

A CONCILIAÇÃO: DEVER ÉTICO DO ADVOGADO EM BUSCA DA PAZ E DA JUSTIÇA

Maria Avelina Imbiriba Hesketh¹

1. Introdução

A prestação jurisdicional efetiva é uma questão de Justiça Social.

Antes de entrar no assunto proposto - **A Conciliação: Dever Ético do Advogado em Busca da Paz e da Justiça** - farei algumas reflexões sobre um tema não muito simples que é a **Justiça Social** ou simplesmente a Justiça.

A Constituição Federal enuncia que o nosso Estado Democrático de Direito tem como fundamentos, dentre outros, a **cidadania** e a **dignidade da pessoa humana**², e

¹ Advogada, Professora da Universidade Federal do Pará, Procuradora do Estado do Pará, ex-Presidente da OAB-PA e, atualmente Conselheira Federal.

² Art. 1º, II e III

como um dos objetivos fundamentais, a **construção de uma sociedade livre, justa e solidária**.³ Mas, apesar disso, não se tem saúde, educação, segurança e tantos outros direitos fundamentais; vivemos acuados sob a ameaça de um estado paralelo e a nossa Justiça é precária e deficitária. A nossa sociedade é injusta, plena de conflitos e contradições.

Observa-se que a cidadania concebida como a completa fruição dos direitos garantidos pelo ordenamento jurídico é privilégio reservados a poucos, em detrimento da maioria excluída dos mais elementares direitos.

O resgate da **cidadania e da dignidade da pessoa humana**, assim como a **busca de uma sociedade livre, justa e solidária**, temas, de maior evidência, relevância e atualidade em nossa sociedade, depende da existência de um Estado forte, soberano e verdadeiramente democrático de Direito. Um Estado promotor da real **Justiça Social**, dentro da qual se inclui a **Justiça**

³ Art. 3º, I

propriamente dita, manifestada pela efetiva prestação jurisdicional.

Mas, afinal, o que é Justiça?

O conceito de Justiça sempre foi um desafio para o pensamento filosófico.

Aristóteles, definindo a justiça como **“a virtude que nos leva (...) a desejar o que é justo”**⁴, classificou-a em **geral, distributiva e corretiva.**

Inspirado no pensador grego, **Santo Tomás de Aquino**, concebendo a justiça também sob três enfoques, **justiça comutativa, distributiva e legal**⁵, ressaltou que a justiça **“consiste em dar a cada um o que lhe é devido”**⁶, tendo **“por escopo ordenar os homens nas suas relações com outros homens.”**⁷

⁴ Artigo “Justiça Social – gênese, estrutura e aplicação de um conceito”, de Luiz Fernando Barzotto, doutor em filosofia pela USP e professor da PUCRS, publicado na internet site Google.

⁵ Idem

⁶ Suma Teológica, ii – ii q. 60, a.3

⁷ Idem q. 58, a.5

Para **Santo Agostinho**, “**A Justiça é a ordem do amor.**”⁸

A expressão **Justiça Social**, já manifestada pelos seguidores de Tomás de Aquino, ganhou ressonância com a **Doutrina Social da Igreja Católica**. Foi a **Encíclica Quadragésimo Anno, do Papa Pio XI**⁹ que concebeu a **justiça social** como uma forma de distribuição da riqueza.

Nessa trilha de entendimento, a nossa Constituição Federal de 1988, dispõe que a ordem econômica e social têm como ditame e objetivo, dentre outros, a **Justiça Social.**¹⁰

A Justiça Social é, assim, aquela voltada ao Bem Comum, aquela que possibilita a paz e a harmonia de seus jurisdicionados, assegurando-lhes uma vida

⁸ De civitate dei XV, p.22

⁹ Idem nota nº 3

¹⁰ Arts. 170 e 193 da CF

digna, pela possibilidade de se ter garantida a verdadeira cidadania.

Mas, o que tem haver a **Justiça Social com prestação jurisdicional e a conciliação?** Pode uma sociedade ter paz e harmonia, ter distribuição de riqueza, ter garantida a cidadania de seus jurisdicionados, se não tem assegurado e garantido o exercício de seus mais elementares direitos pelos Poderes constituídos, dentre os quais o Poder Judiciário?

É evidente que não. E é aqui que o Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional, participa da realização da **Justiça Social** quando garante, mantém e efetiva os direitos conferidos à cidadania.

