

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

SOPHIE BILHERI SCHELL

**O ADVOGADO COMO ATOR SOCIAL:
O Papel Político da Advocacia numa Perspectiva Sistêmica**

**São Leopoldo
2025**

SOPHIE BILHERI SCHELL

**O ADVOGADO COMO ATOR SOCIAL:
O Papel Político da Advocacia numa Perspectiva Sistêmica**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. André Luiz Olivier da Silva

São Leopoldo
2025

S322a

Schell, Sophie Bilheri

O advogado como ator social: o papel político da advocacia numa perspectiva sistêmica. / Sophie Bilheri Schell -- 2025.

126 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2025.

Orientador: Prof. Dr. André Luiz Olivier da Silva.

1. Direito público. 2. Sociologia do direito. 3. Advocacia. 4. Função social. 5. Niklas Luhmann. 6. Teoria dos sistemas sociais. I. Título. II. Silva, André Luiz Olivier da.

CDU 342

Catalogação na Publicação: Bibliotecária Eliete Mari Doncato Brasil - CRB 10/1184

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "O ADVOGADO COMO ATOR SOCIAL: O Papel Político da Advocacia numa Perspectiva Sistêmica", elaborada pela mestrand(a) **SOPHIE BILHERI SCHELL**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRA EM DIREITO.

São Leopoldo, 14 de janeiro de 2024.


Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira,
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. André Luiz Olivier da Silva _____ *Participação por Webconferência*

Membro externo: Dr. André Rafael Weyermuller _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. Guilherme de Azevedo _____ *Participação por Webconferência*

O presente trabalho foi realizado com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) - Cód. de Financiamento 001.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos, pela oportunidade de conhecer a verdadeira essência da vida acadêmica de qualidade.

Agradeço à CAPES-Proex pelo apoio financeiro, reafirmando o meu compromisso de continuar auxiliando na divulgação e compartilhamento dos postulados da ciência jurídica com a sociedade brasileira.

Agradeço ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos e aos Mestres e Doutores da Unisinos com os quais tive a oportunidade de estudar, em especial os Professores Anderson Vichinkeski Teixeira, Clarissa Tassinari, Fernanda Frizzo Bragato, Guilherme Azevedo, Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha, Luciane Klein Vieira, Marciano Buffon e Raquel Von Hohendorf.

Agradecimentos muito especiais ao meu Professor Orientador André Luiz Olivier da Silva, pelo apoio e exemplo de disciplina e dedicação, profundo convededor da filosofia e do direito, ciências magistralmente desenvolvidas na disciplina de Ciência Política e Direito da Unisinos, fornecendo uma base científica essencial para a nova geração exercer com plenitude e consciênciia os conceitos de cidadania e democracia.

Agradeço à minha família, em especial ao meu pai Euclides Chateaubriand de Oliveira Schell (*in memorian*), à minha mãe Marlene e minha irmã Christiane, pela compreensão e sensibilidade pelas minhas aspirações.

Agradeço a todos os colegas advogados e advogadas que, de alguma forma, fizeram parte das gestões que integrei como diretora do Sindicato dos Advogados do Rio Grande do Sul, assim como pelas lições aprendidas no cotidiano da profissão que motivaram esta pesquisa.

Minha gratidão às secretárias do PPGD/Unisinos, e a todos os colegas e amigos que fizeram parte desta jornada.

RESUMO

Esta dissertação tem como objetivo analisar a advocacia e seu papel na sociedade sob a perspectiva sistêmica, especialmente os argumentos que possam servir de justificativa a um determinado reduto de poder político, tendo em vista a função social da profissão a partir da comunicação do sistema do direito com os demais sistemas sociais. A pesquisa coloca o advogado no centro do debate como agente catalisador da comunicação do sistema jurídico com os demais sistemas, sob a ótica da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann, que concebe os sistemas sociais funcionalmente diferenciados, autopoieticos, autorreferenciais e dotados de sentido, buscando identificar a lógica da comunicação intersistêmica da advocacia invocada pelo seu papel como operador do Direito. O problema de pesquisa foi delimitado a partir da observação do crescente movimento de desvalorização da advocacia nas últimas décadas, o que sugere o afastamento do advogado dos sistemas de valores que regiam a profissão em seus primórdios e pode apresentar-se como sequela social do uso indevido de sua influência como guardião do sistema psíquico do Direito (comunicação) nos processos políticos da sociedade. Esta análise será apresentada em três capítulos, contendo recortes específicos acerca das questões que serão desenvolvidas, sendo que o primeiro capítulo busca identificar as premissas para a compreensão do lugar do sujeito na teoria sistêmica, analisando aspectos históricos da advocacia e os conceitos da teoria dos sistemas sociais. O segundo capítulo analisará o advogado como ator social sob uma perspectiva sistêmica, assim como a advocacia enquanto organização, dentro das três dimensões da cultura das organizações (comunicação, estoque de conhecimento e como sistemas de valores); o terceiro capítulo se dedicará a analisar o futuro da advocacia quanto à adequação curricular nas universidades, face à evidente ampliação dos riscos e perigos sistêmicos originados pelo exercício da advocacia plena, em razão de vivermos em uma sociedade de risco, buscando formular algumas hipóteses de prevenção dos riscos, desde a formação universitária, até o estímulo a uma legislação que promova a proteção não especulativa da atividade e instigando o resgate do espírito da advocacia nas lutas pela concretização dos direitos sociais no Brasil, tal como preconiza o artigo 133 da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Advocacia; Função social; Niklas Luhmann; Teoria dos Sistemas Sociais.

ABSTRACT

This dissertation aims to analyze law and its role in society from a systemic perspective, especially the arguments that can serve as justification for a certain stronghold of political power, taking into account the social function of the profession based on the communication of the legal system with other social systems. The research places the lawyer at the center of the debate as a catalyst for communication between the legal system and other systems, from the perspective of Niklas Luhmann's Theory of Social Systems, which conceives social systems as functionally differentiated, autopoietic, self-referential and endowed with meaning, seeking to identify the logic of the intersystemic communication of law invoked by its role as an operator of Law. The research problem was delimited based on the observation of the growing movement of devaluation of law in recent decades, which suggests the lawyer's distancing from the value systems that governed the profession in its beginnings and may present itself as a social consequence of misuse of its influence as guardian of the psychic system of Law (communication) in the political processes of society. This analysis will be presented in three chapters, containing specific excerpts about the issues that will be developed, with the first chapter seeking to identify the premises for understanding the subject's place in systemic theory, analyzing historical aspects of law and the concepts of systems theory social. The second chapter will analyze the lawyer as a social actor from a systemic perspective, as well as law as an organization, within the three dimensions of organizational culture (communication, knowledge stock and value systems); the third chapter will be dedicated to analyzing the future of law in terms of curricular adequacy in universities, given the evident increase in systemic risks and dangers caused by the practice of full law, due to the fact that we live in a risk society, seeking to formulate some prevention hypotheses of risks, from university education, to the encouragement of legislation that promotes non-speculative protection of the activity and instigating the recovery of the spirit of law in the struggles for the realization of social rights in Brazil, as recommended by article 133 of the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Advocacy; Niklas Luhmann; Social function; Social Systems Theory.

LISTA DE SIGLAS

CNPL	Confederação Nacional dos Profissionais Liberais
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
EARP	Ensino-Aprendizagem pela Resolução de Problemas
IOAB	Instituto da Ordem dos Advogados do Brasil
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
1.1 Metodologia	13
1.2 Embasamento Teórico/Quadro Referencial Teórico	15
2 PREMISSAS PARA A COMPREENSÃO DO LUGAR DO SUJEITO NA TEORIA SISTÊMICA.....	19
2.1 Breve Histórico da Teoria dos Sistemas Sociais	20
2.2 O Lugar do Sujeito na Teoria Sistêmica.....	22
2.3 Glossário da Teoria dos Sistemas Sociais	25
3 O ADVOGADO COMO ATOR SOCIAL: O PAPEL POLÍTICO DA ADVOCACIA NUMA PERSPECTIVA SISTÊMICA.....	28
3.1 Breve Histórico da Advocacia no Brasil	29
3.2 O Advogado numa Perspectiva Sistêmica.....	32
3.3 A Advocacia como Organização.....	55
3.3.1 As Três Dimensões da Cultura da Advocacia como Organização	59
3.3.1.1 A Dimensão da Cultura como Comunicação.....	60
3.3.1.2 A Dimensão da Cultura como Estoque de Conhecimento	63
3.3.1.3 A Dimensão da Cultura como Sistema de Valores.....	67
4 PREPARANDO O JOVEM ADVOGADO	77
4.1 O Poder de Decisão Emanado do Múnus Público da Advocacia e a Gestão dos Riscos Sistêmicos	77
4.2 Soluções Possíveis: Evolução da Academia para a Prevenção e Administração dos Riscos da Atividade Advocatícia	86
4.3 A Aplicação da Teoria da Prevenção, segundo Niklas Luhmann	87
4.4 A Educação Jurídica Ativa	88
5 CONCLUSÃO	93
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	110
ANEXO A - Atividades desenvolvidas por advogados que apresentam riscos potenciais.....	117
ANEXO B - Temas a serem trabalhados no método Ensino-Aprendizagem pela Resolução de Problemas (EARP)	120

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação pretende identificar o papel social da advocacia sob uma perspectiva sistêmica, considerando que a sociedade moderna é constituída por um complexo sistema de relações entre indivíduos e instituições em constante evolução que se reflete na advocacia, pois o advogado é um participante necessário e importante tanto na solução dos litígios oriundos da vida em sociedade, quanto no aprimoramento das instituições.

A advocacia está presente em níveis globais, já que em todas as sociedades são adotados sistemas jurídicos que requerem a defesa nos moldes dialéticos, independente de seguirem o sistema romano-germânico ou da *common law*.

Também se observa o surgimento de novas espécies de conflitos, emergindo novas dificuldades, ao passo que antigos conflitos ganharam novas roupagens e, concomitantemente, com a revolução digital, as interconexões foram ampliadas, gerando tanto a possibilidade de novos negócios quanto novas espécies de demandas jurídicas. Nesse novo cenário, surgiram novas práticas ao lado de novas espécies de riscos, cujos impactos podem não se restringir somente aos constituintes da advocacia, mas à própria advocacia.

A sociedade encontra-se diante de uma epidemia global que introduz alterações sistêmicas capazes de interferir nas nossas noções de segurança e certeza.

Concomitantemente, a categoria se vê diante de uma crise de liderança política, dado que a OAB adota uma postura de neutralidade política e inexiste uma Confederação de Advogados capaz de assumir a representação da categoria em nível nacional, resultando que em termos políticos e democráticos, a advocacia se encontra silente e inerte diante de uma cadeira vazia, pois no Brasil não existem lideranças com notório reconhecimento público trabalhando em defesa da classe, em que pese o peso político de sua função social.

Contudo, a advocacia moderna encontra-se em constante movimento e a partir dessa observação se torna necessário identificar os reais pressupostos filosóficos e sociológicos da teia de relacionamentos dos operadores do direito com pessoas, instituições e com a sociedade em geral, pois a partir da análise da

dinâmica dos seus relacionamentos será possível determinar o seu papel social numa perspectiva sistêmica.

A justificativa da nossa pesquisa se concentra tanto na análise das relações entre advogados (autônomo/patrão/empregado), quanto das relações da advocacia dentro do Sistema Jurídico do qual faz parte, quanto nas relações da advocacia com os demais sistemas sociais numa perspectiva autopoietica, a fim de compreender e depurar a realidade da profissão.

Assim, a nossa pesquisa tem origem em quatro inquietações que nortearam a investigação que foi desenvolvida a partir da revisão inicial da literatura que aborda a Teoria do Direito pelo viés sociológico.

São elas: a desvalorização do poder político da advocacia clama pela revisão da argumentação que o justifica dentro da trilogia Advocacia/Poder Judiciário/ Ministério Público, considerando a sua atuação como agente dinamizador da comunicação intersistêmica, partindo de seu múnus público na concretização de direitos sociais na atualidade, analisando igualmente, as suas lideranças políticas e a paradoxização da representação da OAB junto (ou frente) aos sindicatos de advogados; Na contramão da imensa procura dos jovens pelos Cursos de Direito no Brasil, muitos profissionais depois de formados abandonam a carreira jurídica, o que sugere a existência de uma crise de identidade, corroborada pela ausência de liderança política da categoria; numa sociedade de risco pós-moderna e permeada de hipercomplexidade, aumentou consideravelmente a gama de riscos e perigos que, paradoxalmente, para serem reduzidos, é necessário que se tomem decisões, decisões que dão origem a novos riscos. Esta realidade impacta diretamente a advocacia que tanto quanto os magistrados e ministério público desenvolvem atividades que exigem a tomada de decisões de risco para os quais não são suficientemente treinados pelas universidades, necessitando urgentemente alterar as propostas de ensino jurídico no Brasil e estímulo a uma legislação que promova a proteção não especulativa da atividade; compreender as razões da inércia e desalento da advocacia quanto ao seu próprio papel social e sua responsabilidade nos processos de emancipação da população vulnerável e de promoção da transcendência social da pessoa humana.

As inquietações que orientaram a pesquisa deram origem aos três capítulos desta dissertação, sendo que o primeiro capítulo busca identificar as premissas

para a compreensão do lugar do sujeito na teoria sistêmica, analisando aspectos históricos da advocacia e teoria dos sistemas sociais.

No terceiro capítulo reside o principal escopo e fundamento da dissertação, pois analisará o advogado como ator social na perspectiva da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann, analisando o advogado como sujeito e a sua premissa de decisão política como ator social (indivíduo), assim como a advocacia como organização, ponderando sobre o fenômeno paradoxal da atuação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) conjuntamente com os sindicatos de advogados.

O quarto capítulo se dedicará a analisar o futuro da advocacia, evidenciando a ampliação dos riscos e perigos sistêmicos originados pelo exercício da advocacia plena em uma sociedade de risco, buscando formular algumas hipóteses de prevenção dos riscos, desde a formação universitária, até o estímulo a uma legislação que promova a proteção não especulativa da atividade, focando no estímulo ao resgate do espírito da advocacia nas lutas pela concretização dos direitos sociais no Brasil, tal como preconiza o artigo 133 da Constituição Federal de 1988. Logicamente, estando em um cenário global e complexo, postulamos algumas hipóteses com base na premissa de que, sendo o advogado indispensável à administração da justiça, conforme preconiza o art. 133 da CRFB, releva tratar-se de um ator social multifacetado e portador de grande poder político.

As hipóteses levantadas partem dos pressupostos de que: se a Constituição Federal do Brasil dispõe que o advogado é indispensável à administração da justiça; levando em consideração que os sistemas da sociedade têm a sua lógica binária interna própria; admitindo que os sistemas se comuniquem entre si em pontos de acoplamento estrutural; se o advogado é um ator social que atua no Sistema Jurídico utilizando o código binário “lícito/ilícito”; admitindo que o grande acoplamento estrutural do direito ocorra com o sistema social da política, principalmente porque o nosso sistema jurídico adota o ramo romano-germânico em que a fonte normativa primária é o texto legislado (o texto normativo); se o sistema político usa o código binário “conveniente/inconveniente” para decidir e deliberar e leva em conta as influências que recebe de todos os demais sistemas, sendo que as decisões judiciais enviam influências ao mundo da política e são levadas em conta, com reflexo direto no processo democrático (eleições); se considerarmos que o advogado, para a construção de solução, pode (ou costuma) usar um discurso

argumentativo com código binário interno de outro sistema social que não o sistema do direito, o fato pode ter o condão de produzir resultados para a sociedade.

Considerados tais pressupostos, pretendemos provar que o advogado representa um dos mais versáteis e importantes atores sociais na perspectiva sistêmica. Contudo, apesar da relevância da advocacia como guardião do sistema psíquico fundamental para a comunicação intersistêmica, na atualidade não se coaduna com a realidade, porque nas últimas décadas a advocacia brasileira vem perdendo espaço social e a capacidade de se organizar politicamente, demandando um novo movimento de retorno às origens ideológicas da advocacia, capaz de vindicar para si uma maior proteção social. Contudo, é preciso referir que existem questões que pendem de reflexão e farão parte do nosso problema de pesquisa, a exemplo do código binário usado no sistema do direito. Partindo dos postulados teóricos que afirmam que o “código binário” de um sistema social é a sua lógica interna própria, a advocacia poderia utilizar em seu discurso argumentativo, não somente o código binário do sistema do direito (“lícito/ilícito”), mas o alcance teleológico lhe permite utilizar os códigos binários de outros sistemas da sociedade.

Esta dissertação se propõe a indagar, caso se confirme o uso pela advocacia da lógica interna própria de outros sistemas, se os resultados desta prática cooperariam para o desenvolvimento social ou para a predação do sistema, sendo temas que serão submetidos à prova da teoria sistêmica de Niklas Luhmann.

Cabe salientar que as hipóteses levantadas nesta dissertação, em que pese o esforço de pesquisa, podem ser passíveis de contestação, o que, do ponto de vista científico seria produtivo porque enseja a ampliação do estudo a fim de oportunizar que a teoria do direito, associada à filosofia e à sociologia, possa avançar no estudo a fim de oferecer as respostas adequadas à evolução da sociedade.

Assim, o esforço de pesquisa se concentrará na busca de referenciais teóricos capazes de confirmar que o papel político da advocacia se concentra no fato de ser o guardião do sistema psíquico do Direito, ciência constituída fundamentalmente de linguagem, que é o método empregado com o propósito de influir nos pensamentos, atos e decisões das pessoas. A partir da investigação da responsabilidade gerada pela interpenetração da atividade da advocacia no sistema político, particularmente a advocacia como organização, será constatada cientificamente a dualidade do papel (e do poder) do advogado no sistema social.

1.1 Metodologia

Nesta dissertação elegemos como problema de pesquisa a busca da definição do lugar social do advogado na teoria sistêmica, identificando as razões pelas quais nas últimas décadas a advocacia vem perdendo espaços de poder e influência social no sistema autopoiético do direito, buscando identificar qual a posição e o papel desempenhado pelos advogados e advogadas na sociedade, a fim de resgatar a verdadeira essência da advocacia, na forma da Constituição Federal de 1988.

A metodologia escolhida para o tamanho deste grande encargo foi avaliada dentro da epistemologia jurídica, com escólio na doutrina de Rocha¹, considerando a existência de três modos diferentes para se observar o direito, denominados de três matrizes da teoria do direito, chamadas de matriz analítica, matriz hermenêutica e matriz pragmático-sistêmica.

Em linhas muito gerais, para introduzir o leitor na compreensão da via eleita – a matriz pragmático-sistêmica, vamos assim defini-las:

a) Matriz analítica: Esta forma de observar o direito tem origem e influência do pensamento de Hans Kelsen, que adota os pressupostos teóricos do normativismo. Devemos observar que tanto o Professor Leonel Severo Rocha² quanto o doutrinador Hans Kelsen consideram ser possível elevar o Direito a determinado grau de científicidade, desenvolvendo então uma ciência do Direito³.

De ese modo, la ciencia depurada de sus aspectos ideológicos alcanzaría através de este proceso de elucidación, los requisitos epistemológicos exigidos por el neopositivismo: neutralidad, sistemática, universalidad, objetividad, etc. Tal matriz tuvo en el conocimiento jurídico su mayor aplicación através de Hans Kelsen, en su Teoría Pura del Derecho.

¹ ROCHA. Leonel Severo. **Epistemología do Direito: Revisitando as Três Matrizes Jurídicas.** Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), v. 5, n. 2, jul./dez. 2013, p. 141-149. Disponível em: <https://bit.ly/3kAehR6>. Acesso em: 08 dez. 2024.

² Hans Kelsen e Norberto Bobbio são os principais expoentes dessa matriz, sendo que o neopositivismo penetrou na teoria jurídica através da chamada filosofia analítica, rompendo com o jusnaturalismo.

³ ROCHA, Leonel Severo. **La problemática del discurso jurídico: (des)legitimando el poder soberano de la estado contemporáneo.** Curitiba: Prismas, 2016. p. 28.

b) Matriz hermenêutica: É uma forma de observar o direito a partir da interpretação dos textos e tem sua origem nos postulados de Herbert Hart⁴, que analisou o Direito a partir dos pressupostos da *common law*, realizando um aprofundamento da hermenêutica como semântica.

c) Matriz pragmático-sistêmica: Esta matriz teórica busca compreender o direito a partir da ideia de “organização” e assim dá origem à teoria dos sistemas sociais proposta por Niklas Luhmann, tratando-se de uma epistemologia jurídica que ultrapassa tanto a matriz analítica de Hans Kelsen quanto a matriz hermenêutica de Herbert Hart.

O principal postulado da matriz pragmático-sistêmica consiste na definição de Direito como sendo ‘uma estrutura de generalização congruente’ em três níveis: temporal (norma), social (institucionalização) e prática ou objetiva (núcleo significativo)⁵. Portanto, a teoria dos sistemas sociais autopoieticos desenvolvida por Niklas Luhmann é uma sofisticada teoria do direito com viés sociológico que possibilita a observação da sociedade em sua totalidade, e será empregada nesta pesquisa para a compreensão dos fenômenos de uma sociedade complexa, porque aborda, simultaneamente, os seus aspectos analíticos, hermenêuticos e pragmáticos em relação com o sistema social⁶, justificando a metodologia da investigação nesta dissertação.

Dessa forma, a pesquisa será desenvolvida a partir da base epistemológica e metodologia sistêmico-construtivista, em que a realidade é construída por meio de um observador.

Relativamente à técnica de pesquisa, empregaremos amplamente a revisão da bibliografia dos postulados apontados nas doutrinas nacional e estrangeira, a fim

⁴ A hermenêutica jurídica é hoje uma derivação crítica da filosofia analítica, baseada nos trabalhos de Wittgenstein, que redefiniu, em meados do século passado, a ênfase no rigor e na pureza linguística por abordagens que privilegiam os contextos e funções das imprecisões dos discursos. A hermenêutica, diferentemente da pragmática, centrada nos procedimentos e práticas sociais, preocupa-se com a interpretação. Grande é a contribuição de Herbert Hart (2009) e seus polemizadores, como Raz (2012) e Dworkin (1986). ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 5, n. 2, p. 141-149, 2013. p. 145. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.52.06/3934>. Acesso em: 11 out. 2024.

⁵ ROCHA, 2013, op.cit.

⁶ ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 31.

de compor uma argumentação lógica, para no final, podermos apontar algumas hipóteses no sentido de buscar elementos para uma maior valorização da advocacia, estimular a proteção e a ampliação do espectro de sua influência política na sociedade, a fim estimular a seu desempenho como agente da transformação social no Brasil.

1.2 Embasamento Teórico/Quadro Referencial Teórico

Considerando a temática a ser desenvolvida nesta dissertação, cuja pretensão reside na busca da identificação do papel social da advocacia numa perspectiva sistêmica, analisando as mudanças e transformações que o direito e os demais sistemas sociais sofreram, deduzimos que a Teoria dos Sistemas Sociais, de Niklas Luhmann, é o referencial teórico adequado porque concebe os sistemas sociais funcionalmente diferenciados, autopoieticos, autorreferenciais e dotados de sentido.

Consideramos a Teoria dos Sistemas como sendo a matriz teórica correta porque apresenta postulados eficientes para explicar a realidade e oferecer respostas à pergunta de pesquisa, podendo oferecer antídotos científicos para a correção de eventuais distorções acerca da atuação do sujeito dentro dos sistemas sociais.

Historicamente, foi em meados da década de 1980 que a Teoria do Direito passou a enfrentar a Sociologia em razão da dogmática jurídica tradicional se mostrar insuficiente para explicar a realidade.

A Teoria do Direito defendida por autores como Norberto Bobbio e Hans Kelsen passou a ser contestada, como resposta dada pelos juristas que iniciaram um movimento de questionamento da sociedade em que vivemos.

A Sociologia desde então passou a ser vista como o oposto da Teoria do Direito, embora autores como Niklas Luhmann defendam a tese da existência de uma ponte entre a Teoria do Direito e a Sociologia, desenvolvendo uma perspectiva sistêmico-sociológica para rever a Teoria do Direito.

Tais perspectivas e postulados se aplicam à análise dos fenômenos abordados neste projeto de dissertação.

Por essa razão, estaremos analisando não mais aquele enfoque tradicional das normas jurídicas, mas buscando desenvolver uma proposta de visão do direito e da advocacia em conjunto com a visão de sociedade.

Resulta das reflexões de Luhmann que tudo se encontra dentro da sociedade e deverá ser observado por meio da ideia de sistema, construindo-se assim o sentido da reflexão da Teoria dos Sistemas Autopoiéticos.

Fundamentalmente, a teoria afirma a existências de sistemas vivos, psíquicos e sociais que Luhmann denomina sistemas autopoiéticos, com origem no interesse do autor na elaboração de uma teoria geral das sociedades, razão pela qual enfatiza o sistema social.

Nesse contexto, esta dissertação irá operar com os conceitos adotados pela Teoria dos Sistemas Autopoiéticos para a análise dos fenômenos jurídicos e sociais envolvendo a figura do advogado, em especial os conceitos de acoplamento estrutural, autopoiese, complexidade, diferenciação funcional, irritações, paradoxo, sistemas aberto e fechado, que servirão de elementos para a investigação que se pretende realizar para identificar o papel político do sujeito/indivíduo na sociedade.

Ademais, a teoria sistêmica apresenta uma proposta sofisticada que oferece ao pesquisador elementos para uma exposição, classificação e discussão a partir de ferramentas eficientes de compreensão da realidade que vão muito além do horizonte da dogmática tradicional da Teoria do Direito.

Luhmann define o Direito como ‘estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas’⁷, preenchendo uma função indispensável à sociedade.

Para complementar tal premissa, Viana afirma que: ‘ao generalizar e estabilizar expectativas comportamentais contrafaticamente, o Direito imuniza simbolicamente a ação contra outras possibilidades e contra o risco do erro – em termos psicológicos, contra o medo’⁸, ou seja, o Direito existe para prevenir a frustração. Luhmann contesta a concepção tradicional de sistema que afirma que o sistema seria um todo constituído de partes, adotando a concepção de sistema e entorno.

⁷ LUHMANN. Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 121.

⁸ VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e Justiça em Niklas Luhmann. Complexidade e Contingência no Sistema Jurídico**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2015. p.77.

Ao adotar esta vertente histórica, desponta a ideia de diferença entre sistemas abertos e fechados que evolui da concepção de sistema/entorno para se transformar na teoria da diferenciação dos sistemas.

O significado de diferenciação de um sistema consiste na diferença entre sistema e entorno no próprio sistema, afirmando que⁹

un sistema diferenciado ya no consta propiamente de un determinado número de partes y de relaciones entre las partes, sino, más bien, de una mayor o menor cantidad de diferencias operativamente utilizables entre sistema y entorno.

Com o tempo, o sistema do Direito foi se diferenciando e ganhando autonomia, o que exigiu a criação de papéis diferenciados, surgindo a figura do advogado que exerce função especial na construção de decisão, a partir de suas próprias decisões, face à hipercomplexidade da sociedade que exige a generalização congruente eficaz e rigorosa.

Assim, considerando que o sistema jurídico do qual o advogado faz parte tem origem nos seus próprios elementos, a aplicação da teoria sistêmica possibilita a análise do conjunto dos elementos e maior eficiência na redução da complexidade social através da visão autopoietica ao Direito, com maior ênfase na análise dos fenômenos sociais que são originados pelos atores sociais integrados e interatuantes com as instituições.

Segundo Rocha, Schwartz e Pribam, a autorreferência possibilita que o sistema transforme a sociedade e se transforme ao mesmo tempo, assim descrevendo o conceito¹⁰:

Primeiramente, a autorreferência aponta uma indeterminação por parte do Direito, como algo insuscetível de qualquer controle ou determinação externa, não sendo determinada por autoridades terrestres ou dos textos, pelo Direito Natural ou revelação divina. São as decisões anteriores que estabelecem a validade do Direito, e este determina a si próprio por sua autorreferência, baseando-se em sua própria positividade. O Direito retira sua validade desta autorreferência pura, segundo a qual o Direito é o que o Direito diz ser Direito, isto é, qualquer operação jurídica reenvia ao resultado de operações jurídicas anteriores.” ... “a única racionalidade possível é a que

⁹ LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales: Lineamientos para una teoría general**. México: Alianza, 1991. p. 30.

¹⁰ ROCHA, Leonel Severo. **Tempo, Direito e Constituição**. In: ROCHA, Leonel S.; SCHWARTZ, Germano; PRIBAM, Jiri. Sociologia sistêmico-autopoietica das constituições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 147.

consiste na configuração interna de redução de complexidade do meio, incompatibilizando-se com as noções de input e output.", próprias de Luhmann.

As hipóteses formuladas nesta dissertação são passíveis de serem confirmadas por meio da teoria sistêmica porque oferece o conforto lógico da doutrina e propõe que a compreensão das mudanças possa ser proporcional à hipercomplexidade da sociedade, a partir de uma codificação binária, lícito/ilícito que é próprio da dialética dentro de um quadro de incertezas, reduzindo a complexidade. Para tanto, devemos observar a referência de Luhmann, que assim afirma¹¹:

O direito discrimina: decide a favor de um e contra o outro no âmbito de um tempo futuro que não pode ser previsto. A problemática de tal vinculação temporal obrigatoriamente se faz encobrir, uma vez que o direito atribui a si uma função motivacional. Também isso está incluído na simbologia do "dever" de suas expectativas. Os desprivilegiados pelo direito, e entendase os assassinos e ladrões, são considerados capazes de aprender e se adaptar, ainda que o desprivilégio em questão não esteja relacionado com sua própria vida ou sua propriedade, mas com as dos demais. No entanto, isso só acontece porque se quer ter segurança quanto a um futuro ao qual a incerteza é inerente.

Assim, o referencial teórico a ser adotado para investigar a realidade a partir das premissas propostas nesta dissertação pretende debater questões importantes para a pesquisa jurídica e social a partir de enfoques contemporâneos relevantes, o que motivou a escolha da teoria sistêmica como sendo a que mais se coaduna com a temática sociojurídica relacionada à atuação da advocacia dentro da sociedade.

¹¹ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. E-book. Posição 1999.

2 PREMISSAS PARA A COMPREENSÃO DO LUGAR DO SUJEITO NA TEORIA SISTÊMICA

O nosso estudo tem como objetivo analisar o papel político da advocacia no Brasil, em meio a um cenário de crescente perda de espaço político e econômico da maioria dos advogados, especialmente aqueles que se atrevem a atuar como profissional liberal ou empregado de sociedade de advogados.

O advogado sendo analisado como o sujeito na teoria sistêmica de Luhmann enseja uma série de indagações que demanda, como ato preparatório ao tema do próximo capítulo, a meditação detida sobre as premissas para a compreensão do lugar do sujeito na teoria sistêmica.

Justificamos a necessidade da análise das premissas e conceitos em face do problema de pesquisa ora delimitado, consistente na análise de um fenômeno sociológico que envolve o direito e a política como subsistemas integrantes de um todo chamado sociedade.

O referencial teórico da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann é o que mais aproxima o pesquisador da compreensão da dinâmica imposta pela atualidade, considerando que a teoria proposta pelo autor analisa os sistemas sociais pautado na diferenciação entre sistema e entorno, passando à concepção de sistemas sociais funcionalmente diferenciados, autopoieticos, autorreferenciados e dotados de sentido.

Assim, neste capítulo vamos lançar as premissas básicas para a compreensão do papel social e político da advocacia, na concepção sistêmica interatuante como subsistema social responsável pela produção de expectativas de conduta.

A primeira parte deste capítulo analisa os aspectos históricos da atividade da advocacia. A segunda parte se dedica a analisar o sujeito dentro da perspectiva da teoria dos sistemas sociais, finalizando com um subcapítulo dedicado a um breve glossário da doutrina sistêmica, visando à melhor compreensão dos caminhos que iremos escolher para responder ao nosso problema de pesquisa.

2.1 Breve Histórico da Teoria dos Sistemas Sociais

A teoria dos sistemas desenvolvida pelo jurista e sociólogo alemão Niklas Luhmann é bastante extensa e complexa, compilando elementos da filosofia e sociologia bem como referências da biologia e das ciências exatas com o objetivo de constituir uma teoria que fosse capaz de abranger toda a sociedade.

