵ cita Ray Kurzweil e seu livro “The Singularity is Near” para exemplificar que em 2020 o desktop médio de um computador comum terá a mesma capacidade de processamento de um cérebro humano, mas isso nem se torna tão notável ao se considerar que no ano de 2050, segundo Kurzweil, o desktop de um computador médio terá maior poder de processamento do que toda a humanidade combinada. Assim sendo, é muito provável que os advogados tenham que repensar as práticas que adotam para seu trabalho.

Considerando-se, ademais, que na era da WEB 2.0 todos podem contribuir e participar na e da internet, inclusive no que tange a redes sociais, Susskind³⁶ classifica como “excitante” e “desconcertante” o fato de que não há “linha de chegada” para a tecnologia da informação ou para a internet. Por isso é que os advogados precisarão de mentes abertas frente a essa nova era da tecnologia. E a inteligência artificial³⁷, com seus frutos, “Watson”, ou o “Advogado-Inteligência-Artificial Novinho em Folha: Ross”, está aí para desafiar ainda mais a maneira como os advogados realizam suas atividades.

Observar o que acontece em um minuto de internet causa espanto, dado o imenso volume de dados e informações que circulam na internet e impactam o mundo como um todo, especialmente em relação a negócios, conforme demonstrado na figura 1. E os números só aumentam. Não há razões para acreditar que os negócios jurídicos ou a prestação de serviços legais não serão afetados.

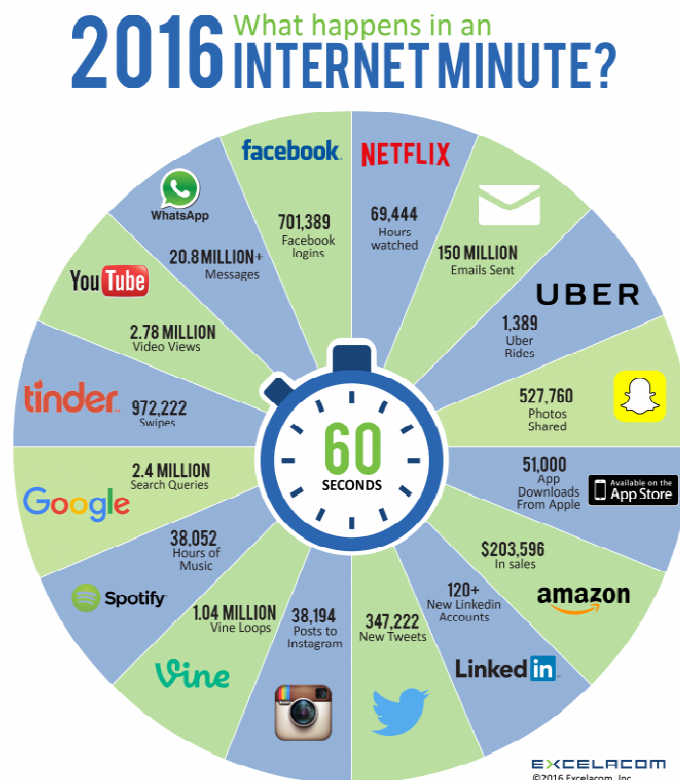
³⁴ Susskind apresenta as informações referentes a 2013: 2,2 bilhões de usuários de Internet, 800 milhões de usuários de Facebook, 3,5 bilhões de contas de e-mails, 1 milhão de quilômetros de cabos de fibra ótica submarinos, mais de 5 bilhões de usuários de telefones celulares e, a cada dois dias, de acordo com o presidente da Google, Eric Schmidt, “criamos a mesma quantidade de informação que criamos do início da civilização até 2003. No final de 2015, segundo o Relatório de Desenvolvimento Mundial 2016, divulgado pelo Banco Mundial, o número de usuários da internet já chegava em 3,2 bilhões de pessoas. Ou seja, houve um aumento de 1 bilhão de usuários em menos de 03 anos. Disponível em: <<http://www.worldbank.org/en/publication/wdr2016>> Acesso em 30 de outubro de 2016.

³⁵ SUSSKIND, Richard. *Tomorrow’s Lawyers: An Introduction to Your Future*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 11.

³⁶ SUSSKIND, Richard. *Tomorrow’s Lawyers: An Introduction to Your Future*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 12.

³⁷ Susskind (2013), refere-se a Watson, o sistema de inteligência artificial desenvolvido pela IBM, que competiu em um programa de televisão ao vivo em 2011, chamado *Jeopardy!* e venceu os dois melhores competidores humanos a participar do programa. Hoje, em 2016, já é conhecido inclusive um advogado fruto da inteligência artificial. Ele se chama “Ross” e é definido como um advogado artificialmente inteligente, que ajuda os advogados humanos a realizar pesquisas mais rapidamente e focas na assessoria aos clientes. Disponível em: <<http://www.rossintelligence.com/>> Acesso em 30 de outubro de 2016.

Figura 1 – 2016: O que acontece em um minuto na internet?



Fonte: Página Excelacom³⁸

Em resumo, o que Susskind³⁹ sugere é que esses três desafios - o “mais por menos”, a “liberalização” e a “tecnologia da informação” - irão, juntos, revolucionar o modo como os advogados trabalham.

2.2 O Poder Judiciário Brasileiro em Números

Atentando-se para os números divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça⁴⁰, fica claro o esgotamento do Poder Judiciário⁴¹ brasileiro:

³⁸ Disponível em: <<http://www.excelacom.com/resources/blog/2016-update-what-happens-in-one-internet-minute>>. Acesso em 05 de novembro de 2016.

³⁹ SUSSKIND, Richard. *Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 14.

⁴⁰ Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em 22 de outubro de 2016.

⁴¹ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; I-A o Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça; II-A - o Tribunal Superior do Trabalho; III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. § 1º O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal. § 2º O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional.

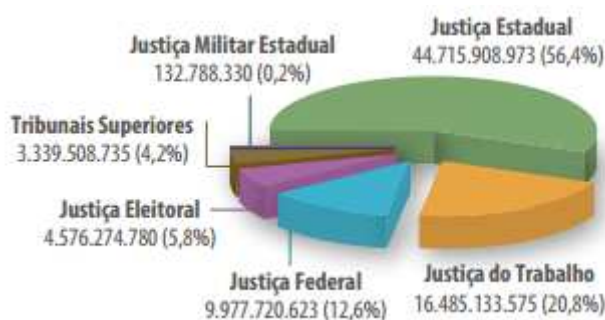
Quadro 1 - Despesas e Receitas Totais - Poder Judiciário

Despesas e Receitas Totais - Poder Judiciário							
	Despesas Totais (R\$)	Crescimento Despesas	Equivalência da Despesa ao PIB	Gastos Totais da União, estados, DF e municípios	Custo por Habitante (R\$)	Receitas (R\$)	Percentual Retorno (Receitas x Despesas)
Ano-Base 2015	79,2 bilhões	4,70%	1,30%	2,60%	387,56	44,7 bilhões	56,40%
Ano-Base 2014	68,4 bilhões	4,30%	1,20%	2,30%	337,00	29,9 bilhões	39,50%

Fonte: Adaptado do Site do Conselho Nacional de Justiça.⁴²

As maiores geradoras de despesas no sistema legal brasileiro são a Justiça Estadual, que em 2015 gerou uma despesa de mais de 44 bilhões de reais (56,4%), e a Justiça do Trabalho, que no mesmo ano custou ao país 16 bilhões de reais (20,78%), como aponta a figura 2:

Figura 2 - Despesas totais do Poder Judiciário por ramo de justiça



Fonte: CNJ⁴³

Em contrapartida, a Justiça Estadual e a Justiça do Trabalho arrecadaram, em 2015, apenas 17 e 2 bilhões, ou seja, respectivamente, 40% e 16% das despesas que geram, como se extrai da figura 3:

Figura 3 - Arrecadações do Poder Judiciário por justiça



Fonte: CNJ⁴⁴

⁴² Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em 22 de outubro de 2016.