Ocorre que o nosso sistema Judiciário, em que pese todos os esforços, não vem assegurando o acesso à Justiça com eficácia, em razão dos mais variados problemas estruturais, como o volume de ações, principalmente após a Constituição de 88, quando o

jurisdicionado passou a ter uma maior consciência de seus direitos, a escassez de magistrados e de recursos financeiros, muitas das vezes mal distribuídos, por falta de consciência ética e cívica, ausência de compromisso político para construir um Poder Judiciário forte. Estas, dentre outras questões, distanciam a Justiça brasileira do seu fim maior que é a efetivação da prestação jurisdicional.

Assim, a Justiça Social só poderá ser alcançada se houver perfeita harmonia entre os Poderes do Estado, vez que a ação do Judiciário é apenas um dos instrumentos para se alcançar o Bem Comum.

A construção da verdadeira Justiça Social não é um ato isolado, mas compromisso coletivo, decorrente da consciência humana e estatal; da consciência global porque as pessoas, a sociedade e as nações adotaram essa nova forma de interação e de viver.

2. Do Movimento da Conciliação

Desse cenário, brotou do próprio coração do Poder Judiciário, a busca de medidas que se não solucionar, pelo menos minimiza o estrangulamento do Poder Judiciário, pois, segundo os dados do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, cerca de vinte milhões de novos processos ingressam na Justiça brasileira.

Assim, nasceu o **Movimento pela Conciliação**, por iniciativa do CNJ - Conselho Nacional de Justiça, especificamente da Comissão dos Juizados Especiais.

Com o Slogan "**Conciliar é legal**", o Movimento foi lançado no dia 23 de agosto de 2006, em solenidade realizada no Supremo Tribunal Federal, sob a presidência da Ministra Ellen Grace, que também preside o CJN.

O Movimento pela Conciliação tem como objetivo criar, entre os operadores do Direito e os jurisdicionados, a **cultura da conciliação**, pela qual o entendimento entre

as partes é sempre o melhor caminho para o encerramento de um processo judicial.

O Movimento instituiu o dia 08 de dezembro, como o Dia Nacional da Conciliação, oportunidade em que o Poder Judiciário de todo o país, através de uma **“força tarefa”**, promoverá audiências visando unicamente à conciliação, para a composição dos conflitos.

A conciliação é, assim, um instrumento de pacificação social, porque acelera a efetividade da prestação jurisdicional, acarreta a satisfação das partes litigantes em face da solução dos conflitos, torna o Judiciário mais acessível, eficiente e rápido, além de possibilitar a economia de recursos.

Analisando os dados referentes à experiência do ano de 2006, tem-se um resultado animador, pois a conciliação alcançou o patamar acima de 50% (cinquenta por cento).
Vejam os:

Participantes do Movimento de Conciliação: 55

Tribunais

- 27 Tribunais de Justiça
- 23 Tribunais Regionais do Trabalho
- 5 Tribunais Regionais Federais

Atuação: 55,36%

- **79.476 audiências previstas inicialmente**
- **112.112 audiências designadas**
- **83.987 audiências realizadas**
- **46.493 acordos obtidos**

Tribunais de Justiça: 52,96%

- 82.523 audiências designadas
- 58.981 audiências realizadas
- **31.223 acordos obtidos**

Tribunais Regionais do Trabalho: 53,98%

- 12.292 audiências designadas
- 11.113 audiências realizadas
- **6.072 acordos obtidos**

Tribunais Regionais Federais: 66,21%

- 66,21% de acordos obtidos

3. Modos de Solução de Conflitos.

Tradicionalmente, os conflitos existentes na sociedade são solucionados via judicial pelo Poder Judiciário, que é quem detém o monopólio de fazer Justiça.

A sociedade brasileira esta sendo desafiada a uma mudança cultural e social, no que diz respeito à solução de seus conflitos.

Assim, faz-se necessário repensar a postura adversarial até então adotada. A necessidade de que sejam criados novos paradigmas para reger e compor os conflitos não decorre apenas das dificuldades da tramitação do processo formal perante o Judiciário, mas das grandes e rápidas transformações que a sociedade globalizada tem passado, no campo da ciência, da genética, da tecnologia, que refletem seus efeitos nas relações interpessoais, nos negócios, nos países, etc.

A solução pacífica dos conflitos pode ocorrer de duas formas: pela **autocomposição** e pela **heterocomposição**.

A **autocomposição** se realiza quando as partes, por si, buscam a própria solução, o fim da controvérsia, que poderá ocorrer pela **desistência** (proposta pelo autor), pelo **reconhecimento** (pelo demandado) e pela **transação** (o ato jurídico pelo qual, as partes mediante concessões mútuas, previnem ou terminam o litígio).¹¹

A **heterocomposição** se realiza através da **Justiça Formal** ou ordinária, que é o Poder Judiciário ou da **Justiça Arbitral**. O **Processo** é, assim, um meio de heterocomposição, praticado pelo Estado, no exercício da jurisdição, em que a solução é imposta por um terceiro imparcial, o juiz, que representa o Estado.