A vida acadêmica de Luhmann iniciou em um cenário de grande efervescência filosófica mundial havida no Séc. XX, tendo se formado em direito pela Universidade de Friburgo (1946-1953) e sociologia e teoria da administração pela Universidade de Harvard (1960-1961).

No período em que estudou nos Estados Unidos, Luhmann teve contato com a teoria da ação (Action is System), do sociólogo Talcott Parsons, iniciando a partir dessa influência o estudo da teoria dos sistemas, em que inicialmente tece uma contundente crítica ao pensamento vétéreo-europeu¹² baseado na noção de sujeito, sujeito transcendental e do ego¹³, contestando a própria sociologia por sua inércia, que permite à filosofia adentrar à análise de fenômenos pertinentes ao campo da sociologia.

Bechmann e Stehr analisam a crítica de Luhmann, afirmando¹⁴:

A sociologia não conseguiu escapar deste paradoxo ao qual se opôs por meio da repressão e historicização: a teoria social, e particularmente a teoria crítica social, foram amplamente deixadas aos cuidados disciplinares da filosofia.

O cerne da teoria dos sistemas sociais se encontra no pressuposto da rejeição da teoria tradicional que prega que o sistema deve ser composto como um “todo” constituído de “partes”, para admitir a concepção da ideia de “sistema” e “entorno”, dando origem à diferenciação de sistemas e sistemas fechados, para mais

¹² Luhmann utiliza em sua obra o termo vétéreo-europeu para referir um tipo de pensamento teórico baseado em critérios ontológicos, na filosofia da consciência e na substancialidade dos elementos que integram a sociedade.

¹³ MACHADO, Mateus Renard. **Do Sujeito Ao Sistema: Uma Análise Do Direito Na Teoria Dos Sistemas De Niklas Luhmann.** 2012. p. 10. Disponível em <http://repositorio.ufsm.br/handle/1/9109>. Acessado em 09.10.2024.

¹⁴ BECHMANN, Gotthard; STEHR, Nico. **Niklas Luhmann.** Tempo Social; Ver Sociol. USP: São Paulo. 185-200. Nov. 2001.

tarde vir a ser reformulado como a teoria da diferenciação dos sistemas, bastante importantes para a análise da atuação da advocacia dentro do subsistema do direito.

Segundo Luhmann¹⁵,

Um sistema diferenciado ya no consta propriamente de um determinado número de partes y de relaciones entre las partes, sino, más bien, de uma mayor o menor cantidad de diferencias operativamente utilizables e sistema y entorno.

Para tornar a teoria dos sistemas o mais abrangente possível, Luhmann toma por base ‘a teoria da organização, funcionalismo estrutura, teoria da forma de Spencer Brown, cibernetica de segunda ordem de Heinz von Foerster e a refutação dos sistemas abertos pelos fechados’¹⁶, mais tarde complementado pela teoria da autopoiesis de Humberto Maturana e Varela¹⁷.

Sua obra abrange diversas áreas do conhecimento, contudo, merecem destaque os estudos das áreas jurídica e política, que abordam a legitimação do direito (*Legitimation durch Verfahren*/1969), os dois volumes da Sociologia do Direito (1983 e 1985), a monografia denominada “Poder” (*Macht*/1975), que analisa os fenômenos do poder, encerrando o seu estudo sobre a teoria dos sistemas sociais com *La Sociedad de la Sociedad* (1997), que aborda o funcionamento de todos subsistemas e suas relações.

Apesar das dificuldades de acesso à sua obra, já que há escassez de obras traduzidas em língua portuguesa e mesmo as publicações em língua estrangeira se encontrar esgotadas, é possível ter acesso à reprodução de aulas ministradas pelo autor no ano de 1992, publicadas pelo professor Nafarrate em obra denominada *Introdução à Teoria dos Sistemas*, publicada em espanhol em 2009 e mais tarde para o português.

Assim, a teoria dos sistemas sociais, em que pese não se debruçar sobre uma análise específica do sistema jurídico, podendo compreender várias outras áreas do saber (e da sociedade), servirá de apoio teórico para a compreensão do fenômeno da desvalorização da advocacia na sociedade brasileira moderna,

¹⁵ LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales: Lineamientos para uma Teoria General**. México: Alianza. 1991. p. 30.

¹⁶ MACHADO, op.cit., p. 12.

¹⁷ MACHADO, Ibid.

considerando a complexidade da questão que exige uma mudança paradigmática da forma de pensar o mundo.

A nossa proposta é ambiciosa, visto que as concepções aristotélicas pautadas na categoria do *ser* podem requerer a flexibilização do foco no sujeito, para dar lugar à concepção de sistemas funcionalmente diferenciados, permitindo que a pesquisa ultrapasse os limites herméticos das disciplinas e possa transitar tanto pelo direito, quanto pela filosofia e a sociologia.

2.2 O Lugar do Sujeito na Teoria Sistêmica

Para definir o lugar do sujeito na teoria sistêmica, é preciso refletir que o sujeito só existe dentro do sistema e que a existência do sistema é condição para a existência do sujeito, decorrente da própria autopoiesis, isto porque a teoria dos sistemas sociais desconstitui as concepções clássicas de sistema fundado na noção de uma sociedade orgânica onde o sujeito dotado de racionalidade representa apenas uma parte integrante do todo.

Segundo Rocha¹⁸, a cultura judaico-greco-cristã-ocidental deu origem à teoria clássica da sociedade como sendo um todo integrado por partes, conforme excerto de sua obra:

A reverberação das afirmações de Maturana e Luhmann nos mais diversos campos do conhecimento parece ligar-se ao fato de que o tradicional paradigma parte/todo, que orienta a cultura judaico-greco-cristã-ocidental há mais de seis mil anos, é um modelo de dominação. As partes existem em função do todo, que é maior que as partes. O todo está no centro, em cima; as partes estão embaixo, nas periferias; o todo abusa das partes e as destrói quando quer.

Admitindo o novo paradigma proposto por Luhmann, o autor afirma que¹⁹:

Agora é diferente, segundo o novo paradigma o que era chamado de parte, pelo simples fato de ter existência em si, de ter constituição, organização e regulação próprias, não pode ser visto como parte daquele todo. O indivíduo não é parte da sociedade, a amada não é parte do amante, a sociedade não é parte governo, o governo não é parte do povo... Tudo aquilo que realiza operações próprias, segundo sua própria constituição, é sistema. Todo sistema tem

¹⁸ ROCHA, José Carlos. **A sociedade como universo de todas as comunicações possíveis.** Líbero: São Paulo, vol. 6, n. 11. 2004. p. 94-105.

¹⁹ ROCHA, 2004, Ibid.

entorno – mas sabe-se que é impossível a um entorno transformar as estruturas de um sistema, embora possa destruí-lo, matá-lo.

A teoria sistêmica de Luhmann, segundo Rocha, bem mais pragmática, refuta a ideia de transcendentalização do sujeito, lecionando que²⁰

O velho paradigma parte/todo, nascido do patriarcalismo e da metafísica e tornado indicativo universal com a criação do alfabeto, base de uma cultura linear e seqüencial ad infinitum, cede lugar a outras explicações. No novo paradigma, a comunicação anima tudo, dá forma e conteúdo a tudo, leva tudo adiante, em movimento circular de derrubamento geral de níveis e dissolução de hierarquias arbitrárias.

Os elementos necessários às conceituações referidas nesta pesquisa também receberam a contribuição da pesquisa de Mateus Renard Machado, cujos excertos serão trazidos ao longo deste capítulo, a fim de contribuir para a elucidação dos complexos conceitos da teoria sistêmica de Niklas Luhmann, porque se nos pareceu muito notável e inerente à filosofia a busca da essência das coisas.

Com base na referida pesquisa, delimitamos os conceitos necessários para a compreensão do capítulo seguinte que tratará, mais profundamente, sobre o papel político da advocacia.

Necessitamos ter alguns conceitos bem fixados para a compreensão do marco teórico empregado nesta dissertação:

- a) Os sistemas sociais atuam realizando a diferenciação do seu entorno;
- b) O sistema se caracteriza pela unidade da diferença sistema/entorno;
- c) A autopoiesis permite ao sistema produzir seus elementos a partir dos próprios elementos;
- d) A autorreferência sugere que as operações dentro do sistema devem se pautar pelas operações e relações do próprio sistema;
- e) Autopoiesis e autorreferência só são possíveis mediante o fechamento do sistema, visando diferenciar as suas operações das operações do entorno.

A razão da transmutação das concepções clássicas de sistema ocorre porque ‘esse modelo não atende à realidade emergente, à constituição dos novos estados democráticos, à nova sociedade que estabelece um emaranhado de relações, que a

²⁰ ROCHA, 2004, Ibid.

cada dia torna-se mais complexa²¹, especialmente porque a teoria sistêmica ‘parte do pressuposto de uma teoria social abrangente que desloca os sujeitos para o entorno dos sistemas sociais’²², o que não significa o menosprezo ao indivíduo.

Partindo dessa premissa, que vale para todas as classes de indivíduos, considera-se inviável explicar a sociedade a partir da categoria do sujeito – no caso, o advogado – porque não corresponderia com o propósito da sociologia de explicar cientificamente as relações sociais.

A dogmática luhmanniana é cética quanto a admitir a ideia de sujeito transcendentalizado, porque para a teoria sistêmica não existe espaço para uma tradição filosófica baseada na ontologia do sujeito, motivo pelo qual conceitos como “consciência coletiva”, “contrato social” ou “consenso racional”²³ não podem ser aplicados quando se trata da investigação sobre as razões do definhamento da influência política da advocacia no cenário brasileiro.

Debater com o máximo de clareza o tema não pode ser equiparado à mera desglamourização da advocacia, mas de um real processo de decadência de sua representatividade enquanto função social como instrumento de promoção da emancipação de grupos minoritários, vítimas de racismo, misoginia, segregação e opressão.

Para isto, precisamos investigar como se dá a interpretação do papel do sujeito – o advogado – dentro do sistema social? Tanto a advocacia pública quanto a advocacia privada atuam dentro do sistema do direito, que é um sistema diferenciado, autopoietico e autorreferencial porque produz seus próprios elementos com referência a si mesmo e que opera mediante comunicação.

É justamente em sua comunicação que o sistema do direito se diferencia, porque a comunicação jurídica é específica e caracterizada pela orientação em códigos, considerando que o sistema jurídico funciona como elemento garantidor de expectativas de conduta, ou seja, pela atribuição do código binário “conforme o direito/não conforme o direito”.

Segundo Esteves, a comunicação, na visão luhmaniana²⁴,

²¹ MACHADO, 2012, op.cit.

²² MACHADO, 2012, Ibid.

²³ MACHADO, 2012, Ibid.

²⁴ ESTEVEZ, João Pisarra. Apresentação. In: LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da Comunicação**. Lisboa: Vega-Passagens. 1992. p. 5-36.

destina-se a produzir a eficácia simbólica generalizante que torna possível a regularização da vida social sob a forma de uma organização sistêmica e, ao mesmo tempo, cria condições de estabilidade favoráveis a este tipo de organização social e ao seu desenvolvimento.

O advogado, assim, possui um importante papel social e a responsabilidade de ser o guardião do sistema psíquico, crucial para a comunicação porque a comunicação é o elemento comum em todos os sistemas sociais²⁵.

A comunicação jurídica conecta o sistema do direito ao sistema da sociedade, operando em constante contato com outros subsistemas, como o político, econômico, penal, previdenciário, de saúde, etc. e se comunica dentro do seu próprio padrão.

2.3 Glossário da Teoria dos Sistemas Sociais

Conforme afirmamos no subcapítulo anterior, a teoria dos sistemas sociais desenvolvida por Niklas Luhmann é bastante extensa e complexa, e agrupa conceitos da filosofia e da sociologia, assim como referências a elementos da biologia, com o objetivo de constituir uma teoria abrangente e que consiga analisar toda a sociedade.

Segundo Silva, ‘a teoria dos sistemas sociais autopoieticos é um arcabouço teórico sofisticado e capaz de produzir um diagnóstico mais adequado sobre os problemas atuais, especialmente frente à sociedade mundial globalizada, mesmo diante das dificuldades demonstradas por Vesting, sobre sua aplicação para os problemas atuais diante da dinâmica da sociedade em rede e da evolução do Direito’²⁶.

De plano, é possível afirmar que a teoria sistêmica adota o pressuposto de que os sujeitos são deslocados para o entorno dos sistemas sociais, porque não considera o homem como elemento substancial da sociedade e dos sistemas que a compõe, dando espaço ao conceito de “sistema” e “entorno”.

Assim, a teoria dos sistemas sociais, de Luhmann, tem ‘proporcionado a configuração de um novo ‘estilo científico’, mais apto à compreensão das atuais

²⁵ MACHADO, 2012, op.cit.

²⁶ SILVA, Bruno de Lima. **A Nova (Des)Ordem Internacional: Refugiados, Globalização e direitos Humanos.** Dissertação de Mestrado. São Leopoldo:Unisinos. 2023.

sociedades complexas (nas quais vivemos), estando no centro das discussões atuais sobre o sentido do Direito e da Sociedade²⁷.

Contudo, para a compreensão da teoria dos sistemas sociais, é preciso conhecer o significado dos termos que serão empregados ao longo desta dissertação, razão pela qual nos propusemos a fazer uma breve classificação/elucidação por meio de um glossário dos conceitos empregados pela teoria dos sistemas sociais para compreender a advocacia e sua atuação no sistema autopoietico do direito.

Vejamos, em ordem alfabética:

Acoplamento de sistemas (Acoplamento Estrutural): Para pensar a sociedade, Luhmann diz que assim como o organismo vivo tem sistemas, a sociedade também tem sistemas.

O direito, a economia, a moral, a religião, a política são exemplos de sistemas da sociedade. Para que não haja predação de um sistema pelo outro que possa levar ao colapso, essa comunicação é feita por meio do *acoplamento estrutural*, onde os sistemas se comunicam através de sistemas psíquicos.

Autopoiesis: O conceito de autopoiesis está ligado à ideia de criar a si mesmo e descreve a capacidade de um sistema de se autoproduzir e autotransformar. Ou seja, está ligado à característica segundo a qual os sistemas orientam a reprodução dos seus elementos a partir dos próprios elementos, o que admite que o sistema se fortaleça estruturalmente.

Um exemplo: equivale a uma rede molecular pertencente a um sistema fechado em que as moléculas produzidas geram moléculas com as mesmas características, apresentando autonomia no estabelecimento da estrutura e organização do sistema, permitindo uma interação com o ambiente externo.

Autorreferência (Clausura Operativa²⁸ e os Limites do sistema): Trata-se de um conceito importante da teoria dos sistemas, pois os sistemas fazem trocas

²⁷ ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 31.

²⁸ CORSI, Giancarlo. ESPOSITO, Elena. BARALDI, Claudio. **GLU: Glosario sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann**. México: Universidad Iberoamericana, 1996. Segundo o Glossário sobre Luhmann, elaborado pelos professores Corsi, Esposito e Baraldi “Todos los sistemas autopoieticos se caracterizan por la clausura operativa. Con este concepto se indica el hecho de que las operaciones que llevan a la producción de elementos nuevos de un sistema dependen de las operaciones anteriores del mismo sistema y constituyen el presupuesto para las operaciones ulteriores: esta clausura constituye la base de la autonomía del sistema en cuestión y permite distinguirlo de su entorno.”

energéticas com o meio ambiente social e ‘sua importância se dá na medida em que o sistema necessita de um marco referencial para a concretização da diferenciação e assim permitir a realização da autopoiesis’²⁹, sendo que ‘o marco de referência só pode ser então o próprio sistema, analisado a partir da auto-observação’³⁰.

Códigos-binários: todos os sistemas sociais operam a partir de códigos binários. Cada um dos sistemas sociais funciona de acordo com uma lógica interna própria, que é o “*código binário*”, o que é certo/errado, positivo/negativo dentro do código binário desse próprio sistema, que se comunica com os demais sistemas.

Um exemplo: o código binário da religião como um sistema social, é o que é sagrado/profano. O código binário interno da moral é o que é certo/errado, O código binário interno da economia é o que é eficiente/não eficiente.

O código binário interno da política é o que conveniente/inconveniente. O código binário do direito é o que lícito/ilícito.

Sentido: Considerando que o mundo é um aglomerado de múltiplas possibilidades, havendo uma imensa variedade de combinações diferentes, a sociedade precisa do sentido como característica que representa o incentivo à ordenação da instabilidade.

O sentido serve como um marco para seleção de fatores dentro da variedade e multiplicidade de escolhas. Segundo Luhmann, o sentido é o ‘procesamiento conforme a diferencias’³¹ e ‘se produce exclusivamente como sentido de las operaciones que lo utilizan’³².

²⁹ MACHADO, 2012, Ibid.

³⁰ MACHADO, 2012, Ibid.

³¹ LUHmann, 1991, op.cit., p. 86.

³² Id., 2006, p. 27.

3 O ADVOGADO COMO ATOR SOCIAL: O PAPEL POLÍTICO DA ADVOCACIA NUMA PERSPECTIVA SISTÊMICA

Neste capítulo, adentramos ao cerne da nossa pesquisa, partindo de um breve escorço histórico da advocacia no sistema brasileiro, como elemento introdutório ao debate acerca do ator social sob a perspectiva sistêmica, analisando as premissas de poder de domínio sobre a técnica jurídica, sua influência social e responsabilidades dela decorrentes.

A análise do sujeito servirá de abordagem preambular à investigação da advocacia como organização, a fim de estabelecer um diagnóstico crítico sobre a evolução e os movimentos do sujeito dentro do sistema, visando descobrir e identificar o seu papel político numa sociedade moderna e hipercomplexa.

Cabe ressaltar que o enfoque no sujeito apresentado no subcapítulo 3.2 tem como finalidade identificar o cerne e a essência do poder político do advogado na sociedade no prisma da matriz teórica pragmático-sistêmica, porque este poder define o papel do advogado na sociedade.

No subcapítulo seguinte, avaliaremos as premissas da advocacia enquanto organização, partindo da análise das três grandes dimensões da cultura das organizações propostas pela teoria sociológica de Luhmann, que aconselha a compreensão do conceito de organização tendo como lastro a cultura de sua comunicação, a cultura como acervo de conhecimentos e a cultura como sistema de valores, englobando uma visão de mundo comum.

Partindo das três dimensões da cultura da advocacia como organização, vamos demonstrar como a advocacia tomada como coletivo realiza acoplamentos com outros sistemas sociais, como o sistema político, causando impactos tanto positivos quanto negativos para uma sociedade democrática.

O intuito da pesquisa é buscar, a partir de elementos concretos dos fatos da realidade social, provocar a reflexão e um debate com amplos setores da sociedade sobre a existência de um possível desequilíbrio no papel político da advocacia brasileira, permitindo diagnósticos coerentes sobre a necessidade de mudanças na dogmática do ensino jurídico no Brasil.

3.1 Breve Histórico da Advocacia no Brasil

O marco inicial da advocacia no Brasil encontra a sua origem na criação dos primeiros cursos jurídicos do país, que data oficialmente no ano de 1827³³, com a edição do decreto que criou as faculdades de direito de São Paulo (SP) e Olinda (PE), a partir da Lei de 11 de agosto de 1827.

Em 1843, foi criado o Instituto da Ordem dos Advogados do Brasil (IOAB), fundado com objetivos que iam muito além da defesa das prerrogativas da advocacia ou defesa do mercado, mas se propondo a constituir-se num importante

³³ **A HISTÓRIA DO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL:** Em 1827, teve início a história formal do ensino jurídico no Brasil, com a edição do decreto que criou os cursos de direito em São Paulo e em Olinda (PE), a partir da Lei de 11 de agosto de 1827. Essa história, no entanto, remonta há cinco anos antes. Após a Independência do Brasil, em 1822, foi promulgada a primeira Constituição Federal do Brasil, de 1824. Dom Pedro I, no entanto, considerava que faltavam brasileiros com conhecimento jurídico e viu a necessidade de implantar o primeiro curso de direito no país. A criação dos cursos jurídicos esteve ligada ao processo de consolidação da Independência e de construção do Estado nacional brasileiro, marcado, entre outros aspectos, pela produção de um aparato legislativo que fundaria uma cultura jurídica própria, distinta do arcabouço legal herdado da metrópole portuguesa. Até então, a maioria dos bacharéis em direito, juristas e advogados no Brasil era formada pela Universidade de Coimbra, em Portugal. Antes do imperador, portanto, os estudantes brasileiros daquela faculdade passaram a reivindicar a criação de um curso em terras brasileiras. O pedido foi levado em conta na Assembleia Constituinte de 14 de junho de 1823, pelo deputado José Feliciano Fernandes Pinheiro, futuro visconde de São Leopoldo. Após a apresentação e discussão de diversas propostas, a Assembleia Constituinte aprovou, em 4 de novembro do mesmo ano, projeto de lei criando duas universidades, uma em São Paulo e outra em Olinda. Entretanto, D. Pedro I dissolveu a Assembleia sem ter sancionado o projeto, frustrando a primeira tentativa de criação dos cursos jurídicos no Brasil. Por decreto expedido em 9 de janeiro de 1825, o imperador criou provisoriamente um curso jurídico na cidade do Rio de Janeiro, regulado pelos estatutos redigidos por Luís José de Carvalho e Melo, visconde da Cachoeira. O decreto não teve execução e o curso não chegou a ser instituído. Finalmente, em 11 de agosto de 1827, D. Pedro I sancionou e promulgou a lei que criava os dois primeiros cursos de ciências jurídicas e sociais. O artigo 10 dispunha que os Estatutos do Visconde da Cachoeira regulariam os cursos jurídicos até que outros fossem aprovados, o que ocorreu quando o decreto de 7 de novembro de 1831 estabeleceu novos estatutos, adaptados à metodologia e ao currículo definidos pela referida lei. Promulgada em diversas épocas da História do Brasil, essa legislação teve por finalidade promover a estruturação dos cursos jurídicos – mais tarde chamados faculdades de Direito – em um modelo ideal, que atendesse às necessidades e anseios de um país em constante transformação. Os antigos mosteiros e conventos foram de grande importância para a instalação dos primeiros cursos jurídicos no Brasil. Com efeito, pelo porte de suas edificações, pelo valor das bibliotecas e pelo saber dos monges, eram os locais mais indicados para abrigar, com economia para os cofres do Império, os centros de ensino superior criados pela Lei de 11 de agosto de 1827. Mas o funcionamento inicial dos cursos jurídicos em São Paulo e Olinda foi bastante precário. Instalados, respectivamente, nos conventos de São Francisco e São Bento, as dificuldades enfrentadas eram de várias ordens, como a inadequação dos prédios, disciplinas pouco ajustadas à demanda legislativa após a Independência, descontentamento com a qualidade e assiduidade dos professores e permanente conflito com os alunos. Essa conjuntura não favoreceu a formação de uma cultura jurídica própria. Disponível em <https://www.oab.org.br/noticia>.

partícipe da construção do Estado no pós-independência do Brasil, se transformando mais tarde, em 1930, na Ordem dos Advogados do Brasil³⁴.

A partir da Constituição Federal de 1988 (especificamente no Título IV - Da Organização dos Poderes - Capítulo IV - Das Funções Essenciais à Justiça, Seção III – Da Advocacia e da Defensoria Pública), a advocacia passa a ser tratada pela lei fundamental como uma função social e essencial para o sistema da Justiça, dispondo no artigo 133 que ‘o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei’.

Embora a disposição constitucional seja autoaplicável, a atividade da advocacia é regida pela Lei Federal nº 8.906, de 4 de julho de 1994, que regula a atuação e prerrogativas dos advogados na concretização da justiça tanto judicial quanto extrajudicial, pois o advogado devidamente habilitado tem permissão para o cumprimento dos fundamentos constitucionais de defesa da dignidade humana e promoção do direito ao contraditório e à ampla defesa, bem como a obediência ao princípio do devido processo legal assegurado ao cidadão.

Ademais, o conhecimento jurídico é necessário ao desenvolvimento dos ritos, conforme se lê de trecho do artigo de Roberto J. Pugliese, a seguir transcrito³⁵:

O Poder Judiciário necessita, para sua atuação jurisdicional, de elementos qualificados que traduzam os interesses dos súditos do Estado aos órgãos jurisdicionais, forma hábil, técnica, científica. São advogados. Sem a presença e atuação desses profissionais do direito, o PJ haveria de sentir o baixo nível das discussões, bem como deixariam as contendas judiciais de se fundarem na legislação material e seguirem os ritos impostos pelas normas adjetivas por faltar conhecimento aos jurisdicionados interessados.

A advocacia atua dentro de uma sociedade complexa que precisa do sistema do direito para promover o equilíbrio das relações. Assim, os advogados se relacionam com os seus constituintes e em nome destes com um número incalculável de instituições.

³⁴ BONELLI, Maria da Glória. **O Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros e o Estado: a profissionalização no Brasil e os limites dos modelos centrados no mercado.** Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 14, n. 39, p. 61–81, fev. 1999.

³⁵ PUGLIESE, Roberto J. Artigo “A Constituição, a Advocacia e o Advogado”. RT nº 713, março de 1995, págs. 293/304.

Evidentemente, tratamos de relacionamentos separados, com expectativas cognitivas distintas e contendo forte atuação política na sociedade, conforme preceitua o art. 2º da Lei nº 8.806/94, que ressalta as características essenciais da advocacia, incluindo a indispensabilidade, a inviolabilidade, a função social e a independência. Ademais, o parágrafo 1º do artigo 2º, da Lei nº 8.906/94, dispõe que ‘no seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social’, o que confirma inarredavelmente não haver justiça sem a presença do advogado.

Segundo Lobo³⁶, ‘a atividade é concebida como um conjunto de atos teleologicamente orientados em um quadro de continuidade, permanência e integração’. E afirma que ‘ato e atividade distinguem-se e interpenetram-se na relação de conteúdo e continente’. O art. 3ª-A, da Lei nº 8.906/94, alterado pela Lei nº 14.039/2020 prevê que ‘os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei’.

Quanto à definição da natureza da advocacia como função social com caráter de serviço público, esta deriva do fato da administração da justiça ser espécie do gênero atividade pública, não se confundindo com a administração Pública. Nesse sentido, refere Lôbo³⁷:

Atividade pública peculiar, porque expressão própria de um dos Poderes estatais constituídos, não se confundindo com Administração Pública, em sentido estrito, que o Judiciário também exerce com relação a suas atividades-meio. O magistrado e o promotor são agentes do Estado e exercem função pública. O advogado, no entanto, embora dela participe como figurante indispensável, não é titular de função pública (ou estatal), salvo se for vinculado a entidade de advocacia. Pública.

Como se vê, embora a advocacia esteja inserida nas chamadas “profissões do Império” em razão de sua indispensabilidade na sociedade, poucos estudos têm sido dedicados à compreensão da extensão de seu papel social.

Os estudos vêm sendo mais concentrados na análise do poder político de outros atores sociais da carreira jurídica, mormente os integrantes do poder judiciário e do ministério público.

³⁶ LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2022. E-book.

³⁷ LÔBO, 2022, Ibid.

Esse interesse concentrado na pesquisa do poder político de juízes e promotores encontra explicação na sua integração aos poderes do Estado, havendo subordinação aos regimentos de suas instituições.

Em relação aos advogados, investiga-se a hipótese da categoria ser mais polivalente, podendo o profissional atuar tanto vinculado a instituições, como também não vinculado a nenhuma órgão ou empresa, contudo exercendo plenamente o seu poder político autorizado pela função social da atividade, considerando que, na forma do parágrafo 1º do artigo 2º, da Lei nº 8.904/94, o advogado presta serviço público e exerce função social na mesma proporção em que juízes e promotores, o que, hipoteticamente, lhe confere, pela autonomia e independência, um alcance político quiçá maior e mais complexo.

Não obstante, a sociedade moderna sofreu muitas mudanças nas últimas décadas, mormente em razão do cenário de expansão tecnológica e da globalização que impulsionaram a massiva exposição de dados e o surgimento de novos sistemas, novas espécies de relacionamentos e comunicações e, naturalmente, novos tipos de riscos passaram a fazer parte do dia-a-dia da advocacia.

Para o observador que analisa o desequilíbrio das relações da própria advocacia, é possível afirmar que, como categoria, esta se encontra passando por uma das maiores crises oriundas de alterações sistêmicas inerentes à hipercomplexidade da sociedade e que se mostra capaz de interferir na percepção de segurança e certeza, demandando um maior estudo por parte da sociedade.

3.2 O Advogado numa Perspectiva Sistêmica

O tema desta pesquisa coloca o advogado no centro dos debates em razão do seu papel fundamental como agente de transformações sociais, o que será analisado dentro da lógica da matriz teórica pragmático-sistêmica autopoietica, procurando identificar os argumentos que justificariam o múnus público como elemento subjetivo de suporte a um determinado poder político e social.

Com base nessa premissa, neste capítulo serão propostas reflexões voltadas a situar e delimitar o advogado como um ator social operante no sistema social, avaliando as relações e a sua interação com os sistemas *jurídico* e *político* dentro

do estado democrático de direito para que se possa analisar, no próximo subcapítulo, a advocacia como organização, suas questões políticas, as interações com o sistema e suas lideranças políticas, nomeadamente a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em atuação conjunta com as entidades sindicais.

A pesquisa busca a reflexão mais aprofundada sobre a advocacia como fenômeno social, sob a ótica sociológica da Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann, desvinculada da dogmática jurídica tradicional, porque a teoria sistêmica concebe os sistemas sociais funcionalmente diferenciados, autopoieticos, autorreferenciais e dotados de sentido, onde nada pode ser analisado fora do seu conjunto.

Dentro da realidade social do sistema jurídico, pretendemos lançar reflexões a partir da observação dos fatores que possam estar influenciando no fenômeno do enfraquecimento do poder político da advocacia no cenário brasileiro, considerando a sua atuação como agente responsável pela comunicação sistêmica, fator que produz a sua diferenciação.

Conforme abordamos no capítulo anterior, ao analisar as premissas para a compreensão do sujeito na teoria sistêmica, o advogado só existe dentro do sistema do direito e a existência do sistema do direito é condição essencial para a existência do advogado, em função de tratar-se de um sistema autopoietico.

Ou seja, para a compreensão da figura do advogado, a teoria dos sistemas sociais desconstitui as concepções clássicas de sistema que considera a noção de uma sociedade orgânica onde o sujeito dotado de racionalidade representa apenas uma parte integrante do todo.

Segundo a dogmática sistêmica, inerente ao prisma de Niklas Luhmann, o sistema social do direito atua realizando a diferenciação do seu entorno onde o sistema se caracteriza pela unidade da diferença sistema/entorno.

A autopoiesis permite ao sistema do direito produzir seus elementos a partir dos próprios elementos, sendo que a autorreferência sugere que as operações dentro do sistema jurídico devam se pautar pelas operações e relações do próprio sistema, lembrando que a autopoiesis e autorreferência só são possíveis mediante o fechamento do sistema, visando diferenciar as suas operações das operações do entorno.

Luhmann considera que a antiga concepção de sistema não atende à realidade emergente e nem à constituição dos novos estados democráticos que são emergentes numa sociedade moderna muito mais complexa, o que não significa o menosprezo ao indivíduo. Trata-se de um recurso científico da doutrina sistêmica que entende não haver para uma tradição filosófica baseada na ontologia do sujeito, motivo pelo qual conceitos como “consciência coletiva”, “contrato social” ou “consenso racional”³⁸ não podem ser aplicados em uma investigação cujo tema refira o processo social de decadência político da advocacia tradicional, que opera com raízes mais progressistas e imbuída de convicções humanísticas.

Em um sistema diferenciado, autopoietico e autorreferencial (porque produz seus próprios elementos com referência a si mesmo), definir o papel social e político da advocacia passa pela constatação de que lhe compete, fundamentalmente, a responsabilidade de ser o guardião do sistema psíquico, crucial para a comunicação porque a comunicação é o elemento comum em todos os sistemas sociais³⁹.