⁴³ Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>>. p. 34.

O acúmulo de processos é tão excessivo que se, hipoteticamente, fosse possível paralisar o Poder Judiciário, sem ingresso de novas demandas, com a atual produtividade de magistrados e servidores, o tempo necessário para zerar o estoque de processos seria de três anos. Ocorre que, embora o número de casos novos tenha tido uma redução no último ano (5,5%), o estoque de processos, o aumento da carga de trabalho por magistrado aumentou em 6,5% e ainda se tratam de 74 milhões de processos em tramitação, como esclarece o quadro 2 abaixo:

Quadro 2 – Gestão Judiciária

Dados Gerais de Litigiosidade								
	Processos Que Tramitaram Casos Baixados e Pendentes	Processos em Tramitação	Atendimento à Demanda Quantidade de Processos Encerrados em Relação aos Baixados	Aumento do Estoque de Processos	Tempo Necessário para Zerar o Estoque	Casos Novos	Aumento da Carga de Trabalho Por Magistrado	Sentenças e Decisões Resolvidas por Homologação de Acordo
Ano-Base 2015	102 Milhões	74 Milhões	104%	1,9 milhões 3%	03 anos	Redução de 5,5%	6,5%	Média 11%

Fonte: Adaptado do Site do Conselho Nacional de Justiça.⁴⁵

Dados alarmantes como esses lembram o que Malcolm Gladwell⁴⁶ definiria como epidemia, a qual segundo ele possui três características essenciais: contagiosidade; o fato de que pequenas causas podem ter grandes efeitos e, ainda, a compreensão de que a mudança não acontece de forma gradual, mas em um momento dramático. Dentre as três características, a ideia de que a epidemia pode aumentar ou diminuir em um momento dramático é a mais importante, considerando-se que se trata do princípio que faz sentido das duas primeiras e que permite a melhor percepção de por que a mudança moderna acontece de forma tão drástica. O nome dado ao momento dramático da epidemia em que tudo muda de uma vez só é chamado “Tipping Point”, ou “Ponto de Virada”. Ao analisar o atual cenário do sistema judiciário, o que se verifica é que se faz urgente um “Ponto de Virada”. E esse momento depende diretamente da forma como os advogados atuam.

2.3 Negociação e Conciliação

A essencial reestruturação do poder judiciário pode ser observada (já vem acontecendo) com o Novo Código de Processo Civil⁴⁷ e com as Leis da Arbitragem⁴⁸ e da

⁴⁴ Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. p. 35.

⁴⁵ Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>.

⁴⁶ GLADWELL, Malcolm. The Tipping Point: How Little Things Can Make a Big Difference. New York: Back Bay Books, 2000. P. 9.

⁴⁷ Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.

⁴⁸ Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Mediação⁴⁹. O artigo 3º do Novo Código de Processo Civil traz em seu caput e parágrafos a consagração de que todos os conflitos ou ameaças a direito merecem apreço, mas que para a solução de demandas o judiciário não é o único órgão competente, ratificando as soluções alternativas de resolução de conflitos: arbitragem, mediação e conciliação.

O CNJ referencia, na divulgação dos números de 2015, que há uma tendência para o aumento da conciliação, com a entrada em vigor em março de 2016 do novo Código de Processo Civil, o qual prevê também a realização de uma audiência prévia de conciliação e mediação como etapa obrigatória, anterior à formação da lide, como regra geral para todos os processos cíveis. Apesar disso, notícias como a que segue levam ao questionamento do quanto o advogado está efetivamente comprometido com essas novas formas de solução de conflitos:

TJ-SP extingue ação questionando falta de cobertura em pizza

Pedir uma pizza e ela não ser servida como o esperado pode até ser frustrante, mas insuficiente para justificar um processo judicial. O entendimento é do juiz Gustavo Dall'Olio, da 8ª Vara Cível de São Bernardo do Campo, que extinguiu uma ação apresentada contra uma empresa alimentícia porque as pizzas prontas vendidas pela companhia não vinham com molho de tomate suficiente, além de "quantidade ínfima" de calabresa e muçarela.

Para o magistrado, os aspectos citados na inicial não justificam o pleito apresentado ao Judiciário. O juiz ainda sugeriu que a autora do processo noticie a suposta lesão aos órgãos competentes.

Autor da ação questionava a falta calabresa e muçarela nas pizzas prontas.

Dall'Olio também negou o pedido de gratuidade processual da autora. 'Até porque contratou advogado, gastando dinheiro (imagina-se), para ajuizamento de demanda onde revela insatisfação com quantidade de queijo e calabresa. Ou, senão o contratou, o ilustre advogado, subscritor da petição inicial, parece-nos o verdadeiro consumidor insatisfeito; afinal, consta dos autos que ele, o advogado, enviou diversos e-mails às empresas reclamado.'

A autora da ação não se deu por satisfeita. Apresentou embargos de declaração, que também foram negados. Para o julgador, o recurso não mereceu acolhimento por que não houve omissão, contradição ou obscuridade. Ainda cabe recurso da decisão. Com informações da Assessoria de Imprensa do TJ-SP.

Processo 1022203-37.2016.8.26.0564⁵⁰

⁴⁹ Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015.

⁵⁰ Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-14/tj-sp-extingue-acao-questionando-falta-cobertura-pizza>> Acesso em 22.10.2016.

Isto é, se a intenção do Novo Código de Processo Civil é a de um sistema que oferece ao demandante meios consensuais mais eficazes, o advogado meramente litigante está na contramão dessa nova proposta. A mentalidade desse profissional precisa sofrer uma transformação. À medida que se faz imprescindível uma mudança no modo de realizar a advocacia, não há como ignorar que uma fundamental característica nesse processo será a da negociação.

Examinando o comportamento dos advogados em uma sala de audiências, ou no atendimento do cliente, ou na maneira como usualmente desempenham seu trabalho, pode-se constatar algo extremamente impactante: em geral, os advogados não estão acostumados a negociar, mas sim argumentar. Para que se diferencie essas duas habilidades, a de argumentação e a de negociação, é que se torna importante o entendimento da negociação e suas técnicas.

Roger Fisher⁵¹ preconiza que

qualquer método de negociação pode ser julgado de forma justa por três critérios: Deve produzir um acordo sensato se o acordo for possível. Deve ser eficiente. E deve melhorar ou, pelo menos, não prejudicar a relação entre duas partes. (Um acordo sensato pode ser definido como aquele que supre os interesses legítimos de cada parte na medida do possível, resolve o conflito de interesses de forma justa, é durável, e leva os interesses da comunidade em consideração).

G. Richard Shell⁵², por sua vez, desenvolveu um modo de tratar da negociação denominado “Negociação Baseada em Conhecimento”, a qual se fundamenta em três elementos da negociação, quais sejam: a) planejamento e preparação; b) capacidade de escutar e compreender o que o outro lado espera ou deseja como resultado da negociação e, ainda, atenção à sinalização que a outra parte dá por meio da forma como se comporta durante a negociação. A ideia é que possa extrair do ambiente e da outra parte informações que levarão ao sucesso da negociação.