Ocorre que a **autocomposição** pode ocorrer mediante a intervenção de um terceiro, nascendo, assim, a figura da **conciliação**, que se situa numa zona intermediária, assumindo as características de autocomposição e a heterocomposição¹². É **autocomposição** porque são as partes que tutelam e ajustam seus interesses,

¹¹ Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 17, pág. 108

¹² Idem

delimitando o conteúdo do ato que irá compor o litígio; é **heterocomposição** porque o ajuste é celebrado por iniciativa e sob as sugestões de um mediador qualificado, que buscará conduzir as partes no sentido de uma composição consoante com a equidade.¹³

A nossa tradição para a solução dos conflitos é de heterocomposição. Apesar de todo inchaço e inacessibilidade da Justiça brasileira, a população, independentemente de renda, sempre apela ao Poder Judiciário na busca de solução de seus conflitos.

4. Da Conciliação

Assim como os conflitos decorrem da própria existência humana, e a conciliação decorre dos conflitos. Havendo conflitos, poderá haver conciliação.

A **conciliação** é ato processual, pelo qual os interesses conflitantes entre as partes se harmonizam, mediante intervenção do Juiz. É uma composição amigável do litígio,

¹³ Idem pág. 123

por sugestão das partes ou por proposta formulada pelo juiz, encerrando a lide.

A conciliação se caracteriza por ser informal e voluntária, rápida e econômica. Através dela o conflito é solucionado pelos interessados, acarretando satisfação para as partes. Em contrapartida, a Justiça tradicional é imposta, adversarial, é controlada pelo Estado, representado pelo juiz.

Apesar da nossa cultura adversarial e conflituosa, a conciliação, como premissa, se faz presente nas diversas espécies de Processos.

O **Processo Trabalhista**, mais do que qualquer outro, assume o primado da conciliação. Neste, a conciliação já teve *status* constitucional, em face da redação originária do art. 114 da Constituição Federal, que definia a competência da Justiça do Trabalho para **conciliar e julgar** os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores.

Obrigatoriamente proposta após a apresentação da defesa e antes da sentença, pena de nulidade processual, a conciliação pode ser realizada também, em qualquer momento processual, inclusive, em sede de execução, ao

contrário da execução civil, que em princípio não admite a conciliação, salvo na hipótese de ocorrer a interposição de embargos, em poderá ser realizada audiência de instrução e julgamento, por força da aplicação subsidiária das regras do Processo Ordinário.

Nos **Juizados Especiais**, o processo se inicia sempre e obrigatoriamente pela conciliação, porque esta é sua índole e essência.

No **Processo Civil**, apesar de poder ser tentada pelo juiz qualquer tempo,¹⁴ a conciliação no **Processo Ordinário** ocorre em duas hipóteses:

- a) em **audiência preliminar**¹⁵, quando admitida a transação e não ocorrer o julgamento antecipado da lide, e
- b) em **audiência de instrução e julgamento**¹⁶ quando o **litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, em causas referentes ao Direito de Família, nas hipóteses em que a lei admite a transação.**

¹⁴ Art. 125, IV do CPC

¹⁵ Art. 331 do CPC

¹⁶ Art. 447

Observa-se, assim, que a conciliação não é ato aleatório, mas decorre de imperativo legal, impondo a sua realização durante a tramitação regular do processo, ou, através de iniciativas como a do Movimento pela Conciliação proposto pelo CNJ.

5. O Advogado e a Conciliação

Regra geral, o advogado não possui a cultura da conciliação e mediação dos interesses que estão sob seu patrocínio. Isso se deve a formação acadêmica dos bacharéis em Direito, pois os Cursos de Direito, em sua grade curricular, não abordam temas voltados à resolução de conflitos, como a negociação, mediação, conciliação e arbitragem.

Observa-se que o ensino jurídico, tradicionalmente, está muito mais voltado para um estudo dirigido à formação do advogado, culturalmente dirigido ao combate, ao destemor, a coragem, a construção de teses jurídicas, ao litígio, a busca de decisão judicial vitoriosa, do que a composição.

Para o advogado, a conciliação é exercida como uma fase obrigatória dentro do processo, seja civil, seja trabalhista, que se realiza mais para impedir a declaração de nulidade daquele, do que como um princípio que busca a efetividade da Justiça.