Na sua obra mais importante denominada *Sistemas Sociales*, Luhmann contesta a concepção de sociedade como um agrupamento de indivíduos, ainda que transcendentalizados, enfatizando⁴⁰:

Por lo que toca a las relaciones sociales, se suponía que las sociedades estaban constituidas por hombres individuales, como partes con respecto al todo; [...] Los hombres debían ser capaces de reconocer la totalidad a la que pertenecían y estar dispuestos a orientar su vida según dicho conocimiento. Esto debió considerarse como condición de su ser social, de su inclusión en la sociedad, de su participación y, con ello, de su naturaleza. El riesgo de un conocimiento y una voluntad tan extrapolados (capaz de equivocarse o apartarse) se hizo visible, en general, en la corrupción o, más precisamente, en la imperfección de la naturaleza humana.

³⁸ MACHADO, 2012, op.cit., p. 39.

³⁹ MACHADO, 2012, Ibid. p. 18.

⁴⁰ Tradução do trecho da obra ***Sistemas Sociales***, de Niklas Luhmann: No que diz respeito às relações sociais, as sociedades deveriam ser constituídas por homens individuais, como partes em relação ao todo; [...] Os homens tinham que ser capazes de reconhecer a totalidade à qual pertenciam e estar dispostos a orientar suas vidas de acordo com esse conhecimento. Isto tinha que ser considerado como uma condição do seu ser social, da sua inclusão na sociedade, da sua participação e, com ela, da sua natureza. O risco de tais conhecimentos e vontades extrapolados (capazes de errar ou desviar-se) tornou-se visível, em geral, na corrupção ou, mais precisamente, na imperfeição da natureza humana. Surge assim a necessidade de diferenciar entre a parte dominante e a parte dominada. Mas mesmo para a parte dominante o problema tornou-se mais agudo: tinha de alcançar a retidão no julgamento e na vontade, de tal forma que pudesse representar o todo do todo.

Contudo, Luhmann afirma a existência de diferenças dentro das sociedades quanto alerta para existência nos sistemas sociais de partes dominantes e partes dominadas:

Surge así la necesidad de diferenciar entre la parte dominante y la parte dominada. Pero incluso para la parte dominante el problema se agudizó: debía alcanzar la rectitud en el juicio y la voluntad, de tal manera que pudiera representar al todo del todo. (Op. cit., p. 29)

Talvez por esta razão que Gotthard Bechann e Nico Stehr, ao analisarem a obra de Luhmann, considerem que a sociedade não é lugar para reivindicar igualdade e justiça para um sujeito autônomo, analisado individualmente, é preciso analisar o sujeito dentro do seu contexto⁴¹.

Enquanto a tradição clássica européia, com sua distinção entre humanos e animais, dotava os humanos de sentido, razão, vontade, consciência e sentimentos, a separação inexorável dos sistemas mentais e sociais que Luhmann substitui por *homo socialis* deixa claro que a sociedade é uma ordem *sui generis* emergente, que não pode ser descrita em termos antropológicos. A sociedade não tem o caráter de um sujeito — nem mesmo no sentido enfático transcendental, como uma condição da possibilidade de idéias subjacentes definitivas ou de mecanismos de qualidades humanas. Não é um endereço para apelos humanos de ação, e certamente não um lugar para reivindicar igualdade e justiça em nome de um sujeito autônomo. A sociedade é a redução comunicativa definitiva possível que separa o indeterminado do que é determinável, ou o que é processável da complexidade improcessável.

Considerando a ponderação, é possível compreender a tendência de Luhmann de atribuir ao coletivo o verdadeiro poder social e político.

A par disso, Luhmann nos oferece a chave fundamental para a compreensão do papel político da advocacia – hoje desarticulada politicamente e empobrecida pelo individualismo – quando afirma que se o ‘*sujeto*’ quiere decir ser la base de sí mismo, y con ello del mundo, entonces no puede haber outro sujeto⁴².

No entanto, se Luhmann fosse provocado a responder à pergunta desta pesquisa quanto ao papel do advogado na sociedade, por certo o realocaria como entorno do sistema social, conforme a seguinte citação⁴³:

⁴¹ BECHMANN. Gotthard & STEHR, Nico. **Niklas Luhmann**. Op. Cit.

⁴² LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**: de la unidad a la diferencia. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 219.

⁴³ LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedade**. México: Herder, 2006. p 16.

Cuando se parte de la distinción sistema/entorno hay que colocar al ser humano (como ser viviente e conciente) o en sistema o en entorno; dividirlo o fraccionarlo en tercios no es viable empíricamente. Si se tomara al hombre como parte de la sociedad, la teoría de la diferenciación tendría que diseñarse como teoría de la clasificación de los seres humanos – ya sea por estratos sociales, por naciones, por etnias, por grupos. Pero con esto se entraría en oposición evidente con el concepto de derechos humanos, en especial con el de igualdad. Tal ‘humanismo’ fracasaría ante sus propias ideas. Así que no queda otra posibilidad que la de considerar al hombre por entero – em cuerpo y alma – como parte del entorno del sistema sociedad.

E considerando que o advogado (sujeito) é elemento integrante do entorno do sistema, também auxilia na limitação do sistema, sendo que o limite cumpre papel importante tanto para o sistema quanto para o entorno, já que possibilita diferenciar os seus elementos.

Vejam que o exercício da advocacia é atividade exclusiva do advogado, aquele cuja formação lhe permite a inscrição junto à Ordem dos Advogados do Brasil, que fiscaliza a atividade e opera na defesa das prerrogativas da advocacia. Ninguém além do advogado regularmente inscrito pode fazer o exercício da advocacia.

Conforme a teoria sistêmica é possível afirmar que a concepção do indivíduo como centro de uma teoria social deve ser abandonada para admitir, especialmente na questão aqui investigada referente ao advogado, a concepção do sujeito como membro integrante do entorno do sistema da sociedade, atuante dentro do subsistema do direito, cuja unidade através de sua diferenciação que no caso advém da comunicação.

Daí surge a especial ênfase da doutrina luhmanniana à comunicação sistêmica, porque o contato externo do sistema só ocorre através da comunicação.

O cerne da doutrina sistêmica parte da premissa de que uma sociedade não é caracterizada por sujeitos e indivíduos, mas sim pela comunicação.

Luhmann desenha um mapa mental sobre os três grandes sistemas⁴⁴, que podem ser assim definidos e se diferenciam pela atuação autopoética:

- a) Sistemas vivos pautados pela produção celular e funcionamento corpóreo;
- b) Sistemas psíquicos que englobam a percepção e a consciência;
- c) Sistemas sociais caracterizados pela comunicação.

⁴⁴ MACHADO, 2012, op.cit., p. 51.

É precisamente no sistema psíquico que nasce e é trazida para a realidade concreta a comunicação sistêmica efetivada pelo advogado quando atua no sistema do direito. Esta é a diferenciação que confere unidade ao sistema.

Todo o trabalho da advocacia é realizado através da linguagem escrita e falada, porque conhece as leis e os modos de articulação da comunicação para a defesa de interesses de cidadãos e instituições.

O advogado atua precipuamente com a lógica do sistema jurídico, adotando o código binário do Direito, que é o código binário do lícito/ilícito⁴⁵:

Esse código binário comunicativo funciona como instrumento de seleção da comunicação que se pode operar dentro da racionalidade do sistema (Systemrationalität), ou seja, daquilo que pode produzir ressonância e sentido (Sinn) no processamento da autopoesie sistêmica e que se ordena na função de apresentar comunicações dotadas de conteúdo jurídico, ao generalizar congruentemente expectativas ligadas à solução de conflitos (Konfliktlösung) e condução de comportamento.

Especialmente para a advocacia que atua em causas sociais emergem novas espécies de dinâmicas que exigem um novo olhar sobre os códigos binários de outros sistemas sociais que, a depender das orientações e princípios morais do jurista, irão determinar a natureza de sua ambição, se individual ou com vistas ao impacto na coletividade.

Há todo um aparato para tentar conservar a ideia de autonomia e independência, mas se olharmos atrás do palco, há diferentes tipos de identificações, pois há uma imagem sendo mostrada para a sociedade que não coere com a realidade, mas uma manipulação do prestígio de suas relações com o poder dentro da sociedade.

Por outro lado, a expansão da demanda por novos cursos de direito com formação de duvidosa qualidade associada à mercantilização excessiva da advocacia, vem determinando uma competitividade predatória, criando um desequilíbrio e incentivando desigualdades sociais entre os próprios membros da classe.

Um exemplo da competitividade predatória se verifica no Provimento 112/2006, da OAB que, instada pelos grandes escritórios, motivou o Conselho do

⁴⁵ VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e Justiça em Niklas Luhmann. Complexidade e contingência no sistema jurídico**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2015. p. 89.

Federal da OAB a ressuscitar a figura do sócio de serviço, incorporando o regime de quotas de serviço do novo Código Civil correspondentes às quotas de serviços, de esforços ou de trabalho das anteriores sociedades civis.

A partir de 2014, as sociedades de advogados começaram a adotar o sistema de quotas de serviço como novo mecanismo de contratação de advogados, como se fossem sócios, com direito a voto e participação nos lucros, dispensando a integralização de quotas de capital para ingressar nas sociedades.

Os advogados que são donos do negócio afirmam em defesa dessa prática que a advocacia vem passando por um momento de extrema dificuldade em razão da massificação do número de advogados no mercado, formando um ciclo de baixa remuneração, instigando a criação, dentro das organizações, de uma espécie de proteção do negócio, estimulando o jovem advogado que é contratado a absorver o sentimento de pertencimento mediante o rótulo de sócio do empreendimento.

A realidade mostra que essas mudanças nas características das relações contribuem para o empobrecimento da advocacia e estimula o cenário de desigualdades sociais, tornando o sistema disfuncional porque agride diretamente a identidade do ator social que é indispensável ao Sistema do Direito.

A necessidade de uma organização política para realizar o debate e promover as mudanças é imprescindível. Quanto a este aspecto nos revela que os fundadores do Instituto dos Advogados do Brasil, em 1843, já cogitavam e se articulavam visando o pleno reconhecimento da categoria⁴⁶:

Se a ausência de um contingente médio com acesso ao ensino superior constrangeu o modelo de profissionalização motivado pela mobilidade, redirecionando-o para o âmbito do poder, a constituição do Estado brasileiro simultaneamente à constituição das profissões modernas colocou na pauta dessa elite a importância de se organizar para influenciar o processo político em curso, além da preocupação com o controle do mercado de trabalho e com a contenção da participação de outros segmentos sociais nesta carreira.

Outra questão importante trata dos riscos sistêmicos que caminham lado a lado com a profissão e demandam uma melhor organização a partir de uma análise profunda que impõe novas concepções e postulados para a advocacia, a fim de estabelecer, em bases reais, a sua função social resgatando a verdadeira identidade

⁴⁶ BONELLI, M. DA G. **O Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros e o Estado: a profissionalização no Brasil e os limites dos modelos centrados no mercado.** Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 14, n. 39, p. 61–81, fev. 1999.

sistêmica para dar efetividade ao espírito da normatização inserida no art. 133 da Constituição Federal de 1988.

Quando falamos do advogado como ator social, estamos falando de Sistemas Sociais. Segundo a matriz pragmático-sistêmica, a advocacia seria um sujeito atuando dentro do sistema do direito que se relaciona com seu entorno.

Vale observar que as trocas do sistema com o entorno ocorrem conforme o *interesse* do próprio sistema. Ou seja, é a própria estrutura do sistema que realiza a seleção, levando em conta a sua autorreferência.

As questões das relações e das trocas que ocorrem dentro dos sistemas e com seu entorno precisam observar certos limites quanto ao seu modo de operação, que será sempre através da comunicação. Nesse sentido alerta Luhmann⁴⁷:

El punto de partida de cualquier análisis teórico-sistémico debe consistir en la diferencia entre sistema y entorno. Hoy en día, por cierto, existe sobre este punto un consenso específico. Los sistemas están estructuralmente orientados al entorno, y sin él, no podrían existir: por lo tanto, no se trata de un contacto ocasional ni tampoco de una mera adaptación. Los sistemas se constituyen y se mantienen mediante la creación y la conservación de la diferencia con el entorno, y utilizan sus límites para regular dicha diferencia. Sin diferencia con respecto al entorno no habría autorreferencia ya que la diferencia es la premisa para la función de todas las operaciones autorreferenciales. En este sentido, la conservación de los límites (boundary maintenance) es la conservación del sistema.

E como este trabalho enfoca o papel social e político da advocacia, com base no artigo 133 da Constituição Federal de 1988, cuja disposição prevê que ‘o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei’, o indivíduo opera dentro de um organismo e funciona por conta do funcionamento de muitos sistemas, que devem funcionar em harmonia.

Luhmann afirma que cada sistema tem a sua lógica própria interna, com uma velocidade interna própria, que não se confunde com a lógica e a velocidade dos demais sistemas.

Mas os sistemas se comunicam entre si em pontos específicos, os quais o cientista dá o nome de “acoplamentos estruturais”.

⁴⁷ LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema: la ambición de la teoría**. Barcelona: Paidós, 1990. p. 39.

Se aplicarmos a lógica de um sistema em outro sistema, podemos ter uma predação de um sistema no outro, a invasão de uma lógica de um sistema no outro, o que pode levar ao colapso de todo o organismo.

Para pensar a sociedade, Luhmann afirma que assim como o organismo vivo tem sistemas, a sociedade também tem sistemas. O direito, a economia, a moral, a religião, a política são exemplos de sistemas da sociedade.

Cada um desses sistemas funciona de acordo com uma lógica interna própria, que é o seu *código binário*, o que é certo/errado, positivo/negativo dentro do código binário desse próprio sistema, que se comunica com os demais sistemas.

Mas para que essa comunicação entre os sistemas não implique em predação de um sistema pelo outro, capaz de levar o sistema ao colapso, essa comunicação é feita por meio do *acoplamento estrutural*. Como exemplos de códigos binários, podemos citar o código binário da religião como um sistema social, que afirma o que é sagrado/profano.

O código binário interno da moral que afirma o que é certo/errado. O código binário interno da economia que defende o que é eficiente/não eficiente. O código binário interno da política que afirma o que é conveniente/inconveniente. E o código binário do direito consiste na avaliação do que é lícito/ilícito.

No sistema jurídico, que é a área de atuação da advocacia, dois importantes aspectos precisam ser levados em consideração. O primeiro aspecto é que, partindo do pressuposto que o código binário interno do direito é simplesmente o que é lícito/ilícito, e se combinarmos essa informação com a ideia de *normativismo jurídico*, concluímos que a definição do que é lícito/ilícito é aquilo que está definido nos textos normativos, das leis.

O segundo aspecto ressaltado por Luhmann sugere que o grande acoplamento estrutural do sistema social jurídico se dá com o sistema social da política, principalmente no nosso sistema jurídico que adota o ramo romano-germânico, o continental, ramo da *civil law*, em que a fonte normativa primária é o texto legislado, ou seja, o texto normativo.

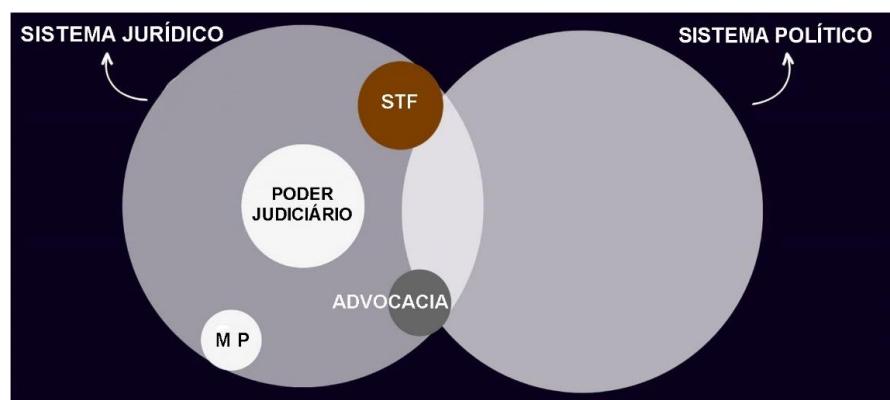
Assim, se o código binário do direito é o que é lícito/ilícito, desponta que o grande acoplamento estrutural do sistema do direito se daria com o sistema social da política. No caso do sistema jurídico, podemos observar e situar a advocacia na

perspectiva sistêmica, assim como a comunicação (acoplamento estrutural) do sistema jurídico com o sistema social da política numa relação de comunicação.

A advocacia faz parte da periferia do sistema do direito, tal como referido por Simioni e Carrozza⁴⁸:

Os tribunais constituem o sistema central de organização das decisões jurídicas, diante dos quais todas as demais instituições ocupam os espaços da periferia do sistema jurídico. Advocacia privada, Ministério Público, Delegacias de Polícia, Procuradorias, bem como a Academia, também são sistemas de organização ligados ao direito. Entretanto, tratam-se de sistemas periféricos. Isso porque, segundo Luhmann, são os tribunais, e não os periféricos, as organizações que definem o que é e o que pode vir a ser direito.

Neste caso, a representação visual dessa estrutura sistêmica (acoplamento estrutural) se daria da seguinte forma:



A doutrina Luhmanniana afirma que a ‘interdependência entre direito e política é fundamental para a manutenção da ordem social e para a estabilização das instituições democráticas’ enquanto ‘o Direito é um sistema social autônomo, que se diferencia da política e de outros sistemas sociais, como a economia e a religião’, sendo ‘responsável pela estabilização de expectativas normativas’, a Política ‘é um sistema social que tem como função a tomada de decisões coletivas e a organização do poder político’⁴⁹.

⁴⁸ SIMIONI, R. L.; CARROZZA, J. P. A. K. **Direito, organizações e as diferentes representações sociais nos discursos jurídicos: advocacia e magistratura.** Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 6, n. 3, 1 set. 2019.

⁴⁹ MONTEIRO, Felipe Rodrigues; BANDEIRA, Nelson Flávio Brito. **Entre Direito e Política: as Procuradorias Legislativas e a Teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.** Disponível em:

No sistema social da política, as decisões usam o código binário do que é conveniente/inconveniente ou o que é governo/oposição, e por isso sofre as influências que recebe de todos os demais sistemas - religião, moral economia, cultura, artes e também e principalmente do direito.

Ou seja, as decisões judiciais enviam influências ao mundo da política e são levadas em conta, o que sugere, embora a sociedade deva participar dos processos democráticos, que o sistema político sofre influência do sistema jurídico, podendo vir a influenciar inclusive nos resultados das eleições de um país.

Tratamos aqui da observação da influência da advocacia no sistema jurídico e da relação deste sistema com o seu ambiente, numa visão autopoietica, tal como refere Viana⁵⁰:

A relação entre o sistema jurídico e seu ambiente, na perspectiva da autopoiese e de seu fechamento operativo, estabelece o fechamento operativo do Direito, mas não afasta o fato de que possam existir perspectivas diversificadas em seu interior na forma de uma organização internalizada de um observar de seu observar (auto-observação), o que permite ao Direito as oportunidades de aumento da complexidade do próximo sistema.

O fato que merece relevo nos fundamentos teóricos escolhidos para este trabalho é que, identificando o ator social advogado atuando dentro do sistema do direito, a construção de solução dele poderá passar, por exemplo, por um discurso argumentativo considerando aquilo que é mais eficiente, caso em que a advocacia estaria utilizando o código binário interno do sistema social da economia e não o código binário do sistema do direito (lícito/ilícito).

Em outro caso, se o discurso argumentativo da advocacia passa a transitar pelo que é certo/errado, ela estará adotando o código binário interno da moral e não do direito. Se o advogado começa a tratar do que é sagrado, do que é profano, ele estaria adotando o código binário interno da religião e não a lógica própria do direito.

https://d1wqxts1xzle7.cloudfront.net/104911844/Entre_Direito_e_Politica_As_Procuradorias_Legislativas_e_a_Teoria_dos_Sistemas_de_Niklas_Luhmann-libre.pdf?1691705356=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DEntre_Direito_e_Politica_As_Procuradoria.pdf&Expires=1729566074&Signature=egRBb2~73bCRI6m6IGStph~W3oRO8xHtHVBKySII-8Dqde8JP90uK6YaiWhyPr5t0Zk4R~3Qj6WPB~XUpWQ5WTzDUoUY0VuGciizPoKk84qRPE92LaBMy1pLRYcsJ3vP0dgM-7mQuKVQfMMsnjlyqGJQQ~wYJF6y3eXBj-aK2nYlZeAiuO6Z9-hBFSWbHSOIRakT0psx1d-COnHzTvDdgHJfw9qKavsO0g-IGiTabzH5kpPga8zLjHN4QZGaGxBvNOAHpesR8dzNzWiDKB-GylVIJ4WMdzBd2xeKEsojaD1LKWGFSnWVqlQMdMeQjpseVh6E6qrIfcYZywHAig__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA

⁵⁰ VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e Justiça em Niklas Luhmann. Complexidade e contingência no sistema jurídico.** Porto Alegre: Sergio Fabris, 2015. p.94.

Da mesma forma, se o operador do direito usar o discurso argumentativo considerando o que é conveniente/inconveniente – e observamos isso não como um estreitamento da moldura que é delineada pelo texto normativo - ele estará usando como parâmetro decisório o código binário interno da política, que é a lógica interna do sistema que deveria orientar o legislador e não o advogado.

Toda esta análise passa pela questão da comunicação, lembrando que o advogado é o guardião do sistema psíquico que é crucial para a comunicação, que é o elemento comum que há em todos os sistemas sociais.

Comunicação implica em linguagem, o que, para Warat⁵¹, ao analisar as partes da semiótica, que analisa os signos, destaca três pontos de vista sobre as vinculações, sendo a primeira chamada de *sintaxe*, a segunda de *semântica* e a terceira de *pragmática*.

Esta última nos interessa mais porque se encontra estritamente vinculada ao trabalho da advocacia porque ‘é a parte da semiótica que estuda a relação dos signos com os usuários’⁵², já que a sua ‘problemática central gira em torno da análise dos modos de significar, usos ou funções da linguagem’.

Segundo Warat⁵³,

A pragmática, projetada ao direito, permite compreender que a ideologia é um fator indissociável da estrutura conceitual explicitada nas normas gerais. A partir da análise da pragmática pode ser levantada a tese no sentido de que um discurso normativo, para que exista o efeito de uma univocidade significativa, deve haver uma prévia coincidência ideológica. Por esta razão, a análise pragmática é um bom instrumento para a formação de juristas críticos, que não realizam leituras ingênuas e epidérmicas das normas, mas que tentam descobrir as conexões entre as palavras da lei e os fatores políticos e ideológicos que produzem e determinam suas funções na sociedade.

Assim, a ampliação dos poderes da advocacia pelo emprego da linguagem (o vernáculo) através dos códigos binários próprios do sistema do direito, bem como de outros sistemas sociais integra o objeto dessa pesquisa, servindo a Teoria dos Sistemas Sociais como marco teórico para se descobrir os efeitos dessa multifacetada atuação, que pode tanto causar a predição da lógica de um sistema

⁵¹ WARAT, Luís Alberto. **O Direito e Sua Linguagem**. Com a colaboração de Leonel Severo Rocha. 2ª Ed. Aumentada. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1995. p.39.

⁵² WARAT, 1995, op.cit. p.45.

⁵³ WARAT, 1995, Ibid., p.47.

em relação a outro sistema, como também operacionalizar uma grande transformação social, tratando-se de um sistema de referência muito interessante para pensar o direito, a advocacia e as relações desta com a política.

Com efeito, observamos um fenômeno transformativo que tem gerado um desvirtuamento do papel social e político da advocacia, cujos efeitos ainda se desconhecem.

Ademais, o advogado é responsável pelo fortalecimento das instituições públicas e privadas, auxiliando na criação de normas e condicionando comportamentos através de seus petitórios, densificando a complexidade social muitas vezes não bem administrada pelo constitucionalismo clássico.

A partir dos postulados da matriz pragmático-sistêmica poderemos analisar o tema central desta pesquisa, permitindo avaliar os novos rumos da advocacia e propor soluções ao para a ocupação plena de seu papel político na sociedade.

Outro aspecto a ser salientado trata do poder decisório do advogado. Todas as decisões que dizem respeito à advocacia, desde a escolha dos meios processuais, a escolha das teses defensivas e até o fechamento de seus contratos, tudo envolve uma imensa gama de riscos.

Os riscos exigem a tomada de decisões e assunção de novos riscos. Contudo, mesmo com a evolução da ciência e da tecnologia não se consegue controlar todos os riscos⁵⁴.

Nesse aspecto, no que concerne à tentativa de controle antecipado dos efeitos colaterais dos riscos da modernidade, apresenta-se uma realidade que demonstra que estes podem ser incontroláveis, porque ‘os riscos são uma tentativa de tornar calculável o incalculável’⁵⁵.

Nesta conexão sistêmica da sociedade, os advogados são os atores sociais que apropriam os riscos de sua atividade, o que pode significar algum grau de entropia, ou seja, que pode criar a desordem de um sistema, dependendo de sua comunicação e operação.

⁵⁴ GUIVANT, Julia Silvia. **A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia.** Estudos Sociedade e Agricultura, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 95-112, 2001. p. 97. Disponível em: <https://revistaesa.com/ojs/index.php/esa/article/view/188/184>. Acesso em: 9 out. 2023.

⁵⁵ BECK, Ulrich. **Réplicas e críticas.** In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott (orgs.). Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna. 2. ed. São Paulo: EditoraUnesp, 2012. p. 215.

A afirmação pode ser compreendida pela observação de Costa e Rocha⁵⁶:

Ligado diretamente ao conceito de operação, o sistema social observado como um todo (sociedade) produz e reproduz comunicação dotada de sentido. Nesse diapasão, uma observação do Sistema do Direito deve levar em conta, considerando o seu pertencimento ao sistema social, que tal sistema é utilizado como modo de operação da comunicação, compondo formas que lhe são peculiares. Sendo assim, a produção e reprodução do Sistema do Direito selecionam o que deve ser tratado como comunicação jurídica no âmbito do sistema social.

Outrossim, Beck afirma que a sociedade de classes teria sido superada pela sociedade de risco⁵⁷ e na mesma linha, revela que o avanço tecnocientífico e os riscos moldaram essa nova sociedade ao longo da história⁵⁸.

Assim como no século XIX, a modernização dissolveu a esclerosada sociedade agrária estamental, e ao depurá-la, extraiu a imagem estrutural da sociedade industrial, hoje a modernização dissolve os contornos da sociedade industrial e, na continuidade da modernidade, surge uma nova configuração social.

A mesma linha é adotada por Rocha⁵⁹:

Sociedade Industrial, pode-se dizer que há certa previsibilidade das consequências dos processos produtivos capitalistas no sistema econômico. Contudo, na Sociedade de Risco (que não deixa de se tratar de uma Sociedade Industrial, porém, potencializada no desenvolvimento tecnológico-científico), há um incremento na incerteza quanto às consequências das atividades e tecnologias empregadas nos processos econômicos.

Os sistemas sociais são extremamente complexos, cabendo distinguir desde logo o sistema político do sistema jurídico, embora seja possível identificar a ocorrência de acoplamento entre as estruturas. Os advogados fazem parte deste

⁵⁶ COSTA, Bernardo Leandro Carvalho; ROCHA, Leonel Severo. **Constitucionalismo Social: Constituição na Globalização**. Curitiba: Appris, 2020. Edição do Kindle. p.14.

⁵⁷ Quando refere o termo sociedade de risco “designa uma fase no desenvolvimento da sociedade moderna, em que os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais tendem cada vez mais a escapar das instituições para o controle e a proteção da sociedade industrial”. BECK Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott (orgs.). Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2012. p. 17.

⁵⁸ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 11-12.

⁵⁹ ROCHA, Leonel Severo. **Uma nova forma para a observação do direito globalizado: policontextualidade jurídica e estado ambiental**. In: CARLIN, Volnei Ivo (org.). Grandes temas de direito administrativo: homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi. Campinas, SP: Millenium, 2009. p. 527.

complexo sistema social junto do sistema jurídico, composto geralmente pela trilogia sistemica advogado - juiz - ministério público. Quando tratamos de uma lide com pretensão resistida, somam-se as atuações de, pelo menos, dois advogados cada qual defendendo os interesses do seu cliente, com a finalidade de dar concretude aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Os sistemas sociais se utilizam das normas como instrumento de redução de expectativas de comportamento, sendo as normas as sínteses comportamentais mínimas que permitem alguma segurança ao cidadão no contexto da complexidade e da contingência.⁶⁰ Outrossim, as estruturas dentro dos sistemas sociais demandam determinadas funções, tal como nos ensinam Rocha e Costa⁶¹:

Não existem, na sociedade, estruturas que precedem funções, mas funções que precedem estruturas. A partir dessa conclusão, o autor destaca que a função de cada sistema é, na sociedade complexa, reduzir complexidade, formando, em decorrência dessa função, as estruturas que compõem o sistema social. Essa postura teórica do autor é fundamental para a compreensão do conceito de diferenciação funcional, se a função precede a estrutura e, em uma sociedade complexa, a função de cada sistema é reduzir complexidade, a partir da formação da sociedade moderna – momento adequado para observar uma sociedade diferenciada – é possível observar a formação de diferentes sistemas funcionalmente diferenciados no âmbito do sistema social, cada qual operando com sua codificação binária específica, cuja função é – como acima destacado – reduzir complexidade.

A complexidade dessas relações sociais demanda uma alta organicidade e o Direito é parte importante na regulação das relações entre pessoas e instituições.

Os sistemas articulados em torno da ideia da independência e da autonomia dos advogados funcionam como dinamizador de mudanças e acelerador dos processos jurídicos, participando de uma rede que permite aos juristas decidir e desenvolver as suas próprias atividades sem precisar se subordinar a nenhuma organização, mas servindo de agente catalisador de processos políticos e sociais.

Especificamente quanto se trata da influência da advocacia referente à sua participação efetiva na concretização de direitos e estimulador da transcendência social, certamente não estamos falando sobre a organização política da categoria. Isto porque no Brasil há uma ausência de lideranças nesse sentido.

⁶⁰ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p 45.

⁶¹ COSTA; ROCHA, 2020, op.cit., p.19.

Por se tratar de uma categoria *sui generis*, que pode atuar como profissional liberal, os advogados não precisam estar vinculados a uma instituição para desenvolver a sua atividade laboral, bastando ter as suas credenciais em vigor para atuar com autonomia plena.

Quanto à representação política, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) assume parcialmente a representação da categoria como entidade paraestatal atuante como órgão fiscalizador da profissão. Contudo, a OAB não possui carta sindical para representação e substituição processual nos dissídios da categoria, o que denota um paradoxo de insuficiência representativa e/ou distorção democrática.

Alguns Estados da Federação possuem sindicatos de advogados – de empregados e patronais – mas como organização política esses órgãos de controle social têm se configurado bastante tímidos, parecendo não existir interesse na organização política da categoria.

Mas essa quase inexistente atuação sindical não significa a inexistência de conflito, pois os conflitos existem, são muitos, variados e até escandalosos. As causas variam desde violação de direitos autorais sobre o processo criativo do advogado (teses e petições), até a apropriação de honorários sucumbenciais, como nos inúmeros casos envolvendo a advocacia das estatais.

As instituições públicas, autarquias e sociedades de economia mista definem o seu próprio regramento, não havendo consenso nacional e nem regional. Geralmente, adotam a regra de que nos processos judiciais envolvendo procuradorias e bancos públicos o produto da sucumbência será destinado aos cofres públicos, o que é contrário à lei da advocacia.

Em alguns casos, como no setor jurídico do Banco do Brasil S/A, os recursos com origem nas sucumbências judiciais são rateados entre os advogados, em acordo nacional, sendo os valores incorporados, mensalmente, ao contracheque de seus procuradores.

No caso do Banco do Brasil, houve um forte apelo das lideranças políticas (advogados) para fazer valer simplesmente o que prevê a lei. Contudo, o Banco do Brasil é exceção à regra, pois a práxis consiste na apropriação pelos patrões do produto do trabalho de seu corpo jurídico, constituindo fonte de receita da administração quando investida na qualidade de empregador.

