

**“ASSOCIAÇÃO/COOPERAÇÃO” ENTRE ESCRITÓRIOS
BRASILEIROS E FIRMAS ESTRANGEIRAS DE ADVOCACIA**

**PROPOSTA DE PROVIMENTO AO CONSELHO FEDERAL DA
ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL**

SUMÁRIO DA EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

I – Introdução – página 6

***II – Considerações gerais sobre as recentes mudanças no
mercado internacional da advocacia no atual contexto de crise
econômica mundial - página 11***

***III – A evolução das Ordens e Conselhos Profissionais no
Brasil e a competência regulamentar e poder de polícia da OAB
- página 56***

***IV – Proibição legal quanto à formação de associações entre
escritórios brasileiros e firmas estrangeiras de advocacia -
página 76***

***V – Das infrações disciplinares, do exercício ilegal de profissão
e das violações à ordem econômica tributária - página 114***

***VI - Considerações acerca da abertura do mercado de serviços
jurídicos e as regras da Organização Mundial do Comércio -
página 123***

VII – Conclusões e Recomendações Finais - página 139

2012

PROVIMENTO Nº /2011

Dispõe sobre a associação entre advogados ou escritórios de advocacia brasileiros e advogados ou firmas estrangeiras de advocacia

O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 54, V, da Lei nº 8.906/94, tendo em vista a conveniência de tornar mais claras, abrangentes e seguras as regras já vigentes com relação à proibição de associação entre advogados ou sociedade de advogados brasileiras e advogados ou firmas estrangeiras de advocacia, considerando as normas e restrições constantes dos Provimentos 91/2000, 94/2000 e 112/2006, **RESOLVE**:

Art. 1º- É vedada a associação, a qualquer título, entre advogados ou sociedades de advogados brasileiras e advogados ou firmas estrangeiras de advocacia, registradas, ou não, junto à Ordem dos Advogados do Brasil como consultores ou sociedades consultoras em direito estrangeiro, que importe em perda ou diminuição da identidade institucional ou da autonomia da gestão administrativa, financeira, profissional ou de planejamento estratégico por parte das sociedades de advogados brasileiras, ou que apresente as seguintes características, de forma não cumulativa, ou importem em:

I – utilização de sede ou endereço comum no Brasil, ainda que em instalações contíguas ou em andares distintos de um mesmo prédio;

II – confusão de marcas, razão social ou outras formas de identidade visual, ficando proibida a utilização e divulgação de expressões como “*em cooperação com*” e “*associado a*”, ou outras

similares, sejam elas estampadas no vernáculo pátrio ou em outros idiomas;

III – utilização de instrumentos de trabalho e de papelaria, cartões de visita, brochuras, “folders” físicos ou eletrônicos, *e-mails*, sítios na internet, material de publicidade e comunicação comuns ou com referências recíprocas ou mediante a utilização das expressões mencionadas no inciso anterior;

IV – promoção de eventos jurídicos e ações conjuntas promocionais no mercado de advocacia brasileiro, ainda que versem sobre direito estrangeiro e sobre investimentos estrangeiros no Brasil ou sobre investimentos brasileiros no exterior;

V – compartilhamento de bancos de dados e listagem de clientes, sistemas operacionais comuns de informática, sistema comum e/ou padronizado de cobrança de honorários e faturamento, política comum de recursos humanos, notadamente planos de carreiras e de remuneração de advogados e de colaboradores.

VI – utilização de quaisquer outros meios e caracteres que possam indicar, expressa ou implicitamente, a existência de acordos de associação, formais ou informais, que importem em violação às normas e princípios constantes do presente artigo;

VII – celebração de acordo, formal ou informal, com o objetivo direto ou indireto de fraudar os princípios e finalidades constantes do presente artigo.

Parágrafo único. A vedação de que trata este artigo engloba contratos e acordos de qualquer espécie, formais ou informais, registrados ou não perante os órgãos da Ordem dos Advogados do Brasil, tendo por objeto ou que importem na partilha de despesas de custeio e investimentos, participação nos lucros, nos resultados e nos honorários profissionais e de sucumbência judicial, financiamento ou subsídios financeiros cruzados a qualquer título, propriedade direta ou indireta de sociedade de advogados brasileiras por parte de sociedades de advogados estrangeiras ou de consultores ou sociedade de consultores em direito estrangeiro, transferência de participação no capital social, transferência ou

partilha do poder de controle da sociedade de advogados brasileira, bem como de sua gestão administrativa, financeira, profissional ou de planejamento operacional ou estratégico.

Art. 2º. Todos os contratos e instrumentos de acordos celebrados entre advogados ou sociedades de advogados brasileiras e advogados ou firmas estrangeiras de advocacia, registradas, ou não, junto à Ordem dos Advogados do Brasil como consultores ou sociedades consultoras em direito estrangeiro, inclusive os celebrados anteriormente à edição do Provimento nº 91/2000, deverão ser levados a registro junto à Seccional competente da Ordem dos Advogados do Brasil, no prazo de 30 (trinta) dias contados da publicação do presente Provimento, caso já não tenham sido registrados.

Parágrafo único. As Seccionais da OAB encaminharão, no prazo de 30 (trinta) dias, cópia dos contratos e instrumentos de acordo mencionados no parágrafo anterior ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que manterá um Cadastro Nacional dos advogados consultores e das sociedades consultoras em direito estrangeiro, de que trata o Provimento 91/2000.

Art. 3º. Os advogados e as sociedades de advogados brasileiras não poderão permitir, facilitar ou concorrer, a qualquer título ou finalidade, para que advogados ou firmas estrangeiras de advocacia, bem como consultores ou sociedades de advogados consultoras em direito estrangeiro, exerçam no Brasil atividades de advocacia ou pratiquem atos privativos dos advogados regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, a que alude o art. 1º, § 1º, do Provimento 91/2000, notadamente o exercício do procuratório judicial e a consultoria ou assessoria em direito brasileiro.

Parágrafo único. Os advogados consultores e as sociedades de advogados consultoras em direito estrangeiro que violarem o disposto neste artigo e praticarem atos privativos dos advogados regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, com base no art. 8º da Lei 8.906/94, terão cassadas a autorização para exercer atividades de consultoria em direito estrangeiro no território

brasileiro, mediante o devido procedimento legal a ser instaurado, de ofício ou por provocação de qualquer autoridade ou pessoa interessada, perante a Seccional da OAB sede do respectivo registro, ficando asseguradas as garantias do contraditório e da ampla defesa, inclusive o recurso cabível para o Conselho Federal da OAB, de acordo com a normativa aplicável.

Art. 4º. Os advogados e as sociedades de advogados brasileiras, bem como os advogados consultores e as sociedades de advogados consultoras em direito estrangeiro, que violarem as disposições do presente Provimento sujeitar-se-ão a processo ético-disciplinar nos termos do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/1994), do seu Regulamento Geral e do Código de Ética e Disciplina da OAB, sem prejuízo das demais sanções administrativas, civis e penais aplicáveis.

Art. 5º. As Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil adotarão as medidas e procedimentos legais cabíveis para fins de aplicação e efetividade deste Provimento.

Art. 6º. Ficam mantidos na sua integralidade, com os esclarecimentos ditados pelo presente Provimento, os Provimentos nºs. 91/2000, 94/2000 e 112/2006.

Art. 7º. O presente Provimento entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

Brasília,

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

I - INTRODUÇÃO

1. O presente Projeto de Provimento é apresentado com base na deliberação da Comissão Nacional de Relações Internacionais do CFOAB aprovada à unanimidade na reunião realizada em 25 de outubro de 2011, que designou-me Relator da matéria, com a incumbência de elaborar minuta de Provimento, de caráter declaratório dos Provimentos 91/2000, 94/2000 e 112/2006, com vistas a aclarar e detalhar, em prol da segurança jurídica, as vedações legais e regulamentares quanto às variadas formas de “associação/cooperação” entre advogados e escritórios brasileiros, de um lado, e advogados ou firmas estrangeiras de advocacia, registradas, ou não, junto à Ordem dos Advogados do Brasil como consultores ou sociedades consultoras em direito estrangeiro, de outro lado. Em suma, a proposição tem por objetivo tornar mais claras, abrangentes e seguras as regras já vigentes em nosso ordenamento com relação à proibição de tais “associações/cooperações”. Nesse sentido, uma leitura sistemática da Constituição da República, do Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei Federal nº 8.906/94), do Regulamento Geral, do Código de Ética e Disciplina e dos Provimentos do CFOAB nºs. 91/2000, 94/2000 e 112/2006, é suficiente para inferir que o atual e crescente movimento multiforme de “associações/cooperações” verificado no mercado de advocacia no Brasil entre escritórios brasileiros e firmas estrangeiras não se compraz e não raro viola em muitos aspectos a ordem jurídica em vigor, consistente no marco regulatório da advocacia em nosso país.

É justo reconhecer que o afluxo de escritórios estrangeiros ao mercado brasileiro não se apresenta como questão apenas recente. Contudo, sua intensificação nos últimos anos, por certo impulsionada, de um lado, pela grave crise econômica e financeira que abateu particularmente os Estados Unidos e a Europa a partir de 2008, simbolizada na falência do Banco *Lehman Brothers*, e, de outro lado, pelo favorável e promissor cenário do desenvolvimento econômico e social no Brasil, recomenda uma pontual atualização normativa da matéria a cargo do E. Conselho Federal da OAB (CFOAB). Busca-se com a presente proposição,

em síntese, reordenar, com efeito declaratório e ratificatório das normas em vigor, a atual tendência de migrações de empresas multinacionais prestadoras de serviços jurídicos, notadamente por parte dos grandes e gigantes escritórios norte-americanos e ingleses, em face do conjunto de restrições legais e regulamentares prevalentes no Brasil. Tudo por que o marco regulatório da advocacia em nosso país individualiza e diferencia o regime jurídico profissional aplicável, de um lado, ao exercício pleno das atividades advocatícias e à prática de atos privativos dos advogados regular e ordinariamente inscritos nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, segundo o disposto no art. 8º da Lei 8.906/94, e, de outro lado, a atividade de consultoria em direito estrangeiro, de que trata o Provimento 91/2000 do CFOAB, esta revestida de caráter excepcional.

2. Para uma visão realista e pragmática da questão, tem oportunidade destacar, em perspectiva não mais que descritiva, o quadro estatístico de escritórios alienígenas consultores em direito estrangeiro com registro formalizado na OAB e já com intensa atuação em nosso país, sem olvidar outros mais que aqui já se encontram em prematura atividade profissional, mas ainda sem o devido registro em nosso órgão de classe, ou que estão em vias de inaugurar filiais em nosso país. Nesse sentido, a conceituada revista “*Análise Advocacia*”, edição anual de 2011, publicou o perfil das principais sociedades de advogados estrangeiras já instaladas no Brasil, seja mediante “*associação/cooperação*” com escritórios de advocacia brasileiros, seja de forma autônoma como filial ou subsidiária integral do escritório matriz no exterior. Como se pode verificar na tabela abaixo, de caráter exemplificativo, algumas delas, fundadas nos séculos 18 e 19, contam, em sua grande maioria, com mais de 1.000 advogados, chegando à impressionante marca de 4.200 em todo o mundo, como é o caso da firma DLA Piper, associada no Brasil com o escritório Campos Mello Advogados:

NOME DO ESCRITÓRIO	FUNDAÇÃO	PAÍS DE ORIGEM	NÚMERO DE ADVOGADOS
DLA Piper	2005	Estados Unidos	4.200
Clifford Chance	1802	Inglaterra	3.200
Allen & Overy	1930	Estados Unidos	3.000
Jones Day	1893	Estados Unidos	2.500

Linklaters	1838	Inglaterra	2.200
White & Case LLP	1901	Estados Unidos	2.052
Skadden, Arps, Slate, Meagher & Glom	1948	Estados Unidos	2.000
Mayer Brown	1865	Inglaterra	1.575
Simpson Thacher & Bartlett	1884	Estados Unidos	1.200
CMS Cameron McKenna	1779	Inglaterra	1.100
Clearly Gottlieb Steen & Hamilton LLP	1946	Estados Unidos	1.090
Gibson, Dunn & Crutcher	1890	Estados Unidos	1.023
Shearman & Sterling	1876	Estados Unidos	1.000
Clyde & Co.	1933	Inglaterra	1.000
Davis Polk & Wardwell	1840	Estados Unidos	746
Proskauer Rose LLP	1875	Estados Unidos	700
Chadbourne & Parke	1902	Estados Unidos	436
Milbank, Tweed, Hadley & McCloy	1920	Estados Unidos	570
Barlow Lyde & Gilbert	1841	Inglaterra	380
Macleod Dixon	1912	Canadá	280
Conyers Dill & Pearman	1928	Bermudas	150

3. Para a melhor compreensão da matéria, e com o intuito de contribuir para o debate aberto e democrático desse tema de superlativa relevância para o mercado brasileiro da advocacia, considerei por bem desmembrar esta justificativa em seis segmentos distintos, a saber: *(i) este capítulo de introdução; (ii) considerações gerais sobre as recentes mudanças no mercado da*

advocacia internacional no atual contexto de crise econômica mundial; (iii) a evolução das Ordens e Conselhos Profissionais no Brasil e a competência regulamentar e poder de polícia da OAB; (iv) proibição legal quanto à formação de “associações” entre escritórios brasileiros e firmas estrangeiras de advocacia; (v) considerações acerca da abertura do mercado de serviços jurídicos e as regras da Organização Mundial do Comércio – OMC; (vi) conclusões e recomendações finais.

4. Releva assinalar, consoante objeto da deliberação da Comissão Nacional de Relações Internacionais do CFOAB de início reportada, que de igual modo considero a adoção desta proposição pelo E. Conselho Federal da OAB altamente oportuna e conveniente para as finalidades e propósitos seguintes **(a)** assegurar a aplicação objetiva, clara, segura, abrangente, uniforme e equânime das atuais normas de regência, todas elas dotadas de cogência pública, acerca do fenômeno mercadológico e institucional em questão, em ordem a se evitar decisões díspares e conflitantes no seio da comunidade das Seccionais da OAB; **(b)** para coibir a ocorrência de manobras ilícitas ou condutas desviantes, inclusive mediante eventuais práticas de “*supervising shopping*”¹

¹ O “*supervising shopping*” é prática usual em regimes jurídicos que permitem a concorrência entre sistemas regulatórios em ambiente de mútuo reconhecimento e reciprocidade de tratamento por parte de autoridades co-gêneres de países distintos, tal como se dá na União Européia. Isto porque um ato autorizativo, outorgado por uma agência ou autoridade reguladora de um determinado país deve ser reconhecido pelas autoridades de competência análoga de outros países. O mútuo reconhecimento, sob essa ótica, facilita a escolha (*shopping*) dentre autoridades igualmente competentes (*supervising*), na medida em que uma mesma empresa poderá optar pela entidade regulatória que supostamente poderá estabelecer requisitos ou procedimentos menos custosos e/ou menos rigorosos. No presente caso, o *supervising shopping* poderia ocorrer em razão da carência de clareza e segurança jurídica quanto ao sistema de exigências legais para o exercício da atividade de consultoria em direito estrangeiro no Brasil, seja em caráter individual ou sob o vínculo de sociedade de advogados. Com isso, e dada a falta de uniformidade exegética nesse campo de questões, os interessados poderiam buscar o registro profissional perante uma Seccional da OAB que aplicasse interpretação mais favorável e menos restritiva acerca das normas dos Provimentos 91/2000 e 112/2004; Daí a conveniência da edição da presente proposta de Provimento pelo CFOAB, a fim de se evitar decisões discrepantes no seio da comunidade das Seccionais da OAB. Sobre o tema, vale consultar, dentre outros, a obra, “*Direito Administrativo Europeu*”, da Professora da Universidade de Coimbra SUZANA TAVARES DA SILVA, Editora. Coimbra, ano 2010. Assim, a aplicação equânime e uniforme das normas regulamentares vigentes é condição *sine qua non* para se evitar o “*supervising shopping*” em regimes de mútuo reconhecimento e reciprocidade de tratamento. A esse propósito, consulte-se as conclusões de um estudo da *International Legal Services Advisory Council (ILSAC)* sobre os requisitos para o exercício da advocacia na Austrália por advogados estrangeiros, que bem ilustra os fundados receios para com o ‘*supervising shopping*’: “*In Australia once a lawyer is admitted to practise in one jurisdiction he*

engendradas para atalhar os ditames do marco regulatório da advocacia brasileira; e **(c)** para melhor precisar, com efeitos declaratórios e retroativos, em prol do princípio da segurança jurídica, a inteligibilidade e o alcance das normas legais e regulamentares vigorantes no Brasil e, com isso, delimitar as fronteiras entre as “associações/cooperações” entre escritórios brasileiros e firmas estrangeiras consideradas lícitas e aquelas contrárias ao marco regulatório da advocacia no Brasil.

Inspirado nesse objetivo de ratificação e esclarecimento da ordenação em vigor, a presente proposição é no sentido da edição de um Provimento de caráter integrativo do CFOAB que focalize as variadas formas e instrumentos de “associação/cooperação” entre advogados e escritórios brasileiros, de um lado, e advogados e escritórios estrangeiros, de outro lado, a fim de impor sanções aos autores das práticas associativas que, com infração do marco regulatório da advocacia brasileira, importem em perda ou diminuição da identidade institucional ou da gestão administrativa, financeira, profissional ou de planejamento estratégico por parte das sociedades de advogados brasileiras. Tudo isto com vistas a emprestar melhor efetividade às regras já constantes do Estatuto da Advocacia e da OAB, do respectivo Regulamento Geral e bem assim dos Provimentos 91/2000, 94/2000 e 112/2006. Desse modo, restarão melhor definidas e diferenciadas, em homenagem ao postulado da segurança jurídica, as “associações/cooperação” consideradas legítimas e autorizadas, em contraposição àquelas que, hoje e amanhã, operem ou venham a operar à margem da legalidade, bem por isso sujeitando-se às devidas sanções legais, inclusive e eventualmente, na esfera criminal e da ordem tributária.

*is able to gain admission in all other Australian jurisdictions under **mutual recognition** rules. **For this reason it is important that applications for admission of overseas qualified lawyers are handled consistently across all jurisdictions.***”

II - CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE AS RECENTES MUDANÇAS NO MERCADO INTERNACIONAL DA ADVOCACIA NO ATUAL CONTEXTO DE CRISE ECONÔMICA MUNDIAL

5. Em primeiro lugar, releva assinalar que os principais “*players*” da advocacia contemporânea e que operam no contexto mercadológico de uma economia globalizada, abrangendo toda sorte de operações de investimentos, produção e comércio de bens e serviços em escala transnacional, são primordialmente sociedades de advogados de grande porte, com estruturas e modelo de gestão empresarial.² Esses grandes escritórios adotam administração profissional com relação a todos os aspectos da moderna gestão empresarial, ou seja, quanto à elaboração de diretrizes, estratégias e planos de metas, adoção de políticas internas de fidelização de clientes e de seus quadros profissionais, de gerenciamento de recursos humanos, de marketing institucional, de controle de qualidade dos serviços prestados, de segmentação dos centros de custo, de relacionamento com o mercado, de estruturação de novos negócios, de sistema de auditoria interna ou externa, enfim utilizam sistema integrado de organização empresarial típica do chamado modelo MPB – “*Managed Professional Business*”.³ Sobre o tema, tem oportunidade colacionar a bem lançada dissertação de mestrado de CLÓVIS CASTELO JÚNIOR, que assim resume esse novo horizonte profissional da advocacia contemporânea: “*Os grandes movimentos de mudanças*

² Releva notar que a categoria das sociedades de Advogados não foi contemplada no Decreto 19.408, de 1930, que criou a Ordem dos Advogados do Brasil (art. 17), originalmente com a feição de órgão de “*disciplina e seleção dos Advogados*”. Tampouco contemplou-a o Regulamento da Ordem dos Advogados do Brasil, instituído pelo Decreto 20.784, de 1931. A esse tempo, posto que não vedadas sua constituição, as sociedades de Advogados encontravam fundamento no art. 1371 do Código Civil de 1916, embora já expressamente regulamentadas no chamado mundo desenvolvido, representado pelos Estados Unidos da América, Inglaterra e França. Exemplariza essa regulamentação o Decreto nº 54.406, editado na França em 1954, tendo por objeto o novo Estatuto francês da advocacia e que, em seu art. 40, dispunha sobre o exercício da advocacia sob a forma societária. Com efeito, somente com a edição, entre nós, da Lei 4.215, em 1963, sob a influência de NEHEMIAS GUEIROS, é que as sociedades de advogados passaram a ser extensivamente disciplinadas no direito brasileiro, mediante as normas que se contêm nos arts. 77 a 81. Com a promulgação da Lei 8.906, em 1994, as sociedades de Advogados tiveram ampliado o seu regramento (artigos 15 a 17, 21 e 34, II), complementados por seu Regulamento Geral (artigos 37 a 43), como também pelo Código de Ética e Disciplina (especialmente os artigos 14, 15 e 17), além de vários Provimentos sucessivamente editados pelo Conselho Federal da OAB (de nºs 23/65, 68/89, 92/2000, 94/2000 e 112/2006). Sobre o assunto, vale consultar o volume “*Sociedade de Advogados*”, obra coletiva coordenada por SERGIO FERRAZ, Editora Malheiros, 2002, com contribuições de ilustres autores.

³ Trata-se, enfim, do denominado “*modelo de gestão empresarial*”, pautado no conceito de eficácia de gestão, na esteira das contribuições doutrinárias sobre o tema, dentre as quais se pode mencionar as obras de PETER DRUCKER, mundialmente festejadas, a exemplo de “*O Gestor eficaz*”, Editora LTC, 2007; “*Os novos desafios dos Executivos*”, Editora Campus e Elsevier, 2012; “*Inovação e espírito empreendedor – Prática e Princípios*”, Editora Cengage Learning, 2010.

socioeconômicas intensificados na década de 1990, induzidos pelas transformações nas estruturas produtivas e organizacionais do capitalismo ocidental, ensejaram novas formas de organização do trabalho, mais flexíveis e em sintonia com as flutuações das demandas dos mercados...As mudanças também atingiram os sistemas profissionais (dos quais a Advocacia é considerada exemplo icônico) que reivindicam sua influência por meio de discursos centrados na autonomia e na independência de seu trabalho. Desse modo, a intensificação da globalização e da concorrência, a adoção de formatos organizacionais e de formas de organização do trabalho à semelhança das empresas, assim como uma mentalidade orientada para o mercado rompem com o tradicional discurso profissional. No Brasil, as grandes sociedades de advocacia seguem esta tendência ao adaptarem-se às demandas cada vez mais complexas e lucrativas de clientes globalizados...A mentalidade empresarial diz respeito à nova maneira que as sociedades de advocacia de ponta passam a considerar a natureza de seu próprio trabalho e mesmo sobre a maneira de estruturar as suas operações interna e externamente. O grande aumento da demanda por serviços altamente sofisticados, o crescimento em tamanho dado pelo aumento de pessoal (e de mão de obra) e pela necessidade de expansão de sua presença nos âmbitos regional e nacional (e até mesmo internacional) e a concorrência intensificada levam os advogados empresariais a perceberem a necessidade de adotar a visão e o raciocínio com tons bem mais próximos aos das empresas 'capitalistas' na forma de gerir suas organizações. Assim, emergem tanto a consciência a respeito da necessidade de profissionalizar sua administração, atraindo profissionais especializados (não-advogados) quanto novas preocupações a respeito do formato organizacional adequado para garantir eficiência na prestação de serviços ao cliente e a adoção de práticas, instrumentos e processos de gerenciamento (como a 'Avaliação 360º'), bem como a adoção de políticas internas mais formalizadas de gestão, como o 'plano de carreira'.⁴

Com efeito, o mercado de advocacia tem vivenciado significativas mudanças no novo cenário econômico internacional da atualidade, com especial destaque para a migração de grandes

⁴ Cf. CASTELO JÚNIOR, CLÓVIS, *CONTEXTOS DA ADVOCACIA PÓS-PROFISSIONAL – Impactos da Organização do Trabalho da Advocacia empresarial sobre os Profissionais Atuantes nas Grandes Sociedades de Advogados de São Paulo*, dissertação de mestrado apresentada à Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, ano 2010. texto extraído do *Resumo* e pág. 108;

e gigantes escritórios com vocação e projetos multinacionais, em grande parte de origem inglesa e norte-americana, em direção a outros países de economia emergente ou ambientes econômicos mais atraentes, como é o caso notório do Brasil. O fato de operarmos a 3ª maior Bolsa de Valores do mundo e o pujante crescimento da economia brasileira em áreas como, dentre outras, mineração, agricultura, siderurgia, energia em geral, petróleo e gás, toda sorte de indústrias de transformação e produção de bens de capital, setor bancário e financeiro e setor de serviços em geral, aliado a um mercado consumidor com crescente poder aquisitivo de cerca de 100 milhões de pessoas, e com excelentes perspectivas no comércio internacional de exportação de bens com valor agregado e de “*commodities*” de todo tipo, certamente tornam o mercado brasileiro sobremodo atraente para o investidor estrangeiro. É emblemático, nesse cenário de prosperidade, a taxa de 7,5% de crescimento do Produto Interno Bruto (PIB) alcançada pelo Brasil no ano de 2010. Dentre as principais economias emergentes, a expansão do PIB brasileiro foi superada somente pela China (10,35%) e Índia (8,65%).⁵ E tudo isto sem esquecer o grandioso projeto de obras de infra-estrutura para atender às demandas desse ímpeto desenvolvimentista em nosso país, por certo ainda mais estimulado pela proximidade dos dois maiores eventos esportivos do planeta – a Copa do Mundo de Futebol e os Jogos Olímpicos, a realizarem-se sucessivamente em 2014 e 2016. É natural que esse ambiente de oportunidades exerça forte atração sobre as empresas estrangeiras multinacionais de advocacia⁶, que

⁵ A explicação para esse extraordinário resultado é sintetizada pelo economista RICARDO KURESKI no artigo “*PIB Brasileiro em 2010*”, na revista *Análise Conjuntural*, volume 33, n.ºs. 3-4, março/abril de 2011, nos termos seguintes: “*Essencialmente, o resultado do PIB brasileiro de 2010 foi resultado do dinamismo da demanda interna, reforçada pelas ações do governo federal para amenizar o efeito da crise de 2009. A redução do IPI para venda de veículos novos, a ampliação do crédito para a compra da casa própria, através de financiamento da Caixa Econômica Federal, e a ampliação dos financiamentos para investimentos, por parte do BNDES, foram alguns dos fatores que explicam o resultado favorável. Pelo ângulo da demanda, destaca-se a ampliação do consumo das famílias, motivada pelo aumento dos empregos e salários reais e o crescimento dos investimentos. Também ocorreu a retomada das exportações, sobretudo de produtos básicos, como minério de ferro e commodities agrícolas...*”

⁶ A expressão “*empresa de advocacia*”, nesse contexto, refere-se ao conceito econômico de empresa, que, como sabido, antecede historicamente e fundamenta o conceito jurídico de empresa, estando hoje associado ao sistema de gestão ou gerenciamento empresarial. Nesse sentido, anota JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA: “*O Código Civil brasileiro adotou a teoria da empresa, afastando a antiga distinção entre sociedades civis e sociedades comerciais, que se fundava no objeto civil ou comercial da sociedade. A teoria da empresa passou então a informar a nova distinção, que se baseia na existência ou não de uma estrutura empresarial, para assim classificar as sociedades em empresárias e sociedade simples. O conceito jurídico de empresa foi construído a partir de seu conceito econômico... A empresa era desde então definida como a estrutura fundada na organização dos fatores da produção (natureza, capital e trabalho) para o desenvolvimento de uma atividade econômica*” (na obra “*Direito Societário*”, Ed. Renovar, 12ª edição, 2010, p. 14). No mesmo sentido, apregoam JOSÉ LUIZ BULHÕES

de resto enfrentam dificuldades para o seu crescimento ou auto-sustentabilidade por força da recessão em seus mercados de origem.

PEDREIRA E ALFREDO LAMY FILHO, ao sustentarem em sua festejada obra: “*É empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário, que o Código Civil define como atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços (art. 966)*” (no livro “Direito das Companhias”, Ed. Forense, volume I, 1ª edição, 2009, p. 26). Em semelhante sintonia, preconiza FÁBIO ULHOA COELHO: “*estabelecimento empresarial é o conjunto de bens reunidos pelo empresário para a exploração de sua atividade econômica. A proteção jurídica do estabelecimento empresarial visa à preservação do investimento realizado na organização da empresa*” (na obra “Curso de Direito Comercial”, Ed. Saraiva, 12ª edição, 2008, p. 97). É reconhecido hodiernamente que o exercício da advocacia de empresa, que tem por objeto o ramo jurídico chamado de *Direito empresarial* ou *Direito das empresas*, exige cada vez mais a estruturação de escritórios-empresas de advocacia, no sentido econômico e organizacional da pessoa jurídica consistente na sociedade de advogados, de que trata, com as singularidades que lhe são peculiares, a Lei 8.906/94, cuja edição antecede o Código Civil de 2002. Nesse sentido, dispõe o EAOAB, no art. 15 - “*Os advogados podem reunir-se em sociedade civil de prestação de serviço de advocacia, na forma disciplinada nesta Lei e no Regulamento Geral.*”. § 1º - “*A sociedade de advogados adquire personalidade jurídica com o registro dos seus atos constitutivos no Conselho Seccional da OAB em cuja base territorial tiver sede*”. De igual modo, preceitua o Regulamento Geral do EAOAB: Art. 37 - “*Os advogados podem reunir-se, para colaboração profissional, em sociedade civil de prestação de serviços de advocacia, regularmente registrada no Conselho Seccional da OAB em cuja base territorial tiver sede*”. Parágrafo único: “*As atividades profissionais privativas dos advogados são exercidas individualmente, ainda que revertam para a sociedade os respectivos honorários*”. A sua vez, o Provimento 112/2006, que dispõe sobre as sociedades de advogados, estabelece, dentre outros regramentos, os requisitos que devem conter o contrato social de constituição da sociedade de advogados (art. 2º). Essa visão moderna e econômica de empresa de advocacia, enquanto sociedade de advogados destinada à prestação de serviços advocatícios sob estrutura e organização empresarial, que é hoje um fenômeno de escala mundial, não significa dizer, evidentemente, no que respeita ao marco regulatório da advocacia no Brasil, que o advogado, ou a sociedade de que faça parte, exerçam ato de comércio puro ou atividade comercial *stricto sensu*. Contrariamente do que possa prevalecer em outros países, tal é assim, entre nós, por imperativo dos compromissos institucionais prescritos no art. 133 da Constituição Federal (“*o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei*”) e no art. 2º da Lei 8.906/94 (“*O advogado é indispensável à administração da justiça*”); §1º (“*No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social*”); § 2º (“*No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público*”); e § 3º (“*No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta Lei*”). Daí por que, no plano institucional corporativo, conforme determina o art. 44 do EAOAB, cumpre à Ordem dos Advogados do Brasil - “*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*”. Esses compromissos de nossa gloriosa instituição de classe, são, por óbvias e jurídicas razões, extensivos aos advogados inscritos nos quadros da OAB, nos termos do art. 3º do EAOAB, que se submetem aos princípios e valores éticos, culturais, históricos e políticos de nossa instituição de classe. Aliás, não é por outra razão que o Código de Ética e Disciplina da OAB estabelece, no art.5º, que “*o exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização*”. Tal significa dizer que a atividade advocatícia não pode pautar-se apenas no objetivo de obter e acumular honorários profissionais, mediante a prevalência absoluta dos aspectos comerciais do ofício de advogado, com menosprezo dos compromissos e valores éticos, sociais, culturais, históricos e políticos que informam nossa nobilitante profissão. O “*amoralismo*”, a insensibilidade social, a indiferença para com a ética pública e privada e o descompromisso com a administração da justiça são de certo incompatíveis com o *múnus público* de que se reveste a advocacia. Consulte-se, nessa ótica, as obras de PAULO LUIZ NETTO LÔBO, “*Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*” (Editora Saraiva, 3ª edição, 2002, págs.30 a 32) e de GISELA GONDIN RAMOS, “*Estatuto da Advocacia – Comentários e Jurisprudência Selecionada*” (Editora Forense, 5ª edição, 2009, págs. 22 e 23).

6. Nada obstante, é certo que o agravamento da crise global já impactou negativamente o crescimento do PIB nacional, impondo a regressão para cerca de 3,3% em 2011, se comparado ao expressivo incremento de 7,5% obtido no ano de 2010. Em decorrência da retração externa, principalmente em virtude do anúncio de rebaixamento do “*rating*” dos Estados Unidos e da maioria dos países europeus pelas agências internacionais de classificação de riscos, tanto o governo quanto os empresários brasileiros reduziram o nível de investimentos no último trimestre de 2011. Felizmente, porém, o setor privado não enveredou pela prática de demissões, mantendo o nível de desemprego no país em torno de 6%, o que é considerado em termos mundiais bastante satisfatório, se comparado ao índice médio de 9% nos Estados Unidos ou de mais de 22% ocorrente na Espanha. De todo modo, é alvissareiro o fato de o Brasil ter passado a ocupar a posição de 6ª maior economia do mundo, com um PIB de 2,287 trilhões de dólares, já tendo superado a Inglaterra e classificando-se imediatamente atrás da França, com reais perspectivas de se tornar a 5ª economia do planeta em poucos anos. Por outro lado, em razão do aumento real de salários nos últimos anos e em virtude dos programas governamentais de transferência de rendas, a renda *per capita* dos brasileiros ampliou-se para US\$12,9 mil dólares por ano. Trata-se de um vetor econômico animador, se comparado com os demais países de economia emergente integrante do grupo dos BRICS. Assim, por exemplo, a Índia apresenta renda *per capita* de US\$1,5 mil dólares, enquanto que a China US\$5,1 mil dólares. Nesse campo, perdemos apenas para a Rússia, cuja renda *per capita* é hoje de US\$13,2 mil dólares. Porém, ainda estamos longe do chamado *padrão europeu*. Basta ver que o Reino Unido, que vem de ser desbancado pelo Brasil, tem uma renda *per capita* três vezes maior do que a nossa. Além disso, a taxa de analfabetismo dos britânicos é a metade da brasileira. Em termos de Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), o Reino Unido ocupa uma honrosa 28ª posição no *ranking* global, enquanto o Brasil está em 87º lugar. Isto está a demonstrar que, em que pese a trajetória desenvolvimentista do nosso país nas duas últimas décadas, ainda temos muito trabalho e desafios pela frente.

