

Parecer do Conselheiro Sérgio Ferraz

Exercício da Advocacia no Brasil por profissional estrangeiro

SUMÁRIO:

- 1 – Introdução.
- 2 – Graduação no exterior e revalidação do diploma.
- 3 – A nova realidade: a consultoria jurídica em Direito estrangeiro.
- 4 – O Provimento n.º 91 de 2000 e seus pressupostos.
- 5 – O Provimento n.º 91 e seus objetos.
- 6 – O problema da atuação do advogado estrangeiro, em Direito comparado.
- 7 – Os princípios fundamentais do Provimento n.º 91.
- 8 – A posição do Ministério das Relações Exteriores;
 - 8.1 - o Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços;
 - 8.2 - o MERCOSUL.
- 9 – Tratados e Acordos em face da Constituição e do Direito interno infraconstitucional.
- 10 – Conclusões.

1 – As considerações, a serem expandidas a partir daqui, se inserem num contexto que coloca: de um lado, os diplomados em Direito, nacionais ou estrangeiros, habilitados ao exercício da advocacia em nosso país, na forma de nosso Estatuto e da normatividade a ele complementar; de outro lado, o diplomado em Direito no estrangeiro, não-inscrito nos quadros da OAB. É este, para os fins deste trabalho, o “profissional estrangeiro” a que alude o título acima posto.

2 – Nossa Lei básica não foi omissa no particular: o estrangeiro, e mesmo o brasileiro, graduados em Direito fora do Brasil, podem inscrever-se na OAB (e, pois, podem ter livre acesso ao exercício da profissão em nosso país), após revalidarem seu diploma (Estatuto, art. 8º, § 2º).

A revalidação é um procedimento administrativo, que não é realizado pela OAB: as universidades, a tanto autorizadas pelo Ministério da Educação, examinam o conteúdo do curso jurídico concluído no exterior, confrontam-no com as exigências mínimas legalmente postas aos cursos jurídicos no Brasil, detectam equivalências e, se cabível e/ou necessário, determinam ao requerente a complementação reputada imprescindível (ou, pelo contrário, reconhecem o diploma, sem mais exigências), com a subsequente prestação de provas. Conquanto esse processo de revalidação seja razoavelmente objetivo, em seu desenrolar as peculiaridades das grades curriculares universitárias e a delonga normal das tramitações, inseridas no conceito autonomia universitária, freqüentemente lhe imprimem uma duração

excessiva, até de anos, mesmo. De toda sorte, não há fechamento, na lei brasileira, a que advogado, diplomado no exterior, aqui venha a exercer a profissão.

3 – Os imperativos dos últimos anos, relativos à crescente integração econômica e cultural mundial, vieram a imprimir uma nova feição, à problemática aqui considerada. E feição essa à qual, aí sim, estranho o Estatuto. Trata-se da gradativamente maior, e hoje maciça, presença da empresa estrangeira, sobretudo (mas não só) a privada, atuando no Brasil. Para além dos vários outros aspectos pelos quais tal fenômeno pode ser analisado, cabe considerar o referente ao conhecimento jurídico.

A empresa estrangeira, que atua no Brasil, necessita, por certo, de aconselhamento legal e de patrocínio judicial, relativamente ao Direito brasileiro. E, para tanto, só poderão servir-se de advogado inscrito na OAB (Estatuto, art. 3º). Há todavia, no cotidiano das aludidas empresas, avaliações jurídicas a serem feitas, quanto ao reflexo jurídico de seus atos no Brasil, à luz das leis de seus países de origem (ou de outras que atuem), e vice-versa. Como é natural, a seus advogados no exterior compete tal avaliação. Mas o dinamismo da vida comercial moderna impõe um ritmo diferente, não bastando as consultas às matrizes, apesar de todo o progresso dos atuais meios de comunicação de mensagens. Mas não só: os próprios escritórios brasileiros de advocacia, para bem desempenharem seu mister para seus clientes estrangeiros, precisam ter os dados pertinentes do Direito alienígena, a fim de ensejarem opiniões que signifiquem a melhor orientação, no mosaico normativo de um segmento empresarial globalizado. Esse mesmo tipo de necessidade igualmente surge quando se trata de assessorar juridicamente a empresa brasileira que deseje atuar no exterior. Acentuam-se esses dados, ademais, quando se trata de atividades a serem exercidas no âmbito dos mercados comuns e dos acordos internacionais, que vêm adquirindo dimensões sempre mais amplas.

4 – Foi com vistas a essas novas realidades, não disciplinadas na Lei 8.906/94, que foi editado o Provimento n.º 91, de 13 de março de 2000 (DJU, Seção I, 24.03.2000, pág. 211), que regula o exercício da atividade de consultores (e sociedades de consultores) em direito estrangeiro no Brasil.