Uma negociação eficaz traz consigo concessões de ambas as partes, com o objetivo final de satisfação. O advogado deve se fazer útil como meio ou intermediador e engajar esforços para a concretização da negociação, se essa for a forma mais apropriada e menos prejudicial para a solução do conflito.

⁵¹ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. Getting to yes: negotiating agreement without giving in. Roger Fisher, 3.ed. New York: Penguin Books, 2011. p. 4.

⁵² SHELL, C. Richard. Negociar é preciso: estratégias de negociação para pessoas de bom senso. Tradução Márcia Tadeu. São Paulo: Elsevier, 2001. p. xvii.

2.4 Um Novo Perfil de Advocacia: O Perfil que o Mercado Requer

O cenário atual do judiciário brasileiro, as novas necessidades impostas pela modernidade líquida⁵³ e pela era da internet manifestam a imposição de um modelo de advocacia no qual o interesse genuíno pelo cliente, pelo negócio jurídico, pela relação em si, seja maior do que a remuneração propriamente dita. Para se diferenciar de uma máquina como Ross ou Watson, o advogado deve ter capacidade de comunicação, de liderança, de relações interpessoais que gerem parcerias de confiança. As novas tecnologias devem ser utilizadas como aliadas no esforço para oferecer ao cliente agilidade, eficiência e meios concretos para prevenir litígios ou esclarecer conflitos. A esse profissional é recomendada uma aproximação do cliente, a fim de desenvolver empatia para que o modo de solução dos conflitos seja adequado ao final de tudo. Trata-se de acreditar na causa como se sua fosse, além de utilizar as circunstâncias para transformar realidades.

Existem no Brasil 997.462 advogados⁵⁴. Diante de todo esse contexto, faz-se importante a discussão de como esses advogados lidarão com essa universalidade de mudanças na sociedade, especialmente porque as escolas de Direito tendem a formar litigantes. É inevitável, contudo, que o advogado tenha características que o definam como alguém com quem o cliente quer ter um relacionamento, alguém que seja proativo, que tenha capacidade para prevenir e resolver problemas. Enfrentar o caso concreto que lhe é apresentado e buscar a solução mais adequada requer comprometimento no sentido de ir além do que as leis e normas propõem. Aqui, não significa descumprir as previsões legais (em absoluto), mas desenvolver a interdisciplinaridade e a capacidade de analisar o contexto todo que lhe é apresentado.

O mundo se encontra em constante transformação. Por conta disso, o desafio do advogado é romper as barreiras do tradicionalismo e do formalismo e inovar sua maneira de pensar, agir e se relacionar. A exigência de criatividade e de uma nova mentalidade – um *mindset* aliado ao dinamismo do mundo moderno - é imediata. Como ressalta Patricia Peck Pinheiro⁵⁵

A globalização da economia e da sociedade exige a globalização do pensamento jurídico, de modo a encontrar mecanismos de aplicação de

⁵³ Para Bauman, a modernidade líquida é a era que vivemos. É a sociedade do consumo, da artificialidade, da volatilidade, da mudança que vem se contrapor à era da modernidade sólida, a qual detinha referenciais morais mais sólidos. A comparação de Bauman diz respeito ao fato de que os líquidos mudam sua forma constantemente, enquanto os sólidos não se modificam e não se alteram. Zygmunt. Modernidade Líquida. Tradução, Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

⁵⁴ Dados fornecidos pelo site da OAB. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>>. Acesso em 30 de outubro de 2016.

⁵⁵ PINHEIRO, Patricia Peck. Direito digital. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 69.

normas que possam extrapolar os princípios da territorialidade, principalmente no tocante ao Direito Penal e ao Direito Comercial. Essa tendência de globalização do próprio Direito não é nova. O Direito Internacional Privado de algum modo já vem, por meio de Convenções⁵⁶ e Tratados Internacionais, tentando estabelecer critérios mais uniformes de análise jurídica entre os vários Estados nacionais.

Isso significa que ao advogado que exerce sua atividade no Brasil já não é satisfatório conhecer o ordenamento jurídico brasileiro ou meramente o sistema legal brasileiro, eis que em um mundo globalizado e, especialmente, digital, as barreiras são transpostas com muita facilidade. O advogado pode ser surpreendido quando um cliente realiza uma compra no comércio eletrônico, cuja mercadoria ou serviço pode se originar de país diverso e, então, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor não mais será suficiente para contemplar os interesses desse cliente/consumidor.

Nesse sentido de mudança de mentalidade, Susskind⁵⁷ propõe que os serviços legais – prestados por advogados e escritórios de advocacia – estão evoluindo por meio de cinco estágios, os quais ele denomina “bespoke” (customizado), “standardized” (padronizado), systematized (sistematizado), “packaged” (ofertados por meio de pacotes), “commoditized” (comoditizados). Nesse raciocínio, os serviços advocatícios não são entregues na maneira **customizada**, pelo contrário, usualmente os advogados se utilizam da experiência que tiveram ao resolver problemas semelhantes. Isso não significa que o trabalho customizado não ocorra em tempo algum, porque de fato há casos mais complexos ou inéditos. Com efeito, os clientes inclusive procuram determinados profissionais ou escritórios justamente pelo trabalho já realizado pelo profissional em situações similares. Desse modo, para circunstâncias comparáveis, os clientes esperariam **padronização**, até mesmo com formulários, *checklist* ou manuais. Os clientes não estão interessados em pagar por algo extremamente inovador nesses casos.

Com o progresso da tecnologia da informação, esses serviços legais encontram a possibilidade de serem distribuídos de maneira **sistematizada**, tendo em vista que os manuais ou *checklists* podem facilmente ser automatizados, o que proporciona ao cliente a oportunidade de preencher e utilizar por si esses formulários, o que torna o serviço legal mais eficiente e barato. Essa linha de pensamento é que leva ao “empacotamento” dos serviços

⁵⁶ Aqui, Patricia Peck remete à “Lei Modelo da United Nations Commission on International Trade Law (Uncitral) para o comércio eletrônico com guia para aplicação”, que deve servir de fundamento para o comércio eletrônico a nível mundial disponível em <<http://www.uncitral.org>> e à “Cartilha sobre Comércio Eletrônico e Propriedade Intelectual, disponível em <<http://www.wipo.int>>, a qual reza sobre jurisdição, legislação aplicável e outras questões relativas ao comércio eletrônico.

⁵⁷ SUSSKIND, Richard. *Tomorrow’s Lawyers: An Introduction to Your Future*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 25.

legais, no qual o cliente paga por um **pacote de serviços**, disponibilizado online mediante acordo de licença de uso, que pode ser utilizado até mesmo sem a presença do advogado. O advogado, nesse caso, é útil na criação e disponibilização dos documentos, bem como assessoria quanto ao seu uso⁵⁸.

Susskind⁵⁹ contempla, ainda, uma visão de serviços legais mais inovadores, baratos, convenientes e uma maneira de entregar esses serviços menos proibitiva, adaptada às novas tecnologias. Sugere que o trabalho jurídico evoluirá para uma **comoditização**, sob a qual os serviços legais estarão disponíveis online, sem ou a um baixo custo. Talvez os advogados não obtenham grandes vantagens com a comoditização, mas isso parece essencial àqueles que não detêm capacidade para suportar os custos dos serviços legais para o acesso à justiça. Por isso discutir novos perfis para o advogado é tão relevante.