Embora toda decisão transcendente de política econômica tenha um pouco (ou muito) de “*escolha de Sofia*”, uma vez que importa em opções de maior ou menor gravame para o sistema econômico, é certo que, diferentemente dos Estados

Unidos e dos países da Europa, o Brasil apresenta condições efetivas para adotar alternativas de política fiscal para controle do déficit público, considerando sobretudo os sucessivos recordes de arrecadação tributária que temos experimentado nos últimos tempos; de política de juros para a retração ou incremento da base de liquidez do crédito e do consumo, como também para o controle da inflação; de política cambial indireta para estimular o setor exportador, considerando aqui o exitoso regime de livre flutuação do câmbio que temos adotado há mais de uma década; sem esquecer as bem sucedidas medidas de caráter para-fiscal destinadas a fortalecer determinadas atividades ou setores econômicos. Nos países com alto nível de endividamento público, a exemplo da Grécia e da Itália, que possuem estoques de dívida pública correspondentes a 150% e 130% dos respectivos PIB nacionais, e que praticamente já zeraram os níveis de juros básicos da economia, essas alternativas de sustentabilidade econômica e de alavancagem do desenvolvimento praticamente desapareceram. Por outro lado, o rebaixamento do “*rating*” dos Estados Unidos e de muitos países da zona do euro pelas agências de classificação de riscos ainda mais agrava sua claudicante situação econômica, na medida em que eleva a taxa de juros para financiamento no sistema financeiro da rolagem da dívida soberana desses países, o mesmo se aplicando aos bancos privados e empresas endividadas dessas nações quando vão *a mercado* financiar o rescalonamento de seu estoque de dívidas.⁷ É essa, em panorâmica, a situação crítica que presentemente abate os Estados Unidos e a Europa de um modo geral. Países como a Irlanda, Grécia, Espanha, Portugal e Itália experimentam rígidos programas de austeridade fiscal, que sabidamente, ao menos no primeiro momento de sua aplicação, costumam agravar ainda mais o quadro recessivo, com repercussão já sentida também na França e na Alemanha. Na União Européia,

⁷ Nesse sentido, a agência de classificação de riscos Standard & Poor’s rebaixou a nota dos títulos da dívida pública americana em agosto de 2011 de AAA para AA+. Na Europa, a mesma agência classificatória rebaixou o *rating* da França de AAA para AA+ em meados de Janeiro de 2012, mantendo a nota máxima apenas para a Alemanha, Holanda, Finlândia e Luxemburgo. Assim como a França, a Áustria, a Itália, a Espanha, Portugal, Chipre, Eslováquia, Eslovênia e Malta também foram rebaixados, o que causou enorme repercussão econômica na zona do euro (Cf. reportagem do caderno de Economia de O GLOBO, sob o título “*Sexta-feira 13 na Europa*”, edição de 14 de Janeiro de 2012). Se tal não bastasse para agravar a recessão e a crise financeira na Europa, a agência Moody’s já havia rebaixado, em dezembro de 2011, a nota de crédito (*rating*) dos três principais Bancos da França – o BNP Paribas, o Crédit Agricole e Societé Générale. Com isso, as condições de liquidez e financiamento se deterioraram significativamente, uma vez que essas importantes instituições financeiras são detentoras e estão expostas aos riscos dos títulos públicos e privados dos países europeus com maior dificuldade, como Grécia, Itália, Irlanda, Portugal e Espanha. Em razão desse rebaixamento, os Bancos franceses foram obrigados a recorrer a empréstimos do Banco Central Europeu, concedidos sob rígidas condições para restauração da liquidez nas operações interbancárias.

especialmente, as soluções de enfrentamento da crise econômica são ainda mais difíceis, se não dramáticas, pois o sentido de unidade continental é incompleto, ou seja, existe união aduaneira e monetária (isto apenas para os 17 países que, para esse fim, assinaram o Tratado de Maastricht, em 1992, a saber: Bélgica, Irlanda, França, Luxemburgo, Áustria, Alemanha, Grécia, Itália, Espanha, Holanda, Portugal, Finlândia, Eslováquia, Malta, Chipre, Estônia e Eslovênia), porém inexiste união fiscal e de políticas públicas de controle da dívida estatal e de soberania unitária para a adoção de mecanismos de defesa comercial. Não é por outra razão que a grande questão da atualidade na Europa, sob a liderança da Alemanha e da França, consiste na adoção de um rígido e uniforme Tratado de Responsabilidade Fiscal com vistas a controlar o endividamento público e criar condições para a retomada de um desenvolvimento minimamente sustentável. O pacto fiscal por uma maior austeridade orçamentária vem de ser aprovado no final do mês de janeiro de 2012 por 25 dentre os 27 países integrantes da União Européia, porém já nasce de forma debilitada, na medida em que o Reino Unido e a República Tcheca se recusaram a assinar o compromisso, que prevê regras mais rígidas e sanções para o Estado que não mantiver seu déficit sob controle, estimado no curto prazo em 3% do PIB nacional.

7. No campo social, em que pese o ainda acentuado déficit dos indicadores sociais em nosso país, é justo reconhecer que temos feito progressos paulatinos. Basta ver que, no conjunto dos países que integram o grupo dos Brics, segundo a expressão cunhada pelo economista britânico EUGENE O'NEIL em um estudo publicado em 2001 (a saber, Brasil, China, Índia, Rússia e, já agora também, a África do Sul), o Brasil, embora não tenha registrado na década encerrada em 2010 a maior expansão do PIB (obtida pela China, seguida da Índia), foi o único país que conseguiu ampliar a distribuição de renda. Segundo levantamento feito pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), das Nações Unidas, a desigualdade entre ricos e pobres recuou no país nos últimos 15 anos. O estudo da OCDE mostra ainda que os 20% mais pobres no Brasil viram sua renda aumentar em média 6% ao ano na década de 2000, percentual três vezes superior ao crescimento dos 20% mais ricos, que aumentou 1,8% ao ano. Segundo o professor de economia da Universidade Duke nos Estados Unidos, WAGNER KAMAKURA, *“estamos trilhando no Brasil um caminho diferente dos EUA, onde cerca de 40 milhões de*

peças tiveram perda de renda e entraram no nível de pobreza nos últimos 10 anos. “Na China e na Índia, em contrapartida, o crescimento econômico acontece com forte concentração de renda”. Esse otimismo reproduz de certa forma o vaticínio otimista do escritor austríaco STEFAN ZWEIG, que na década de 40 do século passado enxergou o Brasil, de forma ufanista, como o “País do Futuro”. O mesmo se diga com relação ao próprio EUGENE O’NEIL, que vislumbrou nos chamados Brics um porto seguro da economia global.

8. Enfim, por esse conjunto de razões percebe-se cada vez mais um eufórico interesse das sociedades de advogados estrangeiras pelo mercado de advocacia brasileiro. Embora não se disponha de dados estatísticos concretos para precisar o valor do mercado de advocacia (*legal market*) em nosso país, a utilização de alguns parâmetros econômicos permite elaborar estimativa aproximada. Assim, por exemplo, o setor de fusões e aquisições de empresas no Brasil nos últimos dois anos cresceu exponencialmente, ampliando de muito o campo de serviços dos escritórios “*full service*” ou especializados na área do direito societário (“*corporate law*”) e de operações de M&A (“*merges and acquisitions*”). A reportagem publicada no site da **FOLHA.com**, edição de 08.07.2011, sob o título “*Escritórios de advocacia brasileiros lideram assessoria a fusões*” reproduz a informação seguinte: “..Só no primeiro semestre deste ano foram anunciadas fusões e aquisições envolvendo empresas brasileiras com valor combinado de US\$53,54 bilhões, segundo dados da Thomson Reuters. Apesar da queda de 15,8% em valor frente ao mesmo período de 2010, o número de operações cresceu 2,7%, para um total de 346”. Com relação às operações de IPO (*oferta pública inicial de ações*) no mercado de valores mobiliários, verifica-se também um expressivo crescimento a partir de 2005, de modo a gerar intensa atividade advocatícia para atender as empresas brasileiras que implementaram estratégias de abertura do capital. Nesse sentido, a reportagem intitulada “**Foreign Law Firms in Brazil: Opportunities in 2010 and Beyond**”, constante do site ZG ALERT, editado pelo “Zeughauser Group LLC”, especializado no mercado da advocacia em nível mundial, registra que – “*The steep increase in IPO activity from 2005 through 2007 has been attributed to a combination of factors including regulations passed in late 2003 that, among other things, established more oversight over the disclosure of information; the liquidity in international capital market*

in 2006 and 2007; and the strong demand by Brazilian companies to raise equity capital, all of which coalesced at a time when the Brazilian economy was strong... The largest IPO to date in Brazil was the October 2009 offering by the Brazilian unit of the Spanish bank Santander, which raised approximately US\$8.1 billion. Until then, the largest offering had been the June 2009 IPO by VisaNet, the leading company in credit-and-debit-card transaction processing in the country, which raised approximately US\$4.3 billion. Trailing only China, Brazil accounted for 29 percent of the US\$42 billion raised in IPOs worldwide from January through October 2009". É natural que os honorários profissionais de advogado auferidos nessas operações de fusões e aquisições de empresas e de oferta pública de ações (IPO) representem apenas uma pequena parcela do valor envolvido em cada negócio. De todo modo, acrescentando-se os valores de honorários cobráveis nas demais áreas de consultoria jurídica (notadamente, na área tributária, contratos em geral, societária, meio ambiente, direito regulatório, direito da concorrência etc.), bem como aqueles percebíveis no ultra extenso contencioso cível/comercial, trabalhista, criminal/econômico e de direito do consumidor em tramitação nos órgãos da Justiça Brasileira, pode-se intuir que o mercado de advocacia no Brasil tende a ser estimado em vários bilhões de dólares, com tendência de crescimento em razão do “boom” da economia brasileira nos últimos anos. Isto explica, com efeito, a atual corrente migratória de tantos “players” da advocacia internacional para o Brasil

É fato que, em face dessas oportunidades e de novos nichos profissionais que o desenvolvimento econômico propicia, o mercado de advocacia brasileiro em menos de duas décadas alterou-se rápida e profundamente, incorporando as tensões da *competição internacional*. A reportagem da prestigiosa revista inglesa “*Latin Lawyer 250*”, em sua última edição de 2011, que avalia o mercado jurídico (*legal market*) na América Latina e apresenta anualmente o “*ranking*” dos escritórios, em escala global e por cada país do continente, oferece um diagnóstico preciso dessas mudanças. Textualmente: “*If the line between ‘developed and ‘developing’ economies is at best tenuous and hard to define, at the moment Brazil is pushing those definition ever harder...The impact on the legal marketplace is significant.... One of those changes might be the introduction of international competition. São Paulo is full of international law firms, but currently most of those only offer US or EU law, as required by the Brazilian bar association. Some have formed alliances with local firms, despite clear*

signs from the bar that it does not like such alliances – but many people within and outside Brazil believe that the rules hindering international competition cannot remain in place for very long, and the more canny of law firms managing partners in the country are readying their firms for that outcome, either by improving themselves in order to withstand the competition, or by making themselves attractive alliance or merger partners. Indeed, many would say that the competition from international firms has already begun, as a wave of lateral hires from local firms in 2010 shows; but arguably that is also part of an overall increase in lateral hiring as the Brazilian market place matures...⁸

Outra respeitada publicação analítica do Mercado mundial da advocacia, a Revista *CHAMBERS*, na última edição de 2012 do volume dedicado à América Latina – *Chambers Latin America*, apresenta os seguintes e sugestivos comentários acerca da presença dos escritórios estrangeiros no Brasil: “*International law firms continue to play a key role in cross-border transactions and have secured a valuable stake in the country’s legal market. Those with a longer history on the ground are White & Case LLP and Clifford Chance. They are followed by Baker & McKenzie and Linklaters, which maintain close association with local law firms Lefosse and Trench, Rossi e Watanabe, respectively. Other established international names include Clyde & Co, Proskauer Rose, Skaden, Arps, State, Meagher & Flom LLP & Affiliates and Shearman & Sterling LLP, Mayer Brown, Milbank, Tweed, Hadley & McCloy LLP, Allen & Overy, Chadbourne & Parke LLP and Gibson, Dunn & Crutcher LLP have recently added to the list of international firms with offices in Brazil, while Uría Menéndez and DLA Piper have tightened their links with the country through associations with local firms. An increase in outbound and inbound investments also saw international offshore heavyweight Conyers Dill & Pearman launch its Brazilian office a few years ago. Simpson Thacher & Barlett LLP and Davis Polk & Wardwell LLP have already announced plans to open their own offices in São Paulo and to establish teams permanently based in the country*”.⁹

⁸ Cf. *Latin Lawyer 250 – Latin America’s Leading Business Law firm*, 13th edition, pág. 71 (www.LATINLAWYER.com).

⁹ Cf. *Chambers Latin America – Latin America’s Leading Lawyers for Business*, Editora Chambers & Partners – Legal Publishers, edição de 2012, pág. 194.

Sobre o assunto, a Revista “*The American Lawyer*”, publicada nos Estados Unidos, na edição do mês de outubro de 2011, exhibe instigante reportagem sobre o desenvolvimento econômico do Brasil e o crescente assédio dos grandes escritórios norte-americanos e europeus ao mercado de advocacia de nosso país, intitulada “**BRAZIL – GOLD RUSH**”. Vale destacar o seguinte excerto dessa matéria jornalística, que bem retrata o fenômeno generalizado da migração dos interesses e dos investimentos estrangeiros em direção ao nosso país: “*As US and European firms scramble to enter Brazil, the fight to provide legal advice has become hotly contested. As emerging economies go, few are as widely lauded as the BRIC countries of Brazil, Russia, India and China, but it is Brazil’s increasingly diverse economy and its mammoth infrastructure push that is really attracting investors. In contrast with the United States or Europe, where there was either a recession or severe slowdown in economic growth after the 2008 crisis, Brazil continues to build and invest in large social projects. As the largest economy in Latin America, and the eight-largest economy in the world, Brazil is known for its strength in the agricultural, mining, manufacturing and service sectors and its ongoing success in these areas saw its economy grow by a credit crunch-busting 7.5% in 2010... The majority of new lawyers in the Brazilian market are eyeing up the country’s massive infrastructure programme as a lucrative source of instructions going forward... The decision to award Brazil the world’s two biggest sporting events, which will be staged within two years of each other, has galvanised the country’s construction industry. According to the Brazilian Football Confederation (CBF), just the cost of constructing and upgrading the World Cup stadiums alone will cost over R\$1.9 billion (US\$1.1 billion). That’s obviously not including the much needed social and energy infrastructure development*”.

9. Especificamente com relação às restrições legais para a atuação dos escritórios estrangeiros no Brasil, assaz impressiona o comentário constante dessa reportagem – por certo nada sutil -, ao admitir expressamente que muitos escritórios estrangeiros estão hoje manipulando alianças ou acordos de associação com escritórios brasileiros a fim de burlar as regras editadas pelo CFOAB que integram o marco regulatório da advocacia em nosso país. Em textual: “*As transactional and contentious cases continue to flood in, foreign firms are eagerly looking to break into the market. However, the fact remains that foreign firms are not allowed to advise Brazilian clients on local law.*

*In recent years this issue has become a political hot potato. **Bar to entry – Under rules laid out by the Order of Attorneys of Brazil (The Brazilian Bar Association), foreign-qualified lawyers must call themselves ‘foreign legal consultants’ and have to abide by strict restrictions on offering legal advice. It has become clear that some foreign law firms are manipulating their alliance or association agreements to break the rules**’.* (sic).

No mesmo diapasão, a reportagem assinada por DALE McEWAN, sob o título “**Bumpy road to Rio**”, publicada no site www.thelawyer.com/bumpy-road-t-rio, em 10 de outubro de 2011, oferece um quadro analítico acerca do agudo interesse de firmas estrangeiras pelo mercado de advocacia brasileiro, bem como das supostas violações ao marco regulatório de nossa nobilitante profissão empreendidas por alguns escritórios multinacionais, citando como exemplo de infratores os escritórios DLA PIPER, em associação com o escritório brasileiro CAMPOS MELLO – Advogados, e MAYER BROWN, associado com o congênera nacional TAUIL & CHEQUER. Em textual: “*In contrast to the efforts made by international law firms to break into the world’s other emerging markets, interest in Brazil among international firms seems to have waned even as country’s economy is expanding explosively. This could be partially due to the strict rules governing the relationship between foreign firms and their Brazilian affiliates. A number of international firms, such as DLA PIPER and MAYER BROWN, are alleged to have infringed these regulations, and investigations by the Ordem dos Advogados (OAB), the Brazilian Bar Association, are ongoing. Tozzini Freire Advogados founding partner José Luis Freire explains that the legal profession in Brazil is regulated by law and not by the internal rules of the OAB. Any foreign lawyer may demonstrate that he or she has a law degree from a foreign law school, pass the bar exam and practice Brazilian law. Foreign lawyers may register with the OAB as foreign legal consultants and practice foreign law. According to Brazilian rules, all partners of Brazilian law firms have to be lawyers admitted to practice in Brazil. Brazilian lawyers cannot be associated with any other profession, including foreign lawyers or firms not admitted to practice Brazilian law. This means that Brazilian and foreign firms cannot, for example, share the same letterheads, so Brazilian firms practising Brazilian law cannot sport the logo of an international firm. ... Freire explains that in recent years a lot of foreign law firms have registered as foreign legal consultants. A more recent trend is for foreign firms to associate themselves with Brazilian firms,*

disregarding the local law in an attempt to grab a slice of outbound investment from Brazil".

10. Essa linha de avaliação não é esposada, por intuitivas razões, por sócios de escritórios brasileiros que se associaram com firmas estrangeiras ou com sociedade de consultores em direito estrangeiro no Brasil, como é o caso do escritório TAUIL CHEQUER, associado com o gigante escritório norte-americano MAYER BROWN, este com cerca de 1.600 advogados, filiais em mais de 10 países e faturamento anual estimado em mais de US\$ 1.2 bi (hum bilhão e duzentos milhões de dólares). Seu ilustre sócio IVAN TAUIL, em artigo intitulado "*Mitos e verdades - Associação com escritório estrangeiro não é uma ameaça*", publicado no site "*Consultor Jurídico*" (www.conjur.com.br), em 11.10.2011, aduz, dentre outras, as seguintes considerações em prol da livre e irrestrita associação com firmas estrangeiras: "*Perplexos diante do novo fenômeno que foi muito bem recebido por clientes e jovens profissionais, lideranças de alguns escritórios empresariais de São Paulo reclamaram que tais associações afrontam a 'soberania' da advocacia e conseguiram que a OAB-SP vetasse as associações. A OAB nacional avocou esse assunto e está analisando a matéria. O mito consiste em achar que tais associações representam uma ameaça para os milhares de advogados que diariamente enfrentam as agruras de um Judiciário ainda lento e complexo, como se fossem amanhã perder seus clientes para 'gringos esfomeados'. Mentira. Esses escritórios brasileiros estão se associando com grandes nomes globais para melhor operarem no cenário global em assuntos ligados com clientes, leis e regulamentos estrangeiros em seus negócios no Brasil e no exterior. Tais associações em nada ameaçam a advocacia tradicional, praticada pelo profissional liberal típico... Os escritórios brasileiros que se associaram a estrangeiros focam na Globalidade e não na localidade. É daí que extraem o novo e diferenciado valor da atividade profissional jurídica. Não lhes interessa atuar em assuntos que não revelem um preponderante conteúdo transnacional, pois os altos custos tecnológicos e de instalação requeridos para tanto somente nesses casos se justificam... Diferente de hierarquizar e excluir advogados em uma relação colonial do tipo centro-periferia, o fenômeno das associações internacionais dá exemplo diametralmente contrario, desafiando e superando hierarquias tradicionais do tipo estrangeiro-brasileiro, contratante-contratado e protagonista-coadjuvante que sempre marcaram a relação de nacionais com advogados*

alienígenas. Implicam em relação de 'igual para igual', permitindo que todos os advogados brasileiros, fluminenses, capixabas, paulistas ou pernambucanos participem do cenário global. Impedir as associações entre brasileiros e estrangeiros equivale fechar os olhos para o futuro que já chegou e cercear a liberdade dos advogados brasileiros que, associados aos mais importantes nomes jurídicos do planeta, estão literalmente reinventando a maneira como servem a clientes globais...A invasão de estrangeiros é mito, a globalização da profissão jurídica é realidade...Os que a isso se opõem são os que preferem coadjuvar a protagonizar no cenário internacional, confundindo independência com incompetência da advocacia brasileira".¹⁰

Em semelhante diapasão, assim também se posiciona o advogado brasileiro ANDRÉ ALMEIDA, que hoje preside a Federação Interamericana de Advogados (FIA), em entrevista publicada no *Jornal Brasil Econômico*, edição de 5.10.2011, às págs. 32-33, em reportagem sob o título "*OAB vai apertar o cerco às bancas estrangeiras – Polêmica sobre limites em parcerias deve chegar ao Conselho Federal da entidade entre o final deste ano e o início do próximo*". Eis o texto da entrevista do Presidente da FIA: "*Para que a discussão não se torne apenas ideológica é preciso que se coloque todas as cartas na mesa. Assim ficará mais claro quais seriam os ganhadores e os perdedores de uma abertura, acredita André Almeida, que preside a Federação Interamericana de Advogados: 'Falta sinceridade ao debate. O que está em jogo é*

¹⁰ Registre-se que tais afirmações assumem foros de proposição "*de lege ferenda*", uma vez que, "*de lege lata*", o vigente Provimento 91/2000 do CFOAB, que dispõe sobre o exercício da atividade de consultores e sociedade de consultores em direito estrangeiro no Brasil, é categórico ao estatuir no § 1º do art. 1º: *A autorização da Ordem dos Advogados do Brasil, sempre concedida a título precário, ensejará exclusivamente a prática de consultoria no direito estrangeiro correspondente ao país ou estado de origem do profissional interessado, vedados expressamente, mesmo com o concurso de Advogados ou sociedades de Advogados nacionais, regularmente inscritos ou registrados na OAB: I – o exercício do procuratório judicial; II – a consultoria ou assessoria em direito brasileiro*. Por acréscimo, o § 3º do art. 8º do Provimento 112/2006 do CFOAB preceitua que – "*As associações entre Sociedades de Advogados não podem conduzir a que uma passe a ser sócia de outra, cumprindo-lhes respeitar a regra de que somente Advogados, pessoas naturais, podem constituir Sociedade de Advogados*". Assim sendo, a competência fiscalizatória e disciplinar dos órgãos da Ordem dos Advogados do Brasil sobre tais associações multiformes entre sociedades de advogados brasileiras e escritórios estrangeiros ou sociedade de consultores em direito estrangeiro deve ultrapassar o exame puramente formal dos atos associativos que tenham sido registrados, ou não, perante as Seccionais da OAB. Bem além disso, cumprirá à OAB investigar e sopesar em profundidade, mediante um "*strict scrutiny*", toda sorte de elementos de convicção e provas indiciárias que possam demonstrar a ilicitude da associação, consistente na perda ou diminuição da identidade institucional ou da autonomia da gestão administrativa, financeira, profissional ou de planejamento estratégico por parte das sociedades de advogados brasileiras, na esteira das normas e princípios constantes da presente proposta de Provimento, que visa ratificar e aclarar a normativa inculpada nos Provimentos 91/2000 e 112/2006.

o futuro da economia jurídica do país e o que pode melhorar nas condições do mercado e seus profissionais’, afirma o advogado. ‘O ataque às associações entre bancas locais e estrangeiras é um verdadeiro macarthismo jurídico’, critica, comparando as queixas ao movimento anticomunista encampado pelo senador republicano Joseph McCarthy, nos Estados Unidos, na década de 50’.

11. Não se há de ignorar que esse fenômeno migratório pela busca de “*novos mercados*”, que obviamente não é exclusivo do setor terciário de serviços jurídicos, mas que atinge várias áreas da produção industrial e do comércio de bens e serviços em escala mundial, restou bastante acelerado por força da crise econômica e financeira que atingiu nada menos do que 2/3 da economia mundial a partir de 2007/2008¹¹ (“*aftermath of the economic downturn*”), demarcada em grande parte pela desaceleração recessiva da economia dos Estados Unidos da América e de países da zona do euro. Nesse contexto de crise e de acirramento da competição predatória, que não apresenta perspectivas próximas de superação, as empresas de advocacia com tradição e experiência no mercado internacional, notadamente os grandes e gigantes escritórios ingleses e norte-americanos, todos eles montados em estruturas grandiosas e hoje comprimidos por vultosos custos operacionais, tiveram de enfrentar uma drástica redução de receita, com conseqüências diretas na desativação de unidades em seus países

¹¹ Inclusive, há autores de prestígio mundial que sustentam, a exemplo de RICHARD A. POSNER, da Universidade de Chicago, que os Estados Unidos chegaram a entrar em verdadeira depressão, e não apenas em mera crise financeira ou recessão (cf. o artigo “*The Failure of Capitalism: The crisis of ‘08 and the descent into Depression*”). No mesmo sentido, PAUL KRUGMAN, Prêmio Nobel de Economia, preconiza que a atual crise econômica mundial, que arrastou a Europa e os Estados Unidos, apresenta grande semelhança com a chamada “*Great Depression*” de 1929, no século passado, deflagrada com o “*crack*” da Bolsa de Nova York.: “*I was right to be worried: as the new edition goes to press, much of the world, very much including the United States, is grappling with a financial and economic crisis that bears even more resemblance to the Great Depression than the Asian troubles of 1990s...What does it mean to say that depression economics has returned? Essentially it means that for the first time in two generations, failures on the demand side of the economy -insufficient private spending to make use of the available productive capacity – have become the clear and present limitation on prosperity for a large part of the world...Meanwhile, in the short run the world is lurching from crisis to crisis, all of them crucially involving the problem of generating sufficient demand. Japan from the early 1990 onward. Mexico in 1995, Mexico, Thailand, Malaysia, Indonesia, and Korea in 1997, Argentina in 2002, and just about everyone in 2008 – one country after another has experienced a recession that at least temporarily undoes years of economic progress, and finds that the conventional policy responses don’t seem to have any effect. Once again, the question of how to create enough demand to make use of the economy’s capacity has become crucial. Depression economics is back.*” (Cf. KRUGMAN, PAUL, na obra “*The return of depression on economics – and the crisis of 2008*”, Ed. W.W.Norton, New York, 2009, págs. 4,182-184).

de origem e no exterior, dispensa em massa de advogados associados (“*associated lawyers*”), aposentadoria antecipada de sócios seniores (“*senior partners*”) e enxugamento agudo dos níveis de distribuição de lucros. Em meio a um cenário econômico altamente recessivo, em que escritórios centenários de advocacia de *Wall Street*, em Nova York, foram forçados a encerrar atividades, firmas com quadros internos que se estendem de hum mil a quatro mil advogados, com filiais próprias em dezenas de países e nos vários continentes, com faturamento anual que pode ascender a mais de 2 (dois) bilhões de dólares, passaram a colocar em prática planos ousados de expansão vital para outros países de economia emergente ou com melhores condições de oportunidades comerciais. Assim fizeram e continuam a fazer para manter minimamente o seu “*market share*” e a curva histórica de crescimento, se não a própria sobrevivência empresarial em face da recessão do mercado em suas praças de origem. Em suma, a estratégia de recuperação e, até mesmo em muitos casos, de salvação institucional em tempos de escassez foi a busca de novas oportunidades em novos mercados mais promissores, como é o caso expressivo do Brasil. Nosso país, por força da conjuntura macro-econômica sobremodo favorável, tornou-se um dos destinos mais cobiçados por essas firmas multinacionais da advocacia. Até mesmo por que outras nações, que de igual modo oferecem mercados bastante atraentes, adotam políticas de proibição total ou ainda com maiores restrições ao ingresso de escritórios estrangeiros, como é o caso da Índia, sobre o qual irei comentar mais adiante.

12. Apenas a título ilustrativo das dificuldades vivenciadas por grandes e tradicionais sociedades de advogados dos Estados Unidos, é digno de menção que várias delas se viram obrigadas a se dissolver sumariamente ou apresentar pedidos de reorganização econômico-financeira, de acordo com o Capítulo 11 do Código de Falência (*Chapter Eleven do Bankruptcy Code*) daquele país, como é o caso dos escritórios *Thacher Proffitt & Wood LLP*; *Heller Ehrman LLP*; *Morgan & Finnegan, WolfBlock LLP*, dentre outros. Sobre o assunto, a prestigiosa Revista *The Economist*, na edição “*on line*” de 5 de maio de 2010, publicou ilustrativa reportagem sob o título “*Law Firms - A less gilded future*”, em que descreve a “*débâcle*” financeira das grandes firmas norte-americanas, onde lê-se: “*The legal business has undergone not only recession but also structural change. Ever-growing profits are no longer guaranteed. Nor, for some firms, is survival. Two years ago*

HOWRY was one of the world's 100 biggest firms by revenue, with nearly 700 lawyers in eight countries. Profits exceeded \$1 million per partner. The American firm, which specialized in intellectual-property suits, had had several spectacular years in a row. But in 2009 profits were much less than expected and angry partners began to leave. Defections continued during the recession. After failed merger talks, HOWRY shut its doors this March. Though HOWRY was the only big firm to collapse, the forces that destroyed it hit the whole profession hard. Work on mergers and acquisitions (M&A) dried up and nothing similarly profitable took its place...Clients became keener to query their bills and to demand alternatives to the convention of charging by hour, such as flat, capped or contingent fees. Small and innovative firms began obliging them, and big firms increasingly felt forced to follow suit... The 250 biggest firms, according to an annual survey by the 'National Law Journal', shed more than 9,500 lawyers in 2009 and 2010, nearly 8% of the total. Many also deferred hiring, leaving new graduates in a glutted market. Legal-process outsourcing firms, which do not advise clients but do routine work such as reviewing documents, put further downward pressure on the demand for their talents. The pain was felt in Britain, easily the biggest legal market after America, and other countries too".

13. Em recente estudo elaborado na Harvard Law School, com o sugestivo título "**To Brazil or not to Brazil**", BENJAMIN J. FREEMAN¹² analisa em profundidade as duas alternativas empresariais básicas das grandes firmas de advogados americanas, consistentes em (i) estabelecer-se no Brasil ou (ii) abrir negócios e atividades em nosso país mediante "associações" ou "alianças" com escritórios brasileiros, neste último caso para oferecer serviços jurídicos integrais, em regime de "full service", seja no que toca à ilimitação da grade temática dos serviços, seja no que respeita à sua amplitude geográfica, compreendendo ao mesmo tempo e conjuntamente a advocacia local e internacional. Inicia o estudo por comentar o êxito econômico de nosso país e a conseqüente atração das firmas multinacionais de advocacia ("worldwide law firms"): "*When it comes to business and law in Brazil, 'the future is now!', according to ROBERT ELLISON, managing partner of Shearman & Sterling's São Paulo Office. **Brazil's economic success in recent years has certainly***

¹² O estudo de BENJAMIN J. FREEMAN foi promovido pela Harvard Law School e pela Revista *Latin Lawyer*, tendo sido publicado em 2011.

captured the attention of the business world, and law firms have responded by rushing to open offices there... In general, lawyers and other observers now view the Brazilian economy with a sense of cautious optimism. For example, Chadbourne & Parke's leading lawyer in São Paulo, CHARLES JOHNSON, said, 'There are a lot of reasons to be optimistic about Brazil at the moment...The fundamentals are incredibly strong'. Brazil has now become the world's eight-largest economy, and it has a growing middle class that is currently double the size of Chile's entire population. Brazil's banking has boomed, culminating in a merger between the Bovespa Exchange and the Brazilian Mercantile and Futures Exchange. The product of the merger is now the third largest stock exchange in the world...The future looks rosy, as well. Brazil's economy is expected to continue to grow by at least 5% per year, which would make it the world's fifth-large in 2014. The 2014 World Cup and the 2016 Olympics are expected to bolster the economy, as well. At the very least, these events have provided work for lawyers.' As recentes descobertas pela PETROBRAS de reservas de petróleo e gás em águas profundas nas camadas do pré-sal, notadamente nas Bacias de Campos, no Rio de Janeiro, e de Santos, em São Paulo, além de tornarem o Brasil auto-suficiente e guindar o nosso país à invejável condição de exportador de petróleo, por certo robustecem a visão externa acerca da pujança nacional e despertam os interesses dos escritórios americanos, notadamente em face dos inumeráveis serviços jurídicos associados à indústria do petróleo em nível de “downstream” e “upstream”. Nesse sentido, reconhece o estudo em alusão: *“Perhaps even more significant is the oil recently found off the Brazilian coast. 6,5 billion barrels' worth of oil supposedly sits underneath 3,000 meters of rock and 2,140 meters of salt in just one of the numerous oil locations discovered in 2007. In total, Brazil may be able to obtain 70 to 100 billion barrels of oil, which would make it the world's fifth-largest territory”*.