Conclui-se da observação dessas dinâmicas que os advogados, embora sejam atores sociais de grande potência política, não têm plena representação, havendo um fenômeno social surpreendente e preocupante pela inexistência (ou vacância) de liderança à frente da categoria no Brasil.

Prova dessa afirmação é que a representação nacional da advocacia hoje ainda não é realizada por uma confederação de sindicatos de advogados, porque a representação da advocacia em nível nacional está inserida no âmbito da competência de uma confederação genérica, qual seja, a Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL), que é uma entidade de grau superior envolvendo quinhentos diferentes tipos de sindicatos e representando cinquenta e cinco profissões diferentes, inclusive a advocacia.

Logo, considerando o lugar social da advocacia no sistema autopoietico, percebe-se, com grande mal-estar, a presença de um estranho paradoxo, em que por um lado a advocacia representa uma potência quanto à sua influência política e social, mas ao mesmo tempo, carece de liderança política em níveis regional e nacional.

Esses fenômenos, sob uma perspectiva Luhmanniana, atraem a atenção e demandam uma observação sistêmica para se conseguir identificar o lugar social da advocacia como organização, a fim de permitir uma abordagem da diferenciação funcional entre os sistemas jurídico e político nessa interação social, partindo das premissas de decisão, programas de decisão, o Estatuto da Advocacia que se escondem através do paradoxo da autonomia e da independência, bem como da alta complexidade da sociedade moderna que precisa do Sistema Jurídico e dos advogados para a solução de controvérsias de toda ordem.

O aparato do Poder Judiciário compõe um sistema bastante complexo, envolvendo a participação de pessoas e instituições, cenário em que o raciocínio lógico permeia do início ao fim, considerando a totalidade de processos ocorrendo simultaneamente dentro do processo, e o fato de que, conforme lecionam Leonel Severo Rocha e Bernardo Costa, ‘o Direito não é apresentado por Luhmann, como um ordenamento coativo. Trata-se, antes, de um mecanismo de redução de risco em relação às expectativas contrafáticas’⁶².

⁶² COSTA; ROCHA, 2020, Ibid., p. 20.

Segundo Ulrich Beck⁶³, estamos diante de uma nova estrutura social que, em meio à diversidade tecnológica, criou-se um ambiente de riscos de dimensões desconhecidas, que podem alcançar uma quantidade indeterminada de pessoas ameaçadas, fenômeno que o autor denomina como sociedade de riscos.

Jesús-María Silva Sánchez refere que o mundo jurídico vem experimentando um crescimento unificado devido ao direito penal da globalização econômica e integração supranacional.

Mas esse crescimento apresenta uma flexibilização das regras de imputação e de garantias político-criminais tanto materiais como processuais⁶⁴.

Pretendendo a contextualização do advogado dentro do sistema do direito, é nítida a existência de incongruências a que a submete a profissão, razão pela qual as instituições de ensino precisam se adaptar para que os profissionais possam encarar e administrar os riscos envolvidos. Não podemos ser ingênuos, a carreira jurídica exige muitas cautelas e prevenções.

Na abordagem autopoética do Direito, podemos identificar as estruturas e os atores sociais, regulados por normas para prevenir a frustração das expectativas.

Assim, quando a norma regula a atividade da advocacia, afirmindo que o advogado no seu ministério privado, presta serviço público e exerce função social, espera-se que, diante da diferenciação funcional prevista em lei, o Estado lhe garanta o exercício desta prerrogativa, conforme asseverado por Luhmann⁶⁵

O direito discrimina: decide a favor de um e contra o outro no âmbito de um tempo futuro que não pode ser previsto. A problemática de tal vinculação temporal obrigatoriamente se faz encobrir, uma vez que o direito atribui a si uma função motivacional. Também isso está incluído na simbologia do “dever” de suas expectativas. Os desprivilegiados pelo direito, e entenda-se os assassinos e ladrões, são considerados capazes de aprender e se adaptar, ainda que o desprivilégio em questão não esteja relacionado com sua própria vida ou sua propriedade, mas com as dos demais. No entanto, isso só acontece porque se quer ter segurança quanto a um futuro ao qual a incerteza é inerente.

⁶³ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 23-28.

⁶⁴ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 3. ed. Montevideo: B de F, 2011. p. 83-84.

⁶⁵ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. E-book. posição 1999.

Como referem Costa e Rocha⁶⁶, o indivíduo será sempre fonte de problemas, cabendo ao sistema do direito estar dotado de mecanismos de prevenção de ruídos originados da hipercomplexidade presente na sociedade.

Estando no entorno do sistema social, o indivíduo é fonte permanente de problemas, gerador de complexidade, cabendo ao sistema (sua função) – como bem destacado acima – a redução da complexidade que o ambiente apresenta.

Destarte, o advogado, como indivíduo, representa fonte de problemas, cabendo ao sistema do Direito regular as formas de sua atuação na sociedade, representado pelo código binário comunicativo (direito/não direito) que opera sentido e influí para o acoplamento estrutural.

A respeito do conceito de código binário, Viana assim o define⁶⁷:

Esse código binário comunicativo funciona como instrumento de seleção da comunicação que se pode operar dentro da racionalidade do sistema (Systemrationalität), ou seja, daquilo que pode produzir ressonância e sentido (Sinn) no processamento da autopoiese sistêmica e que se ordena na função de apresentar comunicações dotadas de conteúdo jurídico, ao generalizar congruentemente expectativas ligadas à solução de conflitos (Konfliktlösung) e condução de comportamento.

Esse grande acoplamento de estruturas sociais que demanda o sistema autopoietico do Direito – atuação orquestrada – sugere a possibilidade da ocorrência de exceções, onde o direito não é capaz de responder às demandas, devendo ser transferida ao sistema político (legislativo) a responsabilidade pela elaboração de novas leis capazes de estabelecer as regras, de forma congruente. Trata-se da relação do sistema jurídico e seu ambiente que sugerem a existência de perspectivas diversificadas que permitam a auto-observação.

A doutrina de Viana bem explica a relação entre o sistema jurídico e o seu ambiente⁶⁸.

A relação entre o sistema jurídico e seu ambiente, na perspectiva da autopoiese e de seu fechamento operativo, estabelece o fechamento operativo do Direito, mas não afasta o fato de que possam existir perspectivas diversificadas em seu interior na forma de uma organização internalizada de um observar de seu observar (auto-

⁶⁶ COSTA; ROCHA, 2020, op.cit., p.12.

⁶⁷ VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e Justiça em Niklas Luhmann. Complexidade e contingência no sistema jurídico**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2015. p.89.

⁶⁸ VIANA, 2015, Ibid., p.94.

observação), o que permite ao Direito as oportunidades de aumento da complexidade do próximo sistema.

Dessa forma, o advogado está inserido como um ator dentro do sistema jurídico, que também é um sistema social, observando que para Niklas Luhmann, ‘o Direito não pode ser compreendido como uma estrutura constituída por regras, normas e textos (normativos), como usualmente se o tem classificado, mas se deve deslocar do foco da estrutura para o das operações’⁶⁹.

Os advogados fazem parte do sistema, ao mesmo tempo com que lhes é autorizado agir com independência e autonomia, mas, paradoxalmente, podem estar fora do sistema, constituindo uma anomalia do sistema, tal como no caso da advocacia estatal em que os advogados são obrigados a abrir mão dos honorários de sucumbência que lhes faculta a lei, sem que exista uma instituição hábil e capaz de defender seus interesses, porque a instituição sindical de âmbito nacional, no caso o CNPL, não avoca para si o interesse dos advogados.

Conforme constatado por Beckhausen em sua tese de doutorado defendida na Unisinos (2022), em que analisou o Ministério Público sob uma perspectiva sistêmica, o operador inserido no sistema parece não ser notado, havendo uma inércia diante da quebra de expectativas normativas estabelecida pelo texto constitucional expressas em deveres e compromissos metaindividualis⁷⁰.

A patologia descrita na pesquisa aponta a disfuncionalidade dos membros do ministério público, fenômeno que parece se reproduzir em relação aos advogados.

⁶⁹ VIANA, 2015, Ibid., p.86.

⁷⁰ BECKHAUSEN, Marcelo Veiga. **O Ministério Público Sob uma perspectiva sistêmica: independência funcional, unidade institucional e organização**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito. 2022. “Assim, sistema social, jurídico e subsistemas, circularizam-se e se autorreproduzem sem colocar em risco o fechamento. A ideia da unidade e da independência funcional, como elementos desse sistema, dentro do centro/periferia, ocupadas pelo Ministério Público (em sua multifacetada organização, Ministério Público Federal, Estadual, do trabalho etc.) escancarando a disfuncionalidade dessa estrutura, estimulando, sobre um viés individualista, o distanciamento entre expectativas normativas e cognitivas, sempre existente, mas conectando-as dentro da atividade cotidiana laboral de cada ofício da Instituição. O operador inserido no sistema parece não ser notado, quando se apresenta como “fiscal” da lei, já que lhe são atribuídas características próprias do órgão judicial, comneutralidade política, independência (sem duplo grau de “atribuição”) e uma aparente desconexão com os descontentamentos gerados pela quebra de expectativas normativas estabelecidas pelo texto constitucional expressas em deveres e compromissos, metaindividualis. Essa abordagem dos princípios enfatiza bem essa eventual patologia, já que, ao ancorar-se no discurso da independência (dis) funcional, o representante da instituição constrói seus discursos e suas ações a partir de mensagens descoladas da Constituição, legislação de regências de linhas institucionais orientadoras”.

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), como instituição de representação da advocacia se mostra inerte e ineficiente quando desafiada a se posicionar diante de tais patologias do sistema, já que continua reafirmando em seu discurso a independência e autonomia da advocacia, mas na prática se apresenta como instituição que adota uma neutralidade política.

O que a teoria luhmanniana afirma é que o sistema social, jurídico e subsistemas circularizam-se e se autorreproduzem realizando o acoplamento estrutural. Entretanto, observa-se que o viés individualista da OAB expõe uma estrutura disfuncional, ampliando o distanciamento das expectativas normativas e cognitivas.

Tradicionalmente, a atuação da advocacia pode ser dividida em atividade autônoma, que se dá sem vínculo empregatício, e atividade com vínculo empregatício, podendo se dar através de concurso público (advocacia das estatais) ou junto à iniciativa privada. Em qualquer dessas hipóteses, incidem os comandos do art. 133 da Constituição Federal de 1988 e do parágrafo 1º do artigo 2º, da Lei nº 8.904/94. Em qualquer hipótese, os comandos normativos afirmam que o advogado presta serviço público e exerce função social.

As mudanças relacionadas à profissão podem observadas pelo número de advogados e advogadas que abandonam a profissão, o que prova a existência de uma anomalia sistêmica cuja origem ainda se desconhece.

O que se percebe é que existem diferentes tipos de manifestação e, naturalmente, novos tipos de interesses se mesclando ao escopo final da categoria.

Tal como refere Rocha, ‘a teoria dos sistemas sociais de Luhmann é altamente complexa exatamente porque pretende observar uma sociedade igualmente hipercomplexa’⁷¹.

Não se pode negar que a advocacia exerce uma atividade econômica em que pese enquadrar-se na filosofia de serviço público com função social que precisa lidar com as transformações políticas, econômicas e tecnológicas.

Para Kotter⁷², o tema “Gestão da Mudança” tem ganhado maior visibilidade no mundo empresarial em função da necessidade com que as organizações precisam

⁷¹ ROCHA, Leonel Severo. **Tempo, Direito e Constituição.** In: ROCHA, Leonel S.; SCHWARTZ, Germano; PRIBAM, Jiri. Sociologia sistêmico-autopoiética das constituições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 144.

reinventar suas fórmulas a fim de se adaptar ao ambiente, reduzir os riscos, administrar a competitividade sem a perda de prosperidade.

A teoria sistêmica analisa postula a ideia de que a expansão do sistema jurídico poderia ser prejudicial a outros sistemas sociais, gerando distorções que poderiam ser corrigidas também através da positivação do Direito e com o fortalecimento das Instituições, como os sindicatos de advogados conectados à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), caracterizando um acoplamento estrutural, a fim de reduzir a hipercomplexidade e, efetivamente, garantir os direitos e prerrogativas da advocacia.

Este acoplamento estrutural poderia promover a adequação do ambiente ou ser disfuncional, aliás sendo esse o resultado prático que estamos vivenciando no momento por haver – por força do acoplamento estrutural – um resultado absolutamente disfuncional.

Como se expressou Neves, “com base no fechamento normativo e abertura cognitiva, o sistema jurídico responda à demanda de seu ambiente por regulação, sem violar a autonomia de outros sistemas sociais, a jurisdicação será vista como adequada e funcional”⁷³.

Logo, é preciso que o sistema considerar que há uma diferença entre sistema e ambiente e que o sentido precisa ser considerado em suas três dimensões⁷⁴:

Para Luhmann, o sentido possui três dimensões: Material, Social e Temporal. Assim, em sua primeira fase, existe no Direito uma tensão temporal: 1) em relação ao passado, a função de ‘estabilização de expectativa’ e, em relação ao futuro, a função de ‘guia de comportamento’. Porém, sem sua segunda fase, a teoria luhmanniana parte da diferença fundamental entre Sistema e Ambiente.

O fenômeno da globalização modificou a sociedade, sobretudo a política e o Direito⁷⁵.

⁷² KOTTER, J. P. **Liderando a mudança: por que fracassaram as tentativas de transformação**. In. MUDANÇA: Harvard Business Review. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

⁷³ NEVES, Marcelo. **Constituição e Direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 38-39.

⁷⁴ ROCHA, 2015, op.cit. p. 144.

⁷⁵ TEUBNER, Günther. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 15.

No que comporta a advocacia, as transformações sociais demandaram o eventual acoplamento estrutural dos sindicatos de advogados com a OAB no Brasil, fator que vem produzindo irritações no sistema jurídico e social porque essa interação é disfuncional e ambas são instituições individualistas e aparentam não ter estratégias corretas para lidar com os desvios e frustrações produzidas pela incongruência entre as expectativas normativas e a realidade.

Nesse sentido Viana assim leciona⁷⁶:

No que toca diretamente ao sistema jurídico, essa disposição cognitiva depende da possibilidade de que as irritações e perturbações advindas do ambiente social possam assumir o caráter de comunicação ou de algo comunicável em seu interior, ou seja, da produção do sentido (Sinn) na autorreferência do próprio sistema ao seu código binário e da forma de absorção dessas incertezas quando no contexto da sociedade exige-se uma estratégia de tratamento dos desvios e frustrações em face das expectativas normativamente estabilizadas no Direito.

Sobre o aspecto do individualismo, refere Luhmann⁷⁷:

Mas sobretudo o individualismo (emancipação, autorrealização etc.), que é objeto de tão alta valoração pela semântica social, tornar-se-ia insustentável se fosse esperada uma observação irrestrita do Direito. E ainda não mencionamos o desânimo e a autoexclusão de esferas de atividade de forte motivação, que surgiriam como consequência da estrita observação do Direito.

Como se vê, segundo a Teoria dos Sistemas Sociais, atores e instituições atuam em conjunto, mas Luhmann desloca o advogado (sujeito) para o entorno dos sistemas sociais.

Dessa forma, o advogado, antes parte integrante do sistema, passa a ocupar o lugar de entorno, porque a teoria sistêmica recusa o homem como elemento substancial para a explicação da sociedade e dos sistemas que a compõe.

O fato é que a teoria sistêmica valoriza o papel do sujeito, atribuindo a ele a função de guardião do sistema psíquico que é essencial para a comunicação, porque a comunicação é o que existe de comum nos sistemas sociais.

⁷⁶ VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e Justiça em Niklas Luhmann. Complexidade e contingência no sistema jurídico**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2015. p.98.

⁷⁷ LUHMANN, Niklas. **O Direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. E-book, posição 9201. Disponível em: <https://bit.ly/2F6wQNZ>. Acesso em: 16 out. 2023.

Feita esta exposição introdutória sobre a advocacia como sujeito (ator social), segundo a perspectiva sistêmica, que deixa de lado a noção de sujeito como fundamento de uma teoria social, desconsiderando a ideia de sujeito transcendentalizado, é possível concluir que o poder político da advocacia se encontra na sua comunicação sistêmica, pois a ele pertence a função de guardião do sistema psíquico, essencial para a comunicação que é o elemento comum nos sistemas sociais.

O jogo de *autorreferencialidade e heterorreferencialidade* reforça a estrutura interna do sistema, enquanto o aumento da complexidade do sistema permite à advocacia uma maior compreensão e, portanto, uma maior influência na complexidade do mundo, sendo esta essencialmente difusa porque, paradoxalmente, a advocacia não se encontra suficientemente politizada para o emprego de sua força.

3.3 A Advocacia como Organização

Considerando que a teoria sistêmica não se dedica à análise do sujeito, a atuação da advocacia deverá ser analisada sempre quanto ao seu conjunto, o que determina que a pesquisa enverede para a análise da advocacia enquanto organização e possibilite a identificação e o estudo de anomalias do sistema, como no caso da questão da representação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em conjunto com a Confederação Nacional dos Profissionais Liberais (CNPL), situação que fragiliza a organização política da categoria.

Neste paradoxo pode se encontrar o eixo da desarmonia da advocacia enquanto organização, que corrompe o viés filosófico da atividade, porque se encontra desarticulada como organização e despreparada para a hipercomplexidade da mercantilização da atividade e incapaz de proteger seus membros.

Primeiramente, devemos considerar que a transmutação da concepção clássica de sistema provocada pelo modelo reformulado por Niklas Luhmann, não considera o sujeito como parte integrante de um todo. Luhmann parte do pressuposto de uma teoria social abrangente que desloca o sujeito para o entorno dos sistemas sociais, surgindo a ênfase ao conceito de organização.

O estudo da organização na concepção de Luhmann representa um importante elemento para a compreensão da realidade pelo olhar da teoria sistêmica, motivo pelo qual a ideia desse subcapítulo é propor uma abordagem da advocacia como organização, mas também como um sistema social, levando em conta a sua diferenciação funcional, sob uma perspectiva autopoietica.

Rocha e Azevedo, ao conceituar as organizações, acentuam o poder da comunicação de decisões como sendo a ‘ênfase na organização em lugar do sujeito atomizado’⁷⁸, referindo que⁷⁹

As organizações, na obra de Luhmann, reproduzem-se por meio da comunicação de decisões, isto é, as organizações são sistemas sociais que se distinguem através de um fechamento operacional efetuado sobre a base de decisões. Essa é a tese central da teoria das organizações luhmanniana. Questões como orientação por fins, hierarquias, racionalidade, vinculação de membros por diretrizes, ou qualquer outra característica anteriormente utilizada como critério de constituição de organizações, tornam-se secundárias frente à concepção de organização como sistema constituído por decisões. Sua operação distintiva é a produção (comunicação) de decisões.

Como vimos no subcapítulo anterior, o advogado é o guardião do sistema psíquico necessário para que haja a comunicação, porque na sociedade é quem domina a episteme do sistema do direito, que representa, no nosso entender, a chave do poder político da advocacia.

Por sua vez, o direito é um sistema funcionalmente diferenciado, autopoietico e autorreferencial, porque produz seus próprios elementos com referência a si mesmo e que existe dentro do sistema da sociedade que, por sua vez, se configura como um sistema omniabarcador.

As organizações são sistemas complexos, o que demanda uma precisão conceitual quando nos referimos às organizações, sistema e complexidade.

Para Morin, ‘a organização é um conceito crucial, o nó que liga a ideia de inter-relação à ideia de sistema’⁸⁰, afirmando tratar-se de morfogênese: uma

⁷⁸ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas.** Revista de Estudos Constitucional, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). São Leopoldo, v. 5 n. 2, p. 142, jul./dez. 2013. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.52.06>. Acesso em: 13 ago. 2024.

⁷⁹ ROCHA, Leonel; AZEVEDO, Guilherme. **Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoietica.** Revista de Estudos Constitucional, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), São Leopoldo, v. 4, n. 2, p. 202, jul./dez. 2012. Disponível em: revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.42.09. Acesso em: 13 out. 2024.

organização que dá forma, no espaço e no tempo, a uma realidade nova: a unidade complexa ou sistema.

E para definir sistema, Morin⁸¹ afirma igualmente um conceito complexo de base porque ele não é redutível a unidades elementares, a conceitos simples, a leis gerais. O sistema é a unidade complexa, concluindo que a concepção de sistema é a raiz da complexidade.

Tanto Morin quanto Luhmann abordam em suas teorias a ideia de complexidade, definindo-a como elemento indissociável da realidade dos sistemas sociais. Contudo, Morin entende que ‘a complexidade se impõe primeiro como a impossibilidade de simplificar. [...] O simples é apenas um momento arbitrário de abstração arrancado da complexidade, um instrumento de manipulação laminando um complexo’⁸².

No artigo intitulado “Cultura organizacional analisada a partir da teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Niklas Luhmann”, os autores referem que o vasto recurso conceitual que Luhmann traz através da teoria dos sistemas sociais, permite colocar a sociedade contemporânea num conceito abstrato composto por vários sistemas funcionais, referindo que⁸³

El amplio recurso conceptual que Luhmann aporta a través de la teoría de sistemas sociales, permite situar a la sociedad contemporánea en un concepto abstracto formado por diversos sistemas funcionales, dicho recurso conceptual es empleado en el presente ensayo para ubicar y analizar a la cultura en el contexto organizacional de cualquier sector productivo; lo anterior se realizó por medio del acoplamiento complejo entre el sistema social organización, el sistema parcial cultura y los sistemas síquicos, que a través de la comunicación, influyen en la estructura y dinámica de todos los elementos que condicionan la autopoiesis, provocando transformaciones en el mismo sistema social.

⁸⁰ MORIN, Edgar. *O método 1: a natureza da natureza*. Tradução: Ilana Heineberg. Porto Alegre: Sulina, 2002. p. 164.

⁸¹ MORIN, 2002, Ibid., p.187.

⁸² MORIN, 2002, Ibid., p. 456.

⁸³ PREZA, Lagunes Luling; PLATA, Rosado Diego Esteban; HERNANDEZ-ARZABA, Juan Cristobal; GONZALES, Reynoso Luis; GARCIA-SANCHEZ Alejandra. *La cultura organizacional analizada a partir la teoría de los sistemas sociales autopoieticos de Niklas Luhmann*. Neumann Business Review Vol 3 N° 1 | Junio 2017 pp. 121-132. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/318240260_La_cultura_organizacional_analizada_a_partir_la_teoria_de_los_sistemas_sociales_autopoieticos_de_Niklas_Luhmann

A abstração da teoria sistêmica referida no artigo, contudo, mostra-se coerente quando testada na realidade cotidiana das sociedades, demonstrando o escopo dos autores⁸⁴:

Es así que, el objetivo del presente es mostrar como desde la teoría de sistemas sociales autopoéticos, la cultura como elemento fundamental en todo contexto organizacional, puede ser comprendida desde una dinámica compleja de conceptos sistémicos que Luhmann maneja a través de un proceso de racionalización que posibilita el entendimiento de la realidad de los sistemas sociales, tanto en el plano de lo abstracto como en lo real o concreto; donde las organizaciones integradas por personas o de acuerdo a Luhmann sistemas síquicos, interactúan en los procesos internos construyéndose y auto reparándose ante las exigencias del entorno complejo.

Daí nasce o conceito tridimensional da cultura organizacional, que congrega a coexistência de três fatores: uma *cultura da comunicação, arquivos de conhecimento* e um *sistema de valores* comparáveis às ideologias, conforme excerto do texto⁸⁵:

La cultura de manera general es distinguida en tres dimensiones analíticas (Giménez, 1996); la cultura como comunicación: "conjunto de sistemas de símbolos, signos, emblemas y señales, entre los que se incluyen, además de la lengua, el hábitat, la alimentación, el vestido, etc.", lo anterior considerado no bajo su aspecto funcional, sino como sistemas semióticos; como segunda dimensión es considerada como stock de conocimiento, esto es como cumulo de conocimientos no solo científicos, sino también como creencias, intuición, contemplación, sentido común, etc. Y como ultima dimensión se considera como visión del mundo, donde se incluyen las religiones, filosofías, ideologías, toda reflexión sobre totalidades, las cuales implican un sistema de valores, y por ello dan sentido a la acción y permiten interpretar el mundo.

As três dimensões citadas no artigo são importantes para a análise da advocacia como organização, porque se realiza ‘por medio del acoplamiento complejo entre el sistema social organización, el sistema parcial cultura y los sistemas síquicos, que a través de la comunicación, influyen en la estructura y dinámica de todos los elementos que condicionan la autopoiesis’⁸⁶.

Assim, a análise da advocacia como organização proposta neste capítulo demanda o estudo das três dimensões que compõem a cultura da organização, razão porque doravante iremos analisá-las pormenorizadamente, articulando com o

⁸⁴ PREZA; PLATA; HERNANDEZ-ARZABA; GONZALES; GARCIA-SANCHEZ, 2017, Ibid.

⁸⁵ PREZA; PLATA; HERNANDEZ-ARZABA; GONZALES; GARCIA-SANCHEZ, 2017, Ibid.

⁸⁶ PREZA; PLATA; HERNANDEZ-ARZABA; GONZALES; GARCIA-SANCHEZ, 2017, Ibid.

escopo desta pesquisa, considerando a necessidade de distinguir os três grandes sistemas e seus modos de operações, que dão origem às três dimensões da cultura das organizações, segundo a lição de Luhmann:

Quadro 1 – Os Três Grandes Sistemas

SISTEMAS VIVOS	Produção celular e Funcionamento do Corpo
SISTEMAS PSÍQUICOS	Percepção e Consciência
SISTEMAS SOCIAIS	Comunicação

Quadro 2 – As Três Dimensões da Cultura das Organizações⁸⁷

CULTURA COMO COMUNICAÇÃO	Envolve todo o conjunto de sistemas de símbolos, signos, emblema e sinais, inclusive os idiomas, o habitat, alimentação, vestimenta, hábitos e costumes, que em conjunto são analisados não somente pelo aspecto funcional mas como sistemas semióticos.
CULTURA COMO ESTOQUE DE CONHECIMENTO	Trata dos arquivos de conhecimento tanto científicos quanto os conhecimentos envolvendo as crenças, a intuição e contemplação e o senso comum.
CULTURA COMO SISTEMA DE VALORES	Considera a reflexão sobre totalidades, englobando visão de mundo, incluindo a religião, a filosofia e ideologias e demais aspectos relacionados a sistemas de valores, que possam dar sentido às ações da organização e permitem interpretar o mundo.

3.3.1 As Três Dimensões da Cultura da Advocacia como Organização

Doravante trataremos dessas três dimensões da cultura da advocacia como organização, numa perspectiva sistêmica, a fim de buscar respostas para a questão proposta como problema de pesquisa consistente na identificação do papel político da advocacia dentro do sistema da sociedade.

⁸⁷ QUADRO SINÓPTICO construído a partir do texto do Artigo de PREZA, Lagunes Luling; PLATA, Rosado Diego Esteban; HERNANDEZ-ARZABA, Juan Cristobal; GONZALES, Reynoso Luis; GARCIA-SANCHEZ Alejandra. **La cultura organizacional analizada a partir la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos de Niklas Luhmann.** Neumann Business Review Vol 3 N° 1 | Junio 2017 pp. 121-132.

3.3.1.1 A Dimensão da Cultura como Comunicação

Para a análise da dimensão da cultura da comunicação da advocacia num contexto de organização é preciso lembrar que o referencial teórico adotado nesta dissertação refuta o antigo modelo de sistema como um todo composto por partes, pois se adota a proposta da diferenciação sistema/entorno, informado por Niklas Luhmann.

A matriz teórica luhmanniana entende que a unidade do sistema ocorre a partir da diferença que o sistema faz de si mesmo em relação ao seu entorno, exigindo que se questione como um sistema que se reproduz com suas próprias operações se coloca em contato com o meio?

A resposta a esta pergunta consiste no fato desse contato do sistema com o entorno se dar através da *comunicação*, dado que a teoria dos sistemas sociais autopoieticos entende que a cultura seria o elemento fundamental a todo contexto organizacional.

As organizações são compostas por pessoas se comunicam por meio dos sistemas psíquicos, que lhes permite ter consciência e percepção, realizando construções e adaptações às exigências de um entorno complexo, constituindo o processo racional que possibilita a compreensão da realidade dos sistemas sociais.

A comunicação não se restringe somente ao vernáculo, mas envolve todo o conjunto de sistemas de símbolos, signos, emblema e sinais, inclusive os idiomas, o habitat, alimentação, vestimenta, hábitos e costumes, que em conjunto são analisados não somente pelo aspecto funcional mas como sistemas semióticos⁸⁸.

Em capítulo anterior, já comentamos sobre a comunicação implicar em linguagem, e que, ao analisar as partes da semiótica, que analisa os signos, sobressaem três pontos de vista sobre as vinculações, a *sintaxe*, a *semântica* e a *pragmática* que está mais estritamente vinculada à advocacia por ser parte da semiótica que estuda a relação dos signos com os usuários já que a sua problemática central gira em torno da análise dos modos de significar, usos ou funções da linguagem.

Pois bem, os juristas críticos, que se aprofundam na exegese da norma e realizam a comunicação sistêmica, tentam descobrir as conexões entre as palavras

⁸⁸ PREZA; PLATA; HERNANDEZ-ARZABA; GONZALES; GARCIA-SANCHEZ, 2017, Ibid.

da lei e os fatores políticos e ideológicos que produzem e determinam suas funções na sociedade, transmitindo essas ideologias para o sistema em que atuam.

Fica claro que Luhmann ultrapassou a noção tradicional de comunicação, aquela definida como mera transmissão de informação entre os indivíduos, pois para a sociologia a sociedade pode ser reconstruída a partir de uma única operação elementar: a comunicação.

Ou seja, a comunicação representa o elemento de expressão de um sistema psíquico que une culturalmente um grupo de sujeitos criando uma cultura e a partir desta geram o sistema social denominado *organização*.

Os sistemas sociais determinam uma clausura autorreferencial que demanda uma operação capaz de realizar a ligação do sistema com o mundo externo. Essa operação é realizada pela comunicação.

Segundo Luhmann⁸⁹,

Sólo con la ayuda del concepto de comunicación puede concebirse un sistema social como sistema autopoético.

Assim, a operação que realiza a autopoiesis do sistema jurídico – e da advocacia como organização - é a comunicação, já que a autopoiesis permite que o sistema reforce sua estrutura, mantendo a sua estabilidade.

Considerando que a comunicação não depende do mundo, mas da consciência (sistema psíquico), Luhmann refere que ‘a consciência é o único fator de irritação da comunicação’⁹⁰.

Ele propõe desconsiderar o modelo em que comunicar significa a mera transmissão de informações para substituir pela noção de comunicação segundo a qual a comunicação consistiria na síntese de três elementos: a *informação*, o ato de *comunicar* e o ato de *entender*, ressaltando de antemão que caso um desses elementos não ocorra, a comunicação não se completa⁹¹.

A abordagem leva a considerar a comunicação como a única operação genuinamente social, já que é a única que pressupõe que estejam presentes dois sistemas de consciência (um para proferir a comunicação, outro para entender); trazendo implicitamente a tese de

⁸⁹ LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad:** de la unidad a la diferencia. Madrid: Editorial Trotta, 1998.p. 56.

⁹⁰ LUHMANN, NIKLAS. **Introdução à Teoria dos Sistemas.** Petrópolis: Vozes, 2009. p. 279.

⁹¹ LUHMANN, 2009, Ibid., p. 292.

que, nessa operação elementar da comunicação, já está inserida, como parte constitutiva, a sociabilidade.

Um detalhe interessante da teoria sistêmica⁹² é o fato de considerar como sendo informação unicamente aquela que se constitui como uma novidade, logo, é necessária uma seleção da comunicação. Onde não houver novidade, não poderá ser considerado como tendo ocorrido comunicação.

Para haver informação é necessário que haja uma seleção. Isso implica dizer que no ato de comunicar, uma informação que já é conhecida impede a comunicação. “Denominamos información a un *acontecimiento que selecciona estados del sistema.*” (LUHMANN, 1991, p. 86). Informação é levar algo novo, selecionado no espectro de estados do sistema. Podemos dizer que o conceito de informação serve para evitar a tautologia. Nesse sentido, “a informação reduz a complexidade na medida em que dá a conhecer uma seleção, excluindo com isso possibilidades de escolha.” (Ibid., 1991, p. 87).