A legitimação (e, pois, constitucionalidade) do Provimento n.º 91 decorre da conjunção de dois preceitos:

a) o artigo 5º, inciso XIII, da Constituição da República, que permite à lei o estabelecimento de requisitos para o exercício das profissões;

b) o artigo 54 do Estatuto, que confere ao Conselho Federal a competência (dentre outras) para editar e alterar Provimentos (inciso V), bem como para “resolver os casos omissos neste Estatuto” (inciso XVIII).

5 – O Provimento n.º 91/2000, com as formalidades e requisitos ali postos, permitiu a atuação, no Brasil, do consultor em direito estrangeiro, que fosse “estrangeiro profissional em Direito, regularmente admitido em seu país a exercer a advocacia”
(Provimento n.º 91, art. 1º)

Ficaram-lhe vedadas:

a) a consultoria ou assessoria em Direito brasileiro;

b) o exercício do procuratório judicial.

A razão de ser, de tais vedações, é óbvia: nos dois casos, o profissional tem de conhecer o Direito brasileiro, o que a Lei só admite ser possível quando a graduação se dá no Brasil ou quando o alienígena aqui revalida seu diploma.

Aliás, a par dessas duas vedações (que vão haurir sua licitude no artigo 5º (inciso XIII) de nossa Constituição e no artigo 54 (incisos V e XVIII) de nosso Estatuto, tampouco será ao profissional estrangeiro facultado o desempenho da advocacia (consultoria ou patrocínio) pública, na forma do que preconizado nos artigos 131 e 132 da Constituição.

6 – Cabe lembrar que a regulação limitativa ao advogado estrangeiro não é problema que preocupe tão apenas o Brasil ou seus vizinhos do continente. Em verdade, o problema surgiu, de maneira até por vezes dramática, no continente europeu, na seqüência da implantação, ampliação e sedimentação da Comunidade Européia. E a ele têm estado atentas as associações internacionais da advocacia.

Em vertente idêntica à do Provimento n.º 91 situou-se a International Bar Association, ao baixar sua “Definição dos Princípios Gerais para a Atuação e Regulamentação de Advogados Estrangeiros”.

Em vertente oposta (isto é, não criando qualquer obstáculo ao advogado estrangeiro) comparece a Diretriz 98/5/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Européia. Cabe notar que nesse sentido já se pusera a Comunidade desde 1977 (Diretriz n.º 77/249/CEE).

Portugal, pelo Decreto-lei 119, de 28.05.86, franqueou o exercício da advocacia ao profissional estrangeiro, exigindo apenas, para o procuratório judicial, a presença concomitante de um advogado inscrito na Ordem portuguesa (artigo 173-D do Estatuto da Ordem dos Advogados). Na Inglaterra e nos Estados Unidos somente em restritíssimas áreas se criam embaraços ao profissional estrangeiro da advocacia.

Casos exemplares, para a assunção de uma posição pelo Brasil, são os do Japão e da Espanha. No Japão registra-se, desde 1974, uma enorme pressão da Secretaria de Comércio e do Congresso dos Estados Unidos, para que não se criem quaisquer barreiras ou restrições à advocacia estrangeira. Tais pressões assentam-se na afirmação de que a advocacia é um serviço e que, como tal, sujeita-se à cláusula de livre comércio, sendo eventuais barreiras encaradas como protecionismo incompatível com as práticas internacionais e as regulações da OMC. Não obstante tudo isso, ao que sabemos, o Japão tem resistido (Governo e Bar Associations, ou, explicitando, a Nichibenren, isto é, a Federação Japonesa dos Colégios de Advogados), disciplinando o tema em moldes análogos aos do Provimento n.º 91.

Na Espanha optou-se por caminho extremamente oposto: derrubaram-se todas as limitações. Os efeitos dessa globalização são conhecidos e têm sido proclamados em todos os encontros internacionais de advogados: não há mais grandes escritórios espanhóis na Espanha. Ou nos deparamos com os grandes escritórios ingleses e norteamericanos diretamente estabelecidos; ou encontramos firmas inglesas e norteamericanas "associadas" a corporações espanholas, figurando estas como "testas-de-ferro". E, com isso, vem-se tornando difícil a assimilação, pelo mercado, do profissional formado na Espanha. Variadas são as modalidades de ação, que as firmas estrangeiras adotaram, para chegar a esse ponto: abertura de filiais, franquias, alianças, fusões, etc... Mas o resultado foi, sempre, a criação de dificuldades para o advogado nacional, sobretudo o veterano e o recém-formado.

A Conferência da UIA, reunida em Turim em agosto de 2001, meditou seriamente sobre os problemas da globalização dos escritórios de advocacia, enfatizando a necessidade do estabelecimento de regras que compatibilizem os reclamos internacionalizantes da economia com os imperativos nacionais da advocacia.