14. Com relação ao prestígio social e ao papel histórico da OAB no Brasil e de sua competência legal para a definição do marco regulatório da advocacia em nosso país e, assim, estabelecer restrições para a atuação de escritórios estrangeiros no território nacional, o mesmo articulista é preciso e direto ao sustentar: *“The OAB, sometimes referred to as the Brazilian Bar Association, wields much greater Power than its American equivalent (American Bar Association – ABA). Created by Law in 1930, the OAB is a federal public service that serves both national*

institutions as well as the legal profession within Brazil. The OAB has long prohibited foreign lawyers from practicing Brazilian law, so most of the foreign firms that operate in the country bill themselves as 'legal consultants'.¹³

15. Em seguida, BENJAMIN FREEMAN focaliza a decisão proferida pela 4ª Câmara Recursal da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo, no processo de consulta formulada pelo Centro de Estudos das Sociedades de Advogados – CESA (Processo nº S.C 11.580/10 - origem PD 3.922/10), de que foi Relator o ilustre Conselheiro Seccional CARLOS KAUFFMANN, em sede de recurso de ofício encaminhado pelo Tribunal de Ética e Disciplina – TED I, no sentido de acolher e manter a decisão anteriormente prolatada na instância de origem, por maioria, com supedâneo no voto proferido pelo ilustre Doutor CLAUDIO FELIPPE ZALAF. Releva assinalar que essa decisão da OAB-SP, a ser objeto de meus comentários linhas a frente,

¹³ Nesse sentido está coberto de razão o ilustre advogado integrante da Comissão Nacional de Relações Internacionais do CFOAB, HORACIO BERNARDES NETO, em oportuna e esclarecedora mensagem eletrônica enviada em 24.10.2011 a todos os Conselheiros Federais da OAB e a outros ilustres advogados, na qual critica veementemente a proposta manifestada pela Presidente da *American Bar Association* (ABA), Sra LAUREL BELLOWS, em entrevista ao jornal *VALOR ECONÔMICO*, edição de 24.11.2011, quando de sua visita ao Conselho Federal da OAB, no sentido da revogação do Provimento 91/2000 do CFOAB em troca da liberalização do mercado de advocacia norte-americano para os advogados brasileiros, em suposto regime de reciprocidade. Em textual: “*A ABA NÃO É O EQUIVALENTE AMERICANO DA OAB – A OAB é uma das entidades mais respeitadas no Brasil e regula, de forma autônoma, a profissão no país. O advogado, para exercer a profissão, deve ser inscrito na OAB. Não é o que acontece nos Estados Unidos. Quem dá licença para advogar nos Estados Unidos são as Cortes estaduais. Em cada estado há requisitos diferentes e a ‘admission to the bar’, depende sempre de exame (‘bar exam’). O que é falacioso e enganoso é que, apesar dos nomes ‘admission to the bar’ e ‘bar exam’, a American Bar Association não é quem licencia os Advogados e os controla deontológica e eticamente e muito menos quem ministra ou regula o ‘bar exam’. A American Bar Association, assim como todas as ‘bars’ estaduais são associações de livre associação, que não tem o poder nem o direito de admitir Advogados, de apená-los ou de excluí-los da profissão. As regras de admissão e de controle de Advogados (‘admission to the bar’, ou seja, admissão à barra dos tribunais) variam enormemente de estado para estado americano. Tenho um filho advogado brasileiro que estuda em Miami, tem ‘green card’ (é residente, portanto) e está terminando o mestrado na Universidade de Miami, Florida. Com esse título de mestre (LL.M) ele pode e vai prestar o ‘bar exam’ em New York, mas não o pode prestar, por exemplo, na própria Florida, onde as cortes locais exigem, para admitir um profissional, o título de JD (doutor). Sendo assim, as promessas que essa senhora está a fazer de reciprocidade, são falsas, enganosas e mal intencionadas. A instituição que ela representa é o grande ‘clubão’ dos Advogados americanos e a maior ‘bar association’ do mundo. É o mesmo que a IBA ou a UIA, só que para Advogados que se interessam pelos Estados Unidos. Vários sócios meus, assim como outros muitos colegas brasileiros são membros efetivos da ABA em secções diferentes e não somos advogados americanos. A ABA não é independente e não regula os Advogados e escritórios de advocacia e, portanto, não pode prometer aberturas ou modificações no sistema profissional Americano, que é, como sabemos, em muitos estados extremamente restritivo, por vezes, até xenófobo...Por fim, está-se fomentando grande e proposital confusão com essa coisa de associação. O que a OAB não deve desejar é que escritórios estrangeiros (cujo controle societário é desconhecido) passem a controlar escritórios brasileiros e lhes imponham as regras mercantilistas que podem nortear (e normalmente norteiam) sua atuação”.*

considerou, em síntese, desautorizada e ilícita a associação entre sociedades de consultores em direito estrangeiro e sociedades nacionais de advogados, com a consequência da sujeição dos infratores do marco regulatório da advocacia no Brasil às sanções disciplinares e penais aplicáveis. Sobre o que comenta o analista norte-americano: *“On September 16, 2010, the São Paulo OAB Ethics and Discipline Council declared that the affiliations between foreign Law firms and Brazilian law firms broke its rules (enumerated in Ordinance 91/2000). The OAB went one step further by proclaiming that alliances between foreign and Brazilian Lawyers were unethical. Foreign legal consultants are not lawyers at all, it decided. As The economist’ puts it, ‘It was the sort of convoluted reasoning of which any lawyer would be proud.” This is not the first time the OAB has questioned firm alliances: ‘After Linklaters and Lefosse paired up in 2001, the Bar spent months looking into their arrangement in 2006. In the end, the Bar only put superficial restrictions on the alliance: The firms were asked to maintain separate reception phone numbers, business cards, and letterhead that clearly lays out who is a Brazilian lawyer and who is a licensed consultant of foreign law. And Linklaters removed a large lighted sign that was on the building the firms shared’.*

O estudo de BENJAMIN FREEMAN, neste tópico, concluiu por externar fundadas preocupações com relação às associações entre escritórios brasileiros e escritórios estrangeiros tendo em vista as normas constantes do Provimento 91/2000 e a reportada decisão da OAB de São Paulo, que, de resto, já foi sufragada pelas Comissões Nacionais de Sociedade de Advogados e de Relações Internacionais do CFOAB, conforme comentarei adiante. Em textual: ***“Yet the results could be more serious. If the Federal OAB in Brasília confirms the São Paulo OAB’s decision, it may mean the end of formal firm alliances. Foreign law firms in Brazil have historically adopted one of two opposing strategies regarding partnerships with local firms. The first strategy is to partner with a local firm, which gives the advantage of offering local law services to clients through the local firm. The international firm can then advertise itself as truly fullservice in Brazil – something of rarity... However, the OAB’s recent decision has dried up rumours about future alliances and caused many to question the wisdom of the partnerships. Most firms have chosen a different approach. These firms practice only international law and leave local law to local firms. One of the advantages of this strategy is that***

they do not compete with local firms, and the Brazilian firms therefore remain friendly and frequently refer work. Many major deals thus involve four teams of lawyers: a Brazilian team and an international team for each side. Advocates of this approach criticize firms that have chosen to make alliances for needlessly antagonizing Brazilian firms, which are considered quite competent in local law. Indeed, Brazilian lawyers have explicitly stated they will no longer refer work to international lawyers that have allied with a competitor”.¹⁴

16. Com efeito, essa verdadeira “**corrida do ouro**” (“**gold rush**”) para os *novos* “*eldorados*” do mercado da advocacia, no qual o mercado brasileiro é visto mundialmente como paradigma de cobiça, englobam, *inter alia*, **(i)** a abertura autônoma de escritórios filiais de empresas de advocacia estrangeiras, numa relação tradicional do tipo “*casa matriz e filial*” (empresa “*holding*” e sociedade controlada), na qualidade estrita de sociedades consultoras em direito estrangeiro, com supedâneo no Provimento 91/2000 do CFOAB; **(ii)** a associação e alianças sob diferentes modalidades e objetivos estratégicos entre escritórios nacionais e estrangeiros, que poderão, ou não, respeitar os ditames dos Provimentos 91/2000 e 112/2006, tudo a depender da análise circunstanciada dos instrumentos formais/contratuais celebrados entre as partes, no Brasil ou no exterior, e, sobretudo das condições fáticas e materiais com que a associação ou aliança é efetivamente performada; e **(iii)** a alienação ou transferência, total ou parcial, mediante toda sorte de instrumentos contratuais celebrados no Brasil ou no exterior, não raro resguardados sob cláusulas de confidencialidade, da titularidade societária ou da gestão da sociedade de advogados brasileira à empresa de advocacia estrangeira, com a conseqüência da perda ou diminuição da autonomia gerencial e participação nos lucros e resultados dos escritórios nacionais pelo congênere estrangeiro, via “*profit-sharing agreements*” ou outros ajustes de similar natureza, que

¹⁴ A rigor, são vários os analistas americanos e também brasileiros, com enfoque externo, que têm estudado o mercado de advocacia no Brasil e as restrições regulamentares editadas pelo CFOAB. Vale citar, dentre outros, REX HUDSON (“*Brazil – a Country Study*”, Washington, DC: Federal Research Division, Library of Congress, 1998); BRIAN BAXTER (“*Brazil Bar Concludes Foreign Law Firm Associations Break Rules*”, *The AmLaw Daily*, 27 September 2010); JOSÉ MAURÍCIO MACHADO e RENATA ALMEDIA PISANESCHI (“*Foreign Law Firms – Operation in Brazil*”, *Law.com*). Veja-se também o artigo “*Keep out: Brazilian Lawyers don’t want Pesky Foreigners Poaching Their Clients*”, publicado no ‘*The Economist*’, 23 June 2011.

caracterizam os denominados “*formatos comerciais alternativos*” (“*alternative business structures*”). Nesse último caso, é manifesta a violação aos Provimentos 91/2000 e 112/2006, a exigir o imediato exercício do poder disciplinar legalmente conferido aos órgãos da OAB, para fins de apuração de responsabilidades e aplicação das sanções cabíveis, isto tanto com relação aos advogados brasileiros ‘plenos’ e às sociedades de advogados brasileiras quanto com relação aos consultores e sociedades de advogados consultoras em direito estrangeiro.

17 .Essas mudanças na prática internacional da advocacia (“*international law practising*”) têm conduzido diversos países, cada qual com suas peculiaridades de distintas naturezas - cultural, histórica, padrão de educação jurídica, modelo da profissão de advogado, sistema legal, regulamentar, jurisprudencial, normas corporativas do órgão ou entidade de representação da classe dos advogados etc. - a tratar de forma diferenciada a questão da recepção dos escritórios estrangeiros pelos respectivos mercados ou jurisdições nacionais. Os modelos variam desde a adoção de um sistema fechado e de proibição total à entrada de escritórios estrangeiros no mercado nacional da advocacia até um sistema inteiramente aberto e sem qualquer tipo de restrição quanto à forma societária ou tipo de associação entre escritórios nacionais e estrangeiros.

Nesse aspecto, é ilustrativa a exposição do ilustre Professor e ex-Conselheiro Federal da OAB, SÉRGIO FERRAZ: “*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. 91 (do CFOAB) 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 ou suas sociedades) 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. 77/249/CEE). Portugal, pelo Decreto-lei 119, de 28.5.1986, franqueou o exercício*

da advocacia ao profissional estrangeiro, exigindo apenas, para o procuratório judicial, a presença concomitante de um advogado inscrito na Ordem portuguesa (art. 173-D do Estatuto da Ordem dos Advogados). Na Inglaterra e nos Estados Unidos somente em restritíssimas áreas se criam embaraços ao exercício profissional da advocacia.¹⁵ 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 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. 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 norte-americanos diretamente estabelecidos; ou encontramos firmas inglesas e norte-americanas '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 União Internacional dos Advogados (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."¹⁶

¹⁵ Ao menos com relação aos Estados Unidos, onde prevalece, por via indireta, rígidas restrições ao exercício da advocacia por advogados estrangeiros, iremos verificar mais adiante que a realidade não é bem assim.

¹⁶ Cf. FERRAZ, SÉRGIO, o artigo intitulado "Sociedade de advogados – conceito – natureza jurídica – distinções entre as sociedades de advogados e demais sociedades: alguns pontos concretos –

18. A publicação *International Bar News*, edição de junho de 2010, exhibe ampla matéria a propósito das inúmeras restrições vigorantes nos países originais do grupo dos BRICs (Brasil, Rússia, Índia e China) para o exercício da advocacia por advogados estrangeiros. A reportagem mostra que apenas a Rússia liberalizou a prática da advocacia pelas firmas alienígenas, sendo certo que China, Brasil e, sobretudo, a Índia, continuam a adotar rígidas limitações. Transcreve-se o excerto seguinte: “...*Even with this focus on going native in Hong Kong, over in mainland China foreign firms are still unable to practice local Law. Indeed, of all the BRIC nations, only Russia has fully liberalized the legal market to allow foreign entrants unhindered access. In Brazil, foreign ownership of law firms is prohibited so overseas firms are required to enter a formal association with a local entity. In India, the authorities have denied foreign firms access altogether. ASHURST was forced to close its Dehli liaison office in February, following a court judgment which ruled that all foreign law firms were prohibited from practicing all law in India*”.

Convém analisar, em panorâmica, o regime jurídico aplicável em algumas nações a propósito do estabelecimento e atuação de escritórios estrangeiros, que variam desde a proibição total até modelos de autorização ultra liberal. Para essa amostragem, tomei de exemplo a regulação adotada na Índia, na China, nos Estados Unidos, na Inglaterra e na Austrália. Se não, veja-se.

ÍNDIA

19. Na Índia, por exemplo, por força da lei estatutária da profissão de advogados intitulada *Advocates Act*, de 1961, e da decisão definitiva do Tribunal Supremo de Mumbai (*Mumbai High Court*, do ex-Estado de Bombaim na Federação Indiana), no julgamento do caso *Lawyers Collective v. Union of Índia*, no ano de 2009, ficou terminantemente proibida a entrada, a constituição e a permanência de escritórios estrangeiros (“*liaison offices*”) no país, mediante a anulação de todas e quaisquer autorizações

anteriormente concedidas por autoridades públicas ou por órgãos corporativos. Vale transcrever, na versão original, excertos desse emblemático acórdão da Justiça Indiana que, radicalizando, e sem nenhuma contemplação, proibiu em termos absolutos a prática da advocacia por escritórios estrangeiros na Índia, isto tanto na área da advocacia contenciosa (procuratório judicial e administrativo) quanto na consultoria jurídica. É sabido que, por força dessa decisão judicial, os escritórios estrangeiros até então estabelecidos na Índia foram postos à margem da legalidade e tiveram de encerrar suas atividades naquele país, a exemplo dos escritórios ingleses “Ashurst Morris Crisp” e dos norte-americanos “White & Case” e “Chadbourne & Park”, ambos já estabelecidos no Brasil.¹⁷ Em textual:

*“54. It is not the case of the respondents that in India individuals / law firms / companies are practising the profession of law in non-litigious matters without being enrolled as advocates under the 1961 Act. It is not even the case of the respondents that in the countries in which their head office as well as their branch offices are situated, persons are allowed to practice the profession of law in non-litigious matters without being subjected to the control of any authority. **In these circumstances, when the Parliament has enacted the 1961 Act to regulate the persons practising the profession of law, it would not be correct to hold that the 1961 Act is restricted to the persons practicing in litigious matters and that the said Act does not apply to persons practicing in non litigious matters. There is no reason to hold that in India the practice in non litigious matters is unregulated.**”*

(...)

¹⁷ Cf. a material publicada pela American Bar Association e The Bureau of National Affairs (ABA/BNA) – Lawyer’s Manual on Professional Conduct, sob o título “*India Court Prohibits Foreign Law Firms from Establishing Branch Offices in India*”, em 6.1.2010.

“60. For all the aforesaid reason, we hold that in the facts of the present case, the RBI was not justified in granting permission to the foreign law firms to open liaison offices in India under Section 29 of the 1973 Act. We further hold that the expressions ‘to practice the profession of law’ in section 29 of the 1961 Act is wide enough to cover the persons practicing in litigious matters as well as persons practicing in non litigious matters and, therefore, to practice in non litigious matters in India, the respondent Nos. 12 to 14 were bound to follow the provisions contained in the 1961 Act. The petition is disposed of accordingly with no order as to costs...”

CHINA

20. A China, apresentando uma posição menos restritiva que a Índia, permite a firmas estrangeiras tão somente a abertura de escritórios de representação (*liaison offices*). A matéria encontra-se atualmente regida pelas *Regulations on Administration of Foreign Law Firms’ Representative Offices*, aprovada pelo Decreto nº 338 do *State Council*.

Neste ponto, é de extrema relevância ressaltar que os escritórios de representação na China não estão autorizados a prestar serviços de assessoria jurídica nem a contratar advogados chineses, sob pena de exclusão destes últimos dos quadros da Ordem dos Advogados chinesa, nos termos dos artigos 6^o¹⁸ e 16^o¹⁹ da referida regulação.

¹⁸ Article 6: *The establishment of a representative office in China and the posting of representatives thereto by a foreign law firm shall be permitted by the judicial administration department of the State Council.*

No foreign law firms, other organizations or individuals may conduct legal service activities within the territory of China as a consulting firm or under other names.

¹⁹ Article 16: *A representative office shall not employ Chinese practitioner lawyers; its support staff employed shall not provide legal services to clients.*

Veja-se, neste particular, que a China também demonstra preocupação e rigor de tratamento para com a indispensável independência institucional e gerencial entre os escritórios chineses e as firmas de advogados estrangeiras.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

21. Nos Estados Unidos a questão é tratada em nível local por cada Estado da Federação norte-americana, tendo em vista o modelo federalista agudo que favorece a mais ampla autonomia dessas entidades federadas. De um modo geral, prevalece lá o costumeiro e inescandível protecionismo de mercado, que não deixa de ser a face crua e verdadeira do propalado e ‘*soit disant*’ liberalismo americano, de resto presente em vários setores do comércio internacional de bens e serviços.²⁰ Adota-se, em realidade, um sistema de restrição indireta ou, se preferir, “*disfarçada*”, mediante a imposição de requisitos de formação educacional que, ao fim e ao cabo, são sobremodo restritivos, quiçá excludentes, do exercício da advocacia (“*law practising*”) pelo advogado que não seja cidadão americano. Na prática, as restrições são extensivas e não raro insuperáveis. Como se pode verificar na tabela abaixo, apenas 4 (quatro) Estados (Alabama, Califórnia, New Hampshire e Nova York), dentro do conjunto de todos os 51 Estados e o Distrito Federal que compõem a Federação norte-americana, permitem a estudantes estrangeiros

²⁰ Assim é que o nosso país enfrenta há tempos um amplo cenário contencioso com os Estados Unidos no comércio internacional. Basta lembrar que, Em 2010, como retaliação aos subsídios do governo americano ao algodão, devidamente autorizada pela Organização Mundial do Comércio (OMC), o governo brasileiro divulgou lista de 102 itens de produtos americanos que sofreram majoração da alíquota do imposto de importação, como automóveis, cujo imposto passou de 35% para 50%, tecidos de algodão (de 26% para 100%) e alguns eletrodomésticos, que passaram a ser tributados em 40%. Sobre o tema, veja-se a reportagem de capa do Caderno de Economia de O GLOBO, edição de 9.3.2010, sob o título “*Made in USA com tarifa maior*”. No mesmo sentido, vale consultar a reportagem do VALOR ECONÔMICO sob o título “*Os contenciosos com a América do Norte*”, edição de 23.11.2009, onde lê-se: “*O governo dos Estados Unidos, até agora, promete sem convicção obedecer às normas da OMC, e nem sequer oferece alternativas de compensações pelo desrespeito comprovado às normas internacionais de comércio. Não será o Brasil quem levantará o tema das compensações na mesa de negociação; o Itamaraty insiste que deseja, em primeiro lugar, que os EUA cumpram seu dever e eliminem os subsídios legais*”.

que tenham concluído com aprovação curso de pós-graduação *stricto sensu* (*Master of Laws – LL.M.*) em universidade nos Estados Unidos se inscreverem no respectivo Exame da Ordem (*Bar Exam*) estadual/local, para fins de obter habilitação profissional como advogado. Se não, veja-se:

Estrangeiros podem se inscrever na O.A. local?	Se possível, quais as exigências acadêmicas e profissionais complementares necessárias?							Estrangeiros com LL.M nos EUA podem se inscrever na
	Jurisdição	SIM	NAO	Cursar Faculdade <i>Common Law</i>	Curso Complementar Reconhecido pela ABA	Praticar o Direito em sua jurisdição local	Comprovante de equivalência	
Alabama	X		X	X	X	X	X	X
Alaska	X		X	X			X	X
Arizona		X						
Arkansas		X						
California	X			X	X	X	X	X
Colorado	X		X		X			
Connecticut		X						
Delaware		X						
Dist. of Columbia	X			X				
Florida		X						
Georgia		X						
Hawaii	X		X		X			
Idaho		X						
Illinois	X			X	X			
Indiana		X						
Iowa		X						
Kansas		X						
Kentucky	X						X	
Louisiana	X						X	
Maine	X					X	X	
Maryland		X						
Massachussets	X			X			X	
Michigan		X						
Minnesota		X						
Mississippi		X						
Missouri	X			X	X			X
Montana		X						
Nebraska		X						
Nevada	X		X		X		X	
New Hampshire	X		X		X		X	X

New Jersey		X				
New Mexico	X					
New York		X				
North Dakota		X				
Ohio	X					X
Oklahoma		X				
Oregon	X		X			X
Pennsylvania	X			X	X	
Rhode Island	X			X		X
South Carolina		X				
South Dakota		X				
Tennessee	X		X			X
Texas	X		X	X		X
Utah	X		X	X		X
Vermont	X		X			X
Virginia	X		X			X
Washington	X	X		X		X
West Virginia	X	X	X			X
Wisconsin	X					
Wyoming		X				

Nos demais Estados americanos, apenas Bacharéis em Direito, ou estudantes provenientes de países de cultura e sistema de direito consuetudinário (*common law*), como é o protótipo da Inglaterra, podem participar do altamente competitivo *Bar Exam*.²¹ Trata-se, com efeito, de medidas que estabelecem restrições de fato, ou seja, na prática produzindo efeitos excludentes e em tudo semelhante à denominada “*de facto discrimination*”,²² com relação

²¹ É certo que as provas do Exame da Ordem nos Estados Unidos não são unificadas, conforme presentemente ocorre no Brasil. Todavia, a instituição designada “*National Conference of Bar Examiners*”, criada em 1931, está incumbida de coordenar os exames em nível nacional com o objetivo de assegurar padrões de exigência o mais possível uniformes em todo o país.

²² Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência norte-americanas estabelecem uma correta distinção entre a discriminação “*de direito*” (“*de jure discrimination*”) e a discriminação “*de fato*” (“*de facto discrimination*”), que enseja a inconstitucionalidade da norma jurídica na sua aplicação às situações concretas, também chamada de inconstitucionalidade “*as applied*”. Como bem explicam LOCKART, KAMISAR, CHOPER E SHIFFRIN em sua festejada obra (*Constitutional Law – cases – comments – questions*”, Ed. West Publishing Co., 6ª edição, p. 1169) - trata-se de “... *government act that is racially neutral in its terms, administration, and purpose but which has a discriminatory effect or impact* (*de facto discrimination*)”. Vale consultar, também, a obra clássica de HART & WECHSLER’S, *The Federal Courts and The Federal System*, no item intitulado ‘*Note on the application of Law to fact: herein of the distinction between testing statutes on their face or as construed and as applied*’ (Ed. Foundation Press, New York, 2ª edição, 1973, págs. 590 a 595). Sobre o assunto, já tive a ocasião de dissertar em obra doutrinária: “*Trata-se, enfim, da interessante distinção consagrada pela jurisprudência e doutrina norte-americanas, dotada de profunda relevância prática, que diferencia a inconstitucionalidade ‘on its face’ da inconstitucionalidade ‘as applied’*. Por isso mesmo, para fins da ‘*judicial review*’, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade num e noutro caso são inteiramente diversos, já que na primeira hipótese reconhece-se a invalidade da própria letra do ato legislativo em face da constituição (*‘on its face’*), ao passo que, na segunda, invalida-se a indevida aplicação concreta da norma jurídica (*‘as applied’*)...Essa distinção foi formulada e reafirmada pela Suprema Corte dos

ao acesso e admissão ao exercício da advocacia por advogados estrangeiros, especialmente para aqueles originários de países que adotam sistema jurídico de tradição romano-germânica (*civil law system*), como é o caso do Brasil. Além disso, considerando que o Exame de Ordem (*Bar Exam*) nos Estados Unidos não é regulado em âmbito federal e também não é nacionalmente unificado, revestindo-se sempre de caráter estadual/local, não existe qualquer possibilidade de se adotar um regime de reciprocidade entre o Brasil e aquela grande nação do hemisfério norte no que respeita aos requisitos legais e regulamentares para o exercício da profissão por parte de advogado estrangeiro. Trata-se de uma particularidade do pacto federativo estadunidense. Assim é que o advogado brasileiro, após a satisfação de inúmeras outras exigências de natureza educacional, se vier a lograr êxito no *Bar Exam* organizado pela Corte de Justiça de determinado Estado da Federação norte-americana somente poderá exercer a advocacia nesse único e específico Estado, sendo-lhe vedado praticar atos privativos de advogado nos demais Estados federados. Por exemplo: o advogado brasileiro que obtiver aprovação no Exame de Ordem de Nova Iorque não estará autorizado a exercer advocacia no Texas ou na Califórnia. De modo diverso, já o advogado americano que revalidar o seu diploma no Brasil e lograr êxito nas provas unificadas que compõem o Exame de Ordem, poderá doravante exercer advocacia em todo o território brasileiro. Não se há cogitar, pois - repita-se -, de qualquer perspectiva de reciprocidade entre as duas nações nesse campo de questões.

22. Em sentido diverso, países como a Inglaterra e a Austrália adotam modelos com maior liberalização do mercado da advocacia, a ponto de permitirem a abertura de capital das sociedades de advogados e a subscrição inicial de ações ou sua aquisição em Bolsas de Valores por acionistas que não sejam advogados, de modo a ensejar a adoção por escritórios de advocacia dos chamados “*formatos comerciais alternativos*” (“*alternative business structures*” - “*ABS*”).

INGLATERRA

23. Na Inglaterra, a recente regulação editada em junho de 2011 pela *Solicitors Regulation Authority (SRA)*, que entrou em vigor em outubro do mesmo ano, estabelece os requisitos que devem ser observados pelos advogados estrangeiros que tenham interesse em praticar regularmente a advocacia no país. Essa nova regulação, em realidade, flexibilizou as regras até então vigentes²³ e permitiu a advogados de outras jurisdições (ex: Argentina, Brasil, China e Japão), desde que cumpridos todos os requisitos, a se inscreverem como *solicitors* nos quadros da *SRA*.

Como regra geral, os candidatos devem **(i)** passar por provas práticas e teóricas, conhecidas como *Multiple Choice Test (MCT)*, *Objective Structured Clinical Examination (OSCE)* e *Technical Legal Skills Test (TLST)*; **(ii)** obter um Certificado de Elegibilidade²⁴; e **(iii)** atingir os níveis estabelecidos para os testes da língua inglesa, se for o caso.

É bem verdade que, na prática, a inscrição nos quadros da *Solicitors Regulation Authority* para fins de habilitação ao exercício regular da advocacia não se apresenta como tarefa de fácil alcance. No entanto, é fato que a Inglaterra, com essas medidas, vem seguindo a tendência de abertura do seu mercado jurídico, inaugurada com a edição da lei alcunhada de *TESCO LAW*, que permitiu a abertura de capital das sociedades de advogados inglesas.

De acordo com o *Legal Services Act* - também conhecido como “*TESCO LAW*”²⁵ -, editado pelo Parlamento inglês em 2007, a partir de 2011 os escritórios de advocacia podem celebrar contratos e operações de fusão e aquisição (“*merge and*

²³ Como exemplo dessa flexibilização, pode-se citar a exclusão da exigência de que os candidatos tivessem 2 (dois) anos de experiência na prática de direito consuetudinário (*common law practice*), o que se revelava como uma restrição *de facto* para o exercício da advocacia por advogados provenientes de países *civil law*, como o Brasil.

²⁴ A legislação permite apenas 3 (três) tentativas para cada um dos testes, em um período de 5 (cinco) anos.

²⁵ Essa lei britânica foi apelidada de “*Tesco Law*” como referência a uma cadeia de supermercados daquele país. Isto porque, com a aprovação desse estatuto legal, espera-se que grandes empresas (bancos, supermercados, etc.) abram os seus próprios escritórios de advocacia e passem a prestar serviços jurídicos.

acquisitions”) com outras empresas de qualquer natureza e finalidade societária, de modo a permitir que pessoas físicas ou jurídicas de outras profissões ou outros ramos de negócio venham a ser sócios de sociedade de advogados. Sob tal regime *pluriprofissional* e *multinegocial*, instituições financeiras, companhias de seguro e Fundos de Pensão e de *Private Equity* poderão ser sócios e até mesmo sócios controladores de escritórios de advocacia. Nesse perspectiva, pode-se admitir que um grupo empresarial que explore cassinos e jogos de azar venha a se tornar sócio e até mesmo controlador de uma sociedade de advogados. Com isso, a profissão de advogado passa a ser considerada uma atividade puramente comercial como todas as demais, ficando sua gestão empresarial e resultados financeiros sujeitos a todas as formas válidas de apropriação e livre disponibilidade, ao sabor apenas das leis do mercado.

AUSTRÁLIA

24. Na Austrália, os requisitos para o regular exercício da advocacia por advogado estrangeiro é mais uniforme que nos Estados Unidos, sendo possível sintetizá-los da seguinte forma: o candidato deve ter **(i)** cursado Direito no país de origem, **que seja substancialmente equivalente a um curso de 3 (três) anos de Direito na Austrália**; **(ii)** estudado áreas do Direito que sejam **substancialmente equivalentes** àquelas que estudantes de Direito na Austrália são submetidos; **(iii)** adquirido e demonstrado um entendimento apropriado de certas habilidades, áreas do Direito e valores substancialmente semelhantes aos que os estudantes australianos estão submetidos para advogar na Austrália; e **(iv)** ter sido aprovado no teste *International English Language Testing System Academic Module (IELTS)*.

De acordo com o *Uniform Principles for Assessing Qualifications of Overseas Applicants for Admission to the Australian Legal Profession*, editado em junho de 2011 pelo *Law Admissions Consultative Committee*, advogados estrangeiros que tenham cursado Master of Laws (LL.M.) no país não cumprem com o requisito de “**substancialmente equivalente**” exigido, o que

consiste, pois, numa restrição **de facto** para os profissionais provenientes de sistemas de *civil law*, como o Brasil. Em textual:

“2.4 Second degree in law or postgraduate subjects

*Overseas graduates in law, or overseas practitioners often undertake post-graduate work in Australia. **A post-graduate Doctorate, Masters or Diploma course, taken in Australia or elsewhere, is generally not a relevant qualification for admission purposes.** A Graduate Diploma in law undertaken in England, Wales or Northern Ireland, and the Common Professional Examination are exceptions to this principle”.*

Na Austrália, por sua vez, de maneira semelhante ao que ocorre no Reino Unido, já se aceita a adoção da forma de sociedade de capital aberto para escritórios de advocacia, mediante a emissão de ações negociadas na *Australian Securities Exchange* – ASX. Tome-se como exemplo o escritório de advocacia australiano Slater & Gordon²⁶, cujas ações representativas do capital social são livremente negociadas em Bolsa e sujeitas às imposições e controle do órgão regulador do mercado mobiliário, às normas de relação com os investidores e às práticas de governança corporativa.

25. É oportuno assinalar, a esse propósito, que também nos Estados Unidos cada vez mais se intensifica o debate sobre a questão da investidura como acionista em sociedade prestadora serviços de advocacia por quem não seja advogado diplomado e inscrito na respectiva ordem profissional (*Bar association*). A questão assume especial relevo na medida em que os Estados Unidos, provavelmente com o intuito de uniformizar suas regras internas em consonância com as práticas já adotadas na Inglaterra e na Austrália, está no momento considerando permitir o ingresso, como sócio de capital (“*equity partner*”) em escritórios de advocacia, de terceiros não advogados, portanto de investidores

²⁶ Vale registrar que o *site* oficial da proeminente sociedade de advogados australiana Slater & Gordon exibe, inclusive, informações destinadas a “investidores”, em cumprimento às obrigações de transparência de informações ao mercado por parte das empresas de capital aberto. Cf. www.slatergordon.com.au.

pluriprofissionais avulsos ou até mesmo investidores institucionais (Fundos de Pensão, Fundos de “*private equity*” etc.). Em síntese, a proposta, atualmente sob análise da Comissão de Ética (*Commission on Ethics 20/20*) da *American Bar Association*, é no sentido de permitir que pessoas com **interesse financeiro** em uma determinada firma de advocacia possam adquirir cotas da sociedade, a fim de participar dos lucros decorrentes da prestação de serviços jurídicos.²⁷

É bem verdade que essa proposta ainda está sob o exame da referida Comissão da ABA, e não há, ainda, qualquer decisão final e definitiva sobre a matéria, de resto considerada bastante polêmica entre os advogados americanos. De todo modo, mesmo após a eventual aprovação no âmbito da Comissão de uma minuta final de alteração da *ABA Model Rules of Professional Conduct*, eventual inovação nos regramentos éticos deverá ser aprovada pela *House of Delegates* ou *Board of Governors of the American Bar Association*. No entanto, apesar do estágio embrionário das discussões, é de se levar em consideração que os Estados Unidos, avaliando as mudanças no cenário internacional, já estão se mobilizando para permitir uma reestruturação das firmas de advocacia locais, com vistas a promover a capitalização dessas sociedades nestes tempos de crise, mediante o aporte de capitais do público investidor e, assim, melhor se prepararem para a aguda competição no mercado internacional da advocacia.

26. Tudo isso só vem a corroborar a distorção por que passa mercado da advocacia, conforme assinalado na presente exposição de motivos. Essas firmas estrangeiras multinacionais e com diversidade de acionistas têm acesso a variadas fontes de recursos e capitais para ocorrer às despesas de custeio operacional, financiar capital de giro e investimentos estratégicos às quais os escritórios de advocacia brasileiros, que seguem rigorosamente a legislação pátria, estão proibidos de perseguir. A adoção dessas “*alternative business structures*”, já em vigor na Inglaterra e na Austrália, quiçá proximamente também nos Estados

²⁷ Cf. o site “ALERT – LAW FIRMS”, editado por J.H.COHN LLP – Accountants & Consultants, reportagem sob o título “*American Bar Association considers partnership allowances for no-lawyers*”, 2012.

Unidos, por certo aprofunda a concorrência desleal e os efeitos danosos para os escritórios nacionais, que não terão condições de disputar mercado com essas verdadeiras corporações da advocacia, de escala mundial e apoiadas por investidores poderosos, os quais por certo não estão sujeitos e comprometidos com os ditames éticos/profissionais que informam a advocacia no Brasil, mas tão só conectados às realidades do mercado.