Segundo Luhmann, informação significa ‘uma selección, porque en cada contexto comunicativo se da una gama de posibilidades de información que Alter podría querer dar a conocer a Ego’⁹³

Após analisar o ato de comunicar, agora precisamos compreender o ato de entender, que tanto quanto a informação e o ato de comunicar, também é uma seleção. Para completar o ciclo comunicativo é preciso entender o que foi dito por uma pessoa, lembrando que informar e ato de comunicar são coisas diferentes. Luhmann explica que a relação comunicativa se constrói mediante a presença de todos os elementos: a informação o ato de comunicar e o ato de entender, afirmindo que

[...] o ato de entender pode ocupar-se da informação, ou do comportamento expressivo do outro. Mas isso depende do fato de que se capte que tanto a informação, como o ato de comunicar, são seleções que devem manter-se distinguidas. Enquanto essas distinções não se realizam, não houve comunicação, mas uma simples percepção. (2009, p. 298)

A dimensão da cultura da comunicação da advocacia como organização também leva em conta os aspectos dialéticos da comunicação, pois, segundo a

⁹² MACHADO, 2012, op.cit.

⁹³ LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales: Lineamientos para una teoría general.** México: Alianza, 1991. p 70.

teoria dos sistemas sociais, ‘a comunicação leva à decisão de que tanto a informação como o ato de comunicar podem ser aceitos ou recusados. [...] Esse caminho de dois lados demonstra a forma na comunicação’⁹⁴, porque quando se afirma uma sentença se está renunciando à outra. Segundo Luhmann, ‘a comunicação bifurca a realidade’⁹⁵.

Segundo a teoria sistêmica, desde a criação do IOAB até chegar à OAB, a razão de existir de uma organização deve estar pautada no interesse de seus membros. Luhmann entende que o indivíduo deve poder beneficiar-se de sua organização, destacando, contudo, que os sistemas psíquico e social devem andar separados⁹⁶:

se diferenciam autorreferência (sistema) e heterorreferência (entorno), sendo que a teoria de operações autopoieticas conclui que não podem continuar existindo organizações em que o indivíduo não se beneficie desta, segundo sua autocompreensão.

Sabendo dessas premissas da teoria sistêmica, é possível afirmar que a advocacia quando se comunica como organização, o faz através de um conjunto semiótico de comunicação sistêmica, através dos códigos, da linguagem técnico-jurídica, de seus símbolos, hábitos e costumes da profissão, realizando o sistema autopoietico da advocacia.

3.3.1.2 A Dimensão da Cultura como Estoque de Conhecimento

A dimensão da cultura como estoque de conhecimento da advocacia enquanto organização remonta, historicamente, à constituição da profissão ocorrida no Brasil Império, tendo sido imbuída pelos anseios de participação ativa da construção do Estado num contexto da independência do Brasil.

Segundo Bonelli, ‘a construção da profissão ocorreu simultaneamente à construção do Estado, no contexto posterior à Independência’⁹⁷, com a fundação do Instituto da Ordem dos Advogados do Brasil, surgido no período imperial com a criação das faculdades de direito de São Paulo e Olinda, em 1827, tendo a sua fundação oficial em 1843.

⁹⁴ MACHADO, 2012, op.cit.

⁹⁵ LUHMANN, NIKLAS. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 303.

⁹⁶ LUHMANN, 2010. Id., p. 114.

⁹⁷ BONELLI, 1999, op.cit.

O Instituto da Ordem dos Advogados do Brasil nasceu com objetivos que iam muito além da defesa das prerrogativas da advocacia ou defesa de mercado, mas se propondo a constituir-se num importante partícipe da construção do Estado, vindo a se transformar, em 1930, na Ordem dos Advogados do Brasil⁹⁸.

Após a sua criação, a organização depende da cooperação voluntária dos seus membros para criação de sistemas de conhecimentos, de transmissão de conhecimentos, assim como sistemas de arquivo de conhecimentos, considerando, no dizer de Bonelli, ‘o predomínio de um olhar que focalizava o fenômeno profissional de forma crítica, vinculando o ideal de serviço à construção de uma ideologia que fornecia as bases de legitimação dos poderes profissionais e do monopólio de mercado’⁹⁹.

Mas não somente isso, Bonelli critica Magali Larson, por entender que ela ‘expandiu esta visão para incluir no tipo ideal de profissionalização um processo duplo de controle de mercado e de mobilidade social coletiva’, o que determina o paradoxo do escopo da cultura como estoque de conhecimento na organização da advocacia, porque a pesquisadora argumenta que ‘as motivações que Larson identifica para explicar a profissionalização — projeto de mobilidade coletiva de grupos médicos e de controle de mercado — descharacterizam seu modelo como típico-ideal, por perder a dimensão de generalização que lhe é indispensável’¹⁰⁰.

Assim, a análise da dimensão da cultura como estoque de conhecimento para a organização tanto da advocacia, como da medicina – chamadas de profissões do império – não se trata de mero trabalho com vistas à ascensão social.

Assim refere Bonelli;

O constructo de profissão como tipo ideal não pode se limitar a ficar excluindo uma multiplicidade de experiências do âmbito do modelo, como acontece com a visão que atrela o profissionalismo à ascensão social.

Segundo Bonelli, os ideais propagados pelos fundadores do IOAB não se limitavam aos interesses de reserva de mercado, afirmando que¹⁰¹

⁹⁸ BONELLI, 1999, Ibid.

⁹⁹ BONELLI, 1999, Ibid.

¹⁰⁰ BONELLI, 1999, Ibid.

¹⁰¹ BONELLI, 1999, Ibid.

Um tipo ideal capaz de dar solidez teórica à definição de profissão tem de considerar experiências como a brasileira, onde a profissionalização dos bacharéis foi iniciada por segmentos sociais de elite (e não por setores médios querendo ascender coletivamente) com uma proposta de influenciar o Estado mediante o seu conhecimento sobre jurisprudência (e não apenas de controlar o mercado).

Os objetivos do IOAB também eram políticos e já sinalizavam os primeiros movimentos de criação da OAB¹⁰².

A OAB vai surgir, pois, quase 90 anos depois da fundação do IOAB, que tinha como meta principal a sua criação, num contexto onde se articulam (a) a substituição de uma linha política descentralizada e mais hostil à proposta da Ordem por uma política centralizadora e corporativa, (b) as redes de relações do Instituto com Vargas e Oswaldo Aranha e (c) o crescimento da estrutura organizacional dos advogados.

Note-se que através do sistema psíquico e da memória, a advocacia como organização realiza uma das tarefas mais importantes do gerenciamento de uma organização consistente em ‘transformar uma memória pessoal em memória organizacional, recordações e esquecimentos, isto é, arquivá-la’¹⁰³, criando assim o arcabouço da própria dogmática jurídica no Brasil.

Com a finalidade de incentivar a organização do Estado brasileiro em conjunto com a organização da advocacia, visando influenciar o processo político, a constituição da advocacia como organização suscitou a necessidade da catalogação do conhecimento, através do fechamento do sistema, conforme apregoado pela autora¹⁰⁴:

Se a ausência de um contingente médio com acesso ao ensino superior constrangeu o modelo de profissionalização motivado pela mobilidade, redirecionando-o para o âmbito do poder, a constituição do Estado brasileiro simultaneamente à constituição das profissões modernas colocou na pauta dessa elite a importância de se organizar para influenciar o processo político em curso, além da preocupação com o controle do mercado de trabalho e com a contenção da participação de outros segmentos sociais nesta carreira.

Assim, o início oficial da construção de uma dimensão da cultura da advocacia como organização se deu com a criação dos cursos superiores e a

¹⁰² BONELLI, 1999, Ibid.

¹⁰³ LUHMANN, Niklas. **Organización y Decisión**. Tradutor: Darío Rodrigues Mansilla. México: Universidade Iberoamericana; Herder, 2010. p. 113

¹⁰⁴ BONELLI, 1999, op.cit.

fundação do IOAB, tendo como escopo além da instituição oficial da dogmática do direito nacional, mas também no objetivo de constituir-se como braço direito do Estado em questões jurídicas, daí a importância de considerar o período imperial e da Primeira República em que se deram esses movimentos.

Nesta senda, o ponto fulcral da análise diz respeito às relações dos advogados com o Estado, o que inclui não só o poder de criar o arcabouço científico, ou a dogmática jurídica, que chamamos aqui de estoque de conhecimento, como também o monopólio da fiscalização da profissão, dando origem a organizações autônomas, em que pese o debate sobre a existência de uma relação unilateral com o Estado, ‘enfatizando-se sua intervenção na autonomia dos profissionais’¹⁰⁵.

A evolução da advocacia também enfrentou uma forte denúncia à crítica imperialista no campo do Direito para a América Latina, insurgindo-se contra a intervenção. Refere Bonelli¹⁰⁶:

os fracassos da transferência para o Brasil, durante os anos 60, do modelo norte-americano de se conceber, ensinar e praticar a advocacia, já que este obteve muito pouca receptividade entre os advogados brasileiros (Gardner, 1980). (...) Apesar da tentativa de importação de modelos estrangeiros, a investigação aponta que “a trajetória da organização dos advogados no Brasil revela uma relação muito mais dinâmica e complexa com o Estado do que a imaginada pela concepção acima. Fora desta polarização — ser submisso ao Estado ou controlar autonomamente a divisão do trabalho profissional —, os advogados brasileiros exploraram um amplo leque de possibilidades para influenciar o Estado nos últimos 150 anos.

Assim, releva considerar sobre a identificação do real papel político da advocacia no Brasil que a ‘ruptura com a concepção dualista de que, de um lado, se tem a autonomia profissional e, de outro, a intervenção do Estado, introduziu o reconhecimento de como ambos se formaram num processo interdependente em diversas experiências históricas’¹⁰⁷, confirmado a nossa tese de que a organização dos advogados no Brasil expõe uma relação muito mais dinâmica e complexa com o Estado, confirmando a importância, desde a Primeira República, do valor da influência da advocacia no sistema social.

¹⁰⁵ BONELLI, 1999, Ibid.

¹⁰⁶ BONELLI, 1999, Ibid.

¹⁰⁷ BONELLI, 1999, Ibid.

3.3.1.3 A Dimensão da Cultura como Sistema de Valores

A terceira e, ao nosso ver, mais importante dimensão da cultura como sistema de valores da advocacia como organização leva em conta elementos subjetivos que, segundo a perspectiva sistêmica, além da comunicação e do arcabouço de conhecimento técnico, partem da dimensão considerada como uma ‘*visión del mundo, donde se incluyen las religiones, filosofías, ideologías, toda reflexión sobre totalidades, las cuales implican un sistema de valores, y por ello dan sentido a la acción y permiten interpretar el mundo*’¹⁰⁸.

A advocacia como Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) iniciou por força do artigo 17 do Decreto nº 19.408, de 18 de novembro de 1930, do Governo Provisório¹⁰⁹.

A denominação “ordem” tem a sua origem no sistema medieval francês, ‘como conjunto estatutário que ordena um modo de vida reconhecido pela Igreja, semelhante à *Ordo Clericorum* ou às ordens da cavalaria’, onde o ‘advogado era o cavaleiro em leis, assimilável aos cavaleiros militares que iam ao combate para defender os pobres e humildes’¹¹⁰.

O anteprojeto de decreto de criação da OAB foi redigido por André de Faria Pereira, com apoio do Ministro da Justiça Osvaldo Aranha, tendo recebido parecer do então consultor-Geral da República Levi Carneiro, salientando ‘que a OAB deveria ser distinta do sistema americano de associação voluntária, optando por uma lei orgânica que assegure a *self governing profession*, no interesse público, com poderes de seleção e disciplina da classe’¹¹¹.

Os atos preparatórios à criação da Ordem dos Advogados do Brasil incluíram os esforços do presidente do IOAB, Alfredo Pinto Vieira que, em seu discurso a 16 de abril de 1914, proclamou o interesse em criar uma instituição ‘toda nossa, sem

¹⁰⁸ PREZA; PLATA; HERNANDEZ-ARZABA; GONZALES; GARCIA-SANCHEZ, 2017, op.cit.

¹⁰⁹ “Art. 17 de Decreto 19.408/1930 – Fica criada a Ordem dos Advogados Brasileiros, órgão de disciplina e seleção dos advogados, que se regerá pelos estatutos que forem votados pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, com a colaboração dos Institutos da Ordem dos Estados e aprovados pelo Governo”.

¹¹⁰ LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB.** 15ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2023.p. 299.

¹¹¹ LÔBO, 2023, Ibid., p. 301.

privilégios hierárquicos, nem subordinações que afetem a nossa independência¹¹², no claro interesse de descolar o Brasil dos modelos europeus.

Notadamente, o sistema de valores da advocacia envolve uma atuação profunda que se iniciou no final do Brasil-Império e se posterga até os dias de hoje como fonte de construção do Estado e de formação da esfera pública, conforme verificado na doutrina de Bonelli¹¹³:

Este redirecionamento do enfoque tem priorizado o papel que os advogados desempenharam e seguem desempenhando tanto na formação do Estado e na fabricação da esfera pública, quanto na inserção em comunidades e na defesa de perspectivas universalistas em diversos países (Karpik, 1988 e 1995; Halliday e Karpik, 1997; Dezalay e Garth, 1995 e 1996; Ledford, 1996), em contraste com o olhar que enfatizava apenas os advogados no mercado, mobilizados por seus interesses específicos.

Atualmente, os fins e a organização da Ordem dos Advogados do Brasil estão descritos nos artigos 44 e 45 da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994¹¹⁴.

Segundo Lôbo, o Estatuto da OAB trouxe o equilíbrio entre os dois níveis de interesse (corporativo e institucional), em detrimento da ‘controvérsia reinante no seio da OAB, sobre suas finalidades e objetivos, confrontando aqueles que

¹¹² LÔBO, 2023, Ibid., p. 300.

¹¹³ BONELLI, 1999, op.cit.

¹¹⁴ Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:I - defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas; II - promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

§ 1º A OAB não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico.

§ 2º O uso da sigla OAB é privativo da Ordem dos Advogados do Brasil.

Art. 45. São órgãos da OAB:

I - o Conselho Federal;

II - os Conselhos Seccionais;

III - as Subseções;

IV - as Caixas de Assistência dos Advogados.

§ 1º O Conselho Federal, dotado de personalidade jurídica própria, com sede na capital da República, é o órgão supremo da OAB.

§ 2º Os Conselhos Seccionais, dotados de personalidade jurídica própria, têm jurisdição sobre os respectivos territórios dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 3º As Subseções são partes autônomas do Conselho Seccional, na forma desta lei e de seu ato constitutivo.

§ 4º As Caixas de Assistência dos Advogados, dotadas de personalidade jurídica própria, são criadas pelos Conselhos Seccionais, quando estes contarem com mais de mil e quinhentos inscritos.

§ 5º A OAB, por constituir serviço público, goza de imunidade tributária total em relação a seus bens, rendas e serviços.

postulavam a proeminência ou quase exclusividade, dos interesses corporativos com os quais pugnavam pela prevalência da atuação político-institucional’.

Em que pese a crescente proletarização da advocacia em âmbito nacional, da qual não parece preocupar a entidade de representação da categoria, Lôbo entende que a OAB ‘engrandeceu-se, adquirindo confiabilidade e prestígio populares, porque não se ateve apenas aos interesses de economia interna, fugindo à enganosa tentação da paz burocrática de seu microcosmo’¹¹⁵.

Nos primórdios, os advogados liberais idealizaram uma OAB com caráter estritamente profissional, com o fito corporativo e apolítico. Contudo, os valores da advocacia se ampliaram para admitir, em face das ditaduras do Estado Novo (1937/1945) e do regime militar (1964/1985), a necessidade de imprimir um caráter político à entidade, para ‘assumir coletivamente a defesa dos direitos humanos e os princípios do Estado Democrático de Direito’¹¹⁶.

Assim, a dimensão da cultura como sistema de valores da advocacia, aquela que considera a reflexão sobre totalidades, englobando visão de mundo, incluindo a religião, a filosofia e ideologias e demais aspectos relacionados a sistemas de valores que possam dar sentido às ações da organização e permitam interpretar o mundo, evocam a trajetória da OAB na direção do civismo e da solidariedade social.

Mas as posições não são uníssonas nesse sentido. Todos os esforços para a evolução da advocacia nos últimos anos demonstram a reação contra ‘os diagnósticos, predominantes no Brasil no final dos anos 70, que atribuíam aos bacharéis a condição de ventríloquos dos interesses das elites econômicas ou políticas’¹¹⁷, porque ‘parte significativa das análises sociológicas desse período não identificou as profissões liberais como atores políticos com motivações próprias’¹¹⁸.

Assim, os indivíduos passam a imprimir um caráter axiológico à organização, lembrando que para Rocha e Azevedo ‘o ‘indivíduo-humano’ pertence ao ambiente do sistema social, ao ambiente da sociedade e, portanto, pertence também ao ambiente das organizações’¹¹⁹, complementando a lição de Luhmann para quem

¹¹⁵ LÔBO, 2023, op.cit. 312.

¹¹⁶ LÔBO, 2023, Ibid., p. 313.

¹¹⁷ BONELLI, 1999, op.cit.

¹¹⁸ BONELLI, 1999, Ibid.

¹¹⁹ ROCHA, Leonel; AZEVEDO, Guilherme. Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoética. **Revista de Estudos Constitucional, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 4 n. 2, p. 119, jul./dez. 2012. Disponível em:

'uma pessoa não é mais do que um símbolo para comportamentos próprios dos sistemas sociais e as pessoas surgem mediante a participação de seres humanos na comunicação'¹²⁰.

Outro aspecto da teoria sistêmica que embasa o referencial teórico desta dissertação consiste na classificação da advocacia como periferia do sistema do judiciário. Outrossim, requer que a dimensão da cultura organizacional esteja pautada na ideia de consenso social.

Partindo do pressuposto de que não se inclui entre o sistema de valores da advocacia, enquanto organização, a função de 'indicar opções políticas conjunturais, porque não é o Parlamento do País'¹²¹, devendo se dedicar a 'denunciar os desvirtuamentos dos parâmetros do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos e da justiça social'¹²², toda e qualquer participação em questões de cunho político deve estar pautada no consenso. Nesse sentido¹²³

Os consensos precisam ser gerados, interorganizacionalmente, a partir de decisões contínuas sobre determinado tema, horizontalmente, ou a partir de decisões impostas por colegiados superiores, fruto de consensos entre seus integrantes. O consenso gerado da primeira forma eventualmente vai alcançar os colegiados, via recursos ou arquivamentos, amparando ou desamparando o conjunto de decisões; no segundo caso, os colegiados amadurecem um tema já discutido pela Instituição, ou constroem espontaneamente algo sobre um tema novo oriundo do sistema político, como uma nova lei ou decreto, observados pelo e no sistema do Direito.

Para confirmar a tese adotada pela teoria dos sistemas sociais, criada como um modelo para explicar a realidade considerando que cada sistema possui a sua lógica própria e seus próprios códigos binários, analisamos o emblemático caso do *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff em 2016, onde ficou evidente o acoplamento estrutural do sistema do direito com o sistema político, notadamente pelo ativismo da Ordem dos Advogados do Brasil naquele processo.

¹²⁰ <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.42.09>. Acesso em: 17 out. 2024.

¹²¹ LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Tradutor: Darío Rodrigues Mansilla. México: Universidade Iberoamericana; Herder, 2010. p. 117.

¹²² LÔBO, 2023, op.cit., p. 313.

¹²³ LÔBO, 2023, Ibid., p. 313.

¹²⁴ ROCHA, Leonel; AZEVEDO, Guilherme. Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoietica. **Revista de Estudos Constitucional, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 4 n. 2, p. 205, jul./dez. 2012. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.42.09>. Acesso em: 14 out. 2024.

Como exemplo da organização, a formação do consenso da Ordem dos Advogados do Brasil quanto à participação efetiva (ou mesmo a provocação) do processo de *impeachment*, com voto de 26 das 27 bancadas de conselheiros federais da instituição, enseja a indagação do papel da organização no sistema social bem como dos objetivos políticos de suas lideranças naquela que foi uma das mais violentas intervenções da advocacia enquanto organização no sistema político.

Luhmann afirma que ‘ninguém pode ter segurança acerca da construção ou padrão das atitudes de outros seres humanos’¹²⁴, o que obriga a se redefinir a correlação entre comunicação e consenso, ocasionando acordos ou conflitos e diferenciação, podendo vir a extrapolar o sistema de valores da organização.

Ademais¹²⁵,

Para Luhmann, a importância do consenso e o dissenso só obtém relevância social através de ferramentas comunicativas e obter esta relevância significa: ser o que afirmam ser, já que a comunicação comprova a realidade de suas próprias suposições através da contradição da comunicação com a comunicação.

Por outro lado, quanto à reflexão sobre totalidades, englobando visão de mundo, incluindo a religião, a filosofia e ideologias e demais aspectos relacionados a sistemas de valores, a responsabilidade da advocacia como organização fica a critério do que a doutrina sistêmica denomina sistemas psíquicos.

No caso das organizações¹²⁶,

los sistemas psíquicos son los directivos, gerentes, operativos y demás colaboradores que participan en las actividades y procesos diarios en el cumplimiento de objetivos y metas; los sistemas psíquicos son las conciencias que junto con los sistemas sociales representan a los seres vivos, quienes realizan operaciones internas llamadas pensamientos.

O conceito de liderança, segundo a teoria sistêmica, deve ser mencionado para uma melhor compreensão dos seus efeitos na autopoiesis da OAB com o sistema político e a sociedade em geral¹²⁷:

¹²⁴ LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Tradutor: Darío Rodrigues Mansilla. México: Universidade Iberoamericana; Herder, 2010. p. 119.

¹²⁵ LUHMANN, 2010, Ibid., p.119.

¹²⁶ PREZA; PLATA; HERNANDEZ-ARZABA; GONZALES; GARCIA-SANCHEZ, 2017, op.cit.

¹²⁷ PREZA; PLATA; HERNANDEZ-ARZABA; GONZALES; GARCIA-SANCHEZ, 2017, Ibid.

Es importante mencionar el concepto de liderazgo como otro elemento que integra a los sistemas psíquico y que Amorós (2007) define como la capacidad de una persona de influir en un grupo para que logren sus metas trazadas, Chiavenato (2001), lo conceptualiza como la influencia interpersonal ejercida por el líder frente a sus seguidores en determinada situación, a través de procesos de comunicación en busca de la realización de uno o varios objetivos; siendo este un concepto de amplia relevancia en lo que respecta al ámbito organizacional, como lo afirma Amorós (2007), “el liderazgo ha sido siempre relevante para las organizaciones.

Assim, é no ato da tomada de decisões nas organizações que se encerra toda a complexidade da organização, pois representará o espectro da concretização do sistema de valores e da visão de mundo da instituição.

No mesmo diapasão, a referência à dinâmica das decisões¹²⁸:

En el sistema organización se aprecia la dinámica de la toma de decisiones que de acuerdo a Luhmann (1997), es donde se presenta la complejidad de las organizaciones; ya que ésta está constituida en la relación entre decisiones, donde las relaciones per se, conforman el primer contenido de la decisión, esto es, decidir por o para que se decida, es decir, las decisiones se califican y se definen mutuamente.

A grande questão que se apresenta no caso da interferência da Ordem dos Advogados do Brasil no processo de *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff, como exemplo de atuação da advocacia como organização, diz respeito à formação de uma memória coletiva da instituição que se transformou em memória social a partir do efeito da autopoiesis, pondo em dúvida o sistema de valores da própria instituição perante a sociedade.

O artigo intitulado ‘*La cultura organizacional analizada a partir la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos de Niklas Luhmann*’ é categórico ao afirmar que¹²⁹

la cultura es considerada un sistema parcial dentro del sistema organización; este sistema parcial (abstracto) a su vez tiene sistemas parciales como los valores, creencias, clima, normas, símbolos y filosofía, los cuales deben ser un apoyo para el sistema organización en la resolución de problemas y toma de decisiones, que por medio de la comunicación producida por los sistemas síquicos (reales o concretos), generan un complejo de relaciones a través de los procesos adaptativos cognitivos; mismos que influyen formando memorias colectivas en la organización (recuerdos) que posteriormente construyen la memoria social (estructura y función) para ser integrada en la cultura organizacional con el objetivo de generar transformaciones a través de la autopoiesis.

¹²⁸ PREZA; PLATA; HERNANDEZ-ARZABA; GONZALES; GARCIA-SANCHEZ, 2017, Ibid.

¹²⁹ PREZA; PLATA; HERNANDEZ-ARZABA; GONZALES; GARCIA-SANCHEZ, 2017, Ibid.

Ademais, segundo Lôbo, para a OAB ‘o pluralismo político e o apartidarismo são imprescindíveis para sua sobrevivência e respeitabilidade’¹³⁰, porque ‘a OAB não é de alguns, mas de todos os advogados’¹³¹, rematando que a ‘sua força reside na sabedoria em traduzir o pensamento médio da classe’.

Na hipótese do *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff, em que pese a liderança ter logrado conseguir um consenso entre as bancadas dos conselheiros federais da OAB, na sua totalidade refugiu ao sistema de valores da instituição, obrigando a redefinir conexões entre comunicação e consenso, demonstrando a complexidade do sistema.

Ao interpretar Luhmann, Beckhausen é bastante claro ao afirmar que para a organização é possível a criação de um consenso sem que exista de fato acordo entre os atores dessa mesma organização¹³².

Para Luhmann se pode falar na produção de equifinalidade, capacidade de um sistema aberto chegar ao mesmo estado final por diferentes vias e partindo de diferentes condições iniciais, dos estados de consciência individuais, ou seja, os processos comunicativos são encarados com o mesmo sentido, produzindo acordos, sem estarem comprometidos psiquicamente.

Neste caso, a linha é tênue e pode ensejar a análise do fenômeno por vieses diferentes dentro da teoria dos sistemas sociais.

Recapitulando, estamos analisando as três dimensões da cultura das organizações, sendo que neste terceiro subcapítulo, nos debruçamos sobre a análise da cultura como sistema de valores da advocacia como organização.

Neste caso, devemos considerar que o sistema de valores de uma organização passa a ser o substrato subjetivo daquilo de que um determinado grupo de indivíduos, sendo equiparado a uma mesma visão de mundo, incluindo a religião, a filosofia e ideologias e demais aspectos relacionados a sistemas de valores, que possam dar sentido às ações da organização e permitem interpretar o mundo.

Partindo da premissa que a advocacia deve adotar o código binário próprio do sistema do direito, que é o sistema do lícito/ilícito, lembramos que¹³³

¹³⁰ LÔBO, 2023, op.cit., p. 314.

¹³¹ LÔBO, 2023, Ibid., p. 314.

¹³² BECKHAUSEN, 2022, op.cit., p.150.

¹³³ LUHMANN, NIKLAS. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Editora Livraria Ltda. 2016. p. 82

A codificação binária refere-se à observação de operações do sistema, reconhecida por atribuir os valores lícito ou ilícito. (...) O que não puder ser apreendido com esse esquema de controle legal/illegal não pertencerá ao sistema do direito, mas a seu ambiente interno ou externo à sociedade.

Contudo, enquanto organização, a OAB utilizou o discurso argumentativo do sistema da moral, cujo código binário é certo/errado ou o discurso argumentativo considerando o que é conveniente/inconveniente, próprio do sistema político – e observamos isso não como um estreitamento da moldura que é delineada pelo texto normativo - ela estará usando como parâmetro decisório o código binário interno da política, que é a lógica interna do sistema que deveria orientar o legislador e não o advogado ou a OAB.

Assim, naquele episódio, a OAB invadiu e acoplou estruturalmente com o sistema político e através de seu sistema psíquico (liderança da OAB Nacional), utilizou indevidamente o código binário do sistema da moral e do sistema da política – estranhos à sua função – praticando um ativismo que não era de sua competência e nem estava dentro da sua dimensão da cultura como sistema de valores, redundando em predação do sistema vizinho.

A irritação (influência) praticada pela OAB no cenário do *impeachment* de 2016 pode até mesmo ser considerado como uma forma de corrupção sistêmica que, no caso de ocorrer entre os sistemas do Direito e da Política ‘é uma forma de corrupção que se manifesta quando as fronteiras entre esses dois sistemas sociais se confundem, gerando interdependência e vulnerabilidade’¹³⁴.

Em casos como o da interferência no processo de *impeachment* ‘a corrupção sistêmica pode levar a um enfraquecimento da democracia, uma vez que ela afeta a

¹³⁴ MONTEIRO, Felipe Rodrigues; BANDEIRA, Nelson Flávio Brito. **Entre Direito e Política: as Procuradorias Legislativas e a Teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.** Disponível em: https://d1wqxts1xzle7.cloudfront.net/104911844/Entre_Direito_e_Politica_As_Procuradorias_Legislativas_e_a_Teoria_dos_Sistemas_de_Niklas_Luhmann-libre.pdf?1691705356=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DEntre_Direito_e_Politica_As_Procuradoria.pdf&Expires=1729566074&Signature=egRBb2~73bCRI6m6IGStph~W3oRO8xHtHVBKySII-8Dqde8JP90uK6YaiWhyPr5t0Zk4R~3Qj6WPB~XUpWQ5WTzDUoUY0VuGciizPoKk84qRPE92LaBMy1pLRYcsJ3vP0dgdm-7mQuKVQfMMsnjlyqGJQQ~wYJF6y3eXBj-aK2nYlZeAiuO6Z9-hBFSWbHSOIRakT0psx1d-COnHzTvDdgHJfw9qKavsO0g-IGiTAbzH5kpPga8zLjHN4QZGaGxBvNOAHpesR8dzNzWiDKB-GylIVIJ4WMdzBd2xeKEsojaD1LKWGFSnWVqIQMdMeQjpseVh6E6qrifxcYZywHAlg__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA

confiança da população nas instituições políticas e jurídicas¹³⁵, podendo inclusive ser interpretado como ‘um problema que afeta a complexidade e a diferenciação funcional dos sistemas sociais, o que pode levar a uma desestabilização do próprio funcionamento desses sistemas’¹³⁶.

Ainda sobre o conceito de acoplamento estrutural, é importante referir que¹³⁷

Nesse sentido, segundo ele, se encaixa o conceito de “acoplamento estrutural” (*Ibid.*, p. 589 e seg.) que pode ser definido como uma forma que permite a interdependência entre diferentes subsistemas sociais que operam em códigos distintos e mantêm sua autonomia operacional (LUHMANN, 2010, p. 33). Assim, cada subsistema mantém sua própria lógica e código de operação, mas eles precisam um do outro para se reproduzirem e garantir a reprodução da sociedade como um todo: Consequentemente, também o acoplamento estrutural é uma forma, ou seja, uma forma constituída de dois lados — em outras palavras, uma distinção. O que inclui (o que é acoplado) é tão importante quanto o que exclui. As formas de acoplamento estrutural são, portanto, restritivas e assim facilitam a influência do ambiente sobre o sistema.

Assim, o sistema de valores da advocacia como organização demonstra a existência de determinadas influências que, segundo a teoria sistêmica, são denominadas de “irritações”. Ocorre que a evolução do sistema depende das irritações do ambiente e são objetos de observação pelos demais sistemas, porque não ocorrem de forma isolada.

Ainda assim, o acoplamento estrutural do sistema do direito com o sistema da política apresenta o importante liame da conexão pela Constituição Federal¹³⁸.

Apesar de suas diferenças, esses dois subsistemas estão acoplados estruturalmente e se influenciam mutuamente por meio da Constituição, que, segundo Luhmann, é o acoplamento estrutural entre Direito e Política (LUHMANN, 2016, p. 377). De acordo com Luhmann, o acoplamento estrutural entre política e direito é essencial para a reprodução da ordem social, uma vez que a política fornece a orientação para a tomada de decisões coletivas e o direito confere a validade jurídica em casos concretos (*Ibid.*, p. 592). Isso significa que a política define as orientações e objetivos da sociedade (maiormente programas finalísticos), enquanto o direito confere a licitude ou ilicitude, geralmente ao molde de programas condicionais (do tipo “se/então”).