Ao advogado, se apresenta esse conveniente momento de reflexão, ao passo em que ele pode definir novos rumos se considerar a evolução da entrega dos serviços legais. Características disruptivas serão determinantes no futuro do relacionamento agente-cliente. Cabe ao profissional da advocacia entender qual a maneira mais eficiente de prestar serviços legais, destinar os problemas jurídicos apresentados aos devidos estágios e vislumbrar soluções ou remédios adequados.

Um exemplo de como experimentar os benefícios da tecnologia pode ser visto no projeto “Legal Design Lab”⁶⁰ (“Laboratório de Design Legal”), um projeto criado por uma equipe interdisciplinar da Faculdade de Direito de Stanford, que reúne design, direito e tecnologia, focado na criação de uma nova geração de produtos e serviços legais. A missão desse grupo é justamente treinar estudantes de direito e advogados no design legal, focado no ser humano, desenvolver serviços legais “user-friendly” ou “amigo do usuário” e, por fim, pesquisar como a tecnologia pode ser trazida ao mundo do direito e o que os usuários dos serviços legais desejam.

A proposta do Legal Design Lab já vem trazendo inovações como ajudar estrangeiros que vivem nos Estados Unidos a lidar com a imigração, por meio de ferramentas legais mais amigáveis (figura 4) ou permitir que qualquer tribunal ou provedor de serviços legais envie mensagens de texto com informações, lembretes e treinamento para usuários do sistema legal (figura 5).

⁵⁸ SUSSKIND, Richard. *Tomorrow’s Lawyers: An Introduction to Your Future*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 26 e 27.

⁵⁹ SUSSKIND, Richard. *Tomorrow’s Lawyers: An Introduction to Your Future*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 26 e 28.

⁶⁰ Disponível em: <<http://www.legaltechdesign.com/>>. Acesso em 05 de novembro de 2016.

Figura 4 – Tornando a Imigração mais “Amiga do Usuário”

hands-on-law series

making immigration user-friendly

Being a foreigner in the US means dealing with a lot of complicated legal requirements to stay on path.

Fri. & Sat. Nov. 15-16
Stanford d.school

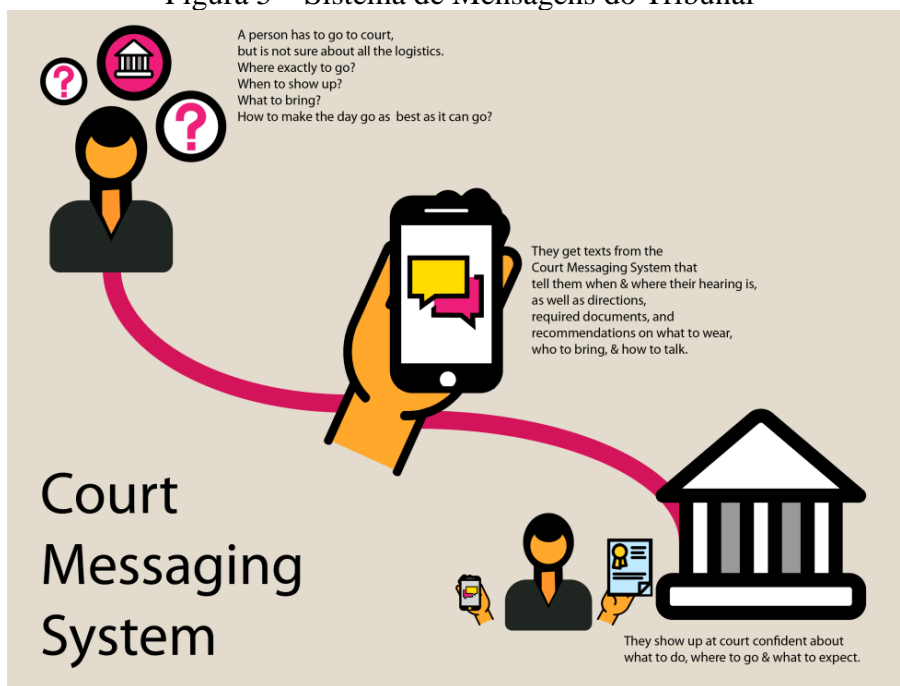
Come spend the weekend with us building legal tools for foreign university students that will support and empower them.

We will form Interdisciplinary teams to prototype these legal tools. You're welcome to propose a tool, or you can work on others' ideas.



Fonte: Página Legal Design Lab⁶¹

Figura 5 – Sistema de Mensagens do Tribunal



Fonte: Página Legal Design Lab⁶²

Em suma, o que se verifica é que o mercado já vem demandando (e tende a requerer cada vez mais) um perfil de advogado adepto à inovação e que torna o direito mais atraente, envolvente e útil⁶³, aliado a um perfil negociador e menos litigante.

⁶¹ Disponível em: <<http://www.legaltechdesign.com/>> Acesso em 05 de novembro de 2016.

⁶² Disponível em: <<http://www.legaltechdesign.com/>> Acesso em 05 de novembro de 2016.

Respeitando-se a metodologia da análise econômica do Direito, entretanto, (ainda que não se deseje que seja necessário pensar em maneiras de suavizar o problema de agência existente na relação entre cliente e advogado alterando a remuneração dos advogados, ou criando estratégias de design contratual, mas sim apontando uma maneira de pensar numa advocacia diversa da que vem sendo praticada pelos profissionais ou escritórios, baseada somente em normas, regras, leis e em um sistema judiciário que já se encontra esgotado), o próximo capítulo versará sobre a análise do problema de agência existente na relação entre cliente-advogado e como essa pode auxiliar na busca por esse novo perfil.

3 O Problema de Agência na Relação Advogado Cliente

3.1 A Contratação e a Atividade do Advogado

É na fase de contratação de um advogado que se formam as premissas para o relacionamento que se dará a partir de então. É fundamental, nessa fase inicial, que as partes conheçam as expectativas uma da outra. O advogado deve receber informações honestas e transparentes sobre as pretensões do cliente, enquanto o cliente precisa confiar no advogado, que deve fornecer dados sobre suas habilidades, conhecimento, experiência, além de demonstrar abertamente quais são as suas expectativas em relação à solução do problema apresentado e que, portanto, é o objeto do vínculo que se cria a partir daí.

Evidentemente que qualquer profissão, e não haveria por que ser diferente com a profissão de advogado⁶⁴, deve conjugar interesse próprio e função social. José Renato Nalini⁶⁵ explica o conceito de profissão sob o prisma da ética, enaltecendo a perspectiva de “atividade a serviço dos outros”, constatando que na sociedade hodierna, em que se é forçado a buscar sucesso e remuneração, podem a função social, bem como a busca pelo bem comum, ser desprezadas. Para a ética, portanto, cabe ao profissional considerar, no exercício de suas atividades, o benefício próprio e sua realização, sem olvidar da função social de sua profissão.

⁶³ Na pretensão de tornar o direito mais dinâmico, o “design legal” é um movimento para tornar o direito mais acessível, usável e engajador. O Legal Design Lab é um desses laboratórios. Outro exemplo dessa prática pode ser visto no Open Law Lab. Disponível em <<http://www.openlawlab.com/>> Acesso em 06 de novembro de 2016.