27. Isto posto, resta evidente que a ampla abertura para a titularidade de cotas do capital social das sociedades de advogados, como ocorrente na Inglaterra e na Austrália, e hoje com perspectivas de implantação nos Estados Unidos, não se compadece com a regulação vigente no Brasil para esse tipo específico de sociedade uniprofissional. Assim é que o art. 8º, § 3º, do Provimento 112/2006 do CFOAB é contundente ao preceituar em dicção proibitiva: **“As associações entre Sociedades de Advogados não podem conduzir a que uma passe a ser sócia da outra, cumprindo-lhes respeitar a regra de que somente advogados, pessoas naturais, podem constituir Sociedade de Advogados”**. E para que as Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil possam bem fiscalizar o cumprimento de tal preceito, a cabeça do art. 8º desse mesmo Provimento 112/2006, determina que – **“serão averbados à margem do registro da sociedade e, a juízo de cada Conselho Seccional, em livro próprio ou ficha de controle mantidos para tal fim: ...IV – os ajustes de associação ou de colaboração com outras Sociedades de Advogados”**.

Essas tremendas transformações da advocacia internacional e na estruturação das sociedades de advogados, na trilha dos modelos societários e de mercado já encampados pela Inglaterra e Austrália, tendem a colocar em prática um autêntico processo de **“mercantilização sem fronteiras”** da profissão de advogado. Os serviços advocatícios são transformados em **“commodities”** livremente comercializadas e quiçá **“securitizadas”** como recebíveis futuros sujeitos ao risco do negócio. Até mesmo os direitos e interesses subjetivos, individuais e coletivos, patrocinados pelos advogados desses países e os processos judiciais em que os mesmos são deduzidos acabam por ser transformar em meros ativos desses escritórios de advocacia convolados em companhias abertas, como tal apropriáveis e sujeitos à exploração mercantil e financeira por todo tipo de investidor.

28. É bem de ver que muitos dos escritórios estrangeiros, majoritariamente ingleses e norte-americanos, que estão aportando no Brasil aqui chegam imbuídos do espírito de conquista de novos mercados e não raro sob modelos corporativos ou associativos incompatíveis com o marco regulatório da advocacia brasileira, a ser examinado em capítulo adiante. Representam investimentos e interesses próprios, estratégicos, flutuantes e (por que não?) especulativos, como tais direcionados para o mercado que oferecer melhores oportunidades, melhores lucros e vantagens, isto sem qualquer compromisso com a história, a missão e os valores transcendentais da advocacia brasileira.

Para se ter uma visão panorâmica de tal fenômeno e das repercussões que o mesmo pode ocasionar no mercado da advocacia brasileira, cumpre ter em conta que 7 (sete) dos 8 (oito) maiores escritórios de advocacia do planeta em faturamento anual²⁸ já estão estabelecidos e atuando no Brasil, de acordo com publicação veiculada na conceituada revista eletrônica especializada nesse tema *Legal Week*²⁹. São eles: (i) Gibson, Dunn & Crutcher (com faturamento em 2010 de US\$1.06 bi); (ii) Mayer Brown (com faturamento em 2009 de US\$ 1.12 bi); (iii) Jones Day (com faturamento em 2009 de US\$1.52 bi); (iv) Allen & Overy (com faturamento em 2010 de US\$ 1.60 bi); (v) Linklaters (com faturamento em 2009 de US\$ 1.80 bi); (vi) DLA Piper (com faturamento em 2010 de US\$ 1.96 bi); (vii) Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom (com faturamento em 2009 de US\$ 2.1 bi), dentre vários outros de menor porte, mas também com estruturas grandiosas, centenas de advogados e faturamento anual que alcança centenas de milhões de dólares. Acrescente-se que outros grandes escritórios estrangeiros já chegaram ou estão em vias de aportar no Brasil, inclusive o maior escritório da Europa continental, o espanhol “Garrigues”, com cerca de 1.500 advogados, isto em associação com a firma brasileira Schmidt, Valois, Miranda, Ferreira & Agel Advogados.³⁰ A grandeza estrutural e financeira dessas gigantes empresas estrangeiras de advocacia as torna por certo

²⁸ Dessa lista, falta apenas o gigante escritório inglês *Freshfields Bruckhaus Deringer*. Não será surpresa, todavia, se essa sociedade de advogados já tiver planos para ingressar proximamente no Brasil, ainda que não revelados ao mercado até o presente momento.

²⁹ Cf. www.legalweek.com - <http://www.legalweek.com/legal-week/news/1790721/jones-day-madrid-chief-relocates-sao-paulo-launch-brazil-base>.

³⁰ Veja-se a reportagem intitulada “*Garrigues to open in Brazil, with Schmidt Valois alliance*”, assinada por ROSIE CRESSWELL, na Revista Latin Lawyer on line, em 20.08.2010.

hipersuficientes, se comparadas aos maiores escritórios empresariais do Brasil, que, sob esse aspecto estrito, são *hiposuficientes* em face dos concorrentes alienígenas.

29. Caso não seja editada normativa específica para ratificar e aclarar as regras constantes dos Provimentos 91/2000 e 112/2006 em face dessas novas e impactantes realidades do mercado da advocacia ocorrentes a partir da crise econômica mundial de 2008, tais firmas estrangeiras de porte desproporcional ao mercado jurídico brasileiro, e principalmente já aquelas presentes no Brasil mediante “associações” consideradas indevidas com escritórios nacionais, implementarão paulatinamente suas estratégias e investimentos para conquista de mercado, ampliação do “*market share*”, atração de alguns dos melhores quadros dos escritórios nacionais e aliciamento da clientela brasileira em regime de concorrência notoriamente desigual, além de conflitante com a legislação em vigor. À guisa de ilustração do poder econômico da maioria desses escritórios estrangeiros e do seu potencial desestabilizador do mercado de advocacia nacional, é verossímil conjecturar as seguintes condutas anticompetitivas que podem ser aqui praticadas por essas grandes corporações multinacionais da advocacia: **(a)** mediante o assédio e contratação de sócios e advogados associados de escritórios brasileiros (em cuja formação não raro foram investidos elevados recursos e energias profissionais), as firmas estrangeiras poderão desestabilizar o mercado profissional da advocacia ao criar valores artificiais e superfaturados de remunerações, além de benefícios indiretos (“*fringe benefits*”) e participações nos resultados da sociedade, com isso estimulando o surgimento de “bolhas” no mercado profissional de advogados e debilitando a competição com os escritórios brasileiros; **(b)** com farto capital externo de fontes diversas e robusto orçamento para investimentos destinados à consecução de planejamento estratégico no Brasil, os gigantes escritórios estrangeiros, inclusive mediante “associações” consideradas ilícitas com alguns escritórios brasileiros que em maior ou menor medida cumprem o lamentável papel de “***barrigas de aluguel***”, terão a capacidade de ditar padrões predatórios no que respeita aos valores dos honorários a serem cobrados no Brasil para fins de conquista da clientela tradicionalmente atendida pelos escritórios brasileiros, mediante condenáveis práticas de “*predatory pricing*”; **(c)** valendo-se de associações consideradas ilícitas com escritórios brasileiros, as firmas estrangeiras estarão em condições de exercer a advocacia em regime de “*full service*”, o que significa dizer prestar

serviços de consultoria em direito brasileiro e no contencioso administrativo e judicial, e em todas os ramos jurídicos, que possam atender os apetites pela conquista de um novo mercado. Até mesmo (e porque não?) a advocacia nas denominadas “áreas de escala”, compreendendo centenas de milhares de reclamações trabalhistas e ações de consumidor submetidas à competência judicante dos órgãos da Justiça do Trabalho e dos Juizados Especiais Cíveis poderão ser objeto da cobiça das empresas multinacionais de advocacia em todo o território nacional, se tal lhes gerar rentabilidade.

30. Assim como já ocorre em alguns países que não cuidaram a tempo e a hora de impor limites a essas práticas deformadoras da atuação do advogado enquanto prestador de um serviço de alcance público e agente de promoção dos valores do Estado Democrático de Direito, a advocacia brasileira poderá se tornar em breve uma mera atividade mercantil sujeita a toda sorte de manobras de mercado e às forças desiguais do grande capital empresarial. Guardadas as diferenças relativas ao singular marco regulatório da profissão de advogado, trata-se, em síntese, de processo semelhante ao que se passou no setor das empresas de auditoria e de publicidade no mercado brasileiro. No primeiro caso, é incontroverso que as chamadas “*Big Four*” dominam os principais mercados mundiais de publicidade, inclusive no Brasil. Levantamento feito pelo jornal Valor com as 200 maiores empresas abertas por ativos mostra que as quatro grandes do setor – *PricewaterhouseCoopers, Deloitte, Ernst & Young e KPMG* – detêm 81% dos clientes e receberam 96% do total gasto pelas empresas com serviços de auditoria no ano de 2009, no valor de R\$382 milhões.³¹ No setor publicitário, 15 entre as 20 maiores agências de publicidade em atuação no Brasil são total ou parcialmente pertencentes a companhias estrangeiras. Liderado pelo grupo francês PUBLICIS (que adquiriu as agências DPZ, Tailor Made, GP7 e Talent) e pelo britânico WPP (que adquiriu as agências F.biz, Gringo, 9ine e The Futures Company), o setor publicitário não mais conta hoje com empresas brasileiras em condições de concorrer com as gigantes estrangeiras. Nesse sentido, ilustra a reportagem publicada na Folha de São Paulo sob o título “*Múltis já controlam publicidade no país*”: “*Em meio a uma corrida pela aquisição de*

³¹ Veja-se a reportagem publicada no VALOR, edição de 10.8.2010, página de capa, sob o título “*Quatro grandes auditorias detêm 99% da receita total*”.

agências brasileiras, acelerada no último ano, dois dos maiores grupos de publicidade do mundo, o britânico WPP e o francês PUBLICIS, comandam hoje o setor no Brasil, em primeiro e segundo lugar na compra de mídia...Francisco José Moura Cunha Martins, da Artplan, diz que 'o grande problema é que as contas hoje já vêm, todas elas, disputadas lá fora, o que cerceou demais o mercado para as nacionais. Seria quase um dumping'. Sem acesso às contas das multinacionais, 'restam os clientes nacionais, a maior parte em varejo, e brigar na esfera governamental.' 'E mesmo com o governo há dificuldades, pois o grupo estrangeiro entra com quatro, cinco propostas de suas agências, enquanto a nacional tem uma só'.³²

31. De qualquer modo, a atuação dos escritórios estrangeiros no Brasil, inclusive e especialmente no que respeita aos aspectos associativos e tributários, gera por certo preocupações institucionais, principiológicas e no plano dos valores éticos frente ao marco regulatório da advocacia brasileira. Bem por isso, precisa ser atentamente fiscalizada pela Ordem dos Advogados do Brasil e, ainda, pelos órgãos da Receita Federal, conforme será objeto de tópico específico mais a frente. Primeiramente, é imperioso que os advogados consultores e as sociedades de advogados estrangeiras estabelecidas no Brasil se ocupem e aqui exerçam exclusivamente a consultoria em direito estrangeiro de seu país de origem, como preceitua o Provimento 91/2000 do CFOAB. No que respeita ao regular cumprimento da ordem tributária, adiante-se que é de exigir-se que todos os tributos e contribuições incidentes sobre os honorários profissionais em razão da prestação de serviços jurídicos efetuada no Brasil sejam devidamente recolhidos à Fazenda Nacional em nosso país, e não transferidos para percepção em outras sedes do grupo empresarial de advocacia no exterior. A inércia ou insuficiência de fiscalização por nosso órgão de classe e pela Receita Federal poderá gerar consequências econômicas nefastas ao mercado nacional de advocacia e à efetividade da ordem tributária, cujos efeitos, lamentavelmente, já se começam a perceber.

32. Para corroborar o quanto se vem abordando nesta exposição, permite-se transcrever recente notícia acerca do ingresso no mercado brasileiro de mais um pretense consultor de direito estrangeiro - o renomado escritório *K&L Gates*, que conta

³² Cf. Folha de São Paulo, Caderno 'Mercado', edição de 9 de setembro de 2011, página de capa.

atualmente com mais de 2.000 advogados associados e é considerado pela publicação “AmLaw 100” como o 13º maior escritório no planeta. Em entrevista para a Revista *Latin Lawyer* (‘on line’) com sócios representantes dessa gigante sociedade de advogados multinacional, é mencionado o poder atrativo da economia latino americana em geral, e em especial do vigoroso mercado brasileiro, o que foi considerado fato determinante para acelerar a estratégia expansionista da empresa rumo ao nosso país. Em textual:

“K&L Gates to open in São Paulo

Monday, 7th November 2011 by Clare Bolton

US law firm K&L Gates has received official approval to open a foreign legal consultancy in São Paulo, **initially to be run by two partners part time in the city, Marc Veilleux and Alan Berkeley.**

The Pittsburgh-headquartered firm officially announced the news today, although New York-based finance lawyer Veilleux has been spending more time in São Paulo since the internal decision was taken months ago. Berkeley, currently based in both Washington, DC and London, focuses on corporate and securities regulatory law. Through regularly visiting attorneys the firm also plans on offering project finance, asset management, M&A, arbitration, construction, IP and tax advice in the city.

The firm has done work recently for Odebrecht and Braskem, as well as Itaú in Argentina.

Nonetheless, many in the marketplace view the firm’s move as evidence of a new wave of US firms arriving in Latin America, notably and intentionally different from the white-shoe New York firms, or magic circle UK firms, who were the first into the region decades ago. K&L Gates has only recently focused on Latin America, and as a Pittsburgh firm, has a different profile and cost structure to that of the traditional market leaders.

*In a competitive marketplace, the firm's scale marks it out, he thinks. **"We have the largest integrated network of any law firm in the world, with lawyers in Asia, Europe, the Middle East and the US ready to serve Brazilian clients,"** he says, pointing to the firm's 2000 lawyers in 39 offices worldwide. **"K&L Gates also has no internal profit barriers – we are one profit pool worldwide – and I think that is a very attractive platform for Brazilian clients, as we can provide a truly seamless global service."***

(...)

K&L Gates also showed its interest in Latin America in July by making a rare cross-border lateral move, hiring Alejandro Fiuza from Argentina's Marval, O'Farrell y Mairal."

33. Tal pronunciamento põe às claras a intenção manifesta de alguns escritórios estrangeiros de prestar serviços jurídicos integrais no Brasil, sob o dissimulado passaporte de entrada à guisa de sociedade consultora em direito estrangeiro. Por outro lado, na Argentina, esse mesmo escritório K&L Gates contratou um importante sócio e vários outros advogados associados de expressão do conceituado escritório local *Marval, O'Farrel y Mairal*, como parte de sua estratégia expansionista. Mediante tais investimentos estrategicamente dirigidos, logrou conquistar expressiva clientela local, inclusive empresas brasileiras com investimentos naquele país vizinho, a exemplo da ODEBRECHT, BRASKEM e ITAÚ ARGENTINA. Essa mesma estratégia de cooptação de sócios e advogados associados de escritórios brasileiros, designada no mercado de "*lateral hiring*", já está sendo claramente replicada em nosso país Brasil. Cite-se, como exemplo, o escritório inglês Linklaters, com 2.200 advogados, presente em mais de 20 nações, associado em nosso país com a sociedade brasileira Lafosse Advogados, que contratou boa parte do setor de mercado de capitais do conceituado escritório de direito empresarial Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr. e Quiroga. Nessa operação, dois sócios de ponta e superior prestígio profissional foram contratados, os ilustres colegas CARLOS MELLO e

RODRIGO JUNQUEIRA.³³ Tudo se dá, em tese, em frontal violação ao Provimento 91/2000, ao dispor, no § 1º do art. 1º - ***A autorização da Ordem dos Advogados do Brasil, sempre concedida a título precário, ensejará exclusivamente a prática de consultoria no direito estrangeiro correspondente ao país ou estado de origem do profissional interessado, vedados expressamente, mesmo com o concurso de advogados ou sociedades de advogados nacionais, regulamente inscritos ou registrados na OAB: I – o exercício do procuratório judicial; II – a consultoria ou assessoria em direito brasileiro.***

34. Também não se pense, nesse contexto, que essa autêntica “invasão” das grandes empresas multinacionais de advocacia, com o confessado propósito de aproveitar estes bons tempos de prosperidade da economia brasileira, toque apenas à preocupação e aos interesses dos grandes escritórios nacionais da região sudeste da Federação, a exemplo de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais.

Em realidade, a disputa desigual no mercado brasileiro de advocacia em breve deverá atingir e prejudicar escritórios de todo porte e especialidades em todos os quadrantes do território nacional. Após o cobiçado mercado da região sudeste, esses gigantes corporativos certamente passarão a focar seus interesses estratégicos nas demais praças e pólos econômicos do país, a exemplo dos complexos portuários e industriais de Suape (Pernambuco) e do Pecém (Ceará), na Zona Franca de Manaus (Amazonas), nos novos pólos petroquímicos (Bahia, Rio Grande do Norte e Espírito Santo), na região do “agrobusiness” no meio oeste (Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Goiás e Tocantins), na região da mineração (Pará, Minas Gerais e Maranhão) e nas áreas do ‘Mercosul brasileiro’ (Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul). Tanto mais que, felizmente, o atual desenvolvimento econômico do Brasil está se descentralizando do tradicional eixo Rio-São Paulo em favor dos Estados do Nordeste, Região Norte e do centro-oeste

³³ A entrevista concedida ao jornal VALOR Econômico pelo Doutor CARLOS MELLO, na reportagem sob o título “*Linklaters contrata equipe do Mattos Filho*”, assinada pela jornalista Vanessa Adachi, na edição de 12.8.2010, é bastante ilustrativa acerca das estratégias de aliciamento de alguns dos melhores valores da advocacia brasileira pelas firmas estrangeiras: “...*Vou tocar a área de mercado de capitais do Linklaters*”, confirmou ele (Carlos Mello), ontem. “*Sáimos eu e mais quinze pessoas. O Linklaters precisava dar uma rearmada na casa e recebemos uma proposta excelente*”, disse Mello...*Além dos dois sócios, migram de casa dez associados, dois estagiários e pessoal administrativo. Mello diz que foi atraído pela perspectiva de um novo projeto e pela base mundial do Linklaters, presente em mais de 20 países*”.

do Brasil.³⁴ Em muito boa hora, começa a se dissipar no tempo a visão de EUCLIDES DA CUNHA, dos “dois Brasís” - um litorâneo e desenvolvido, e o outro do interior, miserável e à margem do progresso. Essa tendência de democratização da riqueza e de interiorização do fluxo de investimentos na Federação – que nós brasileiros devemos perseguir intensamente, por certo atrairá também os interesses das empresas estrangeiras de advocacia para todas as regiões do país, cujos projetos expansionistas não admitem fronteiras ou limites regionais. Enfim, onde existam oportunidades de negócios e de novos ganhos, lá estarão alguns dos escritórios estrangeiros assediando o mercado e impondo desigual concorrência aos tradicionais, conceituados e competentes escritórios locais.

35. Conquanto possam estar envolvidas na presente proposta de Provimento preocupações de ordem concorrencial e de defesa do território profissional dos advogados brasileiros, é importante assinalar que o eixo central da discussão aqui delineada não tem a ver com o direito da concorrência ou com as políticas de defesa comercial do Brasil no contexto da pauta de serviços do comércio internacional, mas sim, essencialmente, com os

³⁴ Sobre o tema, vale mencionar a reportagem da revista VEJA on line, Economia, edição de 17.11.2010, sob o título “Região Sudeste reduz sua participação no PIB nacional”, da qual se extrai o excerto seguinte: “A participação da região Sudeste no Produto Interno Bruto (PIB) do país caiu 0,4 ponto percentual em 2008 na comparação com 2007, segundo pesquisa divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)...Em relação a 2002, a influência do Sudeste caiu 0,7 ponto percentual, segundo a pesquisa ‘Contas Regionais do Brasil’. A região manteve a trajetória de perda gradual de participação no PIB do país, chegando a 33,1% em 2008, ante 33,9% em 2007, uma porção bem inferior ao patamar de 37,3% que exibiu em 1995... Os crescimentos acima da média do Brasil (5,2%) ocorridos em 2008 registrados no Piauí (8,8%), no Ceará (8,5%), em Goiás (8,0%) e em Mato Grosso (7,9%) foram puxados pelo setor agrícola”. O site do IBGE (www.ibge.gov.br), Contas Regionais do Brasil 2005-2009. de igual modo noticia: Centro-Oeste e Nordeste ganham participação no PIB em 2009. De 2008 para 2009, as regiões Nordeste e Centro-Oeste aumentaram suas participações no PIB brasileiro de 0,4 ponto percentual cada uma, enquanto a participação do Sudeste continuou caindo (0,7 ponto percentual) e a das regiões Norte e Sul tiveram ligeira queda (-0,1 ponto percentual cada uma). .. Participação no PIB do Centro-Oeste, Nordeste e Norte sobe para 28,1% em 2009 – As regiões que registraram avanço na participação no PIB entre 2002 e 2009 foram o Centro-Oeste (0,8%), Nordeste (0,5%) e Norte (0,3%). As três regiões totalizavam 26,4% do PIB em 2002 e passaram a representar 28,1% do total em 2009... Os maiores estados do Nordeste, Pernambuco e Bahia, puxaram o avanço de 0,4 ponto percentual de participação da região entre 2008 e 2009. Em relação a 2002, o crescimento foi de 0,5 ponto percentual. Este movimento foi acompanhado pela maioria dos estados da região, com destaque para o Maranhão, que avançou 0,2 ponto percentual de participação no período... Na região Norte houve pequena perda de participação, de 0,1%, entre 2008 e 2009, influenciada pelo desempenho do Pará, maior estado da região, que perdeu 0,1 ponto percentual de participação, muito em razão da especialização na extração de minério de ferro. Os demais estados da região, mesmo o Amazonas, muito dependente da indústria de transformação, mantiveram-se praticamente estáveis em suas posições relativas. Contribuíram para isso a baixa dependência do consumo externo e o peso do setor público, que não foi afetado pela crise mundial... Em 2009, Rondônia cresceu 7,3% e teve o melhor desempenho entre os estados”.

paradigmas constitucionais, legais e regulamentares da profissão de advogado no Brasil e com as condições para o exercício dos atos que lhe são privativos. Embora sejam legítimas as medidas de defesa comercial adotadas pelo Brasil, inclusive questionando o crescente protecionismo da China, dos Estados Unidos e da União Européia, seja em negociações bilaterais ou perante a Organização Mundial do Comércio, não cabe, aqui, desviar o foco da discussão.³⁵ Até porque sabe-se que as políticas de defesa comercial da indústria e das “*commodities*” agrícolas e de minérios nacionais, bem como aquelas relacionadas com as atividades de importação e exportação de bens e transferência de tecnologias, incumbem ao governo federal, seja na via legislativa a cargo do Congresso Nacional, à luz da competência privativa da União para legislar sobre comércio exterior (CF, art. 22, VIII),³⁶ seja na via diplomática, com base na competência do Presidente da República para manter relações com Estados estrangeiros e celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional (CF, art. 84, incisos VII e VIII). Por outro lado, não está a Ordem dos Advogados do Brasil investida na competência legal para adotar medidas de defesa comercial “*stricto sensu*”, mas tão apenas, ainda que extensivamente, para editar provimentos de caráter normativo que toquem com as condições para o exercício da profissão de advogado no território nacional. Bem por isso, sobressai a competência constitucional e legal da Ordem dos Advogados do Brasil para a edição dos Provimentos 91/2000 e 112/2006, ambos em vigor, bem como para a eventual edição do presente Provimento em fase de proposição, este de caráter ratificatório e aclaratório daqueles atos regulamentares editados pela independente e histórica entidade profissional da corporação dos advogados. Com efeito, tudo se prende entre nós, na questão ora em digressão, aos requisitos constitucionais, legais e regulamentares para o exercício da profissão de advogado, tanto em caráter individual quanto sob vínculo de sociedade, e seu

³⁵ Sobre o assunto, veja o editorial da Folha de São Paulo, edição de 7.11.2011, pág. A2, sob o título “*Protecionismo em alta*”, onde lê-se: “*Desde a crise que se abateu sobre os países desenvolvidos, em 2008, tem aumentado, o uso de expedientes, aceitáveis ou não, para a proteção de mercados e produtores nacionais. Em muitos casos, usam-se subterfúgios, como as chamadas barreiras sanitárias; em outros casos, manipulam-se impostos e subsídios indiretos. Mesmo nas relações de um mesmo ‘bloco’, como é o caso do Mercosul, os episódios se multiplicam. Está certo o Brasil em se defender, mas não há dúvida de que, nesse cenário, estará cada vez mais sujeito a queixas e retaliações*”.

³⁶ Dentre outros mais colacionáveis, veja-se o acórdão do Supremo Tribunal Federal na ADI 2656 -/SP, tendo por objeto a declaração de inconstitucionalidade da Lei Paulista que proibiu a importação de qualquer tipo de amianto, sob a Relatoria do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Decisão unânime no sentido da procedência da ação direta de inconstitucionalidade por invasão da competência privativa da União para legislar sobre comércio exterior (CF, art. 22, VIII). Publicação no DJ de 01.08.2003, pág. 117.

compromisso solene e indissociável com a “**administração da Justiça**” e com a natureza de “**serviço público**” inerente ao ministério privado da advocacia, de consonância com os imperativos do art. 2º do EAOAB (Lei 8.906/2004).

36. É fundamental, portanto, já agora, à luz dos Provimentos 91/2000 e 112/2006, que se imponha uma perfeita distinção entre “*atividade de consultores e de sociedades de consultores em direito estrangeiro*”, de um lado, e a *formação de associações, de distintas naturezas, entre escritórios estrangeiros e escritórios nacionais*”, de outro lado, neste último caso para a exploração de serviços jurídicos em regime de “*full service*”, ou seja, em todas as áreas da consultoria, inclusive e nomeadamente sobre direito brasileiro, e do contencioso administrativo e judicial, o que viola frontalmente tal conjunto de regras editadas pelo CFOAB, com supedâneo na Constituição Federal e na Lei 8.906/94. Caso contrário, estar-se-á, de forma ostensiva ou dissimulada, tolerando entre nós as práticas da mercantilização da advocacia e das chamadas “*alternative business structures*”, o que a ordem jurídica e o marco regulatório da advocacia brasileira não autorizam e deploram.

37. Para tanto, porém, impende deixar perfeitamente afirmada a competência regulamentar e o poder de polícia da Ordem dos Advogados do Brasil para disciplinar a atuação dos advogados consultores e das sociedades consultoras em direito estrangeiro em nosso país. O tema é complexo e perpassa a evolução histórica das ordens e conselhos profissionais, em geral, e da Ordem dos Advogados do Brasil, em particular, dadas as singularidades de seu tratamento reconhecido na Constituição e nas leis, bem como na jurisprudência de nossos tribunais, com especial relevo para as decisões do E. Supremo Tribunal Federal.

É o que verá a seguir.

III – A EVOLUÇÃO DAS ORDENS E CONSELHOS PROFISSIONAIS NO BRASIL E A COMPETÊNCIA REGULAMENTAR E PODER DE POLÍCIA DA OAB

38. Nesse particular e sensível ângulo da questão, sabe-se que os conselhos e ordens profissionais têm experimentado no Brasil uma contínua evolução a partir dos anos 30 no século passado, no que respeita notadamente à sua natureza jurídica e à competência para regulamentar variados aspectos atinentes à qualificação e ao exercício das profissões consideradas *regulamentáveis*,³⁷ a teor das normas dos artigos 5º, XIII (“*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”) e 22, XVI (“*Compete privativamente à União legislar sobre:...XVI – organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões*”), da Constituição Federal de 1988. Em muitos casos, essa competência de caráter normativo regulamentar é atribuída às ordens e conselhos profissionais com base em delegação legislativa “*inominada*” e expressa do Congresso Nacional, qual se dá, por exemplo, com a competência investida pelo Conselho Federal da OAB para regulamentar o Exame de Ordem, de conformidade com o art. 8º, § 2º, da Lei 8.906/94 (“*O Exame de Ordem é regulamentado em provimento do Conselho Federal da OAB*”). O ilustre pesquisador IVAN ALEMÃO, magistrado do trabalho e professor do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense,

³⁷ Diz-se *profissões regulamentáveis* na consideração de que alguns ofícios profissionais não são passíveis de sofrer restrição regulamentar no que toca a qualificação para o seu livre exercício, na esteira de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal. Assim, por exemplo, o E. Plenário do STF, no julgamento do RE 414426, afetado pela 2ª Turma, relatora a Senhora Ministra ELLEN GRACIE, em 1º de agosto de 2011, entendeu que a atividade de músico não depende de registro ou licença de entidade de classe para o seu exercício. Com isso, negou provimento ao recurso extraordinário manifestado pela Ordem dos Músicos do Brasil, Conselho Regional de Santa Catarina, radicado na sustentação de que o livre exercício de qualquer trabalho ou profissão estaria constitucionalmente condicionado às qualificações específicas de cada profissão e que, no caso dos músicos, a Lei 3.857/60 teria estabelecido essas restrições. O voto conductor do aresto considerou que as restrições feitas ao exercício de qualquer profissão ou atividade profissional deveriam obedecer ao princípio da “*mínima intervenção*”, a qual se pautaria pela razoabilidade e pela proporcionalidade. Ademais disto, o acórdão deixou consignado que a liberdade de exercício de profissão, contida no art. 5º, XIII, da Constituição Federal, seria quase absoluta e que qualquer restrição somente se justificaria se houvesse necessidade de proteção a um interesse público, a exemplo de atividades para as quais fosse requerido conhecimento específico, técnico ou habilidade já demonstrada, como é o caso das profissões de médico, advogado, engenheiro etc. Para maiores comentários veja-se o artigo “*Exercício de profissões e regulamentação pelo Estado*”, constante do blog da Professora de Direito Administrativo da UERJ e Vereadora do Rio de Janeiro SÔNIA RABELLO, publicado em 16.8.2011.

discorre de forma percuciente sobre o tema, no artigo “*Liberdade e Regulamentação Profissional*”, do qual se extrai o excerto seguinte: “A Constituição Federal considera livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (art. 5º, XIII). Ou seja, a regra geral é a de que o exercício da profissão é livre, sendo a exceção tratada por lei. Como pode ser observado, trata-se de um direito individual (art. 5º), embora envolva interesses coletivos de grupos de ocupações e de consumidores. Esse assunto envolve três grandes aspectos que estão relacionados entre si: a chamada regulamentação profissional, as ordens ou conselhos profissionais e a auto-regulamentação. A regulamentação geral se refere às normas existentes sobre atividades e direitos de grupos ocupacionais, que no Brasil é feita de forma aleatória, sem critérios bem definidos. O segundo aspecto é referente ao nível de organização corporativa, que pode ser o sindicato, mas que no aspecto de mercado de trabalho tem se dado mais no nível de criação de conselhos profissionais criados por lei. O terceiro aspecto é de nível de auto-regulamentação que essa corporação possui”.³⁸ No que respeita mais diretamente à regulamentação profissional, que é o foco específico desse aspecto da discussão, o Prof. IVAN ALEMÃO apresenta ilustrativo relato: “Não existe uma única lei tratando dos deveres e direitos das diversas ocupações profissionais. São muitas as normas federais, e ainda existem as normas estaduais e municipais que disciplinam atividades de trabalhadores autônomos. Essas leis, no Brasil, começaram a ser editadas substancialmente a partir de 1930 juntamente com a regulamentação do Direito do Trabalho, muito embora essa matéria só em parte atraia o interesse da doutrina trabalhista. No início da Primeira República, com a nova Constituição, houve a liberdade de criação de corporações, mas a atividade profissional era totalmente livre, sem regulamentação. O § 24 do art. 72 da Carta de 1891 estabelecia que era ‘garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial’, e o § 8º, do mesmo artigo, definia que ‘a todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas; não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública’. Os positivistas sociológicos, então em voga, eram a favor das corporações, mas contra qualquer tipo de regulamentação profissional, principalmente as que criassem reservas de mercado, além de defenderem a equiparação entre servidores públicos e

³⁸ Cf. ALEMÃO, IVAN, no artigo “*Liberdade e Regulamentação Profissional*”, publicado no site *Nacional de Direito – Doutrinas/Artigos* (www.nacionaldedireito.com.br)

privados. Exemplo clássico foi o conflito do Governo com os médicos.³⁹ Também os liberais mais radicais não concordavam com qualquer reserva de mercado. No Brasil ainda não se chegou a um critério técnico-jurídico sobre quais as ocupações que realmente possuem regulamentação. Existe aqui uma tendência de se incluir na condição de profissões regulamentadas qualquer ocupação profissional na qual a lei faz alguma referência. Muitas leis surgem com o objetivo de não ir muito além de apresentar uma definição do que seja a 'profissão', sem estabelecer qualquer direito, como a Lei n. 7.290, de 19.12.1984, que define a atividade do transportador rodoviário autônomo de bens; a Lei n. 5.524, de 5.11.1968, que dispõe sobre o exercício da profissão de técnico industrial de nível médio; a Lei 6.224, de 14.7.1975, que dispõe sobre o propagandista e vendedor de produtos farmacêuticos; e a Lei 6.556, de 5.9.1978, que cuidou da atividade de secretário. Outras leis, além de definirem a 'profissão', afirmam que o 'profissional' não é empregado e que ele deve se inscrever na Previdência Social como autônomo. É o caso da Lei n. 6.586, de 6.11.1978, que classifica o comerciante ambulante para fins trabalhistas e previdenciários. Outras já sugerem algum tipo de reserva de mercado, como a Lei n. 6.242, de 23.9.1975, que dispõe sobre o exercício da profissão de guardador e lavador autônomo de veículos automotores. Neste caso, exige-se seu registro no Ministério do Trabalho, que depende apenas da apresentação pelo interessado de seus regulares documentos de identificação pessoal e atestado de bons antecedentes. Verifica-se que em alguns casos a intenção maior é a da Administração Pública ter algum controle sobre a atividade, muitas vezes praticado de forma desordenada, do que realmente criar uma profissão... O Ministério do Trabalho no Brasil registra e até define, por conta própria, ocupações profissionais, além de ter a atribuição de anotar na carteira de trabalho um número de registro. Ele tem uma listagem de 53 'profissões regulamentadas', sendo que nem todas contam com conselhos profissionais e muitas nem são regulamentadas, podendo ter somente uma referência legal... A definição de ocupações profissionais vem sendo elaborada de forma administrativa. O Ministério do Trabalho também possui, desde 1990, a 'Classificação Brasileira de Ocupações' (CBO), elaborada pela Comissão Nacional de Classificação (CONCLA).