¹³⁵ MONTEIRO; BANDEIRA, *Ibid.*

¹³⁶ MONTEIRO; BANDEIRA, *Ibid.*

¹³⁷ MONTEIRO; BANDEIRA, *Ibid.*

¹³⁸ MONTEIRO; BANDEIRA, *Ibid.*

O sistema pode apresentar certo grau de tolerância às irritações (influências), mas quando afeta o sistema de valores da organização, as irritações podem levá-lo a mudar suas estruturas, pois como definiu Maturana, a característica de produzir a si mesmo é chamado de autopoiese, ‘responsável por um aumento constante de possibilidades até que a complexidade atinja limites não tolerados pela estrutura do sistema, levando-o a mudar sua forma de diferenciação’, concluindo que a evolução do sistema ocorre quando ele se autodiferencia e ainda quando há uma passagem de um tipo de diferenciação para outro”¹³⁹.

Dessa forma, as questões tratadas neste capítulo relativamente à nossa investigação, analisada sob a ótica da teoria dos sistemas sociais autopoéticos, buscou demonstrar a cultura como elemento fundamental ao contexto da advocacia como organização, pois ‘*a partir de estas interpretaciones (abstracciones) el sistema se dinamiza para generar una acción que permita reducir la complejidad de las relaciones y comunicación de los elementos del sistema*’¹⁴⁰.

Em tal perspectiva, é possível considerar o entendimento da realidade da moderna advocacia tanto no plano abstrato como no plano concreto, dando origem a uma organização que atua através de seus sistemas psíquicos, construindo-se e autorregulando-se para adaptar-se às exigências de um entorno em constante mutação, complexo e global.

¹³⁹ KUNZLER, C. de M. **A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Estudos de Sociologia, Araraquara, v. 9, n. 16, 2007. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/estudos/article/view/146>. Acesso em: 21 out. 2024.

¹⁴⁰ PREZA; PLATA; HERNANDEZ-ARZABA; GONZALES; GARCIA-SANCHEZ, 2017, op.cit.

4 PREPARANDO O JOVEM ADVOGADO

A advocacia está presente em níveis globais, já que em todas as sociedades são necessários os sistemas jurídicos para a resolução de conflitos, prevalecendo o ministério da advocacia universal em qualquer circunstância em que os direitos estejam sendo violados ou sob ameaça, conforme as conclusões do XXV Congresso da União Internacional dos Advogados, realizado em Madrid no ano de 1973.

Significa dizer que a profissão da advocacia está longe de desaparecer dos sistemas sociais, mas necessita de constante adaptação à dinâmica do mundo cada vez mais complexo.

A nossa preocupação com o futuro da carreira jurídica no Brasil nos levou a investigar, sob a ótica da teoria sociológica sistêmica, os riscos a que os advogados estariam potencialmente expostos, a fim de poder propor soluções e propostas de uma adequação curricular que fosse capaz de fazer frente aos desafios de preparar o jovem advogado para a responsabilidade do exercício da advocacia plena.

Nossa intenção é auxiliar na construção de um novo modelo de ensino jurídico no Brasil, a partir da investigação realizada a qual será exposta neste capítulo.

4.1 O Poder de Decisão Emanado do Múnus Público da Advocacia e a Gestão dos Riscos Sistêmicos

Por força do art. 133 da CRFB, a advocacia é portadora da episteme jurídica, manifestando o conhecimento científico dentro do Sistema Social em oposição às opiniões infundadas. Dessa episteme deriva um poder de decisão que não está restrito à magistratura e ao Ministério Público, pois trata-se do múnus público da advocacia.

O poder de decisão do advogado, contudo, não pode ser comparado ao decisionismo e nem ao ativismo judicial, tampouco podemos equipará-lo à discricionariedade populista que, segundo Streck, merece severas críticas porque deriva de uma herança patrimonialista relacionada aos nossos estamentos,

defendendo que o poder de decisão dos agentes políticos – aqui extensivo aos advogados - deva estribar-se no caráter institucional e autoritativo do direito, devendo ser capaz, portanto, de reivindicar autoridade¹⁴¹.

Sopesando o exercício de um papel social de destaque, a advocacia deve evitar o exagerado romantismo político porque, segundo Schmitt, ‘o romantismo é o ocasionalismo subjetivado’, onde ‘o sujeito romântico considera o mundo como ocasião e pretexto para a sua produtividade romântica’¹⁴².

Tanto o poder quanto a coragem devem ser controlados pelo advogado militante que atua consciente de sua representação como instrumento de concretização da justiça.

O romantismo na advocacia representa o perigo da permissividade, servindo muitas vezes de pressuposto metafísico a toda e qualquer decisão, mesmo que desprovida de fundamentação normativa. Conforme ressalta Macedo Júnior¹⁴³:

Para o romantismo, qualquer valor como o Estado, o Povo ou o Sujeito podem tomar o lugar de Deus, como centro decisivo ou instância suprema.

Logo, é dever do advogado a lucidez e consciência, adotando um padrão de atuação amparada na lei e na defesa intransigente da Constituição Federal e das instituições democráticas.

A partir dessa premissa, se legitima o poder de decisão do advogado que precisa ser profundamente estudado, uma vez que desse poder de decisão derivam responsabilidades.

A atividade advocatícia no Brasil, aliada às novas realidades globais, demanda a necessidade do aprofundamento da investigação científica do cenário de insegurança para a atuação dos profissionais do direito, considerando que lado a lado com o prestígio inerente ao múnus público caminham os riscos que expõem

¹⁴¹ STRECK, Lenio. **Justiça entre exegesimo e decisionismo: o que fazer?** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-mar-27/senso-incomum-justica-entre-exegetismo-decisionismo>.

¹⁴² SCHMITT, Carl. **Romantismo Político**. Ed. Giuffrè: Milano. 1981. p.26.

¹⁴³ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Constituição, soberania e ditadura em Carl Schmitt**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política [online]. 1997, n. 42 [Acessado 25 Julho 2023], pp. 119-144. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-64451997000300005>>. Epub 20 Out 2010. ISSN 1807-0175. <https://doi.org/10.1590/S0102-64451997000300005>.

advogados e advogadas às responsabilidades correspondentes à alta complexidade de sua atividade.

Partimos da falta de segurança normativa e de uma formação consistente apta a orientar e proteger de forma clara a atuação dos advogados e definir medidas eficazes na identificação dos riscos, sem prejuízo ao reconhecimento de suas prerrogativas constitucionais e de modo a preservar os princípios de lealdade e sigilo entre cliente e advogado.

O Estatuto da Advocacia prevê no artigo 34 as hipóteses de atos que constituem infração disciplinar, pelo que sugerimos especial atenção aos incisos XVII – ‘prestar concurso a clientes ou a terceiros para realização de ato contrário a lei ou destinado a fraudá-la’ e XVIII — ‘solicitar ou receber de constituinte qualquer importância para aplicação ilícita ou desonesta’.

O Código de Ética e Disciplina da OAB regulamenta no artigo 2º, parágrafo único, inciso VIII, as hipóteses em que o advogado deverá se abster da prática de atos.

Tratam-se de hipóteses de situações em que o advogado percebe-se diante da necessidade da tomada de decisões em que a sua atuação envolve risco de estar contribuindo para o cometimento de um delito, devendo imediatamente se abster de contribuir com o ato, haja vista a possibilidade de ser incluído na análise da punibilidade por cooperação em delito alheio.

A subjetividade da percepção dos riscos envolvidos deve ser objeto de análise no campo do ensino jurídico, dado que a norma alhures transcrita traz em seu bojo conceitos abertos como “atividades estranhas à advocacia”, “manifestamente duvidoso” ou “a ética, a moral”, havendo dúvida acerca da existência real de ilicitude, expondo a falta de clareza para o jovem advogado tomar a decisão correta frente aos riscos advindo da atividade.

Por outro lado, o Código de Ética e Disciplina da OAB prescreve direito-dever do advogado ao sigilo profissional no Capítulo III (artigos 25 - 27), o que coloca o profissional da advocacia muitas vezes numa situação paradoxal, considerando que se o advogado é indispensável à administração da justiça, qualquer medida que abale a confiança do cliente em seu advogado caracteriza prejuízo ao direito de defesa, em prejuízo ao alcance da Justiça.

Tais paradoxos envolvendo o dever de abstenção da prática de atos que possam ser confundidos com cumplicidade com o ato delituoso, frente ao dever de sigilo profissional denotam os riscos e perigos envolvendo o seu papel na sociedade e restringindo o acesso à Justiça.

Cabe descrever algumas atividades desenvolvidas por advogados que apresentam riscos potenciais, definindo algumas tipologias catalogadas a partir de casos levados ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal envolvendo o crime de lavagem de dinheiro e a atuação de advogados, os quais foram analisados no âmbito do 1º Relatório em Advocacia e Lavagem de Capitais, no ano de 2020: Tipo 1: Operações imobiliárias; Tipo 2: Vendas simuladas de ativos; Tipo 3: Constituição de sociedades, associações, fundações ou estruturas análogas; Tipo 4: Operações envolvendo criptoativos; Tipo 5: Fraude cambial; Tipo 6: Representação de empresas estrangeiras; Tipo 7: Estruturação financeira e tributária envolvendo paraísos fiscais e *offshores*.¹⁴⁴

Para melhor compreensão das tipologias descritas por Casagrande, as reproduzimos na íntegra no Anexo II desta dissertação, descrevendo hipóteses e situações que podem suscitar lavagem de dinheiro em operações em que os advogados correm riscos inconscientemente.

No caso, a autora refere a necessidade de ‘regulamentações que eduquem os advogados aos sinais indicativos de possível envolvimento em conduta criminosa e, sobretudo, que orientem o seu agir seguro, conscientes de seu papel no combate à lavagem de dinheiro — e, como consequência, de se retirarem como alvos de criminosos que buscam seus serviços como ferramentas para a consecução dos crimes’¹⁴⁵.

Para uma compreensão do tema ligado aos riscos e perigos ínsitos à advocacia, buscamos na escola de Niklas Luhmann algumas respostas nas reflexões de um pensador que ousou elaborar um fundamento teórico sobre um tema que parece caracterizar a sociedade moderna: o risco.

¹⁴⁴ CASAGRANDE, Fernanda Fischer. Dissertação de Mestrado: **Vulnerabilidades do exercício da advocacia e seu envolvimento na prática de lavagem de dinheiro**. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/33402>

¹⁴⁵ CASAGRANDE, Ibid.

Em “A Sociologia do Risco”, Luhmann questiona a forma como a sociedade lida com a imprevisibilidade, que ele descreve como desvios do normal, acidentes e surpresas, entre outras ocasionalidades.

Ele assim expõe¹⁴⁶:

A sociologia crítica caracteriza-se, sobretudo, por não se limitar à mera descrição das constantes que observa na sociedade. Uma de suas tarefas, aliás, é ampliar o leque de constantes reconhecíveis, por exemplo, por meio de procedimentos estatísticos, e revelar as *estruturas latentes nelas*. No entanto, isso pode ser deixado de lado se nos perguntarmos como a própria sociedade explica e lida com desvios do normal, acidentes, surpresas, etc. Quanto mais alguém se inclina a confiar nos desenvolvimentos normais, mais atenção deve ser dada a esse lado sombrio da vida, a esse fardo de decepção que acompanha as expectativas.

São as situações que designam anormalidade e que mesmo assim devem estar amparadas pelo Direito. Analisando Luhmann em Ulisses Schuarz Viana refere ‘o Direito não corrige erros, mas acomoda riscos estruturais’¹⁴⁷.

Acerca da distinção entre os conceitos entre *risco* e *perigo*, Niklas Luhmann refere com maestria as diferenças conceituais, para que depois possamos operar com sua classificação dentro da advocacia¹⁴⁸:

Para poder fazer justiça a ambos os níveis de observação, daremos outra forma ao conceito de risco. Utilizaremos, mais especificamente, a distinção entre *risco* e *perigo*. Esta distinção pressupõe (e assim difere precisamente de outras distinções) que existe uma incerteza em relação a danos futuros. Surgem então duas possibilidades. Pode-se considerar que o dano eventual é consequência da decisão, e aí falamos de risco e, mais precisamente, do risco da decisão. Ou se julga que o possível dano é causado externamente, ou seja, é atribuído ao meio ambiente; e neste caso, falamos de perigo.

No exemplo clássico do automóvel em movimento percorrendo uma autoestrada, o advogado é o motorista e o cliente é o passageiro.

O motorista assume os riscos e o passageiro ao lado do motorista restaria assumir a situação de perigo, pois ao advogado incumbe a tomada de decisões, ficando o constituinte numa situação de vulnerabilidade por desconhecer a lei e os ritos processuais. Essas decisões implicarão em consequências lógicas decorrentes de sua deliberação. O motorista define a rota, a velocidade e as estratégias de

¹⁴⁶ LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. México: Ed. Universidad Iberoamericana, 2006. p.21.

¹⁴⁷ VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e Justiça em Niklas Luhmann. Complexidade e contingência no sistema jurídico**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2015. p. 77.

¹⁴⁸ LUHMANN, 2006, op.cit., p.37.

ultrapassagem, troca de pista, sinalização, etc., para conduzir o passageiro ao seu destino, estando claro que o advogado precisará ser arguto, pois a ele caberá a responsabilidade por uma série de decisões que irão do início ao fim da relação contratual existente entre as partes, com finalidades específicas.

No caso, o objetivo do cliente é buscar a garantia dos seus direitos, enquanto o objetivo do advogado é receber os honorários pelos seus serviços, podendo haver outros interesses envolvidos, como a busca de prestígio ou a prática de benemerência.

O advogado assume os riscos ao passo que o cliente é o portador (e o paciente) do conceito de perigo, estando sob os auspícios da crença da melhor técnica do advogado para levá-lo a uma situação de segurança em relação à garantia de seus direitos.

Essa consciência deverá permear a atuação do advogado enquanto durar a relação contratual com o seu cliente, a consciência de que em suas mãos se encontram as expectativas do seu constituinte.

Em notas de rodapé à obra *Sociologia do Risco*, Luhmann amplia a sua conceituação:

As palavras risco e perigo são freqüentemente usadas de forma idêntica ou com uma interseção pouco clara. “Escolhas arriscadas são escolhas que têm um elemento de perigo” é dito, por exemplo, em López, op. cit., p. 264. Nicholas Rescher, *Risk: A Philosophical Introduction to the Theory of Risk Evaluation and Management*, Washington, 1983, distingue *correr um risco de assumir um risco* (p. 6), porém, praticamente não fazendo uso dessa distinção. Uma posição de rejeição aberta em Anthony Giddens, *The Consequences of Modernity*, Stanford, Cal., 1990 (particularmente p. 34), que a justifica com base no fato de que o risco é precisamente o perigo de ocorrência de dano futuro; o importante não é a consciência de quem decide. E, na verdade, a consciência de quem decide não deveria ser tão importante. No entanto, você deve ser diferenciado conforme o dano tenha ocorrido ou não mesmo sem a decisão, independentemente de quem faça essa atribuição causal.

Logo, como se vê, o advogado assume infinitos riscos ao longo de sua carreira, como o patrocínio de uma causa apropriando os custos do processo, tratando-se, neste caso, de assunção dos riscos econômicos do trabalho, situação em que o advogado financia o cliente. O risco mais comum inerente à advocacia diz respeito à eleição das vias adequadas, o emprego dos remédios jurídicos adequados a cada caso, que se mal escolhidos poderão provocar o perecimento do

direito, em prejuízo ao titular do direito, consolidando a situação de perigo referido na doutrina.

Em uma análise transversa, o advogado pode passar do risco à situação de perigo, quando patrocinar a defesa de indiciado que mente para o seu advogado e procede no sentido de envolver o seu defensor em situações em que a presença do advogado seja confundida com a própria atividade criminosa. Estes são exemplos de situações de risco que exigem do advogado a tomada de decisões, pois não somente o legislador ou o juiz se deparam com hipóteses normativas preexistentes que, segundo Luhmann, não criam o direito ‘mas sim sua estrutura em termos de inclusões e exclusões, que passam por um filtro processual para se tornarem vinculativas’¹⁴⁹.

Devemos incluir a participação do advogado a quem também incumbe a tomada de decisões, pois ele é igualmente um importante ator social que deve seguir a decisão do legislador e muitas vezes agir se contrapondo à decisão judicial por meio de recursos cabíveis, porque o Direito é resultado de estruturas sistêmicas que permitem inúmeras possibilidades ‘e sua redução a uma decisão’¹⁵⁰ que envolve riscos.

Quando estudamos os riscos da advocacia, analisamos a moderna “Teoria da Cegueira Deliberada” que vem sendo largamente aplicada para avaliar a conduta do recebimento de honorários com origem ilícita, podendo gerar, como efeito colateral, a criminalização da própria advocacia.

Com o endurecimento penal, a Lei de Lavagem de Dinheiro sofreu alterações, tornando possível a aplicação de sanção penal ao sujeito que recebe dinheiro proveniente de qualquer infração.

O advogado criminalista que lida com riscos constantes passou a ser alvo da lei que, ao não delimitar a incidência legislativa, criminaliza indiretamente a profissão. Segundo artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais, a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada gera riscos à advocacia brasileira que atua em processos envolvendo lavagem de capitais.

Os pesquisadores questionam a exposição dos advogados a graves riscos em razão do conflito existente entre a norma que obriga o advogado a denunciar o seu

¹⁴⁹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 09.

¹⁵⁰ LUHMANN, 1983, Ibid., p. 08.

cliente e a norma que determina o dever de sigilo da advocacia sobre a sua relação com o cliente. É referido na pesquisa que¹⁵¹:

A aplicação da Cegueira Deliberada tem sido realizada no Brasil sem uma análise profunda sobre as singularidades do ordenamento que expressamente exige a presença do conhecimento na formação do dolo, violando o princípio da legalidade. A aplicação da teoria da cegueira deliberada como forma de punir o advogado pelo recebimento de honorários ilícitos traria consigo a possibilidade de imputar a qualquer profissional. O advogado é profissional que lida com riscos, sempre seria possível alegar que houve omissão dolosa quanto ao seu conhecimento e imputá-lo pelo crime de Lavagem de Dinheiro. Não poderá o advogado ser considerado coautor ou mesmo partícipe em razão de sua eventual prática omissiva, já que a imputação dos tipos omissivos pressupõe uma especialização do sujeito ativo ausente no caso, além de demandar análise normativa para além da simples infração de um dever.

A crítica feita pelos autores à criminalização indevida da atuação do advogado expressa a preocupação em especial em relação ao dever de sigilo inerente à garantia do direito de defesa, ao afirmarem¹⁵²:

Não pode o ordenamento cumular a atribuição de deveres conflitantes para o advogado, impondo, a um só tempo, os deveres de comunicação e de sigilo com relação às mesmas informações, conhecidas no exercício da advocacia. Diante do conflito de deveres, deve prevalecer o dever de manutenção do sigilo, pois é esse o único meio de real garantia do direito de defesa, respaldado na Constituição Federal. A utilização da teoria da cegueira deliberada com o objetivo de atribuir uma responsabilidade subjetiva ao advogado que descumpre o dever de investigação e de comunicação da conduta de seu cliente coloca em risco o exercício da advocacia e os interesses da própria sociedade, pois compromete gravemente o livre exercício do direito de defesa.

Vejam que a advocacia devia ser enquadrada como atividade de alto risco e seus aprendizes precisaria ser informados e treinados para a gestão dos riscos cuja responsabilidade poderão gerar consequências irreversíveis para a sua liberdade, reputação e patrimônio.

Não são pequenos os números de advogados que abandonam a advocacia por temer as consequências (ou ser vítima das consequências) de suas próprias decisões ou das circunstâncias envolvendo a atividade da advocacia. Luhmann salienta que:

¹⁵¹ PORTUGAL, Daniela Carvalho; SCHUBERT, M. **Teoria da cegueira deliberada: um risco à advocacia brasileira?** Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 159, n. 2019, p. 109-147

¹⁵² PORTUGAL, 2019, Ibid.

Tanto os antropólogos culturais quanto os antropólogos sociais, assim como os cientistas políticos, têm apontado – sem dúvida com razão – que a avaliação de riscos e a disposição para aceitá-los não é apenas um problema psicológico, mas, acima de tudo, um problema social.

Observemos que o autor refere dois importantes âmbitos da problemática do risco, envolvendo a esfera psicológica e a esfera social do profissional que estão constantemente expostas e vulneráveis ao impacto das circunstâncias envolvendo a atividade advocatícia. O fato é que não há como desenvolver o trabalho do advogado sem algum tipo de risco, conforme conclui Luhmann:

(...) se compararmos novamente as formas risco-segurança e risco-perigo, podemos deduzir uma ideia importante cuja observação pode ajudar a tornar a discussão pública sobre questões relacionadas ao risco menos apaixonada e ajudá-la a assumir formas mais polidas. Para ambas as distinções vale a seguinte afirmação: *não existe conduta isenta de riscos*.

Conclui-se que os riscos decorrem de uma tomada de decisão, enquanto que o perigo decorre das perspectivas do agente passivo, ou seja, a advocacia não contribuiu para o risco, mas assume o desafio de cooperar para a solução do conflito e com isto advém os riscos. No sentido inverso, o perigo é a perspectiva do cliente que não tem o poder de decisão na escolha, por exemplo, das teses jurídicas que serão aplicadas em sua defesa e acaba por receber a carga de risco sem decidir sobre aquilo.

Como o risco é *uma condição temporal da autorreprodução sistêmica*¹⁵³, a questão do gerenciamento dos riscos depende precipuamente da excelência e do preparo interdisciplinar do advogado que conduz o processo, evidenciando o caráter sistêmico-constitucional da advocacia que implica uma compreensão desse princípio basilar não somente no viés jurídico, mas também na perspectiva econômica e social.

Dessa forma, a proposta desta pesquisa, no que diz respeito ao poder de decisão emanada do múnus público da advocacia que provoca a necessidade da gestão dos riscos sistêmicos, visa demonstrar a representação social da advocacia privada e a existência não só de diferentes formas de produção de sentido do direito em cada sistema de organização, mas também as relações de força dos atores do

¹⁵³SCHWARTZ, Germano. **O tratamento jurídico do risco no direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

sistema jurídico na disputa pela ocupação dos espaços de produção de sentido do direito¹⁵⁴.

Com isto, passamos à próxima parte de nossa investigação relativamente às formas de prevenção que podem servir de hipóteses de solução para os riscos na atividade profissional do advogado militante.

4.2 Soluções Possíveis: Evolução da Academia para a Prevenção e Administração dos Riscos da Atividade Advocatícia

O poder político do advogado está associado ao poder de decisão emanado do *munus* público da advocacia, o que determina a necessidade da gestão dos riscos sistêmicos. Neste caso, as soluções se encontram no processo de evolução da academia, das universidades visando à prevenção e administração dos riscos sistêmicos.

O sistema educacional de constituição dos novos advogados do Brasil precisa reavaliar seus processos pedagógico-didáticos no que refere ao preparo dos alunos do Curso de Direito para lidarem com riscos e perigos da advocacia, de forma a incentivar futuros líderes a entender o clima legal atual, desenvolver métodos de prevenção eficazes, desenvolver redes, expandir sua influência e promover mudanças.

Essas mudanças requerem a implementação de programas de estudo que adotem novos pressupostos epistemológicos contendo concepções de gestão de riscos e conflitos oriundos da tomada de decisões no âmbito da profissão. Será necessário um trabalho transdisciplinar e em vários níveis, usando métodos participativos e consultivos para conectar as bases com perspectivas de nível superior para a criação de estratégias para delimitar os riscos e desenvolver mecanismos de prevenção em tais contextos.

¹⁵⁴ SIMIONI, R. L.; CARROZZA, J. P. A. K. **Direito, organizações e as diferentes representações sociais nos discursos jurídicos: advocacia e magistratura**. Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 6, n. 3, 1 set. 2019.

4.3 A Aplicação da Teoria da Prevenção, segundo Niklas Luhmann

São necessários muitos estudos e aprimoramento para o preparo cuidadoso do profissional a fim de atravessar com segurança todas as fases de um processo judicial, consciente de que o advogado é um importante ator social e que nesta qualidade, precisará tomar decisões que implicam em severas consequências para si e para o seu cliente.

Niklas Luhmann aborda a questão da prevenção, estendendo a sua perspectiva tanto em relação aos riscos quanto aos perigos de uma determinada circunstância ou atividade, contudo sempre derivado de uma decisão, referindo desta forma¹⁵⁵:

Por prevenção deve entender-se aqui, em geral, uma preparação contra danos futuros inseguros, procurando quer diminuir a probabilidade da sua ocorrência, quer reduzir a extensão dos danos. A prevenção pode ser praticada, então, tanto diante do perigo quanto diante do risco.

Quando Luhmann fala em decisão, ele confere a prerrogativa decisória e o consentâneo risco ao sujeito da decisão. Entretanto o autor refere a possibilidade de se buscar mecanismos de prevenção em relação aos perigos ‘que não podem ser atribuídos a nossas próprias decisões’¹⁵⁶.

Salienta a teoria que devem ser distinguidas as questões derivadas de fatos advindos das incertezas da vida, mas quando se trata de riscos a situação seria diferente porque “a prevenção influencia a vontade de arriscar e, desta forma, também uma das condições para que o dano ocorra”¹⁵⁷.

Ou seja, quando nos preparamos para uma situação de risco ‘estamos, em geral, mais dispostos a participar de um processo cujo resultado é incerto quando temos a proteção legal do seguro’¹⁵⁸.

Vejam que a conclusão de tal raciocínio vai no sentido de que, ao estarmos preparados para enfrentar situações de risco, podemos avançar e ultrapassar a linha tênue entre o seguro e o inseguro. Avançando na teoria, Luhmann salienta que¹⁵⁹:

¹⁵⁵ LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. México: Ed. Universidad Iberoamericana, 2006. p. 41.

¹⁵⁶ LUHMANN, 2006, Ibid.

¹⁵⁷ LUHMANN, 2006, Ibid.

¹⁵⁸ LUHMANN, 2006, Ibid.

¹⁵⁹ LUHMANN, 2006, Ibid.

Os executivos de negócios tendem – como foi revelado em pesquisas realizadas sobre comportamento de risco – a supervalorizar seu controle sobre o curso dos processos que possivelmente geram dados, ou a incentivá-los rejeitando dados existentes e buscando e obtendo outras estimativas mais favoráveis. Em outras palavras: busca-se ativamente a confirmação da suposição de que o curso do processo permanece controlável.

Sabidamente, a questão dos riscos pode apresentar uma vertente política cujos mecanismos de controle são bem mais flexíveis. A esse respeito refere o autor¹⁶⁰:

A política não está apenas exposta a superestimações e subestimações de riscos que desencadeiam a politização das questões; também está exposto às deformações que ocorrem quando considere o risco de primeira instância como algo controlável, ou como algo incontrolável, dependendo do resultado que se pretende alcançar. Nesta ordem de coisas devemos refletir novamente, finalmente, sobre a distinção entre risco e perigo. Omitir a prevenção também se torna um risco, mesmo quando se trata apenas de perigos da ordem das catástrofes naturais. Obviamente, na política é mais fácil distanciar-se dos perigos do que dos riscos, e isso ocorre mesmo quando a probabilidade de dano ou a dimensão dos danos é maior no caso do perigo do que no do risco; e talvez até independentemente do problema (o que exigiria uma investigação cuidadosa) de quão confiável é uma prevenção em um caso ou outro e quais seriam seus riscos. Toda avaliação de risco é e permanece sujeita ao contexto. Não existe nem psicologicamente nem sob as condições sociais prevalecentes uma preferência de risco positiva ou negativa.

Esta é a base da análise para as proposições que faremos no item seguinte: a sugestão de transformação do sistema de ensino jurídico no Brasil, incluindo um programa para uma adequada formação dos futuros profissionais do direito, de modo a desenvolver a prevenção dos riscos e perigos visando à proteção à sua atuação sem limitar as suas prerrogativas.

4.4 A Educação Jurídica Ativa

Pensando numa solução para o problema da falta de preparo dos jovens advogados para lidarem com a sociedade do risco, especialmente na advocacia, e considerando uma abordagem geral baseada em direitos humanos para o desenvolvimento do ensino jurídico, a educação jurídica ativa vem retomando

¹⁶⁰ LUHMANN, 2006, Ibid.

elementos do processo educacional que haviam sido relegados a um segundo plano nas últimas décadas do século XX, mas que atualmente vem ganhando espaço no cenário através da recuperação de metodologias, técnicas e estratégias do processo ensino-aprendizagem. Afigura-se que esse seria o caminho para o suprimento de uma lacuna no ensino jurídico e servirá de complemento na preparação dos advogados e advogadas, enquanto atores sociais.

A obra “*Educação Jurídica Ativa – Caminhos para a Docência na Era Digital*”¹⁶¹ traz inúmeras reflexões e sugestões de abordagens de métodos de ensino do aluno do curso de direito que podem auxiliar o corpo discente a lidar com os riscos e perigos inerentes à profissão.

Uma hipótese de proposta de solução para a integração do tema no contexto educacional pode ser encontrada no método denominado Ensino-Aprendizagem pela Resolução de Problemas (EARP), tratando-se de uma solução prática para colocar os alunos do ensino jurídico em contato com a realidade dos riscos da profissão.

No caso, a ideia teve origem no contato que Horácio Wanderlei Rodrigues teve com a obra de Karl Popper, referindo que ‘nela, o autor procura demonstrar, a cada momento, que o aprendizado, em todas as áreas e atividades, dá-se por tentativa e erro, na busca da resolução de problemas’¹⁶².

Importante neste item registrar que o docente dos cursos jurídicos, tratando de tema tão relevante, é preciso poder dar asas à imaginação e utilizar de muita intuição no preparo de instrumentos e novas tecnologias a fim de tratar em sala de aula das questões ligadas aos riscos e perigos relacionados à advocacia.

Um importante formato de ensino-aprendizagem na área do direito pelo modelo da resolução de problema (EARP) consiste em colocar o problema como elemento central. Contudo, o problema poderá ser tanto prático quanto teórico, híbridos (teórico-práticos).

Essa forma apresenta algumas características, a saber: a) apresentação de um problema envolvendo a descrição de uma situação que o aluno precisará resolver sem que haja uma resposta pronta e nem uma fórmula para a solução; b) é necessário que a situação desperte a apreensão do aluno e que lhe exija uma

¹⁶¹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GOLINHAKI, Jeciane. **Educação Jurídica Ativa: Caminhos para a Docência na Era Digital**. Florianópolis: Habitus. 2020. p 106.

¹⁶² RODRIGUES; GOLINHAKI, 2020, Ibid.

decisão sobre as estratégias a serem utilizadas para a solução do problema; c) o método EARP exige uma abordagem dedutiva, portanto, o aluno deverá ser instigado a construir hipóteses explicativas.

No contexto educacional, uma das partes mais importantes consiste na elaboração dos problemas para o ensino. Segundo os estudos dos referidos autores, pode-se caracterizar como um problema de ensino, enfatizando que¹⁶³:

Uma situação didática na qual se propõe ao sujeito uma tarefa que ele não pode realizar sem efetuar uma aprendizagem precisa. E essa aprendizagem, que constitui o verdadeiro objetivo da situação problema, dá-se ao vencer obstáculos com a realização da tarefa.

Para a abordagem da temática e despertar a consciência do estudante do curso de direito para as demandas e situações profissionais que podem colocá-lo em uma situação de vulnerabilidade, segundo Rodrigues e Golinaki, é necessário responder a alguns questionamentos, a saber:

1. Qual o meu objetivo? O que quero fazer com que o aluno adquira e que para ele representa um patamar de progresso importante? 2. Que tarefa posso propor que requeira, para ser realizada o acesso a este objetivo (comunicação, reconstituição, enigma, ajuste, resolução, etc.)? 3. Que dispositivo devo instalar para que a atividade mental permita, na realização da tarefa, o acesso ao objetivo? Que materiais, documentos, instrumentos devo reunir? Que instruções-alvo devo dar para que os alunos tratem os materiais para cumprir a tarefa? Que exigências devem ser introduzidas para impedir que os sujeitos evitem a aprendizagem? 4. Que atividade posso propor que permitam negociar o dispositivo segundo diversas estratégias? Como variar os instrumentos, procedimentos, níveis de orientação, modalidades de reagrupamento?