⁶⁴ Sobre a atividade profissional do advogado, Gisela Gondin Ramos leciona que “encontra-se unificada, independentemente da denominação que hoje se lhes dê, como: patrono, causídico, defensor, intercessor, procurador, mediador, etc., ou simplesmente ADVOGADO, que entendo mais adequado e por si só, já se traduz em título suficiente e enaltecido da profissão”. RAMOS, Gisela Gondin. Estatuto da advocacia: comentários e jurisprudência selecionada. Florianópolis: OAB/SC Ed., 1999. p.27.

⁶⁵ NALINI, José Renato. Ética geral e profissional. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 511 e 512.

Uma vez que o advogado é essencial à função jurisdicional, nos termos do artigo 133 da Constituição da República⁶⁶ e do Artigo 2º do Estatuto da Advocacia⁶⁷, e que é sua função postular os interesses do cliente, ainda que anteriormente à fase de litigância, quais são seus compromissos em relação ao cliente e que modelo de comportamento profissional e pessoal o advogado deve adotar?

Os advogados têm sua conduta ética pautada pelo Código de Ética e Disciplina da OAB⁶⁸, além do Estatuto da Advocacia⁶⁹. Dentre os deveres estabelecidos, destacam-se os seguintes, os quais devem ser observados e respeitados na relação com o cliente: estimular a conciliação e prevenir, sempre que possível, a instauração de litígios, aconselhar o cliente a não ingressar em “aventura judicial” e informar o cliente dos riscos de sua pretensão.

Gisela Gondin Ramos⁷⁰ ensina que a palavra “advogado” tem sua origem etimológica do latim “advocatus” (vocati ad), que significa “interceder a favor de”. E é esse o sentido da relação advogado-cliente, a formação dessa ligação se dá justamente com a finalidade de que o advogado aja em favor do cliente, que atenda aos fins necessários para garantir o melhor interesse do cliente e solucionar as questões para as quais foi contratado.

⁶⁶ Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

⁶⁷ Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça. § 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social. § 2º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público. § 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.

⁶⁸ Publicado no Diário da Justiça, Seção I, do dia 01.03.95, pp. 4.000/4004. “O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, ao instituir o Código de Ética e Disciplina, norteou-se por princípios que formam a consciência profissional do advogado e representam imperativos de sua conduta, tais como: os de lutar sem receio pelo primado da Justiça; pugnar pelo cumprimento da Constituição e pelo respeito à Lei, fazendo com que esta seja interpretada com retidão, em perfeita sintonia com os fins sociais a que se dirige e as exigências do bem comum; ser fiel à verdade para poder servir à Justiça como um de seus elementos essenciais; proceder com lealdade e boa-fé em suas relações profissionais e em todos os atos do seu ofício; empenhar-se na defesa das causas confiadas ao seu patrocínio, dando ao constituinte o amparo do Direito, e proporcionando-lhe a realização prática de seus legítimos interesses; comportar-se, nesse mister, com independência e altivez, defendendo com o mesmo denodo humildes e poderosos; exercer a advocacia com o indispensável senso profissional, mas também com desprendimento, jamais permitindo que o anseio de ganho material sobreleve à finalidade social do seu trabalho; aprimorar-se no culto dos princípios éticos e no domínio da ciência jurídica, de modo a tornar-se merecedor da confiança do cliente e da sociedade como um todo, pelos atributos intelectuais e pela probidade pessoal; agir, em suma, com a dignidade das pessoas de bem e a correção dos profissionais que honram e engrandecem a sua classe. Inspirado nesses postulados é que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelos arts. 33 e 54, V, da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, aprova e edita este Código, exortando os advogados brasileiros à sua fiel observância”.

⁶⁹ Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

⁷⁰ RAMOS, Gisela Gondin. Estatuto da advocacia: comentários e jurisprudência selecionada. Florianópolis: OAB/SC Ed., 1999. p.26.

A atividade do advogado se configura como uma atividade de meio, como define Lucas Petri Bernardes⁷¹:

Nas obrigações de meio, o que se vai averiguar é a conduta do devedor da obrigação, visto que o sujeito assume apenas a obrigação de empenhar seus melhores esforços no cumprimento da obrigação, sempre almejando o melhor resultado. Mas sua consecução, ou não, não implicará adimplemento ou inadimplemento da obrigação, respectivamente.

Isso significa dizer que o compromisso do advogado consiste em aplicar seus melhores esforços para a concretização do resultado, sem guardar a responsabilidade com o resultado em si.

3.2 O Problema de Agência na Relação Advogado-Cliente

Concluída a abordagem sobre a contratação do advogado e sua atividade profissional, resguardando-se as questões relacionadas com a moral e a ética⁷², o que se propõe, enfim, é examinar o problema de agência na relação cliente-advogado. Em respeito à teoria da agência, cumpre-se aqui o dever de tratar o advogado como um mero agente econômico, maximizador dos seus próprios interesses. Busca-se compreender como a teoria da agência pode ajudar no alcance do perfil do profissional que o mercado vai exigir: inovador, negociante, que propõe formas alternativas de soluções de conflitos e se relaciona bem com novas tecnologias.

Ponderando-se que a metodologia escolhida investiga o problema de agência e procura soluções sob a perspectiva do interesse do principal, cabe a ressalva de que a proposta do presente trabalho é analisar e encarar a teoria da agência da perspectiva do cliente. Com a intenção de ilustrar os problemas de agência na relação advogado-cliente, apresentam-se duas situações distintas:

a) Considerando-se o seguinte exemplo: A contrata B para tratar de uma questão trabalhista, a qual pode resultar em uma ação, afim de reparar danos morais decorrentes de

⁷¹ BERNARDES, Lucas Petri. Responsabilidade Civil do Administrador de Instituição Financeira: uma análise de Direito e Economia. Revista da PGBC, v. 5, n. 1, jun. 2011. P. 10.

⁷² Importante resguardar aqui os aspectos morais e éticos sobre os quais se fundamenta a profissão do advogado trazidos anteriormente, lembrando inclusive os autores que definem o advogado como profissional liberal não empresário e da origem do conceito de honorários, como traz Cassio Machado Cavalli: “Diz-se, assim, que advogado é remunerado por *honorários*, expressão que em vernáculo é utilizada para significar alguém que tem a honra de desempenhar cargo ou função facultativos, sem receber estipêndio, e cuja eventual remuneração, para não evidenciar o interesse econômico, não pode ser assim denominada, razão pela qual recebe o distintivo nome de *honorários*. Nada mais distante da realidade (...)”. CAVALLI, Cássio Machado. Empresa, Direito e Economia: elaboração de um conceito jurídico de empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo a partir do dado teórico econômico. 2012. 304 f. p. 133. Cumpre ressaltar que o presente estudo se fundamenta em metodologia diversa, qual seja, a da análise econômica do direito e que, portanto, pretende reconhecer o advogado como um agente de mercado.

acidente de trabalho. Mediante a apresentação desse tema, para o qual B supostamente detém as melhores alternativas de solução ao problema apresentado (e cuja responsabilidade passa a ser atribuída a B no momento da escolha por assumir a demanda e, então, tornar-se o advogado/procurador do cliente), algumas hipóteses podem ser consideradas:

- I. A contrata B mediante contrato de risco, ou seja, B receberá seus honorários (20%) somente se os pedidos da ação forem procedentes;
- II. A contrata B mediante remuneração mensal sobre o processo;
- III. A contrata B mediante remuneração antecipada, pelo valor total do processo, independentemente de qual o resultado útil da ação.