³⁹ Esse conflito se estendeu pelas primeiras duas décadas do século 20, agitando a questão sobre se havia incompatibilidade entre a norma do art. 56 do Código Penal de 1890, que criminalizava o exercício da medicina, odontologia e farmácia por quem não possuísse título acadêmico correspondente, e a nova concepção de liberdade profissional constante do art. 72, § 24, da Constituição de 1891.

39. Com relação às normas de reserva de mercado para profissões com alta qualificação profissional e sujeitas a circunstanciada regulamentação, expõe o mencionado autor, particularizando o exemplo da Ordem dos Advogados do Brasil: *“Algumas leis-estatutos que cuidam da organização e regulamentação dos grupos profissionais tratam de regras relacionadas a contratos de seus profissionais com seus clientes, passando essa parte da regulamentação a constar nas disposições do segundo grande grupo do nosso quadro de normas apresentado acima. Referimo-nos aos contratos de emprego, que envolvem obrigações do empregador, ou de contrato com o cliente, que envolve obrigações das partes contratantes. **O Estatuto da OAB (Lei n. 8.906, de 4.7.1994) possui regras sobre esses dois tipos de contratos. No caso do contrato de emprego, os arts. 18 a 21, concedem ao advogado a jornada limite de 4 horas contínuas por dia, adicional de 100% de horas extras, adicional noturno de 25%, etc. No caso do contrato com o cliente, os arts. 22 a 26 do Estatuto da OAB estabelecem regras sobre honorários advocatícios, direitos e obrigações das partes...** O modelo paradigma do grupo profissional é o de que ele reúne especialistas sobre questões técnicas ou científicas, com alto grau universitário, com um código de ética e uma ordem ou conselho profissional, com capacidade de auto-regulamentação. Não são todas as profissões que preenchem todos esses requisitos. Fator de fundamental diferença é a existência ou não de uma ordem profissional e a sua capacidade de auto-regulamentação. **A OAB – Ordem dos Advogados do Brasil é um caso à parte, pois ela possui diferenças marcantes: é a única que tem o poder de aceitar ou não os bacharéis por meio do Exame de Ordem.**⁴⁰ As demais ordens ou conselhos profissionais são obrigados a aceitar a inscrição do diplomado pela universidade. As ordens profissionais*

⁴⁰ De fato, ao ensejo do julgamento do Recurso Extraordinário 603.583 – RGS, em 26.10.2011, sob a relatoria do Senhor Ministro MARCO AURÉLIO, o STF, em decisão unânime, considerou constitucionais os artigos 8º, inciso IV e § 1º, e 44, inciso II, da Lei nº 8.906/94, que condicionam a inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil à aprovação em exame de conhecimentos jurídicos e delegam à OAB a atribuição de regulamentá-lo e promover, com exclusividade, a seleção dos advogados em todo o território nacional. Para tanto, o judicioso voto condutor do acórdão entendeu que: *“A Ordem dos Advogados do Brasil, precisamente em razão das atividades que desempenha, não poderia ficar subordinada à regulamentação presidencial ou a qualquer órgão público, não só quanto ao exame de conhecimentos, mas também no tocante à inteira interpretação da disciplina da Lei nº 8.906/94, consoante se verifica no artigo 78, a determinar que cabe ao Conselho Federal expedir o regulamento geral do estatuto. Nesse campo, a vontade superior do Chefe do Executivo não deve prevalecer, mas sim a dos representantes da própria categoria...A própria natureza das atividades exercidas pela Ordem dos Advogados do Brasil, decorrentes da leitura que o Supremo faz do artigo 133 da Carta Federal, demanda e justifica o regime especial previsto pela Lei nº 8.906/94”.*

fazem parte da estrutura corporativa de defesa de grupo ocupacional, embora tenham natureza jurídica diversa dos sindicatos. Elas estão situadas em uma zona cinzenta entre o público e o privado e têm como finalidade prestar serviço público, muito embora sejam, ao mesmo tempo, entidades de interesses do grupo profissional. Espera-se que a auto-regulamentação, auto-fiscalização e autopunição melhorem as condições de atendimento ao público. O Poder Público delega às ordens o poder de expedir resoluções, provimentos e atos voltados para os profissionais, o que atinge diretamente a vida dos clientes e consumidores”.

40. Em seguida, o Prof. IVAN ALEMÃO discorre sobre a evolução histórica das ordens profissionais no que toca à sua natureza jurídica: *“A natureza jurídica das ordens profissionais até a década de 1980, sem dúvida, era de autarquias especiais, com personalidade de direito público, como o Conselho de Engenharia e o de Medicina (Lei n. 5.194, de 24.12.1966, em seu art. 80, Decreto-lei n. 7.955, de 13.9.1945, etc). Elas faziam parte da Administração Pública. O Decreto-lei 200, de 25.2.1967, criado pela ditadura militar para redefinir as diretrizes da Administração Federal, não tinha um lugar muito claro para os conselhos federais. Pouco depois, após a edição do Ato Institucional nº 5, de 13.12.1966, e do Ato Institucional n. 12, de 31.8.1969, a ditadura dispôs sobre o exercício da supervisão ministerial sobre as entidades incumbidas da fiscalização do exercício de profissões liberais, por meio do Decreto-lei n. 968, de 13.10.1969. Esse pequeno Decreto-lei, em seu art. 1º, estabelecia que às entidades de fiscalização de profissões liberais, que eram mantidas com recursos próprios e reguladas por leis específicas, não seriam aplicadas as normas gerais sobre pessoal e demais disposições de caráter geral relativas à administração interna das autarquias federais. Ou seja, distinguia em muitos aspectos os conselhos profissionais das demais autarquias. Todavia, o parágrafo único deste Decreto-lei 968/69 estabelecia que essas entidades ficariam sujeitas à supervisão ministerial prevista para as demais autarquias, como as regidas pelo Decreto-lei n. 200, de 1967, restrita à verificação da efetiva realização dos correspondentes objetivos legais de interesse público. Dessa forma, os conselhos profissionais seriam supervisionados por um ministro de Estado (art. 19 do Decreto-lei n. 200/67), que no caso passou a ser o Ministério do Trabalho, com a*

preocupação de não haver desvios de finalidade.⁴¹ Na década de 1980, com o fim da ditadura e com as campanhas pela autonomia sindical e pelo fim do atrelamento das entidades profissionais ao Estado, antes mesmo da Constituição Federal de 5.10.1988 ser promulgada, algumas medidas foram tomadas. O Decreto-lei n. 2.299, de 21.11.1986, ao promover alterações do Decreto-lei 22/67, também revogou o parágrafo único do Decreto-lei n. 968, de 13.10.1969, que firmava o controle do ministro de Estado sobre os conselhos profissionais. A seguir, o próprio Ministério do Trabalho, na gestão de Almir Pazzianotto, tornou explícito o afastamento destes órgãos em relação aos conselhos profissionais... A Assembléia Constituinte viria a sacramentar essa política, afastando definitivamente os sindicatos da intervenção estatal, porém em relação aos conselhos profissionais a Carta de 1988 não foi específica. **A OAB, com sua enorme força perante o Congresso, conseguiria por meio da promulgação do seu estatuto, em 1994, manter definitivamente sua independência em relação a qualquer supervisão, restando apenas a discussão sobre o seu controle pelo TCU, como veremos mais adiante.**⁴² As demais ordens profissionais mantiveram sua estreita relação com os órgãos estatais, embora sempre sob discussão. Dez anos depois da Constituição de 1988 ainda havia dificuldade de se situar os conselhos profissionais na estrutura estatal. O ‘caput’ do art. 58 da Lei n. 9.649/1998, ainda em vigor, estabelece que – ‘os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, mediante autorização legislativa’. O § 9º desse artigo exclui expressamente a OAB dessa disposição. Outros parágrafos desse art. 58, dos §§ 1º ao 8º, foram considerados inconstitucionais em função de contrariarem o art. 39 da Constituição Federal, por darem excessiva autonomia aos conselhos.

41. E conclui o valioso estudo sobre a evolução histórica das ordens e dos conselhos profissionais no Brasil no que respeita

⁴¹ É bem de ver, todavia, com relação apenas à Ordem dos Advogados do Brasil, que o parecer do então Consultor-Geral da República, Doutor LUIZ RAFAEL MAYER, exarado em 9 de maio de 1975 (Processo PR-3.972-74 – 011/C/75), que em seguida mereceu a aprovação do Presidente da República, já houvera por bem considerar subsistente e constitucional a norma do parágrafo único do artigo 139 do antecedente Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, objeto da Lei 4.215/63, que excluía a corporação dos Advogados da supervisão ministerial vinculada ao Ministério do Trabalho, entendendo, para esse fim, inaplicáveis à OAB o Decreto-lei nº 200/67, o Decreto-lei nº 968/69 e o Decreto nº. 74.296/74.

⁴² Nesse sentido, dispõe o § 1º do artigo 44 do ESOAB instituído pela Lei 8.906/94: “A OAB não mantém com órgão da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico”.

especificamente à natureza jurídica da OAB, com arrimo em acórdão paradigma do Supremo Tribunal Federal. Em textual: *“Sobre a OAB, que ficou fora desse debate, existe discussão sobre sua natureza jurídica e sua relação com o Tribunal de Contas da União. O TCU e a Portaria n. 1.874, de 2005, do Ministério da Educação e Cultura (MEC), consideram a OAB uma autarquia especial. Todavia, o STF vem em suas últimas fundamentações de decisões negando essa condição. A ADIn n. 3026, de junho de 2006, de que foi Relator o Ministro Eros Grau, expôs os seguintes entendimentos:..’2. Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta. 3. A OAB não é uma entidade da Administração indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no Direito brasileiro. 4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas a que se tem referido como “autarquias especiais” para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas “agências”. 5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer de suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária. 6. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça (art. 133 da CB/88). É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público. 7. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional. A relação institucional da OAB sempre esteve muito mais voltada para o Poder Judiciário do que para o Poder Executivo, como as demais profissões, o que a coloca numa posição de maior independência”*.

42. A questão que remanesce no tema em debate tem a ver com a validade constitucional do poder regulamentar e de polícia conferido ao Conselho Federal da OAB pelo art. 54, inciso V, para *“editar e alterar o Regulamento Geral, o Código de Ética e Disciplina, e os Provimentos que julgar necessários”*, e pelo art. 78, ambos da Lei 8.906/94, ao dispor que *“cabe ao Conselho Federal*

da OAB, por deliberação de dois terços, pelo menos, das delegações, editar o Regulamento Geral deste Estatuto, no prazo de seis meses, contados da publicação desta Lei”. A higidez e subsistência de tais normas, que desde logo estou seguro em sustentar, exige que se supere obstáculos exegéticos, primeiramente em face de específica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e, em seguida, em face da norma constante do art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Se não, veja-se.

43. Na égide pretoriana, não se pode deixar de enfrentar, para fins e efeitos da presente proposição, o acórdão prolatado à unanimidade pelo E. Plenário do STF na ADI 1717-DF, em 7 de novembro de 2002, sob a relatoria do Senhor Ministro SYDNEY SANCHES. A ação direta fora intentada por partidos políticos (PC do B, PT e PDT, com vistas a obter a declaração de inconstitucionalidade do art. 58 e seus parágrafos da Lei Federal nº. 9.649, de 27.5.1998, que tratam dos serviços de fiscalização de profissões regulamentadas, *‘a serem exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa’*. A rigor, a Lei 9.649/98 dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios da Administração Pública Federal. Nesse aresto, entendeu a Corte guardiã da Constituição no sentido da indelegabilidade, às entidades privadas representativas de categorias profissionais regulamentadas, de atribuição típica do Estado, consistente no exercício do poder de polícia, de tributar e de punir. A ementa do acórdão é auto-explicativa, *in verbis*: “EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do ‘caput’ e dos §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58. 2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica do Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais

regulamentadas, como ocorre com o dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime”.

Quero crer que esse julgado, conquanto possa aplicar-se à generalidade das ordens e conselhos profissionais, não tem aplicação direta à Ordem dos Advogados do Brasil, isto por força, primeiramente, da norma do § 9º do cogitado art. 58 da Lei 9.649/98, que por expresse exclui a Ordem dos Advogados do Brasil do alcance de suas disposições, na dicção seguinte: “O disposto neste artigo não se aplica à entidade de que trata a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994”. E registre-se que esse dispositivo não foi objeto do pedido de declaração de inconstitucionalidade e dele tampouco ocupou-se a conclusão do aresto.

44. O mesmo se há de afirmar, por outro lado, em virtude das especificidades institucionais da OAB, com supedâneo na Constituição democrática de 1988 e na Lei 8.906/94, consoante reconhecido, de modo particular e enfático, por decisões supervenientes do próprio Supremo Tribunal Federal. É certo, nessa linha de convicções, que a Carta da República estabelece, no art. 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 sua vez, o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, instituído pelo Lei 8.906/94, preceitua, no art. 54, que compete ao Conselho Federal da OAB – **“editar e alterar o Regulamento Geral, o Código de Ética e Disciplina e os Provimentos que julgar necessários”**. Com relação específica ao Exame de Ordem, dispõe, no art. 8º, § 1ª, que o mesmo – **“é regulamentado em provimento do Conselho Federal”**. Nenhuma outra entidade de representação de classe, como antes expus, recebeu da Constituição ou de ato legislativo próprio tamanhas e excelsas competências de auto-regulamentação. Bem por isso, as comparações são lógica e juridicamente inevitáveis, a demonstrar que o paradigma constitucional e legal da OAB é único e não pode ser assemelhado ou confundido com os regramentos aplicáveis a outras corporações profissionais.

45. Assim é que, no julgamento da ADI 3.026-4-DF, intentada pelo Procurador-Geral da República, com vistas à declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 79 da Lei 8.906.94, que facultava aos servidores da OAB, sujeitos ao regime

da Lei nº 8.112/90, o direito à opção pelo regime trabalhista, o E. Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou improcedente a ação. O voto condutor do Senhor Ministro Relator EROS GRAU descreve com maestria a singular natureza institucional da OAB, marcada constitucional e legalmente com o lacre da independência e da autonomia, apartando-a das demais agremiações corporativas equiparadas à condição de autarquia especial ou profissional e, em qualquer caso, destituídas da competência regulamentar e do poder de polícia que são próprios de nossa histórica e incomparável corporação. Em textual: **“10. O fato é que, iniludivelmente, a OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. 11. Ela, sim, é um serviço independente, de feição único. Distinta e diversa da categoria na qual estariam inseridas essas que se tem referido como ‘autarquias especiais’, para pretender-se afirmar, e de modo equivocado, certa independência das hoje chamadas ‘agências’...17. Ora, a OAB não é, evidenciadamente, uma entidade da Administração Indireta. Não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. 18. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada na medida em são indispensáveis à administração da Justiça, nos termos do que dispõe o artigo 133 da Constituição do Brasil. Entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados não poderia vincular-se ou subordinar-se a qualquer órgão público. 19. A Ordem dos Advogados do Brasil é, em verdade, entidade autônoma, porquanto autonomia e independência são características próprias dela, que, destarte, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. Ao contrário deles, a Ordem dos Advogados do Brasil não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas, mas, nos termos do art. 44, I, da lei, tem por finalidade ‘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’. Esta é, iniludivelmente, finalidade institucional e não corporativa. 20. A Constituição do Brasil confere atribuições de extrema relevância à OAB, bastando para ratificar a assertiva ressaltar o disposto no inciso VIII do**

artigo 103 da Constituição, que confere legitimidade ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, bem assim a definição do advogado como essencial à promoção da Justiça, ao qual é assegurada inviolabilidade no que tange aos seus atos e manifestações no exercício da profissão”.⁴³

⁴³ Acórdão publicado no D.J. de 29.09.2006. Vê-se, assim, que as prerrogativas personalíssimas conferidas constitucional e legalmente à Ordem dos Advogados do Brasil, como reconhecido pelo STF, apresentam um caráter de autêntico e legítimo “*privilégio institucional*”. Vale lembrar que a conceituação de “*privilégio*”, no sentido empregado ao termo pelo direito anglo-saxônico, é de todo distinta da concepção pejorativa que lhe empresta o direito francês. Sobre o assunto, já teci as considerações seguintes: “*Em verdade, a conotação perniciosa e elitista emprestada ao vocábulo “privilégio” corresponde apenas a um determinado período e espaço histórico em que o mesmo vigorou, a saber o absolutismo monárquico que imperou na Europa até fins do Século 18, tendo a França como o genuíno modelo, onde a rígida e hierarquizada divisão dos estamentos sociais fez com que cada uma das três classes (clero, nobreza e terceiro estado) desfrutasse de forma exclusionária de certos direitos ligados à própria origem estamental, por isso mesmo considerados privilégios pessoais e odiosos aos olhos dos revolucionários franceses que em 1789 derrubaram o “ancien régime” (acerca dos privilégios classistas na antigo Direito francês, consulte-se a obra de André Hauriou, com Gicquel e Gélard, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, Ed. Montchrestien, 1975, pp. 778 a 782, com farta bibliografia citada ao rodapé). Se tal, porém, é verdadeiro, não menos o é o fato de que, noutro contexto, em particular na comunidade anglo-saxônica do Século 17, esse mesmo vocábulo (“*privilégio*”) era tido como sinônimo de liberdade pública, destarte de direito público subjetivo oponível ao Estado. Basta notar, nesse sentido, que, em fidelidade às suas origens, a Constituição norte-americana de 1787 assim se refere à garantia do habeas corpus: “The privilege of the writ of habeas corpus shall not be suspended, unless when in cases of rebellion or invasion the public safety may require it” (art. 1.º, seção 9, item 2). Idêntica utilização é feita pelo art. 4.º, seção 2, do mesmo diploma constituinte, com pertinência aos direitos de cidadania na federação, onde lê-se: “The citizens of each State shall be entitled to all privileges and immunities of citizens in the several states”. O mesmo ocorre na festejada 14.ª Emenda à Lei Magna dos Estados Unidos da América, cuja seção 1 enuncia: “... No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States...” (Sobre o assunto, recomenda-se, entre muitos outros, o consagrado livro de Laurence H. Tribe, Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade de Harvard, sob o título American Constitutional Law, Ed. The Foundation Press, 1978, pp. 404 e ss.; e, para um aprofundamento na matéria, o artigo de Philip B. Kurland, “The privileges or immunities clause” (in 1972 Washington ULO 405). Daí por que o direito processual inglês e americano prevêm o “writ of privilege”, concebido como medida para garantir dita liberdade pública, que vai definido no Black’s Law Dictionary como sendo: “a process to enforce or maintain a privilege, particularly to secure the release of a person arrested in a civil suit contrary to his privilege” (Ed. West Publishing Co., 1968, p. 1361). (Cf. “A remuneração dos Juízes em face da inflação e da Constituição: a cláusula de irreduzibilidade de vencimentos da magistratura”, constante do livro de SIQUEIRA CASTRO, CARLOS ROBERTO, Direito Constitucional e Regulatório – Ensaíos e Pareceres”, Editora Renovar, 2011, págs. 48-49). Com efeito, as prerrogativas de poder regulamentar e de polícia conferidas à Ordem dos Advogados do Brasil constituem típico e legítimo “*privilégio institucional*”, na acepção anglo-saxônica do termo, que se justifica pelo papel histórico e compromissos constitucionais e legais da OAB.*

46. Noutra assentada, desta vez no julgamento da ADI 2522-8-DF, também sob a relatoria do Senhor Ministro EROS GRAU, a Corte guardiã da Constituição apreciou pedido manifestado pela Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL, para fins de declaração de inconstitucionalidade, do art. 47 da Lei 8.906/94 (“o pagamento da contribuição anual à OAB isenta os inscritos nos seus quadros do pagamento obrigatório da contribuição sindical”), por suposta violação do postulado da independência sindical, inferido dos artigos 5º, inciso I e XVII, 8º, incisos I e IV, 149, 150, § 6º, e 161, inciso III, da Constituição Federal. Aqui também o STF sobrelevou o papel institucional da OAB no plano da representação classista, para tanto estabelecendo diferenças sensíveis entre o sindicato dos advogados e os sindicatos representativos das demais categorias profissionais. Transcreve-se o excerto do acórdão: **“4. A requerente, ao sustentar a existência de ofensa ao princípio da igualdade, alega que ‘todos os demais sindicatos (...) auferem regularmente a receita oriunda da contribuição sindical’. Ignora, contudo, o preceito veiculado pelo inciso II do artigo 44 da mesma Lei n. 8.906/94: ‘Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma.....II – promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil’. 5. O texto normativo atribui à OAB a função tradicionalmente desempenhada pelos sindicatos, ou seja, a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, com a ressalva de que a defesa desempenhada pela Ordem ampara todos os inscritos, não apenas os empregados, como o fazem os sindicatos. Não há, destarte, como traçar relação de igualdade entre os sindicatos de advogados e os demais, já que as funções que deveriam, em tese, ser por eles desempenhadas foram atribuídas à Ordem dos Advogados”**.⁴⁴

47. Mais recentemente, ao ensejo do julgamento do Recurso Extraordinário 603.583-RGS, ocorrido em 26 de outubro de 2011, em que se questionava a constitucionalidade do Exame de

⁴⁴ Acórdão publicado no D.J de 18.08.2006.

Ordem e a respectiva competência da OAB para regulamentá-lo por via de Provimento, com isso alvejando-se as disposições insertas no art. 8º, IV, e § 1º, da Lei 8.906/94, o E. Plenário do Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime, sob a relatoria do Senhor Ministro MARCO AURÉLIO, houve por bem afirmar a perfeita compatibilidade do EAOAB com o texto da Constituição Federal. Variados ângulos da questão são enfrentados com inexcedível propriedade pelo ilustre e prezado Ministro Relator.

Merece destaque, de início, o reconhecimento da investidura singular do advogado no sistema constitucional pátrio. Nesse sentido, apregoa o voto condutor do acórdão: ***“O advogado ocupa papel central e fundamental na manutenção do Estado Democrático de Direito. O princípio geral da inércia da jurisdição, estampado no art. 2º do Código de Processo Civil, faz com o advogado assumira um papel relevantíssimo na aplicação e defesa da ordem jurídica. A ele cabe a missão de deflagrar o controle de legalidade e constitucionalidade efetuado pelos juízos e tribunais do país. Todo advogado é um potencial defensor do Direito, e essa nobre missão não pode ser olvidada. O constituinte foi altissonante e preciso ao proclamar, no artigo 133 da Lei Maior, que o advogado mostra-se indispensável à administração da Justiça. Insisto: justiça enquadra-se como bem de primeira necessidade; a injustiça, como um mal a ser combatido. Transparece claro o interesse social relativo à existência de mecanismos de controle – objetivos e impessoais – concernentes à prática da advocacia... Sem embargo da dimensão extrapatrimonial, hoje em evidência, o patrono inepto poderá causar prejuízos à esfera patrimonial do cliente, bastando que emita opiniões teratológicas, formule pedidos absurdos, perca prazos, etc. Além disso, a garantia constitucional de acesso à Justiça e à tutela jurisdicional efetiva, prevista no inciso XXXV do art. 5º da Carta Federal, além de exigir o aparelhamento do Poder Judiciário, também impõe que seja posto à disposição da coletividade corpo de advogados capazes de exercer livre e plenamente a profissão. Piero Calamandrei, em obra primorosa (‘Eles, os Juízes, vistos por nós advogados’, 1977, p. 54), afirma que ‘os defeitos dos advogados reagem sobre os juízes, e vice-versa’, isso para dizer que as duas carreiras estão umbilicalmente ligadas. É requisito essencial ao Estado Democrático de Direito o fortalecimento da advocacia, e a declaração de inconstitucionalidade do exame da Ordem teria*”**

precisamente o efeito oposto. Relembro que, exceto no Supremo, para o qual a indicação do Presidente da República é livre, observados os requisitos do artigo 101, cabeça, da Lei Maior, os advogados estão presentes em todos os Tribunais do país por expresso mandamento constitucional, conforme os artigos 94, 111-A, inciso I, 119 e 103, inciso II, além de integrarem os colegiados do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, a teor do inciso XIII do artigo 103-B e do inciso V do artigo 130-A, respectivamente. Destacam-se por participar da atividade censória aos membros da magistratura, excetuados os Ministros do Supremo, e do Ministério Público de todos os ramos. Não é pouca coisa. Esses elementos reforçam a importância social do advogado”.

No que toca mais diretamente à competência regulamentar e ao poder de polícia de que está legalmente investida a Ordem dos Advogados do Brasil, proclama o voto condutor do acórdão: **“Às autarquias profissionais cabe implementar o poder de polícia das profissões respectivas. Cumprem o relevante papel de limitar e controlar com fundamento na lei, o exercício de certo ofício, considerado o interesse público... Nesse contexto, o artigo 44 da Lei nº 8.906/94 dispôs incumbir à Ordem dos Advogados do Brasil promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil. Essa prerrogativa se insere, como afirmei anteriormente, na lógica do poder de polícia administrativa, o qual é dotado de natural vocação preventiva. Em rigor, embora não esteja submetida a tipo algum de hierarquia ou vinculação quanto à Administração direta, a Ordem exerce ‘função pública’ e, enquanto tal, vale-se dos poderes próprios ao Estado, inclusive os de tributar e de punir. Descabe afirmar que se trata de instituição privada e, por isso mesmo, sem legitimidade para assumir o especial encargo previsto no diploma citado.”** Em seguida, o escoreito voto do Senhor Ministro MARCO AURÉLIO focaliza diretamente a decisão do STF, antes mencionada, na Medida Cautelar na ADI 1.717-DF, da relatoria do Senhor Ministro SYDNEY SANCHES, que desautorou a transferência do poder de polícia para entidades de direito privado, no caso as ordens profissionais e conselhos fiscalizadores das profissões regulamentadas: **“Observem mais: o Supremo, na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº**

1.717/DF, da relatoria do Ministro Sydney Sanches, assentando a impossibilidade de transferir o poder de polícia para entidades de direito privado, vislumbrou a inconstitucionalidade do § 2º do artigo 58 da Lei nº 9.649/98, em que se pretendeu transformar os conselhos de fiscalização profissional em associações privadas. O precedente vai de encontro à tese do recorrente, porquanto as instituições de ensino superior são majoritariamente pessoas jurídicas de direito privado, ressalvadas, obviamente, as instituições públicas que assumam roupagem de fundações autárquicas e autarquias. Entender que os alunos provenientes de estabelecimentos públicos estariam dispensados de realizar o exame da Ordem seria – aí sim – implementar regime incompatível com o princípio da isonomia.”

Em seguida, o voto do eminente Relator, Ministro MARCO AURÉLIO, aborda, sob a ótica constitucional do princípio da legalidade, a questão da suposta delegação legislativa e/ou de poder regulamentar perpetrada em favor da OAB pela norma do artigo 8º, § 1º, da Lei 8.906/94: **“O recorrente diz da inconstitucionalidade da delegação da disciplina do exame à Ordem dos Advogados do Brasil, por ofensa ao princípio da legalidade, porquanto, segundo o artigo 8º, § 1º, da Lei nº 8.906/94, a regulamentação há de ocorrer por meio de provimento. Afirma, mais, que tal competência deveria ser do Presidente da República, a teor do artigo 84, inciso IV, do Diploma Maior. O recorrido, para rebater a alegação, sustenta que o preceito legal teve por objetivo trazer uniformidade ao exame, já que o Estatuto da Advocacia delega às seccionais a tarefa de aplicá-lo, conforme o artigo 58, inciso VI, da Lei nº 8.906/94. Afirma equivaler o regulamento a uma portaria ou ordem de serviço, ou seja, um ato administrativo subordinado, editado com o propósito de dar execução à previsão legal. Em outras palavras, a questão suscitada é a seguinte: poderia o legislador atribuir à Ordem a prerrogativa de disciplinar a realização do exame para ingresso na advocacia de maneira tão sucinta? Não cabe interpretar o mencionado artigo, embora pareça dotado de pouca densidade normativa, de forma solitária, olvidando-se a sistematicidade própria ao ordenamento jurídico. Digo isso porque, a toda evidência, o conteúdo da prova não poderá discrepar daquelas matérias que se enquadram nas diretrizes curriculares do curso de graduação em Direito, assim definido pelo Ministério da**

Educação, e hoje disciplinadas no artigo 5º, cabeça e incisos, da Resolução CNE/CES nº 9, de 29 de setembro de 2004, editada com fundamento no artigo 9º, § 2º, alínea “c”, da Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961, com a redação dada pela Lei nº 9.131, de 25 de novembro de 1995. Também poderão constar do teste as regras pertinentes ao exercício profissional da advocacia, tal como o Código de Ética e os ditames da Lei nº 8.906/94.”

Forte nessas premissas, e com invocação do magistério do grande Mestre JOSÉ AFONSO DA SILVA, conclui o Senhor Ministro MARCO AURÉLIO por considerar inexistente na espécie a ocorrência de delegação legislativa, mas tão só de poder regulamentar de execução do ato legislativo formal e primário consistente na Lei 8.906/94: **“Com essa consideração, assevero que não há, no § 1º do art. 8º da Lei nº 8.906/94, uma genuína delegação de poderes legislativos à autarquia corporativa.”**⁴⁵

⁴⁵ Sobre o tema das delegações legislativas, nominadas (v.g. lei delegada, conforme a previsão contida no art. 68 da Constituição Federal) e inominadas, já tive a ocasião de sustentar em obra doutrinária, inclusive trazendo à colação a competência normativa atribuída ao Conselho Federal da OAB pelo art. 18, inciso IX, do antigo estatuído instituído pela Lei nº 4.215/63, que por certo possui densidade normativa ainda mais ampla do que o preceito que se contém no art. 78 do atual EAOAB (lei nº 8.906/94): “...Concebemos basicamente duas espécies de delegação legislativa: a nominada, que emerge diretamente da constituição, e a inominada, que promana do ordenamento infraconstitucional...Por outro lado, atento à noção amplíssima de ato normativo que adotamos ao início deste capítulo, como sendo ‘toda regra de conduta criadora ou modificadora do direito dito objetivo e dotada de ‘estatalidade’, isto é, positivada e/ou suscetível de aplicação pelo Estado, é mister que examinemos, vis-à-vis de nossa concepção de delegação legislativa, a experiência normativa exercida por entidades privadas ou entes paraestatais, a exemplo dos sindicatos, das ordens profissionais e das associações de variada espécie e representativas de interesses econômicos, culturais, esportivos, etc., que caracteriza a denominada ‘legislação pelos interessados’. Temos para nós que essas regras destinadas a reger grupos particularizados da sociedade civil, como seja o conjunto de pessoas associadas ou representadas pela entidade classista, podem, em certos casos, exibir os requisitos constitutivos da delegação legislativa, sendo espécies desta quando tal ocorre. Do contrário, como é a grande maioria das hipóteses de ‘legislação pelos interessados’, apenas traduzem o fenômeno da ‘descentralização normativa’, sem que calcados em ato de delegação do Poder Legislativo, casos em que objetivam tão apenas complementar o direito positivo nas vezes em que a deliberação de vontade privada é autorizada a suprir as lacunas da lei ou de qualquer modo integrar os diplomas legais...Como exemplo de ‘legislação pelos interessados’ que, ao contrário, configura autêntica delegação legislativa, podem-se citar as resoluções e provimentos de determinadas ordens profissionais constituídas geralmente sob a natureza jurídica autárquica, que os editam com fulcro em autorização congressional contida em suas respectivas leis orgânicas. Utilizando-se aqui a classificação das delegações legislativas que vimos propondo -, distinguindo-as entre as delegações ‘nominadas’, ou com previsão constitucional, e delegações ‘inominadas’, que são aquelas não explicitadas na Constituição mas admitidas pelo regime constitucional e que resultam apenas da lei formal organizadora de determinado setor ou atividade profissional ou econômica -, temos que essa modalidade de ‘legislação pelos interessados’ editada por ordens profissionais a partir de autorização parlamentar incrustada em suas respectivas leis orgânicas identifica-se com a delegação legislativa ‘inominada’. O exemplo mais facilmente colacionável acha-se previsto no Estatuto da

Sobre a distinção entre lei e regulamento de execução, José Afonso da Silva pontua que: ‘A distinção fundamental, hoje aceita pela generalidade dos autores, está em que a lei inova a ordem jurídico-formal, seja modificando normas preexistentes, seja regulando matéria ainda não regulada normativamente. Ao passo que o regulamento não contém, originariamente, novidade modificativa da ordem jurídico-forma; limita-se a precisar, pormenorizar, o conceito da lei. É, pois, norma jurídica subordinada (Comentário Contextual à Constituição, 2010, p. 490). O trecho transcrito retrata com fidelidade o conhecimento convencional acerca da distinção entre lei e regulamento... O provimento da entidade não será capaz de criar obrigação nova, mas simplesmente de dar concretude àquela já prevista em caráter abstrato... Entender-se que o princípio da legalidade implica impor ao legislador o exaurimento de toda a matéria relativamente ao exercício do poder de polícia significa alargá-lo. A crença de que as condutas adotadas pelo Poder Público devem estar exaustivamente versadas em lei em sentido formal e material somente tem contribuído para o desprestígio da atividade legislativa, porquanto se traduz na produção desenfreada de leis, hoje na casa das centenas de milhares. A reserva de lei revelada no inciso XIII do artigo 5º da Carta da República esgota-se na previsão abstrata de que a aprovação no exame consubstancia requisito para o exercício profissional da advocacia, sendo certo que a disciplina dos detalhes a respeito da prova podem – e devem – ficar a cargo da própria Ordem... A previsão do § 1º do artigo 8º do Estatuto da Advocacia reclama edição de genuíno regulamento executivo (ou de execução), destinado a tornar efetivo o mandamento legal. A Constituição Federal não impôs a reserva absoluta de lei para a restrição à liberdade de profissão, tal como fez quanto aos crimes, penas e tributos, conforme os artigos 5º, inciso XXXIX, e 150, inciso I. No mais, é impossível acolher a visão de que os regulamentos de execução constituem-se em mera repetição daquilo que está na lei, sob pena de retirar-lhes completamente o sentido e a utilidade. Ao reverso, há de reconhecer-lhes certo espaço

Ordem dos Advogados do Brasil, a Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963, cujo art. 18, item IX, atribui competência ao Egrégio Conselho Federal da OAB para – “expedir provimentos de caráter geral, contendo determinações destinadas à fiel execução desta lei e dos objetivos da Ordem, ou relativos a matérias do interesse profissional”. Cf. SIQUEIRA CASTRO, CARLOS ROBERTO, O Congresso e as Delegações Legislativas, Editora Forense, 1986, págs.109-113.

normativo, embora limitado, atinente à integração entre a obrigação legal e a realidade concreta..”⁴⁶

Por fim, o voto proeminente renega a pretensa contrariedade ao art. 84, IV, da Constituição Federal, que defere ao Presidente da República a competência para “*sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como para expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução*”: **“Com essas considerações, passo a analisar a suposta violação ao artigo 84, inciso IV, da Carta Federal. O argumento consiste na alegada usurpação de competência privativa do Presidente da República para editar o regulamento de execução. Também aqui não há inconstitucionalidade a ser declarada. A atribuição constitucional aludida de pelo recorrente não impede que a lei confira a entidades da Administração Pública, públicas e privadas, a prerrogativa de concretizar, por meio de atos gerais e abstratos, alguns aspectos práticos que lhe concernem... A previsão contida no § 1º do artigo 8º da Lei nº 8.006/94 deve ser analisada no contexto geral de reorganização das funções públicas. A Ordem dos Advogados do Brasil, precisamente em razão das atividades que desempenha, não poderia ficar subordinada à regulamentação presidencial ou a qualquer órgão público, não só quanto ao exame de conhecimentos, mas também no tocante à inteira interpretação da disciplina da Lei nº 8.906/94, consoante se verifica do artigo 78, a determinar que cabe ao Conselho Federal expedir o regulamento geral do**

⁴⁶ Dada a ampla competência de índole regulamentar conferida ao Conselho Federal da OAB pelo artigo 78 da Lei 8.906/94, sou inclinado a pensar que tem-se aí autêntico permissivo congressual para a edição de regulamentos, não apenas de “*execução*”, mas também de “*complementação*”, este de espectro mais amplo e revestido da maior autonomia normatizante. Sobre essa categoria de regulamento, que é perfeitamente condizente com uma instituição independente que presta serviço público e acha-se solenemente investida de compromissos constitucionais, ao lado de atribuições de caráter corporativo, como é o caso da Ordem dos Advogados do Brasil, já tive a ocasião de sustentar: “*A outra espécie de poder regulamentar exprime-se por via dos regulamentos de complementação, que não objetivam apenas explicitar a lei, mas sim aditar complementos aos princípios e diretrizes contidos nas normas gerais fixadas pelo Parlamento, a que os publicistas franceses designam de ‘lois-cadres’, e que surgiram em França com a lei de 17 de agosto de 1948 (Cf. MAURICE DUVERGER, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, Paris, 1958, ps. 538 e segs.). Esse regulamento assume posição intermediária entre a clássica concepção de normas administrativas com estrita subordinação à lei, reveladora do monopólio normativo do Parlamento, hoje em desuso, e a contemporânea pregação de autonomia regulamentar, que autoriza o Executivo a legislar concorrentemente com o Legislativo e até mesmo com proeminência sobre a instituição parlamentar. Como bem assevera Manoel Gonçalves Ferreira Filho – ‘esse regulamento se subordina aos princípios contidos na lei, mas evidentemente não apenas explicita regras. Substancialmente cria regras dentro de certas linhas afixadas pela lei. Essa forma de regulamento se acha numa zona cinzenta entre a velha e a nova concepção’.* (Cf. SIQUEIRA CASTRO, CARLOS ROBERTO, *O Congresso e as delegações legislativas*, Editora Forense, 1986, p. 120).

estatuto. Nesse campo, a vontade superior do Chefe do Executivo não deve prevalecer, mas sim a dos representantes da própria categoria.”