Na contemporaneidade, uma nova proposta pedagógica visando o preparo do aluno do curso de Direito para as vicissitudes da profissão comprehende a mescla da ludicidade com o realismo. Essa premissa parece ser confirmada pela afirmação:

A adoção do método de ensino-aprendizagem aqui proposto exige agir racionalmente. Coloca a necessidade de argumentar no lugar de buscar a adesão afetiva ou ideológica por meio do discurso e da retórica.

A ausência de viés não ideológico no método da educação jurídica ativa é extremamente relevante para um correto treinamento contra as vulnerabilidades na

¹⁶³ RODRIGUES; GOLINHAKI, 2020, Ibid., p 108.

prática da advocacia, para suprir a falta de diretrizes de proteção do advogado e de uma moderna regulamentação que esclareça o que dele se espera e até que ponto o risco é considerado permitido.

Analisando as hipóteses de tipologias de condutas de risco apresentadas no item anterior, cuja classificação e síntese referem basicamente o exemplo do risco do advogado ser implicado na prática da lavagem de dinheiro, aqui nos parece importante incentivar as boas práticas da advocacia¹⁶⁴, podendo ser aplicadas como um *modelo de problema* a ser resolvido em sala de aula pelo método EARP. As sugestões de práticas estão descritas no Anexo I da pesquisa.

Como se observa, é bastante vasto o rol de temeridades no exercício da advocacia, ensejando a abertura de um leque enorme de possibilidades de objetos de análise a serem desenvolvidos pelo método EARP do ensino jurídico ativo, como forma de complemento da instrução científica e incentivo à prevenção dos riscos, porque mesmo em campos tão abrangentes, como é o caso da educação jurídica, necessitamos aprofundar as interfaces e compor e inter-relacionar enfoques que possibilitem a ambientação do aluno com os aspectos práticos e estratégicos para prevenir os riscos do exercício da atividade advocatícia.

Em 2027 vamos completar duzentos anos da implantação dos primeiros cursos jurídicos no Brasil, o que nos faz refletir se a advocacia encontra-se, de fato, preparada para as mudanças oriundas de uma sociedade de risco.

O lugar social dos advogados é bastante simbólico, pois ao mesmo tempo em que são profissionais, eles também podem ser importantes opositores ao sistema político vigente dentro da sua atividade, atuando dentro e fora do sistema judiciário, conhecendo as regras do jogo, utilizando o ordenamento jurídico e todo um conjunto de práticas, onde é preciso saber se relacionar e apropriar-se da linguagem do poder¹⁶⁵, afinal, os advogados são indispensáveis à administração da Justiça, conforme proclama o art. 133 da Constituição Federal de 1988.

Mesmo transitando entre a sociedade civil e os órgãos de poder (agentes estatais), nele incluído o Poder Judiciário, que são dois mundos distintos, o advogado deles não faz parte, devendo preservar a sua autonomia e independência

¹⁶⁴ CASAGRANDE, op.cit.

¹⁶⁵ VON MANDACH, L. D. **Militância na cabeça, direitos humanos no coração e os pés no sistema: o lugar social do advogado popular.** Cadernos de Campo (São Paulo - 1991), [S. I.], v. 9, n. 9, p. 73-85, 2000. DOI: 10.11606/issn.2316-9133.v9i9p73-85. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/53082>. Acesso em: 6 out. 2023.

e a consciência de suas responsabilidades dentro da sociedade de risco. São justamente os riscos que motivam a contratação de um advogado, contudo, os egressos das universidades raramente recebem treinamento adequado para identificar, administrar, gerir ou prevenir danos oriundos da atividade profissional.

Partindo da observação sistêmica do ensino jurídico na atualidade, com escólio na Teoria do Risco de Niklas Luhmann, propusemos uma reflexão acerca dos riscos e perigos da atividade, iniciando por situar a advocacia dentro do Sistema do Direito, delimitando hipóteses de riscos e perigos identificados no estado da arte e propondo alternativas para solucionar a questão com base na Educação Jurídica Ativa.

Estamos conscientes de que a problemática relacionada às temeridades envolvendo a advocacia enquanto profissão não se esgota pela mera introdução do estudo dos riscos e perigos no ensino jurídico no Brasil, pois se trata de uma questão política envolvendo o ator social cuja atuação atrai situações delicadas e suspeitas, face ao trânsito em sistemas distintos que, em vista disso, precisa de amplitude de regramentos.

Justamente a magnitude da atuação da advocacia, nesse passo, demanda uma avaliação criteriosa acerca da implantação de disciplinas práticas no currículo dos Cursos de Direito, para que os futuros profissionais conheçam os limites tênues, o fio da navalha que separa a coragem da imprudência, aprendendo a sopesar limites, avaliar os riscos e prevenir danos a si mesmo.

Podemos concluir que a transformação social se opera em torno da consciência da necessidade de um novo projeto de ensino jurídico no Brasil para trabalhar com excelência em uma sociedade de risco, enquanto, paralelamente, a categoria organizada precisaria encetar uma campanha para promover a cultura de novas normatizações e diretrizes de proteção aos profissionais da advocacia.

5 CONCLUSÃO

Nesta dissertação nos propusemos a analisar a advocacia e seu papel político na sociedade brasileira sob a ótica da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann, que concebe os sistemas sociais funcionalmente diferenciados, autopoieticos, autorreferenciais e dotados de sentido.

O nosso tema de pesquisa, assim, colocou o advogado no centro dos debates, procurando identificar hipóteses e argumentos capazes de justificar o seu poder político e social, a partir da sua função como agente indispensável à administração da Justiça e braço de apoio do Estado na concretização dos princípios democráticos e da cidadania, bem como defensor das transformações sociais no Brasil.

Destacamos como problema de pesquisa quatro grandes inquietações que nortearam a investigação desenvolvida a partir da revisão inicial da literatura que aborda a Teoria do Direito pelo viés sociológico, sendo elas: (I) o processo de desvalorização da advocacia que vem se anunciando nas últimas décadas, afetando a sua influência política e social que clama por uma revisão de posturas e um debate da sociedade sobre a apatia de suas lideranças - especialmente a OAB - frente à proletarização da advocacia na atualidade, sobretudo pela importância de sua atuação como agente dinamizador da defesa dos interesses públicos e privados; (II) em face da interdependência entre direito e política ser fundamental para a manutenção da ordem social e para a estabilização das instituições democráticas (na ótica de Luhmann), se constata o acoplamento estrutural entre o sistema do direito e o sistema político, onde o advogado usa o código binário interno da política, que é a lógica interna do sistema que deveria orientar o legislador e não o advogado, podendo causar predação ao sistema e fazer a advocacia servir de fantoche a forças estranhas à sua dimensão de valores; (III) o paradoxo da proliferação das faculdades de direito que incide na contramão do imenso número de profissionais que abandonam a carreira jurídica poucos anos após a formatura, sugere a existência de uma crise envolvendo a desconexão da imagem/identidade social da advocacia com a realidade da profissão na atualidade; (IV) considerando que vivemos em uma sociedade de risco pós-moderna e hipercomplexa, emerge a necessidade de alterações profundas na estrutura do ensino jurídico no Brasil, assim

como o estímulo de uma nova legislação que promova a proteção não especulativa da atividade advocatícia desafiando o aprofundamento dos estudos sobre o fenômeno da inércia e desalento da advocacia quanto à compreensão de seu papel e responsabilidade social.

Essas inquietações nortearam o desenho do problema de pesquisa que questionou qual seria o papel político da advocacia no sistema social? De que forma a advocacia interage dentro do sistema jurídico com os demais sistemas sociais?

Ante o acoplamento estrutural da advocacia com os demais sistemas, especialmente o sistema político, questionamentos se a advocacia se restringe ao seu próprio código binário ou emprega a lógica argumentativa própria de outros sistemas? Esse acoplamento estrutural do sistema do direito atua de forma benigna ou predatória para a sociedade? Como a advocacia se compõe como organização? A advocacia como organização atua de modo a beneficiar os seus membros? Como podemos preparar tecnicamente os jovens advogados e advogadas para lidar com os riscos sistêmicos da profissão?

Tais questionamentos partem da observação da realidade frente ao princípio emanado do artigo 133 da Constituição Federal de 1988, que define ser o advogado indispensável à administração da Justiça, proclamando a grandeza de uma profissão que exerce importante influência na composição do Estado nos últimos duzentos anos, considerando que a criação dos Cursos Jurídicos no Brasil data do ano de 1827.

Diante dessas inquietações, deixamos patente não ser objeto desta pesquisa a crítica à advocacia, porém analisar o contexto social em que a advocacia atua, tendo como objetivo geral a compreensão científica dos riscos do advogado servir de instrumento a grupos políticos que utilizam os profissionais do direito para a exploração política e econômica, desviando o seu poder político para objetivos menos nobres que a sua destinação de desempenhar o múnus da edificação de uma sociedade com mais justiça social.

Assim, o objetivo geral deste trabalho focou na análise dos fundamentos teóricos que explicam e situam a advocacia num contexto social, buscando pulsões filosóficas e sociológicas para promover a sua evolução e valorização enquanto profissão de elite.

Os objetivos específicos desta pesquisa partiram de alguns eixos de observação dos movimentos e da atuação do advogado no contexto social, avaliando as relações e interações com as instituições dentro do Estado Democrático de Direito, analisando a efetividade de suas lideranças políticas.

Também consideramos importante a análise dos riscos sistêmicos da atividade, que demanda a criação de novas propostas para o ensino jurídico no Brasil, bem como novas leis de regência para a categoria.

Cogitarmos analisar os movimentos que sempre estiveram atrelados à advocacia, similares a determinada espécie de ativismo político, buscando abranger a multifacetada atuação na sociedade.

As justificativas apresentadas em nossa pesquisa consideraram o fato da sociedade moderna se constituir em um complexo sistema de relações entre indivíduos e instituições em uma constante evolução que vem se refletindo na advocacia, porque esta é partícipe necessária e importante tanto na solução dos litígios oriundos da vida em sociedade, quanto no aprimoramento das instituições.

A justificativa da nossa pesquisa se concentrou tanto na análise das relações dos advogados como sujeito, quanto nas relações da advocacia como organização dentro do sistema social na perspectiva autopoietica, para compreender e depurar o cenário de desigualdades sociais, fator que dialoga diretamente com a ausência de liderança aptas a fazer o enfrentamento deste diálogo com a sociedade.

Para buscarmos respostas ao problema de pesquisa, formulamos hipóteses que puderam ser confirmadas a partir da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann e dos estudos de autores que se dedicam à análise sociológica das profissões.

Levantamos as hipóteses da existência de anomalias no sistema de representação (e defesa) da classe; também cogitamos da advocacia utilizar-se da lógica binária interna de outros sistemas sociais em face do acoplamento estrutural, sendo que este fenômeno pode apresentar resultados ambivalentes, por apresentar tanto efeitos positivos para a sociedade quanto promover predação ao sistema, pois o advogado para a construção de soluções pode usar um discurso argumentativo com código binário interno de outro sistema social que não o sistema do direito.

Consideramos também a hipótese do advogado representar um dos mais importantes atores sociais, por ser guardião do sistema psíquico do direito (a

comunicação), o que lhe exporia a riscos sistêmicos que demandam a ampliação dos mecanismos de proteção do profissional, desde a formação acadêmica adequada aos novos tempos hipercomplexos, até uma nova legislação de regência da atividade.

Para a consecução da investigação, encontramos conforto científico para as inquietações apresentadas nesta dissertação na teoria sistêmica de Niklas Luhmann, que concebe os sistemas sociais funcionalmente diferenciados, autopoieticos, autorreferenciais e dotados de sentido, oferecendo antídotos científicos para a compreensão das distorções no funcionamento da sociedade, longe do enfoque tradicional das normas jurídicas.

A partir da teoria dos sistemas de Luhmann, foi possível fazer a exposição e classificação do problema de pesquisa, bem como uma discussão aprofundada a partir de ferramentas eficientes de compreensão da realidade que foram muito além do horizonte da dogmática tradicional da Teoria do Direito.

A premissa básica da teoria sociológica de Luhmann considera o ambiente (sistema do direito) em que atua a advocacia como uma estrutura de um sistema social baseada na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas, preenchendo uma função indispensável à sociedade porque o direito imuniza simbolicamente a ação contra outras possibilidades e contra o risco de errar e, em consequência, servindo de meio de prevenção de frustrações.

A metodologia empregada nesta dissertação foi a matriz teórica pragmático-sistêmica, tratando-se de uma epistemologia jurídica que vai além da matriz analítica de Hans Kelsen e da matriz hermenêutica de Herbert Hart, adotando o postulado da definição de Direito como sendo uma estrutura de generalização congruente em três níveis: temporal (norma), social (institucionalização) e prática ou objetiva (núcleo significativo), porque aborda, simultaneamente, os seus aspectos analíticos, hermenêuticos e pragmáticos em relação com o sistema social, em que a realidade é construída por meio de um observador conjuntamente com a ampla revisão da bibliografia dos postulados apontados nas doutrinas nacional e estrangeira.

Para sistematizar o trabalho, dividimos o problema de pesquisa em três capítulos, que sintetizam o escopo da nossa investigação, onde primeiro capítulo traduziu as premissas para a compreensão do lugar do sujeito na teoria sistêmica,

analisando aspectos históricos da advocacia e os principais conceitos da teoria dos sistemas sociais.

O segundo capítulo trouxe o cerne propriamente dito do nosso tema de pesquisa que analisa o advogado como ator social sob uma perspectiva sistêmica, desmembrando a análise da advocacia enquanto organização, dentro das três dimensões da cultura das organizações (comunicação, estoque de conhecimento e como sistemas de valores).

No terceiro capítulo foi analisado o poder de decisão da advocacia originado do múnus público, bem como os riscos sistêmicos que asseveram a necessidade de aprimoramento dos currículos dos cursos jurídicos no Brasil, assim como uma legislação assentada numa maior proteção da categoria.

Após o resumo estrutural desta dissertação, passamos às conclusões que a pesquisa nos proporcionou acerca dos temas tratados em cada um dos capítulos.

Primeiramente, é preciso consignar um dos mais importantes conceitos da teoria sistêmica, o de que o advogado só existe dentro do sistema do direito e a existência do sistema do direito é condição essencial para a existência do advogado, em função de tratar-se de um sistema autopoietico.

Trata-se de um princípio da doutrina sistêmica contestar a concepção de sociedade como um agrupamento de indivíduos, ainda que transcendentalizados.

Neste caso, afasta-se a antiga concepção de sistema como resultado da reunião de indivíduos, porque não caberiam conceitos como “consciência coletiva”, “contrato social” ou “consenso racional”, ponderando que a teoria dos sistemas sociais que embasa esta pesquisa desconsidera a tradição filosófica baseada na ontologia do sujeito, haja vista que a antiga teoria social não mais atende à realidade emergente nem à constituição dos novos estados democráticos compostos hoje por uma sociedade moderna muito mais complexa.

Dessa forma, para a compreensão da figura do advogado, a teoria dos sistemas sociais desconstrói as concepções clássicas de sistema que considera a noção de uma sociedade orgânica onde o sujeito dotado de racionalidade representa uma parte integrante do todo. Ao contrário, embora a teoria dos sistemas não apregoe o menosprezo ao indivíduo, ela adota um recurso científico que entende que os sujeitos devam ser deslocados para o entorno dos sistemas sociais, porque não considera o homem como elemento substancial da sociedade e dos sistemas

que a compõe, dando espaço ao conceito de “sistema” e “entorno”, porque a autopoiesis permite ao sistema do direito produzir seus elementos a partir dos próprios elementos.

Conceitos como acoplamento de sistemas (acoplamento estrutural), autopoiesis, autorreferência (cláusula operativa), limites do sistema e códigos binários foram referendados para explicar que assim como o organismo vivo tem sistemas, a sociedade também tem sistemas, sendo que o direito é exemplo de um sistema da sociedade que cria a si mesma, se produz e se autotransforma.

A autorreferência, que representa a clausura operativa, determina os limites do sistema, para regular as trocas energéticas com o meio ambiente social, pois o sistema necessita de um marco referencial para a concretização da diferenciação e assim permitir a realização da autopoiesis.

Todos os sistemas sociais operam a partir de códigos binários que funcionam de acordo com uma lógica interna própria, se comunicando com os demais sistemas.

Superada a questão dogmática, de especial importância para dar o suporte teórico necessário para se chegar às respostas ao problema de pesquisa, passamos às conclusões propriamente ditas sobre o papel da advocacia numa perspectiva sistêmica, pelo que pudemos adiantar, a partir do texto constitucional, existir uma diferença entre o *ser* e o *dever ser* na lógica do desempenho da advocacia no cenário brasileiro.

A partir da Constituição Federal de 1988, a advocacia passou a ser tratada como função social e essencial para o sistema da Justiça, dispondo no artigo 133 que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

A Lei Federal nº 8.906, de 4 de julho de 1994, que regula a atuação e prerrogativas dos advogados, dispõe que “no seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social”, conferindo a permissão para o cumprimento dos fundamentos constitucionais de defesa da dignidade humana e promoção do direito ao contraditório, à ampla defesa, bem como a obediência ao princípio do devido processo legal assegurado ao cidadão.

Antes mesmo da CRFB, com a fundação do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros (IOAB) em 1843, a advocacia brasileira já se organizava para ver reconhecidos ideais que não se limitavam aos interesses de reserva de mercado,

porque o movimento dos bacharéis iniciado por segmentos sociais de elite (e não por setores médios querendo ascender coletivamente) apresentou à sociedade brasileira uma proposta de criação da instituição com o objetivo de influenciar o Estado, mediante o seu conhecimento sobre jurisprudência. Delineava-se na história da advocacia o objetivo de constituir-se como braço direito do Estado em questões jurídicas desde o período imperial, passando pelo início da Primeira República, o que inclui não somente o poder de criar o arcabouço científico, como também o monopólio da fiscalização da profissão, dando origem a organizações autônomas, sugerindo a existência de uma relação unilateral das relações com o Estado, enfatizando-se sua intervenção na autonomia dos profissionais.

Nas décadas seguintes, houve um movimento de crítica imperialista no campo do direito na América Latina, sendo que a advocacia brasileira refutou, nos anos 60, o modelo norte-americano de conceber, ensinar e praticar a advocacia.

Já se delineava um perfil independente dos advogados brasileiros, que projetavam uma trajetória da organização dos advogados no Brasil com um espectro muito mais dinâmico e complexo junto ao Estado.

A polarização da submissão ao Estado ou controlar autonomamente a divisão do trabalho profissional não vingou no Brasil daquela época, porque os advogados brasileiros conseguiram cultivar um amplo leque de possibilidades para influenciar o Estado nos últimos 150 anos.

A advocacia como organização consolidada nos moldes da Ordem dos Advogados do Brasil foi criada por força do artigo 17 do Decreto nº 19.408, de 18 de novembro de 1930, do Governo Provisório, estando em vigor até os dias de hoje.

A análise do advogado, enquanto ator social consolidado em um sistema social diferenciado, que é o sistema do direito, caracterizado por ser autopoietico e autorreferencial (porque produz seus próprios elementos com referência a si mesmo), tem seu principal papel social e político circunscrito à responsabilidade de ser o guardião do sistema psíquico, crucial para a comunicação, porque a comunicação é o elemento comum em todos os sistemas sociais.

Especialmente para o sistema do direito, a comunicação implica no sistema da linguagem, fator que considerando a semiótica que analisa os signos, destaca as três grandes vinculações, a *sintaxe*, a *semântica* e a *pragmática* que interessa ao direito porque estuda a relação dos signos com os usuários, já que o seu objeto gira

em torno da análise dos modos de significar, usos ou funções da linguagem, que é o instrumento de trabalho da advocacia, seja escrita ou falada.

A arte do discurso importa à advocacia, razão pela qual é considerado o guardião do sistema psíquico do sistema do direito e lhe garante o espaço político de destaque desde sempre.

Eis o poder político da advocacia, isto porque a pragmática da linguagem projetada ao direito permite compreender que a ideologia é um fator indissociável da estrutura conceitual explicitada nas normas gerais e essa profissão se destaca socialmente por ser educada nas universidades para conhecer as conexões entre as palavras da lei e os fatores políticos e ideológicos que produzem e determinam suas funções na sociedade.

A teoria sistêmica reconhece o acoplamento estrutural entre o sistema do direito e o sistema da política em face da interdependência entre direito e política ser fundamental para a manutenção da ordem social e para a estabilização das instituições democráticas. Enquanto o *Direito* é um sistema social autônomo, que se diferencia da política e de outros sistemas sociais, como a economia e a religião, sendo responsável pela estabilização de expectativas normativas, a *Política* é um sistema social que tem como função a tomada de decisões coletivas e a organização do poder político.

Ocorre que se o advogado passa a usar um discurso argumentativo considerando o que é conveniente/inconveniente – e observamos isso não como um estreitamento da moldura que é delineada pelo texto normativo - ele estará usando como parâmetro decisório o código binário interno da política, que é a lógica interna do sistema que deveria orientar o legislador e não o advogado.

De outro modo, se o advogado, para a construção de solução passar por um discurso argumentativo considerando aquilo que é mais eficiente, estaria utilizando o código binário interno do sistema social da economia e não do direito.

Estes são exemplos em que a aplicação da lógica binária de um sistema em outro sistema pode colocar em risco o sistema, causando a predação de um sistema no outro, em razão da invasão da lógica de um sistema no outro, podendo levar ao colapso de todo o organismo, além de servir de falsoche a forças estranhas à sua dimensão de valores e enfraquecer toda a categoria.

As disfuncionalidades das perspectivas sistêmicas da advocacia também se percebem quanto ao operador do direito inserido no sistema parecer não ser notado, havendo uma inércia diante da quebra de expectativas normativas estabelecida pelo texto constitucional.

Essas disfuncionalidades podem ser verificadas em situações como a excessiva mercantilização da advocacia, a recusa de repasse de honorários de sucumbência aos advogados de estatais e bancos públicos, a falta de cumprimento da jornada semanal de vinte horas, o mascaramento de relações de emprego sob o manto do sistema de advogado associado, entre outras anomalias que subsistem há décadas sem a manifestação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Somando-se a isso, persiste a escandalosa situação da representação sindical da advocacia brasileira, em nível federal, ser operada pela Confederação Nacional de Profissionais Liberais (CNPL) que representa cinquenta e cinco categorias diferentes no Brasil, inclusive a advocacia.

Essa disfuncionalidade se mostra ainda mais latente no fato do defensor da pátria não conseguir defender a si mesmo dentro de um sistema em que é, ao mesmo tempo, agente ativo e passivo aos resultados do acoplamento das estruturas de poder.

Realizada a especulação da anatomia da advocacia enquanto *sujeito*, importa considerar o estudo da advocacia como *organização*, partindo do desmembramento da básica premissa da teoria dos sistemas não considerar a teoria sociológica clássica pautada pela noção de sociedade orgânica, onde cada indivíduo é um elemento constituinte de um todo, mas sim a sociedade como sendo um sistema social e o indivíduo representa o entorno.

Este conceito elementar norteou o processo de pesquisa, nos levando ao modelo reformulado por Niklas Luhmann, que desloca o sujeito para o entorno dos sistemas sociais, tornando obrigatória a abordagem da advocacia como organização, porque integra um sistema social com diferenciação funcional sob uma perspectiva autopoietica.

Outro conceito elementar diz respeito à necessidade de acentuar o poder da comunicação de decisões, dando ênfase na *organização* em lugar do *sujeito atomizado*, desconsiderando questões como finalidades, hierarquias, racionalidade,

vinculação de membros por diretivas, ou qualquer outra característica anteriormente utilizada como critério de constituição de organizações.

Assim, a sua operação que diferencia a advocacia como organização é a produção (comunicação) de decisões, observando que o advogado é o guardião do sistema psíquico necessário para que haja a comunicação, pois na sociedade é ele quem domina a episteme do sistema do direito, que representa, segundo excertos da bibliografia coletada, a chave do poder político da advocacia.

O recurso conceitual de Luhmann permite situar a sociedade contemporânea em um conceito abstrato formado por diversos sistemas funcionais, de onde surge a possibilidade de analisar a cultura no contexto organizacional da advocacia por meio do acoplamento dos sistemas sociais da organização e os sistemas parciais da cultura da comunicação, dos arquivos de conhecimento e do sistema de valores, que condicionam a autopoiesis e provocam transformações no próprio sistema social.

A pesquisa demandou a necessidade de avaliar a advocacia como organização a partir da aplicação do conceito tridimensional da cultura organizacional, de onde surgem os três fatores fundamentais: a *cultura da comunicação*, os *arquivos de conhecimento* e o *sistema de valores*, (comparáveis às ideologias) articulando os conceitos considerando-os como sendo as três dimensões da cultura das organizações, segundo a lição de Luhmann.

Assim foram ponderadas as três dimensões da cultura da advocacia como organização, numa perspectiva sistêmica, para a identificação do papel político da advocacia dentro do sistema da sociedade.

A primeira dimensão da cultura da advocacia como organização se dá através da *comunicação*. Esta destaca que a unidade do sistema ocorre a partir da diferença que o sistema faz de si mesmo em relação ao seu entorno, exigindo que o contato do sistema com o entorno sempre ocorra díaz através da *comunicação*, dado que a teoria dos sistemas sociais autopoieticos entende que a cultura seria o elemento fundamental a todo contexto organizacional.

As organizações são compostas por pessoas que se comunicam por meio dos sistemas psíquicos, que lhes permite ter consciência e percepção, realizando construções e adaptações às exigências de um entorno complexo, constituindo o processo racional que possibilita a compreensão da realidade dos sistemas sociais, lembrando que a comunicação não se restringe somente à palavra, mas envolve

todo o conjunto de sistemas de símbolos, signos, emblema e sinais, inclusive os idiomas, o habitat, alimentação, vestimenta, hábitos e costumes, que em conjunto são analisados não somente pelo aspecto funcional mas como sistemas semióticos.

Da semiótica, que analisa os signos, sobressai a vinculação *pragmática* por estar mais estritamente vinculada à advocacia e estudar a relação dos signos com os usuários, já que a sua problemática central gira em torno da análise dos modos de significar, usos ou funções da linguagem.

O advogado é quem se aprofunda na exegese da norma e realiza a comunicação sistêmica, buscando as conexões entre as palavras da lei e os fatores políticos e ideológicos que produzem e determinam suas funções na sociedade, transmitindo essas ideologias para o sistema em que atuam. Ou seja, a comunicação representa o elemento de expressão de um sistema psíquico que une culturalmente um grupo de sujeitos criando uma cultura e a partir desta geram o sistema social denominado *organização*.

Assim, a operação que realiza a autopoiesis do sistema do direito é a comunicação, já que a autopoiesis permite que o sistema reforce sua estrutura, mantendo a sua estabilidade, pois segundo Luhmann, a consciência é o único fator de irritação da comunicação.

A doutrina refere que a comunicação consiste na síntese de três elementos, a *informação*, o ato de *comunicar* e o ato de *entender*. Faltando um desses elementos a comunicação não se completa. Também afirma que só há informação quando houver a novidade, diferenciando claramente a seleção do que é informação e que representa apenas redundância. Logo, é necessária uma seleção da comunicação. Onde não houver novidade, não poderá ser considerado como tendo ocorrido comunicação.

A dimensão da cultura da comunicação da advocacia como organização também leva em conta os aspectos dialéticos da comunicação, porque quando se afirma uma sentença, se está abrindo mão da outra, porque a comunicação bifurca a realidade.

Sabendo dessas premissas, é possível concluir que a advocacia quando se comunica como organização, o faz através de um conjunto semiótico de comunicação sistêmica, através dos códigos, da linguagem técnico-jurídica, de seus

símbolos, hábitos e costumes da profissão, realizando o sistema autopoético da advocacia.

A segunda dimensão da cultura da advocacia como organização se dá através do *estoque de conhecimento* e remonta a história do início da advocacia no Brasil e a formação da dogmática jurídica brasileira, a partir da criação das faculdades de direito de São Paulo e Olinda em 1827 e a fundação do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros em 1843.

O estoque (ou o arquivo) de conhecimento da advocacia como organização foi formado a partir de objetivos e interesses que iam muito além da defesa das prerrogativas da classe ou defesa de mercado mas se propunha a constituir-se num importante partícipe da construção do Estado, vinculando o ideal de serviço à construção de uma ideologia que fornecia as bases de legitimação dos poderes profissionais e do monopólio de mercado.

Havia o interesse na profissionalização dos bacharéis por segmentos sociais de elite com uma proposta de influenciar o Estado mediante o seu conhecimento sobre jurisprudência, comprovando que através do sistema psíquico e da memória, a advocacia como organização sempre teve o propósito de realizar uma das tarefas mais importantes do gerenciamento de uma organização que é transformar a dogmática jurídica em memória pessoal e organizacional.

Com a finalidade de incentivar a organização do Estado brasileiro em conjunto com a organização da advocacia, visando influenciar o processo político, a constituição da advocacia como organização suscitou a necessidade da catalogação do conhecimento, através do fechamento do sistema.

Se a ausência de um contingente médio com acesso ao ensino superior constrangeu o modelo de profissionalização motivado pela mobilidade, redirecionando-o para o âmbito do poder, a constituição do Estado brasileiro simultaneamente à constituição das profissões modernas colocou na pauta dessa elite a importância de se organizar para influenciar o processo político em curso.

Além da preocupação com o controle do mercado de trabalho e com a contenção da participação de outros segmentos sociais nesta carreira, sempre houve o claro objetivo de se constituir como braço direito do Estado em questões jurídicas, recusando inclusive a intervenção do modelo da advocacia norte-americana que tentou dominar a advocacia brasileira nos anos 1960. Com isto a

advocacia brasileira teve a oportunidade de exploração de um amplo leque de possibilidades para influenciar o Estado nos últimos 150 anos.

A terceira dimensão da cultura da advocacia como organização se encontra no *sistema de valores* do grupo, pois é através do sistema de valores que os indivíduos criam um sentido de coesão social e um sentimento de pertencimento.

São elementos altamente subjetivos que promovem e inflamam a criação de sistemas sociais.

Segundo a perspectiva sistêmica, além da comunicação e do arcabouço de conhecimento técnico, as organizações cultivam uma dimensão considerada como visão de mundo, na qual se incluem as religiões, filosofias, ideologias e as reflexões sobre totalidades que dão sentido à determinadas ações e permitem a interpretação do mundo em que vivemos.

A terceira dimensão da cultura da advocacia como organização se encontra no *sistema de valores* do grupo, pois é através do sistema de valores que os indivíduos criam um sentido de coesão social e um sentimento de pertencimento.

São elementos altamente subjetivos que promovem a criação de sistemas sociais.

Segundo a perspectiva sistêmica, além da comunicação e do arcabouço de conhecimento técnico, as organizações cultivam uma dimensão considerada como visão de mundo, na qual se incluem as religiões, filosofias, ideologias e as reflexões sobre totalidades que dão sentido à determinadas ações e permitem a interpretação do mundo em que vivemos.

A advocacia como organização tem a sua representação máxima na Ordem dos Advogados do Brasil, criada pelo então Governo Provisório por força do artigo 17 do Decreto nº 19.408, de 18 de novembro de 1930, adotando a denominação de “ordem” como herança do sistema medieval francês, semelhante à *Ordo Clericorum* ou às ordens da cavalaria, em que a advogado era o cavaleiro em leis, assimilável aos cavaleiros militares que iam ao combate para defender os pobres e humildes.

O anteprojeto de decreto de criação da OAB, redigido por André de Faria Pereira, com apoio do Ministro da Justiça Osvaldo Aranha, recebeu parecer do então consultor-Geral da República Levi Carneiro, que recomendou que a OAB deveria ser regulada por lei orgânica que assegurasse a *self governing profession*, no interesse público, com poderes de seleção e disciplina da classe.