Sob tais circunstâncias, em qual dos casos de contratação (remuneração) B estará mais propenso a incentivar um acordo no processo? E em qual dos casos B terá mais interesse em manter o processo em litígio? Ainda, em se considerando a hipótese de remuneração “I”, se o valor do processo em fase recursal for equivalente a R\$ 100.000,00 e a outra parte do processo oferecer um acordo que garanta honorários de 20%, bem como o valor da condenação ao tempo do acordo (adiantando a condenação em 01 ano), mediante o risco de que os honorários sejam reduzidos em fase recursal, é mais vantajoso realizar o acordo? Por fim, supondo-se que o acordo seja oferecido pela parte ré e que a única discussão remanescente na ação - em fase recurso de revista - sejam os honorários de sucumbência deferidos em 1ª e 2ª instância e conhecendo-se a posição do Tribunal Superior do Trabalho⁷³ sobre a matéria, o fato de o advogado contratado para representar o autor ter ou não credencial sindical é capaz de influenciar o curso da ação?

b) Refletindo-se, em segundo momento, sobre outro problema jurídico, imagine-se que uma empresa seja ré em 500 processos cíveis, de matérias similares, e deseje contratar

⁷³ Súmula nº 219 do TST. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO (alterada a redação do item I e acrescidos os itens IV a VI em decorrência do CPC de 2015) - Res. 204/2016, DEJT divulgado em 17, 18 e 21.03.2016. I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (art.14,§1º, da Lei nº 5.584/1970). (ex-OJ nº 305 da SBDI-I). II - É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista. III - São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego.

IV - Na ação rescisória e nas lides que não derivem de relação de emprego, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios da sucumbência submete-se à disciplina do Código de Processo Civil (arts. 85, 86, 87 e 90). V - Em caso de assistência judiciária sindical ou de substituição processual sindical, excetuados os processos em que a Fazenda Pública for parte, os honorários advocatícios são devidos entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (CPC de 2015, art. 85, § 2º). VI - Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, aplicar-se-ão os percentuais específicos de honorários advocatícios contemplados no Código de Processo Civil.

um escritório de advocacia para administrar a carteira de processos. A empresa tem as seguintes opções a ponderar:

- I. Escritório de advocacia que receba R\$ 100,00 por processo, mensalmente (pelo tempo que durar cada um dos processos);
- II. Escritório de advocacia que receba remuneração de R\$ 5.000,00 mensais para administrar a carteira, no limite de 500 processos;
- III. Escritório de advocacia que receba R\$ 600,00 - valor fixo por processo, no início da contratação.

Na hipótese em apreço, pode ocorrer de os escritórios agirem de maneira diversa face a um possível acordo, em decorrência da forma de remuneração recebida? O fato de esses escritórios serem contratados para litigar pode demonstrar uma redução do empenho em solucionar o problema jurídico utilizando-se de formas alternativas de solução do conflito, tais como negociação, mediação?

Partindo-se dos pressupostos de que a teoria da agência prevê que o principal depende do agente e que o agente, mediante o poder de discricionariedade que lhe é outorgado, no sentido de poder escolher entre mais de uma alternativa, toma decisões baseadas em algo que nem sempre é ideal – eis que esse é naturalmente maximizador -, haverá divergência entre o comportamento desejado pelo principal e o comportamento apresentado pelo agente se os interesses do agente e do principal estiverem desalinhados.

Ao encarar o advogado como agente, por conseguinte, depara-se com o raciocínio de que esse age de forma a maximizar sua utilidade individual, mas essa não coincide, necessariamente, com a do cliente. Assim sendo, a teoria da agência esclarece os conflitos existentes na relação advogado-cliente, além de apresentar possíveis soluções. No cenário da relação agente-cliente, o problema pode ser pré-contratual (seleção adversa) ou pós-contratual (risco moral). Passemos a examinar cada um deles individualmente.

3.2.1 O Problema da Seleção Adversa e a Relação Advogado-Cliente

Como se viu anteriormente, o problema da seleção adversa tem origem na fase pré-contratual. Do mesmo modo que no mercado de automóveis, o mercado legal pode apresentar “limões”, especialmente quando se compreende que advogados são agentes maximizadores de seu interesse próprio. A fim de reduzir essa falha de mercado, a proposta inicial que se apresenta é a da sinalização, isto é, evidenciar a “marca” ou “qualidade” do profissional ou escritório a ser contratado.

Em regra, informação prévia reduz o problema da seleção adversa. Nessa acepção, ao cliente é proposto exigir do advogado uma espécie de “due diligence”, ou diligência prévia, que compreende um processo de investigação, no qual o advogado comprova suas habilidades e sua experiência através de informações comprovadas e confiáveis – evidentemente que respeitado o dever de confidencialidade do exercício da profissão. A relação advogado-cliente pode ser desenvolvida de forma a melhorar as entregas de informação, de modo que sejam criadas ferramentas para tornar as informações mais precisas, visando facilitar o acesso do cliente às premissas e aos cenários estruturados para a tomada de decisões, assim como à análise do desempenho ou avaliação de resultados, na tentativa de minimizar os efeitos gerados pelo conflito de agência. Nesse contexto, faz-se viável até mesmo selecionar o advogado que exhibe o novo perfil esperado pelo mercado.

Importa, contudo, alertar aos problemas de “custos de informação”, os quais consistem nos custos gerados por essas tarefas de investigação ou análise de risco. Como se está tratando de mercado, esses custos podem facilmente se reverter no preço final do serviço. Sabe-se o valor da informação e há que se considerar os custos para gerar o conhecimento necessário. Se o cliente espera um perfil diferenciado ou customizado, tem de estar disposto a pagar por esse diferencial, por esse perfil que combina elementos e entrega um conteúdo singular. Afinal, se refletirmos sobre a forma como o mercado se estrutura, assim como no “mercado de limões”, o advogado que não se adaptar não sobreviverá. Ao cliente é oportuno desafiar o advogado, exigir posicionamentos e valorizar orientações criativas ou soluções alternativas.

3.2.2 O Problema do Risco Moral e a Relação Advogado-Cliente

Hipóteses nas quais o problema de agência na relação cliente-advogado se manifesta por meio da falta de empenho ou de interesse no resultado desejado pelo cliente se configuram como risco moral. Como visto no Capítulo I, Posner⁷⁴ explica que, mediante a dificuldade encontrada pelo principal em observar o comportamento do agente, esse pode incorrer em pouco esforço e, conseqüentemente, configurar-se-á o risco moral. A fim de mitigar essa adversidade, sugere duas formas: a) desenhar um contrato que remunere o agente por meio dos seus resultados: nesse caso, pode ser que o agente tenha receio de trabalhar nesse formato, o que poderia ser resolvido com a contratação de um seguro no caso de

⁷⁴ POSNER, Eric. Coase Lecture: Agency Models in Law and Economics. January, 2000. The Chicago Working Paper Series Index. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/Publication/Working/index.html>> pp. 4, 5.

resultados desafortunados⁷⁵; b) investir em monitoramento: há risco de isso se tornar muito oneroso, portanto há um limite para quanto monitoramento será lucrativo.

3.2.2.1 Remuneração e Alocação de Incentivos

Detendo-se, prioritariamente, à alternativa da remuneração do agente por meio dos seus resultados, apresenta-se uma oportunidade de alinhamento de incentivos. Novamente, reforça-se que a análise econômica do direito estuda o comportamento do mercado e dos agentes e, portanto, as proposições morais e éticas do exercício da atividade do advogado, embora reconhecidas inclusive no que diz respeito a forma de remuneração dos advogados (honorários), não serão o foco da presente proposta.