Assim, os advogados, de uma maneira geral, ainda não estão suficientemente preparados para lidar com a solução dos conflitos fora do âmbito judicial, uma vez que não foram preparados à negociações.

6. A função social do Advogado: compromisso com a conciliação como forma de realização de Justiça.

A despeito da formação acadêmica do bacharel em Direito, faz-se necessário repensar a postura adversarial do advogado, não pelas dificuldades que a tramitação do processo formal perante o Judiciário apresenta, mas por imposição das mudanças que se vem operando na sociedade, a exigir a presença de novos paradigmas para reger ou compor tais relações.

Nesse sentido, surgem diversas formas de composição das relações em conflito, dentre elas a conciliação.

Eduardo Jorge Couture, em seu **Decálogo**, enuncia no IV Mandamento, a luta pela Justiça:

“IV Luta. O teu dever é lutar pelo Direito, mas no dia em que encontres um conflito entre o Direito e a Justiça, luta pela Justiça.”

Esta é a função do advogado: a luta pela Justiça!

A função do advogado ultrapassa os limites do contrato profissional que o habilita ao exercício da defesa dos direitos e interesses do constituinte.

Ao ser investido no exercício profissional, o advogado assume o compromisso de **“exercer a advocacia com dignidade e independência, observar a ética, os deveres e prerrogativas profissionais e defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático, os direitos humanos, a justiça social, a boa aplicação das leis, a rápida administração da**

justiça e o aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas.”¹⁷

Diante desse juramento, o advogado passa a ser um instrumento de transformação social, e o exercício da advocacia assenta-se em fundamentos de ordem pública, porque ao defender um direito particular, o advogado está defendendo também a própria ordem jurídica, a cidadania e a sociedade.

Nesse diapasão, a advocacia é a única profissão que possui *status* constitucional, por força do art. 133 da Constituição Federal de 1988 que preceitua: **“O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”**

Dessa forma, sendo indispensável à administração da Justiça, a Constituição alinha o advogado à Magistratura e ao Ministério Público, daí porque a Lei n° 8.906, de 04 de julho de 1994, Estatuto da Advocacia e da OAB,

¹⁷ Art. 20 do Regulamento Geral da OAB

dispõe que **“no seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social”**¹⁸.

Os atos dos advogados **constituem *múnus*** público, razão pela, no exercício profissional, deve ser **“inviolável por seus atos e manifestações, nos termos da Lei”**,¹⁹ e, **“no processo judicial, o advogado deve contribuir para o convencimento do julgador.”**²⁰

Desta feita, se o Magistrado, no exercício de sua função, compete promover a conciliação entre as partes, em busca da efetiva prestação jurisdicional, visando a composição do litígio em razão da harmonia, da justiça e paz social, o advogado, que também exerce função pública para realização da Justiça, deve, também, junto as partes, incentivar e promover o fim da demanda, mediante conciliação.

Aliás, a conciliação em **busca da paz social é dever ético do advogado**, expresso em mandamento normativo do Código de Ética, ao determinar que **“O advogado ...**

¹⁸ § 1º, do art. 2º

¹⁹ § 3º, do art. 2º

²⁰ § 2º, do art. 2º

é defensor ... da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce”, pelo que lhe é imposto o dever de “estimular a conciliação entre litigantes...” e aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial.”²¹

Por fim, **“o advogado deve ter consciência de que o Direito é um meio de mitigar as desigualdades para o encontro de soluções justas e que a lei é um instrumento para garantir a igualdade de todos.”²²**

7. Postura do Advogado Conciliador

Desta feita, a conciliação deve ser vista como uma forma de efetivação de Justiça, pois, atuando em caráter preventivo, antecipa a solução da demanda, trazendo satisfação para as partes demandante, evitando prejuízos. O advogado conciliador deve ser sensível aos interesses não apenas de seu cliente, mas das partes litigantes, devendo fazer, inclusive, uma análise fática

²¹ Art. 2º, Parágrafo Único, VI e VII do Código de Ética.

²² Art. 3º do Código de Ética

jurídica do processo, em razão do conteúdo probatório que garante o direito defendido, assim como fazer uma avaliação dos custos, prejuízos e vantagens.

Como a maioria dos litígios envolve emoção e sentimento, para se chegar a um consenso, o advogado deve procurar compreender e alcançar os problemas da outra parte.

A paz é sonho de cada um de nós. Portanto, se a prestação jurisdicional efetiva, através da conciliação é componente da Justiça Social para construção da paz, que tenhamos todos nós, operadores ou não do Direito, o compromisso com a CONCILIAÇÃO.