7 – O Provimento n.º 91 parte de dois supostos fundamentais, para regular a atuação permitida ao advogado estrangeiro.

Em primeiro lugar, tem-se em mente que a advocacia não é, fundamentalmente, uma atividade de comércio de serviços. O advogado é parte essencial da dinâmica do sistema jurídico de seu país, interpretando a lei, divulgando-a ademais e colaborando na sua aplicação. Nessa polifacética feição, o advogado é um fator eloquente na definição do sistema cultural de

sua nação. Vê-lo como simples agente comercial é deturpar e amesquinhar seu real significado (Estatuto, art. 2º; Código de Ética e Disciplina, art. 5º).

O segundo pilar estimativo, do Provimento n.º 91, é o princípio da reciprocidade: admitir-se-á o desempenho no Brasil do consultor em Direito estrangeiro, desde que, além dos demais requisitos, comprove ele que em seu país ou estado se defere igual tratamento ao advogado brasileiro (Provimento n.º 91, art. 2º, inciso VI).

Por evidente, as pautas normativas, aqui invocadas, compõem o quadro dos requisitos legais impostos para o exercício da advocacia no Brasil, agasalhando-se, destarte, no artigo 5º, XIII da Constituição e 54, V e XVIII, do Estatuto.

8 – Assim, porém, não vem sendo o tema divisado, pelo Ministério das Relações Exteriores. Temos mantido contactos com a Pasta do Exterior, particularmente com seu setor do comércio internacional de serviços. Cremos poder asseverar que as divergências de enfoque, então detectadas, fulcram-se sobretudo em diferenças nos ângulos de abordagem da questão. É dizer, cremos, de nossa parte, que as posições divergentes do Itamaraty, além de estarem sendo colocadas de boa-fé e com transparência, refletem uma postura cultural que lhe é própria, a ser respeitada como todo e qualquer dissenso honesto deve ser. Tentemos, com fidelidade, expor o opinamento divergente do nosso.

8.1 – Claro, na base de tudo está a acepção de que a atividade da advocacia de um profissional, em outro país, configura, nuclearmente, um comércio internacional de serviços.

O “Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços”, em seu Artigo I, coloca sob sua abrangência, dentre outras figuras, “qualquer serviço em qualquer setor exceto aqueles prestados no exercício da autoridade governamental” (entendendo-se como definitório da ressalva retro “qualquer serviço que não seja prestado em bases comerciais, nem em competição com um ou mais prestadores de serviço”). Dentro dessa conceituação, coloca-se nítido o contraste entre o comando do “Acordo Geral” e a conceituação estatuída em nossas leis específicas (Estatuto, art. 2º; Código de Ética e Disciplina, art. 5º: ambos os preceitos constituem emanações diretas do artigo 133 da Constituição da República).

O Artigo II do “Acordo Geral” é brandido como derogatório do artigo 2º do Provimento n.º 91: enquanto este baliza-se pelo Princípio da Reciprocidade, aquele consagra o Princípio da Nação Mais Favorecida, assim definido, no preceito em tela:

“... cada Membro deve conceder imediatamente e incondicionalmente aos serviços e prestadores dos serviços, de qualquer outro Membro, tratamento não menos favorável do que aquele concedido a serviços e prestadores de serviços similares de qualquer outro país”.

A ilação que o MRE extrai, desses parâmetros, é a seguinte: se por qualquer razão, inclusive por força do princípio da reciprocidade, já concedemos a alguma nacionalidade de advogados a possibilidade de atuar em nosso país, esse tratamento tem de ser estendido a todas as outras nacionalidades representadas no “Acordo Geral”, independentemente de consagrarem ou não, em seus ordenamentos, a reciprocidade de tratamento! Abre o Artigo V a possibilidade de estabelecimento de algumas cláusulas de proteção, desde que se celebrem acordos setoriais de serviços, entre países em desenvolvimento. Mas o problema existe, sobretudo, no relacionamento entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento, o que confere restrita utilidade ao Artigo V.

O Artigo XVI, dentre outras previsões, proíbe o estabelecimento de tipos específicos de pessoas jurídicas, o que, para o nosso tema, conflita-se com os artigos 15 e 16 de nosso Estatuto.

O “Acordo Geral” foi recepcionado no Direito brasileiro, baixado que foi, em fins de 2000, o pertinente Decreto legislativo (segundo informação do MRE) e o subsequente Decreto do Executivo.

8.2 – No âmbito do MERCOSUL há também uma plethora de comandos.

Parta-se do Protocolo de Montevidéu, de 15.12.97.