Segundo já se concluiu, as pessoas reagem a incentivos. Assim sendo, se as mudanças que o mercado legal exige demandarão um advogado cuja forma de trabalhar precisará mudar radicalmente e o que se espera é um profissional que se utilize de formas alternativas de resolução de conflitos (a fim de descongestionar o judiciário) e que também considere como sua incumbência inovar e se utilizar da tecnologia, a proposta nesse ponto é a criação de um quadro de incentivos para cada uma das situações enfrentadas.

A recomendação é de que não haja uma forma de remuneração única. É essencial que o principal esclareça seus objetivos e pretensões em relação ao caso concreto ou problema a ser enfrentado quando da contratação do advogado, em qualquer circunstância. Nessa lógica, após informar claramente suas intenções, o principal pode remunerar o advogado por sua performance. Exemplificativamente, pode-se utilizar do caso em que o advogado é contratado para uma ação de execução de títulos de crédito. Se o que o principal deseja é receber o valor mais rapidamente, independentemente da possível redução no valor total a ser recebido, é aconselhável que o contrato preveja remuneração mais elevada no caso de acordo extrajudicial, pré-litígio.

Ao considerar o sistema de remuneração ideal, o que se demonstra adequado é aquele no qual o melhor interesse do cliente seja preservado, mantendo, todavia, um incentivo para que o advogado faça o seu melhor na preservação desse interesse. O principal pode remunerar por acordo, a fim de reconhecer as soluções pré-litígio, valorizando desse modo a negociação ou outra forma alternativa de solução de conflitos. A proposta pode ser, também, que se desafie o advogado a entender quando é eficiente litigar. Nesse sentido, inclusive o mercado legal poderá se beneficiar, ao passo em que se estará contribuindo para o

⁷⁵ Note-se que esse modelo se torna questionável porque o seguro é capaz de causar o mesmo efeito que o contrato baseado em resultados quer atenuar: pouco esforço por parte do agente.

descongestionamento do poder judiciário, o que potencializará a reversão indireta dessas vantagens para o principal, no caso de um futuro conflito que demandar impreterivelmente a litigância.

O estímulo por meio da remuneração alinhada ao melhor interesse do cliente parece uma oportunidade para que o advogado encontre entusiasmo e ânimo para buscar não ser um mero agente de mercado. Nessa acepção, Jensen⁷⁶ explica que

A principal vantagem de incentivos monetários, nesse mosaico de incentivos organizacionais, é que o poder de compra geral é valorizado por quase todo mundo (porque se trata de uma reclamação em todos os recursos) e pode ser facilmente variado com a performance. De outro lado, é usualmente difícil, e em alguns casos impossível, variar outros aspectos da configuração organizacional de uma maneira que se consiga relacionar à performance organizacional, do grupo ou individual.

Isto é, o propósito é que o próprio advogado – ainda que maximizador dos seus próprios interesses - encontre incentivos para agir no melhor interesse do cliente. Se todos os indivíduos respondem a incentivos e estamos tratando de advogados (logo, indivíduos), esses o farão de igual modo. Uma vez que determinada escolha colocar o agente em uma melhor posição, é muito provável que ele realize essa opção. Por isso faz sentido que o cliente ajuste os incentivos de forma a fazer com que o advogado mantenha um nível de esforço adequado, na direção correta.

3.2.2.2 Monitoramento

Outra forma de mitigar o problema do agente-principal é investir em monitoramento. Partindo-se, novamente, do pressuposto de que o agente nem sempre atua no melhor interesse do principal (exceto se esse interesse estiver alinhado com o seu), o descolamento do alinhamento dos interesses entre advogado-cliente suscita a o monitoramento. Como lembra Posner⁷⁷, contudo, quando se examina a relação advogado-cliente, o monitoramento tende a se mostrar dificultoso, eis que possui alto custo de transação e que um indivíduo que não possui o conhecimento nessa área não é capaz de avaliar o serviço prestado pelo advogado, especialmente no que tange aos resultados, já que usualmente sequer está por perto quando as atividades são executadas pelo agente. As agências e órgãos (como a OAB) realizam esse

⁷⁶ JENSEN, Michael C. Self-Interest, Altruism, Incentives, & Agency Theory. 1994. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=5566>>. Acesso em 31 de julho de 2016. p. 3.

⁷⁷ POSNER, Eric. Coase Lecture: Agency Models in Law and Economics. January, 2000. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/Publication/Working/index.html>. Acesso em 31 de julho de 2016. p.7.

monitoramento de modo geral, mas não necessariamente individualmente e dificilmente garantirão que a vontade exata do principal seja cumprida. Desse modo, o monitoramento não se apresenta como a solução mais eficiente para mitigação dos conflitos de agência na relação advogado-cliente.

3.3 O Problema de Agência na Relação Advogado-Cliente e o Novo Perfil do Advogado

Se o mercado legal exige um profissional atualizado, de acordo com as novas demandas sociais e de mercado, cuja atividade não se limite à litigância, reforça-se que o advogado precisa ser incentivado a evoluir na sua tomada de decisão, recebendo incentivos para se tornar mais eficiente do que já foi ou vem sendo, especialmente em virtude das novas tecnologias.

Como leciona Jensen⁷⁸, “porque os conflitos de interesses causam problemas e, conseqüentemente, perdas às partes envolvidas, as partes por elas mesmas têm forte motivação para minimizar os custos de agência”. É aconselhável que a relação de agência advogado-cliente seja compreendida como fenômeno econômico e que o principal valorize o advogado por aquilo que realiza de extraordinário.

Para o principal, a contratação do advogado se faz significativa porque o equilíbrio do mercado legal depende do advogado. Ainda que se desfrute de novas tecnologias, ou da potencial liberalização, ao cliente será oportuno continuar contratando advogados se esses profissionais realizarem feitos incomuns. Isto é, essa contratação – e seus custos de agência⁷⁹ – se equilibram se o resultado útil obtido pelo advogado for superior àquele que seria conquistado sem ele. E, se estivermos tratando de um profissional diferenciado, isso definitivamente será alcançado.

Conclusão

O estudo da teoria da agência vem demonstrar como a relação entre dois indivíduos, no qual a um deles é concedido poder de discricionariedade para agir em nome do outro e optar pela alternativa que a ele se mostra mais eficiente – processo que envolve tomada de decisão –, pode ser afetada pelo fato de que todos os indivíduos são maximizadores de seus próprios interesses e que, portanto, as decisões são baseadas no melhor interesse do agente.

⁷⁸ JENSEN, Michael C. Self-Interest, Altruism, Incentives, & Agency Theory. *Journal of Applied Corporate Finance*, Vol. VII., no. 2 (Summer 1994). p. 13. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=5566>>.

⁷⁹ Esses custos englobam: elaboração e efetivação de contratos; monitoramento; gastos realizados pelo agente para sinalizar ao principal seus esforços; perdas decorrentes das divergências entre os interesses do principal e os interesses do agente.

Os conflitos de agência encontram fomento na assimetria de informação, tendo em vista que essa falha de mercado proporciona a uma das partes da relação vantagens pelo fato de deter maiores informações sobre o bem ou serviço. Observa-se a assimetria de informação em dois momentos distintos da contratação: seleção adversa, a qual se verifica no momento anterior à contratação e risco moral, que se dá na fase de cumprimento do contrato.