48. Resta, pois, indene de dúvidas que a Corte guardiã da Constituição, em plúrimos e bem lançados julgados credita à Ordem dos Advogados do Brasil o exercício, em plenitude, do poder regulamentar e de polícia para organizar o mercado da advocacia e fiscalizar o exercício da profissão, editando normas e impondo as sanções cabíveis, com base, explícita ou implícita, na Constituição e na lei estatutária da profissão de advogado. Trata-se, de resto, do fenômeno da descentralização normativa no Estado contemporâneo, sobre o qual já tive a oportunidade de discorrer em obra doutrinária: *“O legalismo formal e dogmático tem experimentado notória superação em face da hipertrofia do Poder Executivo e da difusão multiforme do fenômeno da normatização. Bem caracteriza o Estado contemporâneo a fragmentação normativa, pela qual a maioria dos atos-regras, para utilizar a conhecida classificação cunhada por Léon Duguit (cf. *Traité de Droit Constitutionnel*, Paris, 1928, tomo I, págs. 311 e segs.), não mais promanam das Assembléias de representação popular, mas sim de uma miríade de órgãos e conselhos da Administração Pública, com freqüência conjugados ou em paralelo com instâncias representativas da sociedade civil, em testemunho da tendência institucional que consorcia o Poder Público com a coletividade administrada, predicado mais visível da chamada democracia participativa”*.⁴⁷

49. Por esse conjunto de razões, todas elas sufragadas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é compulsório concluir, no contexto referente ao regime jurídico aplicável aos advogados consultores e às sociedades de advogados consultoras em direito estrangeiro que o Conselho Federal da OAB, instituição constitucional que já editou os Provimentos 91/2000 e 112/2004, possui irrecusável competência para ratificá-los, interpretá-los e aclará-los em prol da segurança jurídica e dos valores ético-profissionais que informam a nobilitante profissão de advogado no Brasil. Daí que a vertente proposta de Provimento, cuja edição foi aprovada pela Comissão Nacional de Relações Internacionais do

⁴⁷ Cf. SIQUEIRA CASTRO, CARLOS ROBERTO, *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*, 5ª edição, Editora Forense, 2010, pág. 86. Para ampla discussão da matéria, veja-se, nessa obra, o capítulo intitulado *“O princípio da legalidade, o poder regulamentar e o novo Direito Regulatório (natureza e limites)”*, às págs. 63 a 132.

CFOAB na reunião realizada em 25 de outubro de 2011 (Processo nº 2011.08.02228-05), acha-se de todo consentânea com a ordem constitucional e legal vigente em nosso país.

50. A outra questão que remanesce nesse mosaico de questões, tem a ver com a higidez e subsistência das disposições dos artigos 54, inciso V, e 78 da Lei 8.906/94, que outorgam ao CFOAB competência regulamentar ampla, conforme acima descrito, isto em face da norma do art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitória, que reza: *“Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I- ação normativa; II – alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie”*.

A norma constitucional transitória não é, a toda evidência, impeditiva da vigência e eficácia dos apontados preceitos do EAOAB. Em primeiro lugar, porquanto a Lei 8.906/94 foi editada após a promulgação da Constituição de 1988, de sorte que não se cuida, aqui, do fenômeno da recepção, ou não, pelo novo ordenamento constituinte de ato legislativo antecedente ou pré-constitucional. Nesse sentido está a jurisprudência iterativa do Supremo Tribunal Federal, exemplarizada no acórdão prolatado no RE 598729-MS, com decisão monocrática do Senhor Ministro JOAQUIM BARBOSA, onde lê-se: *“Trata-se de recurso extraordinário em que se alega violação do art. 48, XIII, da Constituição Federal e do art. 25 do ADCT...Entendeu a Primeira Turma que o referido dispositivo transitório, ao determinar a revogação dos dispositivos legais que atribuíam ou delegavam ao Poder Executivo matéria de competência do Congresso Nacional, referia-se especificamente à competência delegada pela legislação pré-constitucional, e não às normas - como a do presente caso – editadas na vigência da delegação”*.

Ademais disso, a Corte Suprema profligou o entendimento de que o art. 25 do ADCT não suspende a vigência e eficácia de normas pré-constitucionais que se apresentem compatíveis com a nova Carta Política. É o quanto decidiu, à unanimidade, o E. Plenário do STF no RE 272.872-1-RS, da relatoria do Senhor Ministro ILMAR GALVÃO, em v. acórdão assim

ementado: “*CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. SALÁRIO-EDUCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. RECEPÇÃO...3. O artigo 25 do ADCT revogou todas as delegações de competência outorgadas ao Executivo, sobre a matéria reservada ao Congresso Nacional, mas não impediu a recepção dos diplomas legais legitimamente elaborados na vigência da Constituição anterior...*”

Releva assinalar, sobremais, como antes demonstrado com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a Ordem dos Advogados do Brasil não integra a Administração Pública, direta ou indireta, sendo em face desta de todo independente e autônoma. Como instituição singular no sistema jurídico brasileiro, com matriz constitucional e legal personalíssima, o que a difere das demais ordens e conselhos profissionais, o poder de auto-regulamentação que lhe foi conferido pelos arts. 54, V, e 78 da Lei 8.906/94, desde que desempenhado para complementar a normatização acerca da qualificação profissional, do regime jurídico da advocacia e do exercício de atos privativos de advogado, não encontra limitação na norma do art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

IV - PROIBIÇÃO LEGAL QUANTO À FORMAÇÃO DE “ASSOCIAÇÕES” ENTRE ESCRITÓRIOS BRASILEIROS E FIRMAS ESTRANGEIRAS DE ADVOCACIA

51. Cumpre, preliminarmente, aduzir esclarecimentos sobre o regime constitucional e legal aplicável ao estrangeiro no Brasil, a fim de verificar que as normas que integram o marco regulatório da advocacia em nosso país, respeitantes aos consultores e sociedades de consultoria em direito estrangeiro, acomodam-se com justeza na moldura *jus-positiva* pertinente ao princípio da igualdade, este extensivo aos alienígenas. De relevo inegável, na composição do sistema constitucional de consagração da isonomia, é o complexo de distinções relativas à origem nacional, que de um modo geral costuma se reproduzir na ordem jurídica das nações, mediante a adoção de diferenciações não raro inevitáveis, decorrentes do vínculo da nacionalidade, ao mesmo tempo em que repele discriminações federativas decorrentes da

naturalidade no território nacional (art. 19 da CF)⁴⁸. Entre nós, vigora a proscrição constitucional de todo tipo de preconceito (art. 3º da CF)⁴⁹, traduzida em direito fundamental, o que induz compreender, de logo, que os direitos basilares da pessoa humana são expressa e igualmente reconhecidos aos detentores da nacionalidade brasileira e aos "*estrangeiros residentes no País*" (art. 5º, caput, da CF). Esta expressão comporta interpretação ampliativa, em ordem a alcançar também os estrangeiros "*não residentes*", na medida em que se trate de assegurar o mínimo de proteção à vida e à integridade dos mesmos no território nacional, conforme bem sustenta JOSÉ AFONSO DA SILVA: "*...o fato de a Constituição não incluir os estrangeiros não residentes não justifica sequer a possibilidade de legislação ordinária abusiva em relação a eles, pois, além da existência de normas de Direito Internacional vinculantes, o Brasil é, ainda, subscritor das declarações universal e americana dos direitos humanos, o que, agora até por força do parágrafo 2º do art. 5º, lhe impõe, quando nada, a consideração de que a pessoa humana tem uma dimensão supranacional que merece um mínimo de respeito e postula um tratamento condigno, ao menos no que tange àqueles direitos de natureza personalíssima.*"⁵⁰

52. Se assim é no que respeita àquela categoria de direitos, impõe-se compreender, de outra parte, que a distinção entre nacionais e estrangeiros se legitima em muitos casos e situações de superior importância para a preservação da soberania do povo brasileiro e defesa do patrimônio material e imaterial do País, tal qual se dá de um modo geral nas ordens jurídicas das demais nações. Assim, por exemplo, a Lei Maior erige a distinção de nacionalidade em critério divisor para os direitos de cidadania em sentido estrito, ou seja, enquanto prerrogativa de participação nos processos de sufrágio eleitoral. E isto faz para excluir os estrangeiros do alistamento militar e, em consequência disto, do exercício da capacidade eleitoral ativa e passiva (art. 14, § 2º). Na órbita econômica, o traço da nacionalidade incide em diversos

⁴⁸ Eis a redação do art. 19, III, da Constituição Federal: *É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: ...III – criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si*

⁴⁹ Dispõe o art. 3º, IV, da Constituição: "*Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: ...IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*

⁵⁰ SILVA, JOSÉ AFONSO, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 10ª edição, pág. 173.

setores e atividades profissionais e empresariais, tais como: (i) a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica (art. 176, § 1º); (ii) as restrições legais para a atividade de transporte aquático (art. 178, parágrafo único); (iii) com relação à “*aquisição e o arrendamento de propriedade rural*” (art. 190); (iv) para fins de propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, bem como no que respeita à sua gestão, conteúdo da programação e responsabilidade editorial (222 e §§). Vale acrescentar, no que concerne à admissão de servidores públicos, o disposto no art. 37, I, da Constituição Federal, com a redação introduzida pela Emenda Constitucional nº 19/98, que preceitua: “*os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei*”. E, de modo amplo e com louváveis propósitos nacionalistas, o art. 172 da Constituição determina que – “*a lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros*”.

53. Tem-se aí um mosaico de pilares constitucionais a fundamentar as restrições advindas da legislação infraconstitucional em defesa da soberania, do patrimônio nacional e, de maneira geral, do mercado brasileiro de profissões e da produção e comércio de bens e serviços. Por aí se vê, a título exemplificativo, que são plúrimas e justificáveis as restrições constitucionais e legais dirigidas aos *não nacionais* com relação a variadas atividades econômicas e profissionais. É certo que a Constituição da República, conquanto considere o advogado um agente insubstituível de “*função essencial à justiça*” (art. 133), não contempla (nem teria cabimento esse grau de especificidade normativa) disposição dirigida à atuação do advogado estrangeiro no mercado jurídico da advocacia em nosso país, restando sua regulamentação sujeita aos regramentos gerais do art. 5º, XIII, e art. 22, XVI. Ou seja: tudo terá por base a liberdade, sublimada em direito fundamental, para o exercício de “*qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”, condições essas que se inscrevem na órbita de competência privativa da União para legislar sobre “*organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões*”

54. De todo modo, em primeiro lugar, impõe-se exorcizar a desinformação aguda que grassa nesse campo de questões. Assevere-se, desde logo, que o advogado estrangeiro pode efetivamente ser admitido nos quadros da OAB e exercer a advocacia no Brasil, praticando todos os atos privativos de advogado de que trata o art. 1º do EAOAB. Para tanto deve preencher as condições ditadas pela regra do § 2º do art. 8º do EAOAB (Lei nº 8.906/94), que reza: **“O estrangeiro ou brasileiro, quando não graduado em direito no Brasil, deve fazer prova do título de graduação, obtido em instituição estrangeira, devidamente revalidado, além de atender aos demais requisitos previstos neste artigo”**. Para tanto, impõe-se a revalidação do diploma de bacharel em Direito obtido junto a instituição universitária no exterior, nos termos do § 2º do artigo 48 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394, de 20.12.1996), que dispõe: **“os diplomas de graduação expedidos por universidades estrangeiras só poderão ser revalidados por universidades públicas (i.e. brasileiras) que tenham curso do mesmo nível e área ou equivalente, respeitando-se os acordos internacionais de reciprocidade ou equiparação”**.

Com efeito, uma vez obtida a revalidação oficial do diploma, e preenchidos os requisitos elencados no art. 8º e seus parágrafos da Lei 8.906/94, inclusive a aprovação no Exame de Ordem, o advogado estrangeiro estará admitido a prestar o Compromisso perante a Seccional da OAB respectiva e, a partir daí, exercer em plenitude a advocacia e praticar os atos privativos de advogado, respeitadas as incompatibilidades e impedimentos legais tipificados nos arts. 27 a 30 do EAOAB e as normas do Código de Ética e Disciplina de nossa profissão. **Destarte, não colhe em absoluto a dissiminada alegação de que advogados estrangeiros não podem exercer a profissão no Brasil. Podem sim, efetivamente, desde que respeitados os requisitos legais e estatutários, que de um modo geral são no Brasil menos restritivos do que aqueles exigidos em muitos países, como é o caso já antes analisado dos Estados Unidos da América. Lá, exige-se pré-condições quanto à formação educacional, consistentes na conclusão de curso de graduação ou de pós-graduação em direito (a depender do Estado da Federação americana), em universidade nos Estados Unidos ou, então, proveniência de país integrante do sistema jurídico do “common Law”. Nada disto, com efeito, é exigido pela OAB em nosso país.**

55. Nessa sequência de idéias, se acaso não tivesse sido editado pelo CFOAB o Provimento de nº 91 nos idos de 2000, ainda assim o advogado estrangeiro poderia obter inscrição ordinária nos quadros de nossa corporação. A esse propósito, observe-se que o Provimento 91/2000 não foi concebido em desfavor do advogado alienígena, ou seja, não impôs limitações ou condições novas para a inscrição regular que já não estivessem contempladas no art. 8º da Lei 8.906/94. Bem ao contrário, o Provimento 91/2000, que tem sido alvo de ataques e de irresignação por parte das empresas multinacionais de advocacia desejosas de conquistar o mercado brasileiro, ***foi a rigor editado em favor dos advogados de outros países que preferem aqui dedicar-se tão apenas à consultoria em direito estrangeiro na qualidade de “foreign legal consultant”(FLC), ou aqui constituir sociedade de advogados para o mesmo fim, sem necessidade de submeter-se aos procedimentos e exigências da inscrição ordinária nos quadros da OAB. Em verdade, descortinou-se e regulamentou-se para os advogados estrangeiros uma oportunidade nova, até então inexistente. Já agora, os colegas de profissão de outros países passam a ter titulação profissional no Brasil, podendo oficialmente exercer as atividades advocatícias de consultor em direito estrangeiro, inclusive para obter alvará de estabelecimento perante as autoridades municipais e registros fiscais. De igual modo, a sociedade de consultoria em direito estrangeiro fica apta a regularizar sua atuação no Brasil, para fins fiscais, trabalhistas e previdenciários, inclusive para remessa e repatriamento de capital estrangeiro da sede da empresa no exterior perante o Banco Central.⁵¹ E por ser o consultor em direito estrangeiro um advogado ‘stricto sensu’, para efeitos externos e internos, sofre limitações inteiramente razoáveis em razão de sua carência de formação em direito brasileiro, ou seja, é-lhes vedado – “...mesmo com o concurso de advogados ou sociedade de advogados nacionais, regularmente inscritos na OAB: I – o exercício do procuratório judicial; II – a consultoria ou assessoria em direito brasileiro”.***

⁵¹ A aplicação do capital estrangeiro no Brasil e as remessas de valores para o exterior são disciplinadas pela Lei nº. 4.131/62 e pelo Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais – RMCCI, do Banco Central, atualizado em 26.12.2001, pela Circular Bacen nº. 3.570.

O consultor em direito estrangeiro é efetivamente um advogado

56. Neste passo, impõe-se enfatizar que o *consultor em direito estrangeiro*, objeto da disciplina do Provimento 91/2000 deve ser, técnica e juridicamente, considerado um **advogado**, para fins e efeitos da incidência do marco regulatório da advocacia brasileira, como bem deliberou, unanimemente, os membros da Comissão Nacional de Relações Internacionais (Processo nº 2011.08.02228-05), na reunião realizada em 25 de outubro de 2011, ao ratificar e aprovar, apenas com essa ressalva, o parecer do ilustre relator Doutor FERNANDO KRIEG DA FONSECA.

57. Com efeito, o trabalho profissional de consultoria em direito estrangeiro no território nacional constitui sem dúvida atividade privativa de advocacia, como tal compreendida no âmbito do art. 1º da Lei 8.906/94, ao dispor: Art. 1º. *São atividades privativas de advocacia: I - a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; II – as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídica.* Nesse diapasão, a *consultoria em direito estrangeiro* integra a atividade advocatícia de consultoria, conquanto limitada com relação ao seu objeto, que exclui a consultoria em direito brasileiro e inclui tão apenas aquela relacionada com o sistema jurídico do país de origem do consultor em direito estrangeiro ou do país em que o mesmo tenha habilitação profissional de advogado, conforme o caso.

58. Com isso, contraponho-me, apenas nesse mínimo aspecto, com a já reportada decisão da 4ª Câmara Recursal da OAB de São Paulo, em resposta à consulta formulada pelo Centro de Estudos das Sociedades de Advogados – CESA, no Processo nº S.C 11.580/10 (origem PD 3.922/10), de que foi relator o ilustre Conselheiro Seccional CARLOS KAUFFMANN. Nesse importante e pioneiro julgado, embora concluindo, a meu ver corretamente, no sentido da vedação de associação entre advogado e sociedade de advogados brasileira, de um lado, e consultor e sociedade consultora em direito estrangeiro, de outro lado, incorreu-se no equívoco, *concessa venia*, de não considerar o consultor em direito estrangeiro como advogado para fins do marco regulatório da advocacia brasileira.⁵² A questão não é puramente semântica, mas

⁵² Nesse sentido, considerou o parecer do ilustre Dr. CARLOS KAUFFMANN: “*Desta forma, é inexorável a conclusão de ser terminantemente vedado aos advogados e/ou sociedades de Advogados*”

conceitual. Em realidade, se o consultor em direito estrangeiro não fosse advogado, não poderia dele se ocupar a normativa da Ordem dos Advogados do Brasil. Em esforço de licença tautológica, é, pois, inequívoco afirmar que, se se tratasse de médico ou de engenheiro estrangeiro, e não de advogado de outro país, a discussão sobre o alcance do Provimento 91/2000 não existiria ou sumariamente não teria sentido. Justo por se tratar de advogado alienígena e que pretende exercer no Brasil a função advocatícia de consultor em direito estrangeiro, porém sem submeter-se aos requisitos da inscrição ordinária nos quadros da OAB elencados no artigo 8º da Lei 8.906/94, o advogado consultor de origem nacional diversa submete-se às condições previstas, especificamente para essa situação, no Provimento 91/2000. Bem por isso, notadamente, de acordo com o artigo 2º, incisos II e IV, para obter autorização da OAB, sempre concedida a título precário, deve provar - *“estar habilitado a exercer a advocacia e/ou estar inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados ou Órgão equivalente do país ou estado de origem”*, bem como demonstrar - *“não ter sofrido punição disciplinar, mediante certidão negativa de infrações disciplinares emitida pela Ordem dos Advogados ou Órgão equivalente do país ou estado em que estiver admitido a exercer a advocacia”*. Também por se tratar de advogado, os consultores em direito estrangeiro prestam compromisso perante a Seccional da OAB respectiva (art. 2º, § 3º) e sujeitam-se, assim como também as sociedades de consultoria em direito estrangeiro, às disposições da Lei 8.906/94, do Regulamento Geral do EAOAB, do Código de Ética e Disciplina da OAB, dos Regimentos Internos das Seccionais, das Resoluções e dos Provimentos da OAB (art. 8º)

59. A leitura atenta e *“moral”* dos preceitos constitucionais, legais e regulamentares, revestidos de intensa carga axiológica,⁵³ concernentes ao exercício da advocacia em nosso País, mais precisamente daqueles constantes do art. 133 da Carta Política de 1988 (***“o advogado é indispensável à***

inscritas na Ordem dos Advogados do Brasil associarem-se ao consultor em direito estrangeiro ou a sociedade de consultores em direito estrangeiro, posto que estes não são Advogados nos termos do Estatuto vigente e, por este motivo, não estão legalmente habilitados para, dentro do território nacional, praticar atos privativos de advocacia, integrar sociedade de Advogados ou a com ela formalizar qualquer associação destinada a prestar serviços de advocacia.

⁵³ Sobre a *leitura moral* da Constituição, veja-se, de RONALD DWORKIN, a festejada obra *“Taking Rights Seriously*, em especial no capítulo sob o título *“Liberty and Moralism”*, Ed. Harvard University Press, Cambridge, págs. 259-265.

administração da justiça”), do art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei Federal nº 8.906/94 (“***o advogado presta serviço público e exerce função social***”, e, no processo judicial, “***seus atos constituem múnus público***”), donde resulta (art. 2º, § 3º) que “***no exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites da lei***”, é suficiente para concluir que essas experiências heterodoxas consistentes em associações entre escritórios brasileiros e algumas sociedades alienígenas de advogados “*soit disant*” consultoras em direito estrangeiro no Brasil, que se acentuaram marcadamente a partir da crise econômica que abalou os Estados Unidos e a Europa a partir de 2008, não se conciliam com o paradigma constituinte, legal e regulamentar da profissão de advogado no Brasil, seja ela exercida em regime individual ou sob a forma societária.

Por certo, os conceitos de “***justiça***”, “***serviço público***” e “***função social***”, que consubstanciam o exercício da advocacia em nosso país por expressa determinação constitucional, legal e regulamentar, são incompatíveis com a visão de “***atividade mercantil***” estrita, consoante autorizada em outras nações. Assim é que, em dicção expressa, prescreve, em caráter proibitivo, o art. 16 da Lei 8.906/94: “***não são admitidas a registro, nem podem funcionar, as sociedades de advogados que apresentem forma ou características mercantis, que adotem denominação de fantasia, que realizem atividades estranhas à advocacia, que incluam sócio não inscrito como advogado ou totalmente proibido de advogar***”. A leitura axiológica e moral da Constituição brasileira e das normas infraconstitucionais destinadas à sua implementação não nos permite colocar na mesma balança, de um lado, ideais de justiça, da defesa e patrocínio de direitos e interesses por advogado comprometido com o Código de Ética da profissão (Lei 8.906/94, arts. 31 a 33), cujo ofício possui *status* constitucional de *função essencial à Justiça* (Constituição Federal, art. 133), a garantia constitucional da livre acessibilidade aos órgãos do Poder Judiciário, com os predicamentos do contraditório e da ampla defesa, bem como a finalidade institucional da OAB de “***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***”, e, de outro lado, interesses econômicos contingentes de empresas de advocacia estrangeiras, eis que se tratam de

premissas e valores, se não antinômicos, por certo distintos e sujeitos a ponderações de ordem diversa.

60. Impende deixar perfeitamente esclarecido, desde logo, que o Provimento 91/2000, editado pelo Conselho Federal da OAB, serve a um único e específico propósito, qual seja: permitir no território nacional ao advogado estrangeiro, em regime individual ou sob a forma de sociedade de advogados consultora em direito estrangeiro, em caráter extraordinário, a prática da atividade de consultoria limitada quanto ao seu espectro temático, eis que deve ter por objeto tão apenas o direito estrangeiro peculiar ao país de origem do advogado de que se trate, conforme disposto em dicção insofismável em seu art. 1º⁵⁴.

Com efeito, da leitura desse dispositivo é justo inferir as seguintes conclusões: **(i)** o estrangeiro profissional deve ser formado em direito e estar regularmente admitido a exercer a advocacia em seu país de origem; **(ii)** o advogado estrangeiro só poderá prestar serviços de consultoria em direito estrangeiro no Brasil após devidamente autorizado pela Ordem dos Advogados do Brasil; **(iii)** a autorização concedida pela OAB, **sempre a título precário**, permitirá ao advogado estrangeiro exercer no Brasil tão apenas a atividade de consultoria em direito estrangeiro relacionado com o sistema jurídico de seu país de origem; **(iv)** é vedado expressamente, **mesmo com o concurso de advogados ou sociedades de advogados nacionais**, **(a)** o exercício do procuratório judicial e **(b)** consultoria ou assessoria em direito brasileiro; e **(v)** as sociedades de consultores e os consultores em

⁵⁴ Art. 1º. O estrangeiro profissional em direito, regularmente admitido em seu país a exercer a advocacia, somente poderá prestar tais serviços no Brasil após autorizado pela Ordem dos Advogados do Brasil, na forma deste Provimento.

§ 1º. A autorização da Ordem dos Advogados do Brasil, sempre concedida a título precário, ensejará exclusivamente a prática de consultoria no direito estrangeiro correspondente ao país ou estado de origem do profissional interessado, vedados expressamente, mesmo com o concurso de advogados ou sociedades de advogados nacionais, regularmente inscritos ou registrados na OAB:

I - o exercício do procuratório judicial;

II - a consultoria ou assessoria em direito brasileiro.

§ 2º. As sociedades de consultores e os consultores em direito estrangeiro não poderão aceitar procuração, ainda quando restrita ao poder de substabelecer a outro advogado.

direito estrangeiro não poderão aceitar procuração, ainda quando restrita ao poder de substabelecer a outro advogado.

Destarte, o Provimento 91/2000 buscou estritamente autorizar o exercício, por advogados estrangeiros que preencham os requisitos do art. 2º,⁵⁵ da consultoria em direito estrangeiro relacionado com o país aonde o consultor esteja originariamente habilitado a exercer a advocacia. Ademais disto, os consultores em direito estrangeiro, já regularmente autorizados pela OAB, poderão reunir-se em sociedade de trabalho para o exercício coletivo da consultoria em direito estrangeiro, consoante o permissivo e requisitos dos arts. 3º e 4º do Provimento 91/2000.⁵⁶

⁵⁵ Art. 2º. *A autorização para o desempenho da atividade de consultor em direito estrangeiro será requerida ao Conselho Seccional da OAB do local onde for exercer sua atividade profissional, observado no que couber o disposto nos arts. 8º, incisos I, V, VI e VII e 10, da Lei nº 8.906 de 1994, exigindo-se do requerente:*

I – prova de ser portador de visto de residência no Brasil;

II – prova de estar habilitado a exercer a advocacia e/ou de estar inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados ou Órgão equivalente do país ou estado de origem; a perda, a qualquer tempo, desses requisitos importará na cassação da autorização de que cuida este artigo;

III – prova de boa conduta e reputação, atestadas em documento firmado pela instituição de origem e por 3 (três) Advogados brasileiros regularmente inscritos nos quadros do Conselho Seccional da OAB em que pretende atuar;

IV- prova de não ter sofrido punição disciplinar, mediante certidão negativa de infrações disciplinares emitida pela Ordem dos Advogados ou Órgão equivalente do país ou estado em que estiver admitido a exercer a advocacia ou, na sua falta, mediante declaração de que jamais foi punido por infração disciplinar; a superveniência comprovada de punição disciplinar, no país ou estado de origem, em qualquer outro país, ou no Brasil, importará na cassação da autorização de que cuida este artigo;

V – prova de que não foi condenado por sentença transitada em julgado em processo criminal, no local de origem do exterior e na cidade onde pretende prestar consultoria em direito estrangeiro no Brasil; a superveniência comprovada de condenação criminal, transitada em julgado, no país ou estado de origem, em qualquer outro país, ou no Brasil, importará na cassação da autorização de que cuida este artigo;

VI – prova de reciprocidade no tratamento dos Advogados brasileiros no país ou estado de origem do candidato.

§ 1º A Ordem dos Advogados do Brasil poderá solicitar outros documentos que entender necessários, devendo os documentos em língua estrangeira ser traduzidos para o vernáculo por tradutor público juramentado.

§ 2º A Ordem dos Advogados do Brasil deverá manter colaboração estreita com os Órgãos e autoridades competentes, do país ou estado de origem do requerente, a fim de estar permanentemente informada quanto aos requisitos dos incisos IV, V e VI deste artigo;

§ 3º Deferida a autorização, o consultor estrangeiro prestará o seguinte compromisso, perante o Conselho Seccional: “Prometo exercer exclusivamente a consultoria em direito do país onde estou originariamente habilitado a praticar a advocacia, atuando com dignidade e independência, observando a ética, os deveres e prerrogativas profissionais, e respeitando a Constituição Federal, a ordem jurídica do Estado Democrático Brasileiro e os Direitos Humanos”

⁵⁶ Art. 3º *Os consultores em direito estrangeiro, regularmente autorizados, poderão reunir-se em sociedade de trabalho, com o fim único e exclusivo de prestar consultoria em direito estrangeiro, observando-se para tanto o seguinte:*

I – a sociedade deverá ser constituída e organizada de acordo com as leis brasileiras, com sede no Brasil e objeto social exclusivo de prestação de serviços de consultoria em direito estrangeiro;

61. Observe-se que o Provimento 91/2000 não cogita de “associações/cooperações” entre advogados e escritórios brasileiros e consultores e sociedades consultoras em direito estrangeiro. De modo reverso, o art. 3º, inciso III,⁵⁷ é expresso em vedar a *contrario sensu*, que advogados plenos e registrados na OAB com base no art. 8º da Lei 8.906/94 sejam, a qualquer título, sócios da sociedade consultora em direito estrangeiro. Por outro lado, o Provimento 112/2006, que dispõe sobre as sociedades de advogados, ao tratar dos contratos de “associação” entre advogados e sociedades de advogados, ou entre duas ou mais sociedades de advogados entre si, também não cogita de qualquer modalidade associativa entre advogado pleno (art. 8º da Lei 8.906/94) ou sociedade de advogados brasileiras, de um lado, e consultor ou sociedade consultora em direito estrangeiro, de outro lado. A bem dizer, os pactos de “associação” estão tratados de forma minimalista no precitado Provimento, a saber, no art. 8º, inciso IV,⁵⁸ seus parágrafos 2º⁵⁹ e 3º,⁶⁰ e art. 12.⁶¹ Ora bem: se, no plano da ordem jurídica formal, (i) advogados plenos (brasileiros ou

II – os seus atos constitutivos e alterações posteriores serão aprovados e arquivados, sempre a título precário, na Seccional da OAB de sua sede e, se for o caso, na de suas filiais, não tendo eficácia qualquer outro registro eventualmente obtido pela interessada;

III – a sociedade deverá ser integrada exclusivamente por consultores em direito estrangeiro, os quais deverão estar devidamente autorizados pela Seccional da OAB competente, na forma deste Provimento.

Art. 4º. A sociedade poderá usar o nome que internacionalmente adote, desde que comprovadamente autorizada pela sociedade do país ou estado de origem.