Ali nos deparamos com várias disposições semelhantes às do “Acordo Geral”, supra examinado. Não falta, inclusive, a regra do “tratamento da nação mais favorecida” (Artigo III). Ademais do Protocolo, cabe registrar: a Resolução 36/00, que procurou dinamizar e aprofundar o compromisso de liberalização dos serviços, no âmbito do MERCOSUL; a Resolução 96/00, que convocou a “3ª Rodada de Negociações de Compromissos Específicos em Matéria de Serviços”, realizada há pouco, em Montevidéu (há previsão de mais sete rodadas desse tipo).

Anote-se que, relativamente ao Protocolo de Montevidéu, de 1998, ainda não se deu sua recepção no Direito brasileiro, na forma constitucionalmente estabelecida.

9 – Os Acordos mais não constituem que variedade terminológica da expressão tratado. Submetem-se, pois, ao crivo de admissibilidade traçado no artigo 49, I da Constituição da República. É dizer, só se incorporam ao Direito brasileiro após aprovados, mediante decreto legislativo, pelo Congresso Nacional. Há ainda a praxe, não prevista embora na Constituição, de, após a aprovação congressional, ser baixado um decreto presidencial, que promulga o

tratado, cujos efeitos são antes de publicidade, que de integração na cadeia de efetividade do diploma.

No sistema jurídico brasileiro, o tratado, mesmo após aprovado e promulgado, não prevalece sobre a Constituição, podendo inclusive submeter-se ao controle concentrado de constitucionalidade. Como bem pondera J.F. Rezek (“Direito Internacional Público”, Ed. Saraiva, 8ª ed., pág. 96),

“Assim, posto o primado da Constituição em confronto com a norma *pacta sunt servanda*, é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isto signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder”.

No campo do contraste entre o tratado recepcionado e a lei infraconstitucional, a solução se dá na forma do que o sistema jurídico de cada país propõe.

Entre nós, a regra de dirimência é a que se estatui na Lei de Introdução ao Código Civil, pacificamente tida entre nós como preceito de supradireito, verdadeira lei nacional de aplicação das normas jurídicas. Nessa quadratura, se verdade é que “*lex posterior derogat priori*”, menos verdade não é que a lei posterior geral não revoga ou modifica a lei anterior especial (LICC, art. 2º, § 2º).

10 – No Brasil, a advocacia NÃO é, precipuamente, uma simples modalidade de prestação de serviço. Ela é nuclearmente, um desempenho de caráter público, indispensável à administração da justiça (C.R., art. 133). Qualquer norma de direito interno ou internacional, que degrade essa natureza, pretendendo ver na advocacia mera modalidade de comércio de serviços, é inconstitucional.

A advocacia é regulada num conjunto orgânico de NORMAS ESPECIAIS (Estatuto, Regulamento Geral, Código de Ética e Disciplina, Provimentos do Conselho Federal), insuscetíveis de derrogações mediante diplomas gerais (como são os Acordos e Protocolos regedores do comércio de serviços em geral).

A advocacia integra a dinâmica do Sistema jurídico do país, compondo ademais o complexo cultural regedor da convivência social. Sua mercantilização é vedada (Código de Ética e Disciplina, art. 5º).

O estabelecimento de requisitos limitadores do exercício da profissão tem base constitucional (C. R., art. 5º, inciso XIII), a ele não se sobrepondo qualquer norma interna ou internacional, que pretenda liberar a advocacia de qualquer condicionamento, inclusive em razão do lugar em que obtida a graduação. Não valem aqui, até mesmo no plano estritamente lógico, pretensos

símiles com outras profissões. Fazer um viaduto ou aplicar uma terapia curativa é igual no Brasil ou na Itália. Já a lei — sobretudo sua interpretação — é única em cada país. Não há como garantir livre circulação, portanto, das atividades advocatícias.

Nessa panorâmica, resulta para nós nítida não só a total constitucionalidade (validade) do Provimento n.º 91, como também o descabimento seja de se invocar aqui compromissos internacionais do Brasil referentes a comércio de serviços, seja de assumir o Brasil compromissos internacionais no atinente a “serviços jurídicos”.

Temos a nossa normatividade, exercida até por emanção constitucional e estabelecida em defesa do sistema jurídico brasileiro e dos interesses dos advogados brasileiros. Aqui, com profunda vênua de pensamentos eventualmente contrários, nem por isso menos respeitáveis, não há campo para hesitações, pouco importando a ameaça de aplicação de sanções, por parte da OMC. Há que não só resistir, mas também proclamar nossa fundamentada opinião, perante o MRE. Sugere-se, inclusive, que a OAB procure viabilizar seu comparecimento aos futuros encontros internacionais, referentes ao comércio de serviços, buscando colocar, com nitidez, seu pensamento a respeito dessa importante matéria, aqui brevemente focalizada.

Sérgio Ferraz

Conselheiro Federal

Presidente da Comissão de Sociedades de Advogados CFOAB