Atualmente, os fins e a organização da Ordem dos Advogados do Brasil estão descritos nos artigos 44 e 45 da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 e demonstra equilíbrio entre os dois níveis de interesse (corporativo e institucional), em detrimento de controvérsias sobre suas finalidades e objetivos, pois existem membros que postulavam a proeminência ou quase exclusividade dos interesses corporativos pugnando pela prevalência da atuação político-institucional.

Mesmo havendo na sociedade quem postule a absoluta confiabilidade e prestígio populares, a OAB não consegue fazer frente à crescente proletarização da advocacia em âmbito nacional, pois em que pese tenha representado um importante papel de resistência contra as ditaduras do Estado Novo (1937/1945) e do regime militar (1964/1985), que exigiu um caráter político à entidade para assumir coletivamente a defesa dos direitos humanos e os princípios do Estado Democrático de Direito, atualmente não logra bem defender a própria classe contra os riscos sistêmicos da atividade, nem tampouco defender o equilíbrio das relações entre patrões e empregados, num cenário de crescente mercantilização da profissão.

A OAB na ótica da teoria sistêmica de Luhmann se mostra perigosamente leniente com as disfuncionalidades do sistema, não bastando proclamar um sistemas de valores que evoca o civismo e a solidariedade social, quando deixam seus membros à mercê da exploração e permitem aos bacharéis a condição de ventríloquos dos interesses das elites econômicas e políticas, porque parte significativa das análises sociológicas não identifica a advocacia enquanto organização com ator político com motivações próprias.

Não se inclui no sistema de valores da advocacia enquanto organização a função de indicar opções políticas conjunturais, porque não integra o sistema político, em que pese o nítido acoplamento estrutural do sistema do direito com o sistema da política. Compete à OAB, além de suas finalidades institucionais, denunciar os desvirtuamentos dos parâmetros do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos e da justiça social.

Na ótica da teoria dos sistemas sociais ninguém pode ter segurança acerca da construção ou padrão das atitudes de outros seres humanos, obrigando a redefinição da correlação entre comunicação e consenso, ocasionando acordos ou conflitos e diferenciação, podendo vir a extrapolar o sistema de valores da organização.

Ademais, para preservar a integridade do sistema, seria recomendável preservar o pluralismo político e o apartidarismo, imprescindíveis para a respeitabilidade da OAB, evitando o uso indevido de um discurso argumentativo considerando o que é conveniente/inconveniente, cuja lógica é própria do sistema político que deveria orientar o legislador e não a OAB.

A anomalia do sistema fica evidente quando a OAB protagoniza um pedido de *impeachment* de uma Presidente da República, porque acoplou estruturalmente com o sistema político e permitiu que o seu sistema psíquico (liderança da OAB Nacional), utilizasse indevidamente o código binário do sistema da moral e do sistema da política – estranhos à sua função – praticando um ativismo que não era de sua competência e nem estava dentro da sua dimensão da cultura como sistema de valores, equiparável à corrupção sistêmica, aquela que se manifesta quando as fronteiras entre esses dois sistemas sociais se confundem, gerando interdependência e vulnerabilidade.

Em síntese, as conclusões possíveis sobre a advocacia como organização partindo das três dimensões da cultura impõe as seguintes considerações: a) a dimensão da cultura como comunicação remete à advocacia como o guardião do sistema psíquico do sistema do direito, sendo a comunicação o elemento de conexão com os demais sistemas e englobam a semiótica e os processos discursivos e linguísticos; b) a dimensão da cultura como estoque de conhecimento regula a dogmática jurídica, o arcabouço científico e o senso comum; c) por fim, a dimensão da cultura como sistema de valores evoca as ideologias e a política associadas à organização, criando um sentido de coesão social e um sentimento de pertencimento.

Tendo sido também objeto desta dissertação a preocupação com a segurança da advocacia e com o futuro dos jovens advogados, foram levantadas questões sobre os riscos e perigos da atividade, tendo sido levantadas hipóteses com base na teoria do risco de Niklas Luhmann, ao que a doutrina confirmou que não há como desenvolver o trabalho do advogado sem algum tipo de risco, pois não existe conduta isenta de riscos.

Foram apresentados exemplos de atividades desenvolvidas por advogados que apresentam riscos potenciais, definindo algumas tipologias catalogadas a partir de casos levados aos tribunais superiores. A pesquisa ofereceu sugestões a um

novo modelo de ensino jurídico no Brasil, acompanhado de lista de temas a serem trabalhados em sala de aula pelo método Ensino-Aprendizagem pela Resolução de Problemas (EARP).

Conclui-se, em resposta às hipóteses levantadas nesta dissertação, no tocante à primeira hipótese, que considerando as disposições do artigo 133 da Constituição Federal do Brasil, que prevê que o advogado é indispensável à administração da justiça, a ele compete o múnus público da advocacia, por representar o guardião do sistema psíquico dentro do sistema do direito.

Também considerando que o poder político da advocacia se encontra no poder da comunicação, que é a sua ferramenta de trabalho, o advogado tem o condão de produzir influências nas decisões judiciais e com isso, sobre a sociedade.

A segunda hipótese levantada diz com os efeitos da interferência do sistema do direito em outros sistemas sociais, fenômeno que a teoria sistêmica denomina “acoplamento estrutural”.

A hipótese levantada diz respeito ao fato de os sistemas da sociedade possuírem a sua lógica binária interna própria. Os sistemas se comunicam entre si em pontos de acoplamento estrutural onde o advogado representa um ator social que atua no sistema do direito utilizando o código binário “lícito/ilícito” que interage com o sistema da política, realizando com este o grande acoplamento estrutural do direito, principalmente porque o nosso sistema jurídico adota o ramo romano-germânico em que a fonte normativa primária é a lei.

Assim, se o advogado para a construção de solução usa um discurso argumentativo com o código binário interno do sistema da política, o resultado deste acoplamento pode ser tanto positivo quanto negativo.

Positivo no sentido de que ele tem o múnus público e precisa tomar decisões em nome de seus clientes e usar o critério da conveniência/inconveniente, que é a lógica do sistema da política, ou da eficiência/ineficiente, que é a lógica do sistema da economia, pois pode produzir resultados positivos para a sociedade.

Será negativo o resultado se a advocacia, enquanto organização, utilizar o código binário da política para interferir no processo de *impeachment* de um presidente, refugindo completamente à sua finalidade e afrontando a dimensão do sistema de valores da organização.

Neste caso, o acoplamento estrutural e o efeito autopoético da comunicação estaria perpetrando resultados predatórios e desastrosos ao outro sistema social.

Conforme constou amplamente da pesquisa, em consonância com a matriz teórica pragmático-sistêmica, o advogado como ator social na perspectiva sistêmica possui paradoxos e disfuncionalidades típicas de uma sociedade hipercomplexa, que demandam a ampliação do debate com todos os setores da sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECKHAUSEN, Marcelo Veiga. **O Ministério Público Sob uma perspectiva sistêmica: independência funcional, unidade institucional e organização.** Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito. 2022.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: Rumo a uma outra Modernidade.** Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BONELLI, Maria da Glória. **O Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros e o Estado: a profissionalização no Brasil e os limites dos modelos centrados no mercado.** Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 14, n. 39, p. 61–81, fev. 1999.

CARDOSO, Evorah. **Pretérito Imperfeito da Advocacia pela Transformação Social.** *Revista Direito E Práxis* 10.1 (2019): 543-70. Web.

CARLET, Flavia. **Advocacia Popular: Práticas Jurídicas Contra-Hegemônicas no Acesso Ao Direito e à Justiça no Brasil** - Advocacia Popular: Legal Counter-hegemonic Practices in Access to Law and Justice in Brazil. *Revista Direito E Práxis* 6.1 (2015): 377. Web.

CASAGRANDE, Fernanda Fischer. Dissertação de Mestrado: **Vulnerabilidades do exercício da advocacia e seu envolvimento na prática de lavagem de dinheiro.** Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/33402?show=full>

CORSI, Giancarlo. ESPOSITO, Elena. BARALDI, Claudio. **GLU: Glosario sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann.** México: Universidad Iberoamericana, 1996.

COSTA, Bernardo Leandro Carvalho; ROCHA, Leonel Severo. **Constitucionalismo Social: Constituição na globalização**. Curitiba: Appris, 2020. Edição do Kindle.

ESTEVES, João Pisarra. Apresentação. In: LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da Comunicação**. Lisboa: Vega-Passagens. 1992. p. 5-36.

FALBO, Ricardo Nery, RIBAS, Luiz Otávio. **Advocacia E Lutas Emancipatórias: O Que Há De Político Na Advocacia?** "Revista Direito E Práxis 8.1 (2017): 507-55. Web.

GUIVANT, Julia Silvia. **A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia**. Estudos Sociedade e Agricultura, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 95-112, 2001. p. 97.

Disponível em: <https://revistaesa.com/ojs/index.php/esa/article/view/188/184>. Acesso em: 9 out. 2023.

KOTTER, J. P. **Liderando a Mudança: por que fracassaram as tentativas de transformação**. In. MUDANÇA: Harvard Business Review. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

KUNZLER, C. de M. **A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann**. Estudos de Sociologia, Araraquara, v. 9, n. 16, 2007. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/estudos/article/view/146>. Acesso em: 21 out. 2024.

LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2022.

LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia**. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

_____. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009.

_____. **O Direito da Sociedade.** Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. E-book, posição 9201. Disponível em: <https://bit.ly/2F6wQNZ>. Acesso em: 11 out. 2024.

_____. **Organización y Decisión.** Tradutor: Darío Rodrigues Mansilla. México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2010.

_____. **Sistemas Sociales: Lineamientos para una teoría general.** México: Alianza, 1991.

_____. **Sociedad y sistema: la ambición de la teoría.** Barcelona: Paidós, 1990.

_____. **Sociología del Riesgo.** Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. México: Ed. Universidad Iberoamericana, 2006.

_____. **Sociologia do Direito I.** Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Sociologia do Direito II.** Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Constituição, soberania e ditadura em Carl Schmitt.** Lua Nova: Revista de Cultura e Política. 1997, nº. 42 [Acessado 25 Setembro 2024], pp. 119-144. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64451997000300005>.

MACHADO, Mateus Renard. **Do Sujeito ao Sistema: Uma Análise do Direito na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann.** 2012. Disponível em <http://repositorio.ufsm.br/handle/1/9109>. Acessado em 09.10.2024.

MONTEIRO, Felipe Rodrigues; BANDEIRA, Nelson Flávio Brito. **Entre Direito e Política: as Procuradorias Legislativas e a Teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.** Disponível em:

https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/104911844/Entre_Direito_e_Politica_As_Procuradorias_Legislativas_e_a_Teoria_dos_Sistemas_de_Niklas_Luhmann-libre.pdf?1691705356=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DEntre_Direito_e_Politica_As_Procuradoria.pdf&Expires=1729566074&Signature=egRBb2~73bCRI6m6IGStph~W3oRO8xHtHVBKySII-8Dqde8JP90uK6YaiWhyPr5t0Zk4R~3Qj6WBP~XUpWQ5WTzDUoUY0VuGciizPoKk84qRPE92LaBMy1pLRYcsJ3vP0gdM-7mQuKVQfMMsnjlyqGJQQ~wYJF6y3eXBjaK2nYIZeAiuO6Z9-hBFSWbHSOIRakT0psx1d-COnHzTvDdgHJfw9qKavsO0g-IGiTAbzH5kpPga8zLjHN4QZGaGxBvNOAHpesR8dzNzWiDKB~GylVlJ4WMdzBd2xeKEsojaD1LKWGFSnWVqlQMdMeQjpseVh6E6qrIfxcYZywHAig__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA

MORIN, Edgar. **O Método 1: a Natureza da Natureza.** Tradução: Ilana Heineberg. Porto Alegre: Sulina, 2002.

NEVES, Marcelo. **Constituição e Direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro.** São Paulo: Martins Fontes, 2018.

PREZA, Lagunes Luling; PLATA, Rosado Diego Esteban; HERNANDEZ-ARZABA, Juan Cristobal; GONZALES, Reynoso Luis; GARCIA-SANCHEZ Alejandra. **La cultura organizacional analizada a partir la teoría de los sistemas sociales autopoieticos de Niklas Luhmann.** Neumann Business Review Vol 3 N° 1 | Junio 2017 pp. 121-132. Disponível em:

https://www.researchgate.net/publication/318240260_La_cultura_organizacional_analizada_a_partir_la_teoria_de_los_sistemas_sociales_autopoieticos_de_Niklas_Luhmann

PRICE, J. E. D. **Reflexões sobre a advocacia após o genocídio: há quarenta anos da “noite das gravatas”.** ANAMORPHOSIS - Revista Internacional de Direito e Literatura, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 17–44, 2018. DOI: 10.21119/anamps.41.17-44. Disponível em: <https://periodicos.rdl.org.br/anamps/article/view/447>. Acesso em: 11 out. 2024.

PUGLIESE, Roberto J. Artigo: **A Constituição, a Advocacia e o Advogado.** Revista dos Tribunais nº 713, março de 1995, págs. 293/304.

ROCHA, José Carlos. **A sociedade como universo de todas as comunicações possíveis.** São Paulo: Líbero. Vol. 6, n. 11. 2004.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito.** 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____ ; AZEVEDO, Guilherme. **Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoética.** Revista de Estudos Constitucional, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), São Leopoldo, v. 4 n. 2, jul./dez. 2012. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.42.09>. Acesso em: 17 out. 2024.

_____. **Epistemologia do Direito: Revisitando as Três Matrizes Jurídicas.** Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), v. 5, n. 2, jul./dez. 2013, p. 141-149. Disponível em: <https://bit.ly/3kAehR6>. Acesso em: 09 out. 2024.

_____; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a Autopoiese no Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____; AZEVEDO, Guilherme. **Notas para uma Teoria da Organização da Decisão Jurídica Autopoética.** Revista de Estudos Constitucional, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), São Leopoldo, v. 4 n. 2, p. 205, jul./dez. 2012.

Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.42.09>. Acesso em: 14 out. 2024.

_____. **La problemática del discurso jurídico:** (des)legitimando el poder soberano delestado contemporâneo. Curitiba: Prismas, 2016.

_____. **Tempo, Direito e Constituição.** In: ROCHA, Leonel S.; SCHWARTZ, Germano; PRIBAM, Jiri. Sociologia sistêmico-autopoiética das constituições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Germano. **O tratamento jurídico do risco no direito à saúde.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GOLINHAKI, Jeciane. **Educação Jurídica Ativa: Caminhos para a Docência na Era Digital.** Florianópolis: Habitus. 2020.

SILVA, Bruno de Lima. **A Nova (Des)Ordem Internacional: Refugiados, Globalização e direitos Humanos.** Dissertação de Mestrado. São Leopoldo:Unisinos. 2023.

SIMIONI, R. L.; CARROZZA, J. P. A. K. **Direito, organizações e as diferentes representações sociais nos discursos jurídicos: advocacia e magistratura.** Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 6, n. 3, 1 set. 2019.

SIMONETTI, José Alberto; CARVALHO NETO, Lourival Ferreira De. **Advocacia e OAB: A Defesa da Cidadania No Brasil.** Em Pauta (Rio De Janeiro) 21.51 (2023): Em Pauta (Rio De Janeiro), 2023, Vol.21 (51). Web.

STRECK, Lenio. **Justiça entre Exegetismo e Decisionismo: o que fazer?** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-mar-27/senso-incomum-justica-entre-exegetismo-decisionismo>.

TEUBNER, Günther. **Fragmentos Constitucionais: Constitucionalismo Social na Globalização.** São Paulo: Saraiva, 2016.

VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e Justiça em Niklas Luhmann. Complexidade e contingência no sistema jurídico.** Porto Alegre: Sergio Fabris, 2015.

VON MANDACH, L. D. **Militância na cabeça, direitos humanos no coração e os pés no sistema: o lugar social do advogado popular.** Cadernos de Campo (São Paulo - 1991), [S. I.], v. 9, n. 9, p. 73-85, 2000. DOI: 10.11606/issn.2316-9133.v9i9p73-85. Disponível em:

<https://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/53082>. Acesso em: 6 out. 2024.

WARAT, Luís Alberto. **O Direito e Sua Linguagem.** Com a colaboração de Leonel Severo Rocha. 2^a Ed. Aumentada. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1995.

ANEXO A - Atividades desenvolvidas por advogados que apresentam riscos potenciais¹⁶⁶

Tipo 1: Operações imobiliárias - A compra e venda de imóveis e demais operações imobiliárias estão previstas, respectivamente, nas alíneas (a) e (e) da legislação brasileira. Muito comumente, os advogados são procurados por clientes quando da venda e aquisição de bens imóveis ou transferências de propriedade de imóveis para terceiros (como, por exemplo, doações). Essas transações não requerem propriamente a atuação de um advogado, todavia, a complexidade dos trâmites para perfezimento dessas transações - que envolvem a necessidade de confecção de contratos, diferentes autorizações, aprovações, registros em diferentes entidades - acabam levando as partes a serem representadas por profissionais jurídicos. A análise prévia, por advogado, dos documentos, matrícula nos cartórios de registro de imóveis, bem como, todas as questões atinentes à propriedade, eventuais débitos ou restrições judiciais, por exemplo, trazem segurança e tranquilidade na transação imobiliária. Neste contexto, os advogados, principalmente os advogados imobiliários e de contratos, são chamados a emprestar sua expertise em tais transações. Ocorre que essas transações acabam sendo um dos meios escolhidos para os lavadores de dinheiro, de forma que os advogados podem acabar sendo envolvidos na consecução do crime.

Tipo 2: Vendas simuladas de ativos - Operações de compra e vendas de ativos são muito dinâmicas, afinal quem os vende planeja gerar fluxo de caixa para recolocação desses valores no mercado, no seu negócio. Essa dinamicidade e rapidez na transformação desses ativos fazem com que essas transações sejam escolhidas como forma de integrar dinheiro ilícito na economia. Nessas transações, os advogados são comumente envolvidos na discussão da oportunidade, como consultores estritamente, e na confecção dos instrumentos de transferência de propriedade. Nessas operações, o envolvimento dos profissionais advém de costume social, afinal não há exigência legal ou regulatória de sua participação na transferência de valores mobiliários, participações societárias e outros ativos.

Tipo 3: Constituição de sociedades, associações, fundações ou estruturas análogas

¹⁶⁶ CASAGRANDE, op.cit.

Este ponto é controverso, porque embora a constituição de entidades legais sejam consideradas extrajurídicas, a previsão do parágrafo 2º do artigo 1º do Estatuto da Advocacia dispõe que os atos constitutivos de pessoas jurídicas só podem ser admitidos a registro, nos órgãos competentes, quando visados por advogados, sob pena de nulidade. Neste caso, a participação do advogado para a confecção do contrato social ou a sua revisão final, obtendo a sua chancela, é mais do que condição de segurança jurídica para as partes envolvidas, mas sim exigência legal. No caso de Fundações, o Ministério Público, no exercício de sua atribuição fiscalizatória dessas entidades, também costuma requerer por ato próprio o visto de advogado nos documentos necessários à sua constituição. O fato é que os advogados são envolvidos nessas atividades não apenas para afastar incertezas jurídicas, mas também para cumprir disposições legais ou administrativas dos órgãos de controle - o que compromete a classificação da atividade como atípica. Apesar dessa ressalva, incluímos essas atividades da advocacia em nossa pesquisa visto que estão listadas nas alíneas (d) e (e) do rol do inciso XIV, parágrafo único do artigo 9º.

Tipo 4: Operações envolvendo criptoativos - Os criptoativos são representações de valores que não tem substância física, apenas em registros digitais. As transações envolvendo criptoativos são feitas entre indivíduos ou empresas sem a intermediação de uma instituição financeira, o que diminui o controle do trânsito desses valores. O investimento em ativos através de criptomoedas pode ser intermediado por corretoras atuando nesse ramo, facilitando mover grandes quantias fora dos sistemas dos bancos tradicionais. Transações suspeitas com criptoativos geralmente envolvem a mixagem de valores de pessoas jurídicas criadas exclusivamente para este fim ou mesmo através da constituição da própria corretora - ambos os casos envolvendo um advogado para a sua constituição.

Tipo 5: Fraude cambial - As operações para “esquentar” moeda estrangeira no Brasil se utilizam de uma série de ações que devem estar conectadas, contando com “atravessadores” e outros envolvidos no esquema. O dinheiro proveniente de crime entra no Brasil em moeda estrangeira geralmente através das fronteiras, sendo necessário, para sua integração, o depósito em contas bancárias brasileiras - que pode ser viabilizado através de apresentação de documento ideologicamente falso ou intencionalmente defasado. A respeitabilidade do advogado pode ser meio para

evitar questionamentos da instituição financeira na ação de integração do valor ao sistema financeiro nacional.

Tipo 6: Representação de empresas estrangeiras - Empresas estrangeiras que tenham interesse em atuar como acionista ou investidora em sociedades brasileira precisam nomear um representante legal residente no Brasil para responder por seus atos, receber citações e exercer direitos e deveres da legislação brasileira. Muito comumente, o advogado é o profissional procurado para exercer tal função, sendo, em grande parte dos casos, lhe concedidos poderes para gerir patrimônio, movimentar valores, fazer aquisições, além de poder realizar diversos atos perante autoridades brasileiras em nome da empresa estrangeira.

Tipo 7: Estruturação financeira e tributária envolvendo paraísos fiscais e offshores

Paraísos fiscais são assim denominados por oferecerem alíquotas de tributação muito baixas ou nulas, atraindo recursos estrangeiros. Além disso, essas jurisdições acabam tendo legislações mais brandas em relação à identificação de beneficiário final e compartilhamento de informações relevantes com autoridades de outros países. Há também as *offshores*, centros financeiros em jurisdições nas quais o sistema financeiro tem, em sua maioria, pessoas físicas ou jurídicas não residentes na jurisdição, oferecendo, da mesma forma, tributação baixa ou nula e regulamentação branda do setor financeiro, que privilegiam o anonimato.

A consultoria prestada no sentido de apresentar para o cliente as vantagens fiscais e tributárias de aplicar recursos em empresas em paraísos fiscais é legítima. O risco neste casos é quando o advogado auxilia nos documentos constitutivos dessas empresas e na intermediação com os agentes jurídicos e financeiros da jurisdição de destino.¹⁶⁷

¹⁶⁷ CASAGRANDE, Ibid.

ANEXO B - Temas a serem trabalhados no método Ensino-Aprendizagem pela Resolução de Problemas (EARP) ¹⁶⁸

Da Advocacia Consultiva Estrita e/ou Extrajurídica

I – As medidas de prevenção ao envolvimento na prática de lavagem de dinheiro abaixo recomendadas se destinam aos advogados e sociedades de advogados que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações:

- a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza;
- b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos;
- c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários;
- d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas;
- e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e
- f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais.

II - Entende-se por advocacia consultiva estrita e/ou extrajurídica os serviços prestados de forma atípica por advogados, os quais não têm relação direta com direito de defesa ou litígio atual ou futuro, abrangendo atos materiais na consecução das operações listadas no item anterior.

III - As atividades de advocacia litigiosa, de advocacia consultiva diante de processos administrativos, judiciais, arbitrais, assim como relacionados à justiça negocial e a advocacia corporativa (advogados internos de entidades legais) são consideradas atividades típicas da advocacia, não sendo objeto desta Recomendação.

Da Análise e Categorização de Risco

¹⁶⁸ CASAGRANDE, Ibid.

IV - Na efetivação das medidas preventivas, os advogados e sociedades de advogados devem adotar sistema de avaliação de risco do seu cliente baseado em três grandes pilares (i) fator geográfico; (ii) perfil do cliente e (iii) natureza da operação pretendida.

V - São fatores de riscos relacionados ao fator geográfico, clientes não-residentes em território nacional, especialmente aqueles residentes ou operando em jurisdições consideradas de alto risco, como:

- a) com alto índice de criminalidade, como aquelas constantes de listas governamentais de pessoas impedidas ou sancionadas, a exemplo da Transparência Internacional, Escritório de Controle de Ativos Estrangeiros dos EUA (“OFAC”), Conselho de Segurança da ONU, Autoridade de Conduta Financeira do Reino Unido (“FCA”), e outras desta natureza;
- b) que não sejam membro do GAFI ou entidade assemelhada, apresentando deficiências na adoção de medidas de prevenção, controle e combate à lavagem de dinheiro - que podem ser identificados em relatórios de avaliação emitidos pelo GAFI;
- c) paraísos fiscais e jurídicos;

VI - São fatores de riscos relacionados ao perfil do cliente:

- a) Clientes como Histórico de envolvimento em atos ilícitos;
- b) Pessoas politicamente expostas ou integrantes de organizações políticas;
- c) cliente que apresenta resistência na prestação de informações para os procedimentos de devida diligência, ou as presta de forma falseada ou incompleta;
- d) cliente listado em listas governamentais de pessoas impedidas ou sancionadas, nacionais ou estrangeiras;
- e) o cliente não é o beneficiário final da operação para a qual requer a consultoria do advogado;

VII - São fatores de riscos relacionados à natureza da operação:

- a) operações envolvendo dinheiro em espécie;
- b) operações envolvendo criptoativos;
- c) operações que facilitem o anonimato do beneficiário final;
- d) operações entre pessoas de relação próxima ou parentes sem motivação clara;
- e) operações atípicas em relação ao ramo de negócio do cliente;

- f) operações sem fundamento econômico claro;
- g) operações incompatíveis com a situação econômico-financeira do cliente;
- h) operações em que o relativo pagamento se dá por terceira pessoa que não é beneficiada/parte da operação;
- i) outras operações que, pelas características das partes, do meio de consecução e falta de clareza de fundamento social, econômico ou jurídico, possam ser classificadas como suspeitas.

VIII - O resultado da classificação de risco deve suportar a decisão do advogado em se abster da prestação do serviço de advocacia, em consultar a Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) a qual é vinculado - em caso de fundada dúvida - ou prestar o serviço procedendo o devido registro da atividade por uma das formas trazidas no item XVII.

Das medidas de Prevenção ao envolvimento dos advogados na prática de Lavagem de Dinheiro

IX - Apesar da classe de advogados estar sujeito ao Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, previsões genéricas se mostram insuficientes no cenário da criminalidade atual, o que recomenda a implementação de medidas de prevenção ao seu envolvimento na prática de lavagem de dinheiro;

X - As medidas preventivas devem considerar particularidades do advogado e/ou sociedade de advogados em que serão implementadas, como o seu porte, recursos humanos e tecnológicos, processos e estruturas internas e a natureza e o volume dos serviços prestados,

XI - Aos advogados e sociedade de advogados prestando advocacia consultiva nas operações listadas no item I, recomenda-se, pelo menos:

- a) manter cadastro dos clientes, com documentos e informações obtidos quando da contratação, o qual deve ser atualizado de forma periódica ou o âmbito de novas demandas;
- b) conduzir procedimentos de identificação dos seus clientes e beneficiários finais das atividades prestadas, assim como dos responsáveis pelos pagamentos dos respectivos honorários, estabelecendo classificação do risco para determinar medidas de mitigação e/ou abstenção na prestação do serviço advocatício;
- c) manter registro dos serviços prestados em relação às operações descritas no item I;

d) seguir o Provimento nº. 204/2021 da Ordem dos Advogados do Brasil em relação à comprovação da prestação de serviços advocatícios por advogados e sociedades de advogados.

XII - As medidas de prevenção ao envolvimento de advogados na prática de lavagem de dinheiro devem estar formalizadas em política escrita, disponibilizadas a todos os profissionais a elas sujeitos e acessíveis para consulta em meio eletrônico.

a) Em caso de sociedade de advogados, esta política deve ser aprovada por pelo menos um dos sócios administradores.

XIII - Os profissionais sujeitos à política de prevenção à lavagem de dinheiro deverão receber treinamento, pelo menos anual, das suas previsões e procedimentos para sua efetivação.

XIV - Os registros da efetivação das medidas acima referidas devem ser arquivados por, pelo menos, 5 anos da conclusão do serviço prestado pelo advogado ou sociedade de advogados.

Da identificação dos clientes

XV - Para fins de efetivação das medidas listadas no item XI (a) e (b) desta Recomendação, os advogados ou sociedade de advogados devem requerer de seus clientes, previamente ao relacionamento, as seguintes informações:

a) se pessoa física:

- nome completo;
- registro no Cadastro de Pessoas Físicas – CPF;
- documento de identificação ou passaporte, caso estrangeiro;
- endereço completo;
- sua condição de Pessoa Politicamente Exposta, conforme Resolução nº 40/2021 do COAF.

b) se pessoa jurídica:

- razão social e nome fantasia;
- registro no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ;
- Contrato Social ou Estatuto Social, em que estejam indicados seus sócios e sede da entidade legal;
- as informações referidas no item (a) acima para os sócios pessoas físicas e demais pessoas que tenham influência na tomada de decisão da entidade legal;

-identificação dos beneficiários finais, assim considerados para fins desta Recomendação, condição em que se enquadra(m) a(s) pessoa(s) física(s) que detenha(m), em última análise, o controle sobre a pessoa jurídica ou que detenha(m) poder determinante para a induzir, influenciar e utilizar ou para dela se beneficiar, independentemente de condições formais como as de controlador, administrador, dirigente, representante, procurador ou preposto, conforme redação da Resolução nº 36/2021 do COAF.

c) outros documentos relevantes para definição do perfil do cliente, como:

- dados requeridos para consultas a listas governamentais de pessoas impedidas ou sancionadas;
- informações necessárias para checar a compatibilidade da operação com sua capacidade econômica;
- esclarecimentos sobre achados/inconsistências durante o processo de identificação.

XVI - De posse dessas informações, os advogados ou sociedade de advogados devem realizar procedimentos de devida diligência para a análise e categorização do risco, conforme itens IV- VIII, e adotar cuidados que enderecem esses riscos.

Do registro dos serviços prestados

XVII - Os serviços de advocacia prestados no âmbito das operações do item I desta Recomendação poderão ser registrados através dos meios previstos no artigo 8º do Provimento 204/2021 da Ordem dos Advogados do Brasil, contendo as informações constantes das alíneas do referido artigo do Provimento.

a) Para fins desta Recomendação, a declaração prevista no referido Provimento deverá ser feita assim que concluída a respectiva operação e arquivada pelo prazo do item

Das situações suspeitas e procedimentos adicionais de diligência

XVIII - Aos advogados e sociedades de advogados é recomendado adotar procedimentos adicionais de diligência sempre que:

- a) as informações e/ou documentos apresentados pelo cliente ensejarem dúvida quanto à sua veracidade;
- b) o cliente e/ou a operação pretendida foram considerados de alto risco no âmbito do procedimento de análise e classificação de risco descrito nos itens IV- VIII;

XIX - Diante de situações que constituam sérios indícios da ocorrência de crimes da Lei nº 9.613/1998, o advogado ou sociedade de advogados poderá realizar comunicação espontânea ao COAF.

a) A comunicação de boa-fé ao COAF nas situações acima descritas não configuram quebra de sigilo profissional, pois está de acordo com a previsão do artigo 34, inciso VII, da Lei nº 8.906/1994 - Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil.

b) A decisão sobre realizar a comunicação ao órgão de controle deve ser fundamentada quanto da comunicação, tanto no relatório feito ao COAF, quanto em documento interno para manutenção do registro.

c) A comunicação ao COAF deverá ser mantida em sigilo, de forma que o advogado responsável pela comunicação deve adotar os cuidados necessários para assim garantir o seu tratamento.

Do Monitoramento da Aplicação das Medidas Preventivas

XX - A política de prevenção ao envolvimento dos advogados em práticas de lavagem de dinheiro deve indicar o profissional responsável pelo monitoramento de sua aplicação.

a) A indicação do profissional responsável previsto neste item não substitui o compromisso dos demais advogados a ela sujeitos de zelar pelo seu cumprimento.

Da consulta ao Tribunal de Ética da OAB

XXI - Havendo dúvidas diante de situações que possam configurar violações ao Estatuto da Advocacia e Código de Ética e Disciplina da OAB, recomendamos proceder consulta ao Tribunal de Ética e Disciplina da Seccional da OAB ao qual o advogado é vinculado.