Parágrafo único. Ao nome da sociedade se acrescentará obrigatoriamente a expressão “Consultores em Direito Estrangeiro”.

⁵⁷ Assim dispõe o art. 3º, inciso III, do Provimento 91/2000: *Os consultores em direito estrangeiro, regularmente autorizados, poderão reunir-se em sociedade de trabalho, com o fim exclusivo de prestar consultoria em direito estrangeiro, observando-se para tanto o seguinte: ...III – a sociedade deverá ser integrada exclusivamente por consultores em direito estrangeiro, os quais deverão estar devidamente autorizados pela Seccional da OAB competente, na forma deste Provimento.*

⁵⁸ Art. 8º. *Serão averbados à margem do registro da sociedade e, a juízo de cada Conselho Seccional, em livro próprio ou ficha de controle mantidos para tal fim: ...IV – os ajustes de associação ou de colaboração com outras Sociedades de Advogados.*

⁵⁹ § 2º. *Os Contratos de Associação com Advogados sem vínculo empregatício devem ser apresentados para averbação em 3 (três) vias, mediante requerimento dirigido ao Presidente do Conselho Seccional, observado o seguinte: I – uma via ficará arquivada no Conselho Seccional e as outras duas serão devolvidas para as partes, com a anotação da averbação realizada: II – para cada advogado associado deverá ser apresentado um contrato em separado, contendo todas as cláusulas que irão reger as relações e condições da associação estabelecida pelas partes.*

⁶⁰ § 3º. *As associações entre Sociedades de Advogados não podem conduzir a que uma passe a ser sócia de outra, cumprindo-lhes respeitar a regra de que somente Advogados, pessoas naturais, podem constituir Sociedade de Advogados.*

⁶¹ Art. 12. *O Contrato de Associação firmado entre Sociedades de Advogados de Unidades da Federação diferentes tem a sua eficácia vinculada à respectiva averbação nos Conselhos Seccionais envolvidos, com a apresentação, em cada um deles, de certidões de breve relato, comprovando sua regularidade.*

estrangeiros aqui residentes, registrados nas Seccionais da OAB com base no art. 8º da Lei 8.906/94) não podem ser sócios de sociedade consultora em direito estrangeiro; se (II) os consultores em direito estrangeiro não podem ser sócios de sociedade de advogado brasileira, e se (III) as sociedades de advogados brasileiras não podem celebrar contrato de associação com as sociedades em direito estrangeiro para atuação profissional conjunta no território nacional, parece lógico e jurídico que também não pode validamente subsistir entre umas e outras qualquer vínculo jurídico não escrito (ou não revelado) equiparável a uma **sociedade de fato**.⁶² Vale dizer: os ajustes, embora não formalizados e não registrados na OAB (como determina o art. 8º, IV, do Regulamento Geral do EAOAB)⁶³ entre sociedade de advogados brasileira e sociedade de advogados consultora em direito estrangeiro, que importem na perda ou diminuição da independência institucional ou da autonomia da gestão administrativa, financeira, profissional ou de planejamento estratégico, conforme previsto no artigo 1º da vertente proposta de Provimento, são vedados pelo marco regulatório da advocacia no Brasil. E por se tratar de sociedade de fato, sua existência pode ser provada, sobretudo para os fins de fiscalização profissional por parte da OAB, por todos os meios de prova, consoante previsto no art. 987 do Código Civil brasileiro (“os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade, mas terceiros podem prová-la de qualquer modo”).⁶⁴

62. Com efeito, os “contratos/acordos” de “associação/cooperação” são forçosa e presumidamente celebrados

⁶² Assim se deve entender por *sociedade de fato*, segundo a lição de JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA, na obra *Direito Societário* (Editora Renovar, Rio de Janeiro, 11ª edição, pág. 71): “As expressões sociedade irregular e sociedade de fato, após algumas controvérsias, são hoje consideradas sinônimas, servindo para designar qualquer sociedade a que falte, quer o instrumento escrito, quer a inscrição desse instrumento”. No mesmo sentido, leciona ARNALDO WALD: “...A sociedade em comum é um tipo de sociedade não personificada, constituída de fato por sócios para o exercício de atividade empresarial ou produtiva, com repartição de resultados, mas cujo ato constitutivo não foi levado para inscrição ou arquivamento perante o registro competente” (extraído da obra coletiva *Comentários ao Novo Código Civil – Livro II – Do Direito de Empresa – volume XIV*, Coordenador SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Editora Forense, pág. 91).

⁶³ Assim prescreve o art. 8º, IV, do Regulamento Geral do EAOAB: Art. 8º - Serão averbados à margem do registro da sociedade e, a juízo do Conselho Seccional, em livro próprio ou ficha de controle mantidos para tal fim: IV – os ajustes de associação ou de colaboração com outras Sociedades de Advogados.

⁶⁴ Colacione-se, nesse sentido, o v. acórdão da 4ª Turma do STJ, no Recurso Especial nº. 45.858-7, julgado em 30.8.94, da relatoria do Ministro BARROS MONTEIRO, cuja ementa enuncia: “SOCIEDADE DE FATO. AQUISIÇÃO CONJUNTA DE GADO VACUM. PROVA DA EXISTÊNCIA. ART. 1.366 DO CÓDIGO CIVIL. Cuidando-se de verdadeira comunhão de fato, é ela suscetível de demonstração através de todos os meios de prova permitidos em direito”.

entre advogados plenos com registro na OAB (art. 8º da Lei 8.906/94) e sociedades de advogados brasileiras, ou duas ou mais sociedades de advogados brasileiras entre si, constituídas com base no EAOAB (arts. 15 a 17), seu Regulamento Geral (arts. 37 a 43) e no Provimento 112/2006. Sobreleva, aqui, a disposição do art. 8º, § 3º, do Regulamento Geral do EAOAB, segundo a qual – “as associações entre Sociedades de Advogados (entenda-se brasileiras!) não podem conduzir a que uma passe a ser sócia da outra, cumprindo-lhes respeitar a regra de que somente advogados (plenos e regulares!), pessoas naturais, podem constituir Sociedade de Advogados”.

63. Neste ponto, é sobretudo ilustrativa a exposição do Prof. SERGIO FERRAZ, que foi relator da Comissão constituída pelo então ilustre Presidente do CFOAB, Doutor REGINALDO OSCAR DE CASTRO, com a incumbência de elaborar normativa específica sobre o tema, de que resultou o Provimento 91/2000. Em textual: “O Provimento 91 parte de dois pressupostos 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 eloqüente na definição do sistema cultural de sua nação. Vê-lo como simples agente comercial é deturpar e amesquinhar seu real significado (EAOAB, art. 2º; Código de Ética e Disciplina, art.5º). O segundo pilar estimativo, do Provimento nº. 91, **é o princípio da reciprocidade:** admitir-se-á o desempenho no Brasil do consultor em Direito estrangeiro, ou de suas sociedades, desde que, além dos demais requisitos, comprove ele que em seu país ou Estado se defere igual tratamento ao advogado brasileiro (Provimento nº 91, art. 2º, inciso VI)⁶⁵. Por evidente, as pautas normativas, aqui invocadas, compõem o quadro dos requisitos legais impostos para

⁶⁵ Nesse sentido, dispõe o art. 2º, inciso VI, do Provimento 91/2000: “A autorização para o desempenho da atividade de consultor em direito estrangeiro será requerida ao Conselho Seccional da OAB do local onde for exercer sua atividade profissional, observado no que couber o disposto nos arts. 8º, incisos I, V, VI e VII e 10, da Lei nº 8.906 de 1994, exigindo-se do requerente: ... VI – prova de reciprocidade no tratamento dos Advogados brasileiros no país ou estado de origem do candidato.”

o exercício da advocacia no Brasil, agasalhando-se, destarte, nos artigos 5º, XIII, da Constituição,⁶⁶ e 54, V e XVIII, do Estatuto”⁶⁷.

64. Tal pode ser inferido a partir de um mero exercício hermenêutico sistemático de preceitos que integram o marco regulatório da advocacia brasileira. É o que se extrai, e.g., do quanto dispõem o art. 16 da Lei nº 8.906/94⁶⁸ e o precitado art. 8º, § 3º, do Provimento nº 112/2006 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Veja-se que são expressamente vedados **(i) a constituição de sociedades de advogados com características mercantis; (ii) sociedades de advogados que incluam sócio não inscrito como advogado ou totalmente proibido de advogar; (iii) a participação societária, direta ou indireta, de sociedade de Advogados em outra sociedade da mesma natureza – apenas pessoas naturais podem ser sócias de sociedade de advogados; e (iv) os ajustes de associação ou de colaboração com sociedades, de qualquer natureza, nacionais ou estrangeiras, que não sejam sociedades de advogados de acordo com a lei brasileira (art. 8º, IV, do Provimento nº 112/2006).**

Esses dispositivos, por si só, são suficientes para afastar a pretensão de se permitir a formação de “associações” entre advogados ou escritórios brasileiros de um lado, e advogados ou escritórios estrangeiros, de outro lado. Resta claro, portanto, que eventuais associações ou “ajustes de cooperação” de caráter societário com outras sociedades que não sejam sociedades de advogados brasileiras - e.g., escritórios de advocacia estrangeiros -, ainda que autorizados a funcionar no Brasil como *sociedades de consultoria em direito estrangeiro*, são terminantemente desautorizados.

⁶⁶ Assim preceitua o art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, em sede de direitos fundamentais: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

⁶⁷ A sua vez, preceitua o art. 54 do EAOAB: *Compete ao Conselho Federal: ...V – editar e alterar o Regulamento Geral, o Código de Ética e Disciplina, e os Provimentos que julgar necessárias; XVIII – resolver os casos omissos neste Estatuto.*

⁶⁸ Assim dispõe o art. 16 do EAOAB: “Não são admitidas a registro, nem podem funcionar, as sociedades de Advogados que apresentem forma ou características mercantis, que adotem denominação de fantasia, que realizem atividades estranhas à advocacia, que incluam sócio não inscrito como advogado ou totalmente proibido de advogar”.

65. O reportado acórdão da 4ª Câmara Recursal da OAB de São Paulo, na consulta formulada pelo Centro de Estudos das Sociedade de Advogados –CESA, sob a relatoria do ilustre Conselheiro Seccional CARLOS KAUFFMANN, com propriedade deixa translúcidas manobras veladas, travestidas em supostos “acordos de cooperação”, capazes de comprometer a independência institucional e a autonomia de gestão de uma sociedade de advogados, em convergência com os termos da presente proposta de Provimento. Aí se apregoa: “...Isto porém, não impede que referidas sociedades mantenham, entre si, cooperação desprovida de qualquer tipo de ingerência operacional ou outra conduta capaz de diminuir a independência profissional das sociedades e advogados brasileiros. Tal cooperação, que possibilita o aprimoramento e capacitação dos advogados e estagiários brasileiros, jamais poderá transformar-se em associação velada destinada a captar clientes ou permitir que escritórios e sociedades não autorizadas a exercer a advocacia gerenciam ou participem da administração dos escritórios nacionais. Por isso, ainda que haja cooperação entre escritórios nacionais e estrangeiros – autorizados ou não a prestar consultoria em direito estrangeiro no Brasil – a instalação física de ambos deve ser em local distinto, sem qualquer semelhança de papéis, cartões de visita, home page, endereço de e-mail, enfim, de elementos que indiquem haver mais que mera cooperação entre entes totalmente distintos. Não é só. Considerando que a independência – dever ético do advogado -, repita-se, deve ser preservada acima de tudo, caso, em virtude de eventual cooperação, escritórios brasileiros prestem serviços de advocacia a clientes indicados por escritórios estrangeiros, é terminantemente proibida a divisão de honorários, mesmo que por meio de participação reduzida a quem indicou a causa, bem como a emissão única ou conjunta de faturas destinadas à cobrança de honorários. Os honorários pertencem integralmente ao advogado da sociedade, devidamente registrados na Ordem dos Advogados do Brasil, em razão do serviço de advocacia contratado. Também não se há como permitir qualquer cooperação financeira ou material entre escritórios nacionais e estrangeiros, ou entre esses e advogados autônomos, com a finalidade de suprir ou subsidiar os custos para manutenção do escritório, inclusive relativos a funcionários, advogados contratados, remuneração de sócios ou associados. Tal subsídio retiraria a independência indispensável ao exercício da advocacia, e transformaria a mera cooperação em sociedade ou associação de fato, velada e, portanto, proibida...”.

Em seguida, o escoreito voto condutor da decisão em referência da OAB de São Paulo focaliza a questão da prestação indireta e indevida, mediante o concurso de advogado brasileiro regularmente inscrito nos quadros da OAB (com observância do art. 8º da Lei 8.906/94), de serviços jurídicos não autorizados a serem prestados pela sociedade de consultoria em direito estrangeiro, notadamente o procuratório judicial ou administrativo e a consultoria ou assessoria em direito local (Provimento 91/2000, art. 1º e §§ 1º e 2º). Em textual: *“Considerando, ainda, a impossibilidade de se registrar sociedade que inclua, entre outras finalidades, a atividade de advocacia, o advogado que exerça suas funções na condição de empregado de sociedade de consultores em direito estrangeiro não poderá, em hipótese alguma, prestar serviços de advocacia aos clientes de sua empregadora. Sua atividade limita-se a advogar nos interesses exclusivos de referida sociedade, pois, além da prática de atos privativos de advocacia por tais sociedades constituir exercício ilegal da profissão, ‘é defeso ao advogado prestar serviços de assessoria e consultoria jurídicas para terceiros, em sociedades que possam ser registradas na OAB” (art. 4º, caput e parágrafo único, do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB). Eventual prestação de serviço de advocacia a cliente de sociedade de consultores em direito estrangeiro. Efetivada por advogado empregado de referida sociedade, caracteriza associação ou sociedade irregular e contrárias às normas e preceitos vigentes”*.

Ora bem: a rigor, a não ser para ensejar o exercício irregular da advocacia no Brasil, qual outro motivo para que essas sociedades estrangeiras, registradas, ou não, junto à competente Seccional da OAB, recrutem (*“lateral hirings”*) advogados regularmente inscritos nos quadros da OAB? Se essas sociedades estrangeiras estivessem exercendo a sua autorização para prestar consultoria exclusivamente em direito alienígena, nos exatos termos do Provimento nº 91/2000, parece evidente que não haveria necessidade de contar com sócios e advogados brasileiros. Até porque esses, presumidamente, estão habilitados a prestar consultoria em direito pátrio e não em direito estrangeiro.

66. Essa decisão da 4ª Câmara Recursal da Seccional da OAB de São Paulo, por força de despacho exarado pelo eminente Presidente do E. Conselho Federal da OAB no Processo nº 2011.0802228-05, Dr. OPHIR CAVALCANTE JÚNIOR, foi encaminhada ao superior exame da Comissão Nacional de Sociedades de Advogados e da Comissão Nacional de Relações

Internacionais, onde recebeu, respectivamente, judiciosos pareceres da lavra dos ilustres advogados ORLANDO GIACOMO FILHO e FERNANDO KRIEG DA FONSECA, um e outro aprovados, à unanimidade, nas duas ilustradas Comissões. Apenas na Comissão Nacional de Relações Internacionais sobreveio, ao ensejo da discussão e deliberação da matéria, uma mínima retificação do parecer do Dr. FERNANDO KRIEG DA FONSECA, conforme já antes esclarecido, no sentido de considerar o consultor em direito estrangeiro como advogado, de fato e de direito, para fins da incidência do conjunto de regras e princípios que integram o marco regulatório da advocacia brasileira.

67. Do parecer do Dr. ORLANDO GIACOMO FILHO, vale destacar os excertos seguintes: “...14. *É essencial que a OAB fiscalize a atuação do consultor em direito estrangeiro, porque os princípios que norteiam a profissão em outros países, inclusive éticos, diferem daqueles que sempre regeram a atuação dos advogados brasileiros. A atuação dos advogados em outros países, principalmente nos países de ‘common law’, tem um caráter essencialmente mercantilista, enquanto que, entre nós, o advogado tem o papel de guardião dos direitos humanos, um papel constitucional. Em alguns países, as sociedades de advogados estão se preparando para abrir o seu capital a sócios não advogados, listando ações em bolsa, o que é impensável aqui, não só em face de nosso sistema jurídico, mas principalmente em decorrência do papel que o advogado exerce na sociedade brasileira..19. .A jurisprudência da OAB no tocante à proibição de associação entre advogados e não advogados é antiga e farta. Não é só a associação com advogados estrangeiros não inscritos na OAB ou sociedades estrangeiras que são vedadas. É proibida, igualmente, a associação de advogados inscritos na OAB com auditores, contadores, administradores, corretores de imóveis e outras profissões. Na essência da vedação está o caráter uniprofissional das sociedades de advogados. Permitir que elas se associem seria permitir de forma indireta que advogados e não advogados se associem o que não é permitido diretamente. Seria permitir as farsas que algumas sociedades estrangeiras pretendem implantar no País...26...O Presidente Ophir Cavalcante em manifestação no ‘site’ da OAB, em 28.8.2010, foi taxativo: ‘Na reunião, Ophir garantiu que o sistema OAB será dotado de mecanismos de efetiva fiscalização para zelar pela regulação do exercício da advocacia. Na avaliação do Presidente da OAB a advocacia nacional detém plenas condições de gerir eventuais*

articulações com empresas que queiram investir no Brasil. 'Não permitiremos que ocorra essa invasão que, a médio prazo, pode vir a causar sérios prejuízos à regulação da atividade profissional e levar à introdução no país de um conceito contra o qual sempre nos batemos: o da mercantilização da atividade do advogado'. Ophir Cavalcante afirmou que levará as denúncias a conhecimento do Ministério Público, para as ações cabíveis, e à Receita Federal, para que esta verifique eventuais irregularidades. O Presidente da OAB ainda destacou que pode haver sérias repercussões às sociedades de advogados brasileiras que tenham se associado de forma irregular com estrangeiros".

68. Em seguida, o escoreito parecer Dr. ORLANDO GIACOMO FILHO faz oportuna referência a artigo e entrevista concedida na imprensa pelos ilustres advogados ARNALDO MALHEIROS FILHO e ALEXANDRE THIOLLIER FILHO. Se não veja-se: "28. O que mudou, na verdade, é que com a crise externa e a pujança da economia brasileira, as sociedades estrangeiras começaram a se interessar pelo mercado brasileiro. O interesse é puramente econômico, como aliás, magistralmente apontado pelo eminente criminalista, Dr. Arnaldo Malheiros Filho em trabalho publicado na edição de Migalhas no dia 16 de março de 2011. Salienta ele em determinado trecho o seguinte: 'Na verdade, a grande maioria dos Países limita a atuação de advogados estrangeiros, até porque seria um contra-senso permitir que quem não tem formação – tanto acadêmica quanto prática – no Direito local exerça ali a advocacia. Por isso, sem embargo do respeito e consideração, não consigo concordar com a afirmação de que 'os advogados estrangeiros poderiam vir para o Brasil'. Os daqui sujeitos a Exame de Ordem e os de lá não? Seriam, mesmo, os brasileiros a querer reserva de mercado ou os de fora a reivindicar privilégios? E além de privilégios, querem eles agir com 'jeitinho', que à socapa execram nos brasileiros. Muitos deles não se pejam de assoar pela imprensa que assessoram esta ou aquela transação entre empresas nacionais, ou seja, não só violando o dispositivo de lei que veda sua atuação como anunciando descaradamente que o fazem. Afinal aqui temos leis! É assim que eles pretendem aconselhar-nos sobre nosso Direito? Na verdade, o que está muito claro é que esses escritórios estrangeiros querem abocanhar os honorários dos clientes de seus lugares de origem que tenham interesses aqui, dando um capilé para o advogado brasileiro que faz o trabalho. Como os zangões do cais do porto, querem fazer os advogados brasileiros de bagrinhos, sugando-lhes a mais-

valia'..30.. A opinião do Dr. Arnaldo Malheiros Filho suscitou outras opiniões no mesmo veículo jornalístico, Migalhas de 18 de março de 2011. Muito acuradamente, também se manifestou o advogado Alexandre Thiollier Filho: 'O busilis está em quem é ou será o advogado brasileiro a ser 'alugado' para a prática transversa da advocacia no Brasil pelos escritórios estrangeiros. Afinal, é de controle da sociedade de advogados que estamos falando, ou não?'. O Dr. Thiollier realmente tocou no ponto central da questão: é sim de propriedade de sociedades de advogados brasileiras que estamos falando, e não de prática em direito brasileiro ou estrangeiro. E aí mais uma vez temos o Estatuto que não permite que as sociedades de advogados tenham sócios outros que não advogados. Se a propriedade direta é vedada, também assim a indireta ou disfarçada em associações, prática que caracteriza uma infração grave ao atual ordenamento jurídico por parte tanto das sociedades de advogados inscritas na OAB, quanto da contraparte das associações, algumas sociedades estrangeiras".

69. A sua vez, o parecer do ilustre advogado Dr. FERNANDO KRIEG DA FONSECA, aprovado pela Comissão Nacional de Relações Internacional do CFOAB, com a ressalva antes apontada, aduz as seguintes conclusões: "...Feitas essas observações e delineado o posicionamento da OAB frente ao tema, no curso de sua trajetória na vida pública brasileira, cumpre acentuar os pontos que seguem, eis que norteadores para o esclarecimento dos questionamentos formulados neste processo quanto ao exercício, no Brasil, da profissão de Consultor em Direito Estrangeiro e à existência de sociedades integradas exclusivamente por esses profissionais: (a) o Provimento 91/2000 do Conselho Federal da OAB encontra-se perfeitamente alinhado com os valores guardados pelo Estatuto e pela Instituição; (b) o denominado consultor em direito estrangeiro não tem inscrição no quadro de Advogados na OAB; logo, não é advogado no Brasil; (c) o consultor em direito estrangeiro exerce essa profissão (consultor em direito estrangeiro), para a qual tem inscrição própria e específica na OAB, sempre a título precário; (d) os consultores em direito estrangeiro, como tais inscritos na OAB, podem se reunir, constituindo pessoa jurídica, também inscrita na OAB, para ensejar exclusivamente a prestação de serviços de consultoria em direito estrangeiro; e (e) os consultores em direito estrangeiro (e, obviamente, suas sociedades) estão proibidos de praticar ou viabilizar a prática, ainda que com o concurso de advogados ou sociedade de advogados, de quaisquer atos de advocacia...Tendo respeitado essas idéias na confecção de

suas respostas ao questionado, o acórdão da 4ª Câmara Recursal da OAB/SP parece-me inatacável. Com efeito, as indagações formuladas pelo CENTRO DE ESTUDOS DAS SOCIEDADES DE ADVOGADOS – CESA não ensejam, diante da normatividade vigente, outras soluções que não as oferecidas pelo voto aprovado. Assim, no tocante à primeira pergunta formulada, **não é permitida associação entre sociedade de consultores em direito estrangeiro e sociedades de advogados** (negrito constante do texto original) pela singela razão de que o conceito de **associação** (idem) pressupõe que ambos os **associados** (idem) possam ensejar a prática de atos de advocacia, o que não acontece em relação às sociedade de consultores em direito estrangeiro (eis que seus sócios não podem advogar, pois não são advogados). Ocorrendo associação vedada pelo ordenamento, as conseqüências são as indicadas no voto aludido: possível cancelamento da inscrição (precária) e infração penal (exercício ilegal de profissão) para os consultores em direito estrangeiro e sua sociedade. Já os advogados ou a sociedade de advogados envolvidos respondem face ao Código de Ética e Disciplina (art. 34, I, do Estatuto)”.

70. A reportagem publicada no site da *Latin Lawyer* em 23 de agosto de 2010, assinada pela jornalista ROSIE CRESSWELL, contendo oportuna entrevista com o eminente Presidente do Conselho Federal da OAB, Dr. OPHIR CAVALCANTE JÚNIOR, é de igual modo bastante ilustrativa: “**OAB TAKES FOREIGN FIRM AFFILIATIONS TO ATTORNEY GENERAL AND TAX BODY: OAB president Ophir Cavalcante says he will heavily scrutinise affiliations between local and foreign law firms. OAB national president Ophir Cavalcante made the announcement on Friday, adding that there could be serious repercussions for Brazilian corporate law firms that have been associated with foreign firms in an ‘irregular manner’. ‘We do not accept his interference’, says Cavalcante. ‘We sent letters to the bar associations in those countries to denounce the illegal practice of the profession and the Brazilian bar association will take strong measures to ensure penalties for transgressions of any criminal or fiscal nature that might exist’. The decision follows a run of lateral hirings by Brazilian firms linked to US or European firms, which prompted the OAB to re-assess whether foreign firms in the country are compliant with regulation stating that international law firms in Brazil must stick to providing advice on foreign law matters only, leaving Brazilian law matters to local firms. Last month all**

international firms with affiliations in the country were asked to provide information to the OAB so it could decide if there were grounds to open formal proceedings. Sources close to the OAB said any firms found to be no-compliant could lose their licence to practice. In July sources confirmed that under the spotlight in particular are DLA Piper, whose affiliated firm Campos Mello Advogados recently hired a whole team from Tozzini Freire Advogados as well as bringing in other partners from rivals: Mayer Brown LLP, whose local firm Tauil & Chequer Advogados has been similarly expanding, hiring from Machado, Meyer, Sendacz e Opice Advogados among others; and Uría Menéndez, as its local firm, Dias Carneiro Advogados, hired two partners from Felsberg, Pedretti, Mannrich e Aidar Advogados in March. Cavalcante was handed information on the affiliations during a meeting at the São Paulo section of the OAB, which he will now take to the attorney-general for appropriate action, and to the tax body to verify any irregularities. Friday's announcement from the OAB only mentions US and UK firms. Cavalcante said the OAB will increase its scrutiny of firms that perform services which 'by law can only be provided by Brazilian lawyers' and those that 'violate the rules governing the practice of law in Brazil'. He said that OAB will create monitoring systems for stricter regulation. 'We will not allow this invasion to occur...It could cause serious damage to the regulation of professional activity and lead to the introduction of a concept against which the country has always fought: the commoditization of the activity of the lawyer'.

71. Permite-se acrescentar que o referenciado conceito de “associação” utilizado na decisão da 4ª Câmara Recursal da OAB de São Paulo e nos judiciosos pareceres dos advogados ORLANDO GIAMO FILHO e FERNANDO KRIEG DA FONSECA, para fins de aplicação da norma estatutária, engloba todas as suas formas, tais como, **(i)** *profit-sharing and costs agreements* ou acordos de similar natureza, para fins de repartição de lucros e despesas, bem como de concessão de subsídios/financiamento ao escritório brasileiro; **(ii)** utilização recíproca de razão social/nomes fantasia/marcas/logotipo etc. – mediante “Trademark License Agreements” (e.g., com o emprego de expressões do tipo “**em associação com**” ou “**em cooperação com**” (“**in association with**” ou “**in cooperation with**”), grafadas no vernáculo pátrio ou idiomas estrangeiros; **(iii)** utilização de um mesmo ou contíguo estabelecimento e endereço comercial; **(iv)** uso de cartões comerciais (*business cards*), de material institucional (ex: *folders*,

website), com a expressa referência de ambos os escritórios, nacional e internacional; **(v)** compartilhamento de bancos de dados e listagem de clientes (“*mailing list*”), sistemas operacionais comuns de informática, sistema comum e/ou padronizado de cobrança de honorários e faturamento, política comum de recursos humanos, notadamente planos de carreiras e de remuneração de advogados e de colaboradores, dentre outras. Enfim, todas as modalidades, estejam elas formalizadas ou não, de contrato, acordo ou ajuste de “*associação*” ou “*cooperação*” entre escritórios brasileiros e firmas estrangeiras que importem “*perda ou diminuição da identidade institucional ou da autonomia da gestão administrativa, financeira, profissional ou de planejamento estratégico por parte das sociedades de advogados brasileiras*”, ou que apresentem as características indicadas no artigo 1º e parágrafo único do texto da presente proposta de Provimento, são terminantemente vedadas pelas normas e princípios que integram o marco regulatório da advocacia brasileiro.

72. Essas medidas visam, em última análise, preservar a indispensável e legítima *independência/autonomia institucional* e a *unicidade profissional* das sociedades de advogados brasileiras, nos inofismáveis termos ditados pela Lei Federal nº 8.906/94 e pelos Provimentos 91/2000 e 112/2006 do Conselho Federal da OAB.

73. Além da ilegalidade dos modelos associativos e das condutas desviantes de que ora se cogita, não há esquecer o tratamento anti-isonômico entre escritórios de advocacia brasileiros e as firma estrangeiras que todas essas situações esdrúxulas e práticas heterodoxas podem representar. Isto porque as sociedades de advogados, submetidos à legislação brasileira e aos rigores estatutários, não terão condições de captar recursos no mercado, seja via emissão de ações ou debêntures, seja por meio de parcerias ou associações com instituições/fonte de financiamento (e.g. Fundos de Pensão, Fundos de *Private Equity* etc.) ou mesmo com empresas/escritórios de profissionais de outros ramos de negócio (e.g. auditoria, imobiliárias, *telemarketing* etc.), como expressamente autorizado em outras nações e já alvitado no capítulo introdutório desta exposição de motivos. Também não se ignore a possibilidade das empresas de advocacia estrangeiras, para fins de ampliar seu espaço no mercado brasileiro, virem a custear até mesmo todo o processo de constituição e instalação de uma ou várias novas sociedades de advogados brasileiras para, em

seguida, firmarem esses arremedos de “associações” ou “ajustes de cooperação” de caráter dominante com essas recém-criadas sociedades de advogados e, por seu intermédio, exercer a advocacia plena (em regime de *full service*) em nosso país, em burla frontal às normas estatutárias e aos Provimentos do CFOAB. Ter-se-á, pois, nessas manobras heterodoxas, quiçá fraudulentas, evidente e descabida vantagem concorrencial entre as sociedades de advogados associadas a firmas estrangeiras e a imensa maioria dos escritórios brasileiros, que atuam com independência institucional e autonomia de gestão. As possibilidades associativas, enfim, são muitas e sob variados disfarces, o que só corrobora a necessidade imperiosa do E. Conselho Federal e das diversas Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil de exercer cumpridamente sua competência fiscalizatória e reitora do exercício da advocacia no mercado brasileiro.

74. Tem oportunidade apreciar, ademais, as ponderações e conclusões constantes do parecer encomendado pela sociedade Campos Mello Advogados - CMA, em associação com a empresa multinacional de advocacia DLA Piper,⁶⁹ já estabelecida em nosso país pela subsidiária integral designada DLA Piper Brasil, ao ilustre Professor LUÍS ROBERTO BARROSO, que, a partir de um exame puramente formal dos atos constitutivos dessa associação específica,⁷⁰ considera que a mesma atende ao EAOAB e à normativa editada pelo Conselho Federal da OAB, aduzindo, além disso, razões de escala constitucional no sentido da prevalência, nas relações privadas, da regra geral respeitante à autonomia da vontade e à liberdade de contratar. Vale registrar, a propósito, que sobredito parecer foi encaminhado a todos os membros da Comissão Nacional de Relações Internacionais (CRIN) do CFOAB, por determinação do seu eminente Presidente Dr. CESAR BRITTO, pelo obséquio de nossa prezada e competente Assessora de Relações Internacionais, NAYLA NOBRE PAIM,

⁶⁹ Segundo a referência indicada ao início do parecer, o cogitado acordo de cooperação foi celebrado pela sociedade brasileira Campos Mello Advogados com a sociedade estrangeira designada DLA Piper LLP (US), empresa norte-americana integrante de DLA Piper Global, do qual participa também a sociedade de consultoria em direito estrangeiro DLA Piper Brasil.

⁷⁰ Releva registrar que desconheço inteiramente os termos do contrato de associação ou acordo de cooperação assinado entre as partes, vez que o mesmo não foi anexado ao parecer em referência encaminhado aos membros da Comissão Nacional de Relações Internacionais do CFOAB. Assim sendo, afora as menções feitas a tal instrumento pelo próprio signatário do parecer, ou a outros que porventura tenham sido firmados pelas partes, eventuais interveniente e interessados, não me sinto em condições, por impossibilidade material, para formular juízo de valor amplo acerca da integralidade do documento.

razão pela qual se me impõe levá-lo em consideração nesta assentada.

75. Como faz ver o parecerista, invocando a narrativa da própria sociedade consulente – “o acordo celebrado com DLA Piper foi motivado por um interesse comum das partes no sentido de assegurar o acesso a serviços de consultoria e procuratório judicial de qualidade aos seus respectivos clientes interessados em expandir sua atuação, seja vindo para o Brasil, quando estrangeiros, seja indo para o exterior, quando nacionais”. Além disso, segundo procura explicar – “Nos termos do acordo, celebrado em 1º de março de 2010, cabe às partes ‘cooperar na assistência de clientes em suas respectivas jurisdições e desenvolver planos estratégicos para o CMA no Território (i.e., no Brasil)’ e, notadamente, envidar esforços para encaminhar à outra todo trabalho relacionado à legislação dos seus respectivos países. São previstas atividades como programas de intercâmbio, reuniões e discussões regulares, com o objetivo de promover a cooperação e facilitar o cumprimento de seus fins. Para conhecimento do público, a parceria passou a ser identificada pelo CMA no seu próprio material de divulgação (e.sg., em cartões de visita, no site oficial do escritório, e em endereços e assinaturas de e-mails”. Para não alongar em demasia essa nota introdutória, eis que o parecer do Prof. BARROSO já é do conhecimento de todos os membros da CRIN, destaco o excerto no qual se reconhece: “Embora o consulente confie na validade jurídica de seu acordo, tem ciência de alegações no sentido de que alguns escritórios de advocacia estariam se associando irregularmente com profissionais e sociedades estrangeiras, incorporando advogados estrangeiros sem registro na OAB ou até mesmo funcionando como escritórios ‘de fachada’ para instituições de outros países. Todos esses problemas teriam provocado uma forte reação por parte de diversos Conselhos Seccionais da OAB, com o indeferimento do registro de contratos e a aplicação de punições disciplinares. Segundo o consulente, nenhuma dessas irregularidades ocorre na sua relação com DLA Piper, com quem coopera sem incorporação, fusão ou qualquer prejuízo a sua independência”.