Este estudou apontou também as constantes mudanças no mercado legal, enfatizando que o modo como os advogados trabalham sofrerá mudanças radicais, especialmente em função da liberalização, da tecnologia da informação e do congestionamento do poder judiciário. Em relação à essencial reestruturação do poder judiciário, viu-se que essa já pode ser observada, mas que é questionável se o advogado está efetivamente comprometido com as novas formas de solução de conflitos, buscando tornar-se menos litigante.

Observou-se a imposição de um modelo de advocacia no qual as novas tecnologias sejam utilizadas como aliadas no esforço para oferecer ao cliente agilidade, eficiência e meios concretos para prevenir litígios ou esclarecer conflitos. Além disso, concluiu-se que o mundo se encontra em constante transformação. Por conta disso, o desafio do advogado é romper as barreiras do tradicionalismo e do formalismo e inovar sua maneira de pensar, agir e se relacionar.

Em respeito à metodologia da análise econômica do Direito cumpriu-se com a análise do problema de agência existente na relação entre cliente-advogado sob a perspectiva do principal, centrando-se em como a teoria da agência poderia ser útil no exame desse novo perfil. Viu-se que, no cenário da relação agente-cliente, pode haver a manifestação de seleção adversa ou de risco moral. Passando-se ao exame de cada um deles individualmente, compreendeu-se que do mesmo modo que no mercado de automóveis, o mercado legal pode apresentar “limões”. A fim de reduzir essa falha de mercado, a proposta inicial que se apresentou foi a da sinalização, isto é, da evidencia da “marca” ou da “qualidade” do profissional ou escritório a ser contratado. Propôs-se que o cliente exija do advogado informações prévias que comprove suas habilidades e sua experiência. Alertou-se aos problemas de “custos de informação”, os quais consistem nos custos gerados por essas tarefas de investigação ou análise de risco.

A fim de mitigar o risco moral na relação agente-cliente, cogitaram-se duas maneiras: a) desenhar um contrato que remunere o agente por meio dos seus resultados; b) investir em monitoramento. Em relação à remuneração, firmou-se o entendimento de que os indivíduos reagem a incentivos e sugeriu-se a criação de um quadro de incentivos para cada uma das situações enfrentadas pelo advogado, eis que o estímulo por meio da remuneração alinhada ao

melhor interesse do cliente se demonstrou uma oportunidade para que o advogado encontre entusiasmo e ânimo para buscar não ser um mero agente de mercado. Quanto ao monitoramento, porém, ao examinar a relação advogado-cliente, esse se mostrou dificultoso ao indivíduo que não possui o conhecimento na área. Desse modo, o monitoramento no problema advogado-cliente não se apresentou como uma solução adequada.

Por fim, reforçou-se que o cliente continuará a obter vantagens com a contratação do advogado se valorizar o profissional que realiza sua atividade de modo excepcional.

Referências:

AKERLOF, George A. The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism. 1970. pp. 488-500. Disponível em: <<https://www.iei.liu.se/nek/730g83/artiklar/1.328833/AkerlofMarketforLemons.pdf>> Acesso em 10 de novembro de 2016.

Associação Brasileira de Private Equity & Venture Capital. Como funciona a indústria de private equity, seed e venture capital. Disponível em: <<http://www.abvcap.com.br/Download/Guias/2726.pdf>> Acesso em 30 de outubro de 2016.

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Tradução, Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BERNARDES, Lucas Petri. Responsabilidade Civil do Administrador de Instituição Financeira: uma análise de Direito e Economia. Revista da PGBC, v. 5, n. 1, jun. 2011.

BRASIL. Constituição, 1988.

_____. Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994.

_____. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.

_____. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015.

_____. Código de Ética e Disciplina. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]. Seção I, do dia 01.03.95, pp. 4.000/4004.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 219.

CAVALLI, Cássio Machado. Empresa, Direito e Economia: elaboração de um conceito jurídico de empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo a partir do dado teórico econômico. 2012. 304 f.

CONJUR. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-05/advogado-multado-ajuizar-acao-autorizacao-cliente>>. Acesso em 22 de outubro de 2016.

CONJUR. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-14/tj-sp-extingue-acao-questionando-falta-cobertura-pizza>> Acesso em 22 de outubro de 2016.

COOTER, Robert. ULEN, Thomas. Law and economics. Library of Congress Cataloging-in-Publication Data. 6th ed.

DWORKIN, Ronald M. The Model of Rules. 1967. Faculty Scholarship Series. Paper 3609. p. 32. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3609> Acesso em 09 de novembro de 2016.

EXCELACOM. Disponível em: <<http://www.excelacom.com/resources/blog/2016-update-what-happens-in-one-internet-minute>> Acesso em 05 de novembro de 2016.

FARIA, José Eduardo. O Direito na Economia Globalizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p.

- FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. Getting to yes: negotiating agreement without giving in. 3.ed. New York: Penguin Books, 2011.
- GARCIA, Enéas Costa. Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.
- GLADWELL, Malcolm. The Tipping Point: How Little Things Can Make a Big Difference. New York: Back Bay Books, 2000.
- JENSEN, Michael C. Self-Interest, Altruism, Incentives, & Agency Theory. Journal of Applied Corporate Finance, Vol. VII., no. 2 (Summer 1994). p. 2. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=5566>>.
- JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. Journal of Financial Economics (JFE), v. 3, n. 4, 1976.
- JUSTIÇA EM NÚMEROS 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em 22 de outubro de 2016.
- LEGAL TECH DESIGN. Disponível em: <<http://www.legaltechdesign.com/>> Acesso em 05 de novembro de 2016.
- MOCHON, Francisco. Princípios da economia. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.
- NALINI, José Renato. Ética geral e profissional. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- OAB. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>>. Acesso em 30 de outubro de 2016.
- OPEN LAW LAB. Disponível em <<http://www.openlawlab.com/>> Acesso em 06 de novembro de 2016.
- PINHEIRO, Patricia Peck. Direito digital. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- POSNER, Eric. Coase Lecture: Agency Models in Law and Economics. The Law School - The University of Chicago, January, 2000. p. 1. Disponível em: The Chicago Working Paper Series Index: <http://www.law.uchicago.edu/Publication/Working/index.html>. p.4>.
- RAMOS, Gisela Gondin. Estatuto da advocacia: comentários e jurisprudência selecionada. Florianópolis: OAB/SC Ed., 1999.
- Relatório de Desenvolvimento Mundial 2016, divulgado pelo Banco Mundial. Disponível em: <<http://www.worldbank.org/en/publication/wdr2016>>. Acesso em 30 de outubro de 2016.
- ROSS INTELLIGENCE. Disponível em: <<http://www.rossintelligence.com/>> Acesso em 30 de outubro de 2016.
- SHELL, C. Richard. Negociar é preciso: estratégias de negociação para pessoas de bom senso. Tradução Márcia Tadeu. São Paulo: Elsevier, 2001.
- SILVA, Clovis V. do Couto. A obrigação como processo. p.8. In: GARCIA, Enéas Costa. Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.
- SILVEIRA, Di Miceli da. Governança corporativa no Brasil e no mundo: teoria e prática. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- SUSSKIND, Richard. Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- TIMM, Luciano Benetti et al. Direito e Economia. São Paulo: IOB Thomson, 2005.
- VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. Economia: micro e macro: teoria e exercícios, glossário com os 300 principais conceitos econômicos. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- WILLIAMSON, Oliver. E. Markets and hierarchies: some elementary considerations. The American Economic Review, 63, 2, p.316-325, 1973.