76. Sob a ótica contratual/constitucional, o aspecto mais substantivo do opinamento em exame atine com o postulado da “autonomia privada”, nos termos seguintes: “...12. Em outras palavras: sendo atividade privada, o exercício da advocacia não se submete às restrições dos serviços públicos, mas se coloca sob o

signo da autonomia privada. Como é corrente, essa autonomia corresponde a um direito fundamental, que delimita uma esfera, livre de ingerências por parte do Estado, dentro da qual as decisões cabem às próprias pessoas...13. Nas relações civis, essas competências fundamentais integram a chamada 'autonomia negocial', que alcança sua expressão mais evidente com a 'liberdade contratual'. Ela confere ao sujeito três faculdades específicas: (i) contratar ou não; (ii) escolher a contraparte do negócio; e (iii) determinar o conteúdo do ajuste. Em outras palavras: contratar se quiser, com quem quiser e como quiser". Mais adiante, segue-se o acréscimo de argumentação em que o autor do parecer reconhece, em tese e sem especificações concretas, a possibilidade jurídica de se impor limites e condições ao exercício da advocacia. Em textual: "Sem prejuízo do que se acaba de expor, é certo que o 'munus' público envolvido na advocacia pode justificar a imposição de restrições legais ao seu exercício, até mesmo com o objetivo de proteger aqueles cujos interesses e demandas serão patrocinados pelo advogado. É nesse contexto que se enquadra o Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994) e a própria criação da Ordem dos Advogados do Brasil, como corporação responsável pela disciplina e pela fiscalização dos advogados. Naturalmente, porém, não é ilimitado o espaço do legislador na matéria: em se tratando de medidas restritivas a direitos fundamentais, sua validade dependa da observância de uma série de exigências constitucionais, dentre as quais a superação do teste da proporcionalidade".

77. Obviamente à parte, percebe-se que o aludido parecer encaminhado aos caros colegas da CRIN orienta-se mais no sentido meramente descritivo de um nicho de questões abstratas do que propriamente na subsunção concreta de fatos e circunstâncias ocorrentes a enunciados normativos que sejam aplicáveis, tendo em vista as realidades concretas e intestinas ("intra muros societatis") das relações econômicas e societárias subjacentes ao negócio jurídico de que se trata. A rigor, embora a peça opinativa incursione em questões importantes acerca do regime legal e regulamentar da profissão de advogado e de consultor em direito estrangeiro no Brasil, a conclusão final cinge-se a concluir, forte nas exterioridades estritamente formais do suposto acordo de cooperação (cujo teor se desconhece) firmado entre as partes precitadas, no sentido de que o mesmo, "tout court", não

viola a normativa da OAB. Até porque, como advertido na nota de rodapé nº 52, o parecer afirma que – “*Tendo em vista o escopo e os fins do presente estudo, não é necessário examinar a constitucionalidade e a legalidade dos provimentos mencionados ao longo do texto*”. Os éditos da OAB mencionados são o Provimento 91/2000, 94/2000 e 112/2006, qual se verifica às fls. 16 a 18. De todo modo, por essa pré-orientação expressa, cujo mérito não cabe aqui discutir, fica-se sem saber se o ilustre parecerista não vislumbrou vícios de contrariedade constitucional nesses diplomas regulamentares editados pelo CFOAB ou se, ao contrário, conquanto os tendo vislumbrado, optou por não se ocupar de abrir a discussão sobre o tema e declinar as razões de seu convencimento.

Assim sendo, o parecer subscrito pelo Prof. LUÍS ROBERTO BARROSO, conquanto douto e ilustrativo, apresenta-se de pouca serventia para o exame conclusivo das questões postas no presente trabalho.⁷¹

⁷¹ Nada obstante, a propósito da associação entre o escritório Campos Mello Advogados e a descomunal empresa de advocacia DLA Piper, considerada a maior do planeta, com cerca de 4.200 advogados e filiais em 30 países, preocupou-me sobremaneira a afirmação que se contém às págs. 3, item 3, do apontado parecer do Prof. BARROSO, a noticiar que – “...a parceria passou a ser identificada pelo CMA no seu próprio material de divulgação (e.g., em cartões de visita, no ‘site’ oficial do escritório, e em endereços e assinaturas de e-mails). A ser assim, tem-se aí, a meu juízo, frontal violação ao marco regulatório da advocacia brasileira, especialmente no que respeita à fragilização da imagem de independência institucional da sociedade de advogados brasileira Campos Mello. O mesmo se diga quanto à divulgação indevida de pacto associativo, mediante a junção de duas marcas de serviço, que pode importar em aliciamento subliminar de clientela e indução da idéia de que, mediante o consórcio societário, o escritório norte-americano estaria em condição de prestar serviços advocatícios integrais no Brasil, aí compreendidos o procuratório judicial e a consultoria e assessorial em direito local, o que lhe é terminantemente vedado. Impende advertir, ademais, que o escritório alienígena somente pode divulgar seu nome social no Brasil, com o adjunto da expressão “*Consultores em Direito Estrangeiro*”, conforme determina o art. 4º, parágrafo único, do Provimento 91/2000. Além disso, a divulgação e a publicidade conjunta, em cartões de visita, folders, papelaria de escritório, placas e letreiros indicativos, *website*, correio eletrônico, news letters e e-mails, contendo duas marcas de escritórios de advocacia supostamente distintos e independentes, sendo um brasileiro e o outro estrangeiro, malfeire as normas que regem a profissão de advogado e suas sociedades no Brasil. Nesse sentido, a decisão da 4ª Câmara Recursal da OAB de São Paulo em resposta à consulta formulada pelo Centro de Estudos das Sociedades de Advogados – CESA, já examinada neste trabalho, com propriedade deixou advertido: “*Toda exegese relativa aos preceitos que regulamentam a publicidade do advogado e das sociedades de Advogados, inclusive estabelecidas no Provimento 94/2000, aplica-se, no que couber e com as devidas adaptações, aos consultores em direito estrangeiro e respectivas sociedades*”. Por seu turno, o retro aludido parecer do ilustre Dr. FERNANDO KREIG DA FONSECA, em linhas gerais aprovado pela Comissão Nacional de Relações Internacionais do CFOAB, também contribui para elucidar a questão: “*Finalmente, quanto à sexta indagação formulada, a solução ofertada igualmente se afigura acertada: Advogados brasileiros ou sociedades de advogados brasileiros não podem anunciar seus serviços em sítios na rede da Internet de pessoas jurídicas estrangeiras (dedicadas à advocacia for a do Brasil) ou de consultores em direito estrangeiro, assim como também não podem permitir que esses anunciem em seus próprios sítios os serviços de advogados*”

78. Como quer que seja, de minha parte tenho por oportuno e necessário afirmar desde logo, com a devida ênfase, a perfeita constitucionalidade dos Provimentos 91/2000, 94/2000 e 112/2006, em boa hora e prudentemente editados pelo CFOAB, que servem a inequívocos e legítimos interesses sociais e coletivos, reconhecido que a liberdade de associação (art. 5º, XVIII, da CF) e a liberdade de contratar (art. 170 da CF) podem sofrer limitações razoáveis e proporcionais, na convicção de inexistência de direitos fundamentais absolutos.⁷²

79. A esse propósito, já tive o ensejo de sustentar em obra doutrinária: *“As dificuldades exegéticas surgem especialmente nos contextos das liberdades autonomias, ou seja, das faculdades potestativas que a Lei Maior assegura aos indivíduos para agir (ou não agir) segundo critérios decisórios pessoais e insubrogáveis por razões de ordem pública. Essas liberdades individuais (a exemplo das liberdades de expressão, de imprensa, de reunião, de associação, de ir e vir, de culto, de criação artística e cultural, do direito à intimidade, da inviolabilidade de domicílio, do sigilo de correspondência etc.) visam conceder aos indivíduos um espaço livre da interferência do Estado ou de outros poderes sociais, de tal maneira que o seu conteúdo essencial (ou núcleo substantivo) acha-se protegido até mesmo da ação regulamentar do legislador infraconstitucional, segundo aliás, expressamente assegurado pelas Constituições da Alemanha (art. 19), de Portugal (art. 18) e da Espanha (art. 53) Retratam, com efeito, segundo a terminologia francesa, direitos ao não constrangimento (‘droit de non-contrainte’). Daí dizer-se que tais liberdades não estão funcionalizadas, isto é, não são reconhecidas aos indivíduos para a persecução de*

brasileiros”. É de se esperar e recomendar que a Seccional competente da Ordem dos Advogados do Brasil deflagre as investigações cabíveis para fins de apuração da responsabilidade infracional e aplicação das sanções pertinentes.

⁷² São inúmeros os acórdãos do Supremo Tribunal Federal atestando que os direitos fundamentais não são absolutos, podendo o seu exercício sofrer limitações em prol da convivência com outros direitos sublimados na Constituição ou do interesse público e coletivo. Dentre outros, mencione-se o aresto unânime da 2ª Turma no julgamento do Habeas Corpus 93.250-9-Mato Grosso do Sul, em 10.6.2008, da relatoria da Senhora Ministra ELLEN GRACIE, em cujo voto lê-se: *“...É importante registrar que, na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição Federal, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em material de direitos humanos. A maior complexidade das relações sociais, bem como a verificação da crescente sofisticação das práticas delituosas mais graves e complexas, inclusive com o desenvolvimento de atividades por organizações criminosas, fazem com que seja fundamental reconhecer a indispensabilidade de sopesar os vários interesses, direitos e valores envolvidos no contexto fático e social subjacente”*.

*determinados fins sociais e de natureza 'uti universi', o que imporá condições externas e meta-individuais para a determinação do seu conteúdo, bem como esquemas permanentes de controle quanto ao seu regular exercício... Contudo, considerando que praticamente inexistente direito individual ou coletivo absoluto, ou de fundamentação absoluta, isto é, revestido de ilimitação plena, e que a grande maioria das liberdades individuais consubstanciam liberdades sociais, ou seja, existem para serem exercidas em sociedade, há que haver limites para que essas liberdades possam ser igualmente exercidas por todos os membros da comunidade em regime de concomitância e de respeito recíproco.*⁷³

80. Considere-se, além do mais, que a liberdade supralegal de exercício de trabalho, ofício ou profissão, enquanto norma constitucional de *eficácia limitada*, para utilizar a expressão consagrada pelo grande mestre JOSÉ AFONSO DA SILVA,⁷⁴ sujeita-se às “*qualificações profissionais que a lei estabelecer*”, na dicção do art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal. Destarte, a própria formatação que lhe emprestou o constituinte de 1988 simplifica a análise da questão, eis que as limitações a serem editadas supervenientemente pelos canais de regulamentação normativa já estão, desde logo, pré-orientadas pelo estatuto supremo. Não se trata, pois, de liberdade absoluta, gênero de resto incompatível com as exigências do convívio social democrático, mas submetida à atuação regulamentar e integrativa do legislador ordinário ou do órgão, autoridade ou instituição autorizada a tanto.

81. Aliás, o próprio e festejado Prof. LUÍS ROBERTO BARROSO, noutro parecer, desta vez exarado para atender consulta da Diretoria do Conselho Federal da OAB, a propósito da constitucionalidade do Exame de Ordem e de sua regulamentação pelo nosso órgão de classe, parece convergir com as opiniões aqui lançadas. Se não, veja-se: “*A Constituição de 1988 cuida do assunto de forma específica, em seu art. 5º, XIII, segundo o qual 'é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer'. Em resumo, a liberdade profissional de que cuida o art. 5º, XIII, assegura aos indivíduos a possibilidade de escolherem livremente as profissões que desejem vir a exercer e, quando for o caso, de se empenharem*

⁷³ Cf. SIQUEIRA CASTRO, CARLOS ROBERTO, *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais – ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitários* Ed. Forense, 2005, págs. 60-62.

⁷⁴ Cf. SILVA, JOSÉ AFONSO, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968, págs. 37 e segs.

na busca da formação correspondente. O efetivo exercício dessa profissão dependerá do atendimento às qualificações e condições exigidas por lei. Essas qualificações e condições, porém, devem ser razoáveis e não podem veicular critérios subjetivos e políticos...O conhecimento convencional já incorporou o entendimento de que não há direitos absolutos, de modo que, até para que seja possível a convivência com outros direitos em uma sociedade plural, conformações e compatibilizações serão inevitáveis...No caso da liberdade de profissão, o próprio art. 5º, XIII, já explicitou a possibilidade de o legislador impor sanções e restrições relacionadas a exigências de capacitação...Nesses termos, o constituinte já efetuou uma valoração inicial dos interesses envolvidos e reconheceu, desde logo, a necessidade de proteger os direitos de terceiros que podem ser afetados pela imperícia ou negligência de profissionais despreparados...Não há dúvida de que o exercício deficiente da advocacia pode ocasionar prejuízos graves para a coletividade...Como é fácil perceber, a assistência jurídica de qualidade é elemento indispensável à efetivação do acesso à justiça, o qual, por sua vez constitui pressuposto básico para a promoção e a tutela da cidadania de forma geral e de todos os direitos em espécie, inclusive os de natureza fundamental”.

82. Todas essas ponderações reproduzem a doutrina clássica de SAMPAIO DÓRIA, sob a égide da Constituição de 1946: “A lei, para fixar as condições de capacidade, terá de inspirar-se em critério de defesa social e não em puro arbítrio. Nem todas as profissões exigem condições legais para exercício. Outras, ao contrário, o exigem. A defesa social decide. Profissões há que, mesmo exercidas por ineptos, jamais prejudicam diretamente terceiro, como a de lenhador. Se carece de técnica, só a si mesmo prejudica. Outras profissões há, porém, cujo exercício por quem não tenha capacidade técnica, como a de condutor de automóveis, piloto de navios ou aviões, prejudica diretamente direito alheio.”⁷⁵

⁷⁵ SAMPAIO DÓRIA, ANTÔNIO, *Direito Constitucional: Comentários à Constituição de 1946*, Ed. Max Limonad, São Paulo, 1960, volume IV, pág. 637. Ajunte-se que o Supremo Tribunal Federal tem aderido a essa compreensão do tema em inúmeros julgados, valendo mencionar a Representação 930-DF, sob a Relatoria do Senhor Ministro RODRIGUES ALCKMIN, julgada em 1976, envolvendo a questão do registro obrigatório pelos corretores de imóveis perante o respectivo conselho profissional, o CRECI, como condição para o exercício da profissão; e o Recurso Extraordinário 414.426-SC, de que foi Relatora a Senhora Ministra ELLEN GRACIE, julgado em 2011, no qual se discutia a questão da obrigatoriedade dos músicos profissionais de obter o registro perante a Ordem dos Músicos do Brasil e comprovar o pagamento das contribuições para aquela corporação de classe.

83. No que respeita ao exercício da consultoria jurídica em direito estrangeiro, vimos que o EAOAB e os Provimentos 91/2000, 94/2000 e 112/2006, pelas razoáveis e proporcionais razões antes detalhadas nesta exposição de motivos, interditaram, de um lado, ao consultor alienígena o exercício do procuratório judicial e a consultoria ou assessoria em direito brasileiro, bem como, de outro lado, as “associações/cooperações” entre escritórios brasileiros e firmas estrangeiras de que resultem a perda ou diminuição da identidade institucional e da autonomia de gestão, em seus variados aspectos, por parte da sociedade de advogados brasileira. Tudo porque, primeiramente, o desempenho profissional de tais atividades sem a formação acadêmica adequada e ausente a demonstração de qualificação mediante a aprovação no Exame de Ordem, põe em risco a qualidade exigida aos profissionais da advocacia no patrocínio de direitos e interesses dos jurisdicionados, Bem por isso, não é de hoje que a doutrina e a jurisprudência reconhecem e prestigiam a necessidade da regulamentação da profissão de advogado em prol da salvaguarda dos jurisdicionados e dos direitos fundamentais conectados com o desempenho advocatício, com realce para o *acesso à justiça* e aos *predicamentos da atuação em juízo e nos procedimentos administrativos* (expresso *v.g.* na garantia do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, validade das provas etc.). dado a sua potencialidade para atingir a esfera jurídica e econômica de terceiros. De outra parte, o consórcio entre escritórios brasileiros e firmas estrangeiras esbarra nas limitações que traduzem e protegem os valores constitucionais, legais e regulamentares da advocacia brasileira, notadamente o rechaço à *mercantilização* da profissão e a independência pessoal do advogado, que reverbera na independência institucional e na autonomia de gestão das sociedades de colegas da nobilitante profissão.

Em brevidade, espelhem-nos aqui na advertência memorável de RUI BARBOSA: “*Legalidade e liberdade são as tábuas da vocação do advogado. Nelas se encerra, para ele, a síntese de todos os mandamentos:...**Não fazer da banca balcão, ou da ciência mercatura***”.⁷⁶ Enfim, as ambições meramente farisaicas não combinam com a advocacia brasileira.

⁷⁶ RUI BARBOSA, em *Oração aos Moços*, Edições Casa de Rui Barbosa, 5ª edição, Rio de Janeiro, 1999, pág. 47.

As normas regulamentares do CFOAB não violam a liberdade de associação e o princípio da livre iniciativa

84. E nem se pense que eventual regulação pelo Conselho Federal da OAB acerca dos limites aplicáveis a associações entre advogados brasileiros ou sociedades de advogados brasileiras, de um lado, e advogados estrangeiros ou sociedades de advogados estrangeiras, de outro lado, violaria os postulados constitucionais da liberdade de associação ou da livre iniciativa, nas quais se inclui o direito de celebrar contrato de sociedade, inscritos nos arts. 5º, XVII, e 170, *caput*, da Carta Política de 1988, reconhecido, como visto, que inexistem direitos fundamentais absolutos.

Impende reafirmar, outra vez, que a presente proposta de Provimento tão somente ratifica e aclara os enunciados dos Provimentos 91/2000 e 112/2006. Com isso, não busca inovar no plano jurídico ou introduzir novas condições ou vedações para o exercício da advocacia que já não estivessem previstas, com maior ou menor explicitude, nas normas e princípios que compõem o marco regulatório da advocacia brasileira. A rigor, busca-se, em prol da segurança jurídica, apenas torná-lo mais claro e detalhado, em ordem a uniformizar a atuação fiscalizatória das Seccionais da OAB em todo o país no que respeita às “associações/cooperações” entre escritórios brasileiros e firmas estrangeiras.

85. GILMAR MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, em obra coletiva de cunho doutrinário, discorrem sobre a legitimidade do legislador ordinário para dispor, dentro dos limites da razoabilidade, acerca das condições que devem ser observadas para o exercício regular do direito de associação entre advogados, a exemplo do preceito restritivo que se contém no art. 16 do EAOAB: “*Não são admitidas a registro, nem podem funcionar, as sociedades de advogados que apresentem forma ou características mercantis, que adotem denominação de fantasia, que realizem atividades estranhas à advocacia, que incluam sócio não inscrito como advogado ou totalmente proibido de advogar*”. Sustentam esses respeitados autores, em síntese, que são ilícitas e desautorizadas pela Constituição Federal as uniões e pactos associativos que contrariam tipos penais e todos os demais que violam os bons costumes e a ordem jurídica. Em textual:

“Se a associação, para se inserir no domínio da tutela constitucional, não precisa assumir um feitiço predefinido na legislação ordinária, o legislador está legitimado para, nos limites impostos pela razoabilidade, dispor sobre direitos e atividades que somente podem ser titularizados ou desempenhados por entidades devidamente registradas e que assumam determinada forma jurídica. Há considerações de ordem pública e de defesa de terceiros aptas a justificar normas com tal conteúdo. Estão proibidas as associações cujos fins sejam ilícitos. Os fins ilícitos não são apenas aqueles mais óbvios, tipificados em leis penais. Não há dúvida de que uma “associação para fins de tráfico” não constitui entidade sob a proteção da Carta da República. Mas também são fins ilícitos aqueles que contrariam os bons costumes, aqueles que, de qualquer modo, são contrários ao direito.” Para prevenir a burla da proibição constitucional, os fins da associação devem ser apurados não somente a partir do que consta dos seus atos constitutivos, do seu programa e estatutos, mas também à conta do conjunto das atividades efetivamente desenvolvidas pela entidade”.⁷⁷

86. De igual modo, adverte ALEXANDRE DE MORAES: **“Observamos que, em relação à finalidade da associação, a ilicitude não está ligada somente às normas de direito penal, pois a ordem jurídica pode reprovar dados comportamentos sem chegar ao ponto de cominar-lhes uma sanção de natureza penal”**.⁷⁸

87. Nessa ordem de convicções, também contribui JOSÉ AFONSO DA SILVA, ao assinalar: **“FINS LÍCITOS – São os**

⁷⁷ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva, 2ª Edição, 2008, p. 405.

⁷⁸ Cf. MORAES, ALEXANDRE, *Constituição do Brasil Interpretada*, Editora Atlas, São Paulo, 2002, pág. 261.

que não contrariem o ordenamento jurídico. Por exemplo, [ao contrário], associações destinadas a explorar jogos de azar não autorizados, a prostituição, a prática de crime ou contravenção. Não é necessário que o fim ilícito se caracterize como infração penal para condenar-se uma associação de fins puramente políticos que não se caracterize como partido político nos termos do art. 17. Exigindo ‘fins lícitos’ para a legitimidade do direito de associar-se, a Constituição veda as associações secretas, pois que, como tais, não se têm fins explicitados, para se saber se são ou não lícitos. Por outro lado, uma associação pode instituir-se com fins lícitos, traduzidos em seu estatuto, mas sua prática pode ser ou evoluir para objetivos ilícitos, o que justifica sua dissolução por via judicial”.⁷⁹ Considerando-se, nessa linha de exposição, que a manutenção, por parte de advogados plenos e consultores em direito estrangeiro, de contrato ou acordo ilícitos de associação entre sociedades de advogados brasileiras e sociedades estrangeiras, na forma analisada nesta exposição de motivos, constitui infração disciplinar (art. 34, II, do EAOAB), como também contravenção penal consistente no “exercício ilegal de profissão ou atividade econômica” (art. 47 da Lei de Contravenções Penais – Decreto-lei 3.688/41), resta lógico e jurídico que tais associações se apresentam contrárias ao direito e à margem da legalidade.

88. Nesse sentido, já decidiu o E. Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de segurança nº 20.219, em 30.5.1980, de que foi relator o Senhor Ministro DJACI FALCÃO, em cuja ementa lê-se: “Mandado de segurança contra ato do Presidente da República, suspendendo o funcionamento de associações civis com base no Decreto-lei nº 9.085, de 25.3.46, alterado pelo Decreto-lei nº 8, de 16.6.66... Alegação de ilegitimidade do ato impugnado, por se basear na regra inserida no art. 6º do Decreto-lei nº 9.805/46, que se contrapõe ao princípio da liberdade de associação (§ 28 do art. 153 da CF). O fim lícito constitui a base do exercício do direito de associação. A liberdade estende-se até onde não prejudique os direitos de outrem ou os interesses da coletividade. A suspensão do funcionamento da sociedade ou associação visa, em princípio coibir a continuidade de prática de atividade ilícita...” Em que pese a ambiência política autoritária da época em que se deu o julgamento, o voto do Ministro DJACI FALCÃO, acolhido pela unanimidade dos integrantes da

⁷⁹ Cf. JOSÉ AFONSO DA SILVA, na obra *Comentários Contextual à Constituição*, Editora Malheiros, 7ª edição, 2010, pág. 118.

Corte, deixa consignado: “Os *chamados direitos fundamentais, inseridos nas Cartas Políticas dos países democráticos, encontram limitações na própria ordem constitucional. A liberdade estende-se até onde não prejudique os direitos de outrem ou os interesses da coletividade, enfim, o interesse público. O seu exercício está limitado ‘par la liberté d’autrui et la securité publique’, como dizem os franceses. É o que se vê consagrado no preâmbulo da Constituição francesa de 1958, na Constituição italiana (art. 18) e na Constituição da República Federal da Alemanha (arts. 2º e 9º). Veja-se, por exemplo, o seguinte conceito emitido em sentença da Corte Constitucional italiana:...Afastada a inconstitucionalidade da norma legal que atribui ao agente administrativo (Presidente da República) a faculdade de agir, cabe apreciar a alegação de que houve abuso de poder. Nesse ponto, a meu ver, inidôneo é o mandado de segurança nas circunstâncias do caso.”*

89. Assim, soa justo e conseqüente afirmar que os advogados brasileiros, ao decidirem associar-se para a constituição de uma sociedade de advogados, ou mesmo estabelecer pacto associativo ou de cooperação com uma sociedade de advogados estrangeira, estão livres para fazê-lo desde que sejam observados os limites estabelecidos nas normas constitucionais, legais e regulamentares aplicáveis à profissão de advogado e de consultor em direito estrangeiro no Brasil, tanto em nível individual quanto sob a forma de sociedade. A não ser assim, a “*associação/cooperação*” se desnatura e ingressa no terreno da ilegalidade, sujeitando seus sócios e dirigentes às sanções disciplinares, civis e criminais que sejam aplicáveis.

90. Daí se vê, em conclusão deste tópico, que as normas insculpidas nesses dois Provimentos do CFOAB, que não deixam de ser complementares entre si, apresentam-se de todo necessárias, adequadas, razoáveis e proporcionais para o atingimento dos fins de interesse público e coletivo a que se propõem. Bem por isso, angariam inequívoca compatibilidade constitucional.

Das ‘associações’ e ‘cooperações’ lícitas e legítimas entre escritórios brasileiros e firmas estrangeiras de advocacia

91. Em que pesem todas essas considerações explicativas do sentido e alcance das normas e princípios aplicáveis à profissão de advogado e às sociedades de que fazem parte, é bem de ver que podem existir relações bilaterais de cooperação perfeitamente válidas e saudáveis entre escritórios brasileiros e firmas estrangeira. Os acordos, formalizados ou não, para fins de mútua recomendação de clientes, normalmente ajustados sem cláusula de exclusividade, inspirados na intenção comum de melhores esforços (“*best efforts*”), para intercâmbio de experiências profissionais, para promoção e participação de eventos culturais-jurídicos, até mesmo para oferecimento de estágio de advogado brasileiro no escritório estrangeiro no exterior, e vice-versa, são perfeitamente lícitos e se acomodam nas atividades inter-relacionais entre colegas de profissão e escritórios de advocacia. O mesmo se há de dizer com referência às relações multilaterais entre vários escritórios de advocacia, desenvolvidas no âmbito de redes regionais ou mundiais de sociedades de advogados (“*law firms network*”), ou mesmo de associações internacionais com especialidade temática que congregam profissionais da advocacia e seus respectivos escritórios. Assim, por exemplo, ser membro de conhecidas redes de escritórios, como *Lex Mundi*, *Terralex*, *Interlex*, *Advoc*, *International Bar Association* ou da *International Section* da *American Bar Association*, bem como de entidades como *International Trademark Association* (INTA), na área do Direito da Propriedade Intelectual, *International Fiscal Association* (IFA), na área do Direito Tributário, e a *Association Internationale de Droit des Assurances*, na área do Direito Securitário, não constitui por certo a mais mínima violação das normas e princípios constantes do marco regulatório da advocacia brasileira.

Aliás, esse aspecto restou bem ressaltado na decisão em comento da 4ª Câmara Recursal da OAB, de São Paulo, onde lê-se: “...Isto, porém, não impede que referidas sociedades mantenham, entre si, cooperação desprovida de qualquer tipo de ingerência operacional ou outra conduta capaz de diminuir a independência profissional das sociedades e advogados brasileiros. Tal cooperação, que possibilita o aprimoramento e capacitação dos advogados e estagiários brasileiros, jamais poderá transformar-se em associação velada destinada a captar clientes ou permitir que

escritórios e sociedades não autorizadas a exercer a advocacia gerenciem ou participem da administração dos escritórios nacionais”.

No mesmo sentido, está o parecer do Dr. ORLANDO GIACOMO FILHO, aprovado pela Comissão Nacional de Sociedades de Advogados do CFOAB, que aduz: “33. *Dirão alguns mais desavisados: Então qualquer forma de cooperação entre sociedades de advogados brasileiras e estrangeiras é proibida. Evidentemente que não. As sociedades de advogados brasileiras vem cooperando ou se aliando a suas congêneres em outros países, como disse, há mais de 60 anos. Esta interação se dá em associações internacionais como a International Bar Association, na International Section da American Bar Association e em outros fóruns internacionais. Ocorre, igualmente, em algumas alianças internacionais de sociedades de advogados com origem em diversos países, das quais provavelmente a mais conhecida seja a Lex Mundi, que conta com quase 200 sociedades de advogados, que cooperam em bases não exclusivas. E todos os dias, na verdade, esta cooperação se dá em projetos específicos. Outras também importantes e conhecidas existem, como, por exemplo a Terralex, a Interlex etc.*” De igual maneira, concluiu o Dr. FERNANDO KRIEG DA FONSECA, no parecer apresentado à Comissão Nacional Relações Internacionais do CFOAB: “*Por outro lado, parece-me que advogados brasileiros ou até mesmo sociedades de advogados inscritas na OAB podem manter relação com pessoas jurídicas estrangeiras (com atuação exclusivamente fora do Brasil e que aqui, obviamente não podem atuar), desde que isso não interfira no exercício da advocacia dentro do Brasil, não importe em ingerência de qualquer natureza, especialmente operacional, de gestão e financeira e, especialmente, não envolva captação ou agenciamento de clientes ou casos”.*

92. É assinalável, por derradeiro, que o EAOAB, bem como os Provimentos editados pela Ordem dos Advogados do Brasil, por força do princípio da *territorialidade*,⁸⁰ aplicam-se ao

⁸⁰ De um modo geral, o princípio da territorialidade aplica-se a vários ramos da ciência do Direito, de modo a atrair para a regência da legislação de cada país os fatos e atos jurídicos ocorridos ou realizados no território nacional respectivo. Como explica JACOB DOLINGER, em *Direito Internacional Privado – Parte Geral* (Editora Renovar, 7ª edição, 2003, p. 300-301) – “*Territorialidade - é o regime de direito internacional privado que determina a aplicação irrestrita da lei local, sem tomar em consideração a nacionalidade ou o domicílio da pessoa em matéria de estatuto pessoal*”. Com isso, a extra-territorialidade das leis nacionais são consideradas exceções a essa regra geral e dependem do quanto

exercício da advocacia tão apenas no território nacional, desse modo não regendo a atuação dos advogados e escritórios brasileiros no exterior, que ficam sujeitos à legislação própria e normas corporativas da profissão de advogado em cada país. A bem dizer, cada Estado e cada órgão ou entidade (nacional ou local) de representação da classe dos advogados é, por princípio, livre e independente para ditar os requisitos e condições de atuação dos advogados e das sociedades de advogados estrangeiros em suas respectivas jurisdições. As eventuais leis de cogência pública a que devam observância os atos de regulamentação corporativa são, a sua vez, da competência própria do órgão legislativo (Parlamento, Assembléia, Câmara, Senado etc.) de cada Estado Nacional.

93. Ficam ressalvadas, naturalmente, as normas internacionais ou acordos de reciprocidade de tratamento que possam existir entre as nações e suas respectivas corporações de advogados. Assim, por exemplo, Brasil e Portugal são signatários do Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta assinado em Porto Seguro, em 22 de abril de 2000, e promulgado no Brasil pelo Decreto nº 3.927, de 19 de setembro de 2001. Esse tratado disciplina as relações entre os dois países para o alcance de objetivos comuns de desenvolvimento econômico, social e cultural, sendo certo que o artigo 46 dispõe expressamente que - “*os nacionais de uma das Partes Contratantes poderão aceder a uma profissão e exercê-la, no território da outra Parte Contratante, em condições idênticas às exigidas aos nacionais desta última.*” No que

dispuserem os Tratados específicos (bilaterais ou multilaterais) e os Tratados e Convenções Internacionais sobre aplicação das normas jurídicas no tempo e no espaço transnacional, a exemplo do Código de Bustamante e do Tratado de Direito Civil Internacional, de 1940. Assim, por exemplo, no âmbito do Direito Penal, o art. 5º do Código Penal Brasileiro (Decreto-lei 2.848, de 1940) preceitua que - “*aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional*”. No campo das obrigações civis, o art. 9º da *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro* (antiga *Lei de Introdução ao Código Civil*, objeto do Decreto-lei nº 4.657, 1942) prescreve que - “*para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem*”; e, de um modo geral, no art. 1º, § 1º, determina que - “*nos Estados, estrangeiros, a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, se inicia três meses depois de oficialmente publicada*”. Consulte-se, ainda, a obra clássica de CELSO DE ALBUQUERQUE MELLO, que sustenta, em síntese: “*...O sistema da territorialidade é aquele em que o delito deve ser punido no território do Estado em que foi praticado. O Estado, em virtude da sua soberania, tem competência exclusiva sobre os atos praticados no seu território...Ele se justifica, vez que o poder estatal é o que mantém a ordem no seu território*”. (em *Curso de Direito Internacional Público*, Editora Renovar, 15ª edição, 2004, 2º volume, pág. 1011).

respeita diretamente à advocacia, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil aprovou e publicou o Provimento nº 129, de 8 de dezembro de 2008, que disciplina a inscrição de advogados de nacionalidade portuguesa junto à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). O citado Provimento prevê que o advogado de nacionalidade portuguesa, em situação regular na Ordem dos Advogados de Portugal, pode inscrever-se nos quadros de advogado da OAB, devendo apresentar, dentre outros documentos, fotocópia do processo completo da inscrição principal como advogado na Ordem dos Advogados Portugueses. Por seu turno, em Portugal, o Regulamento de Inscrição de Advogados e Advogados Estagiários n.º 232/2007, de 04 de setembro de 2007, dispõe que os cidadãos de nacionalidade brasileira diplomados por qualquer faculdade de Direito no Brasil ou em Portugal, legalmente habilitados a exercer a advocacia no Brasil, podem inscrever-se na Ordem dos Advogados Portugueses, com dispensa da realização de estágio e da obrigatoriedade de realizar exame final de avaliação e agregação, devendo apresentar, dentre outros documentos, cópia do processo completo da inscrição principal como advogado na OAB.

94. Com efeito, a questão das “associações” ou modelos de “cooperação”, formalizados ou não, entre advogados e escritórios brasileiros, de um lado, e advogados e escritórios estrangeiros, de outro lado, para viger exclusivamente no exterior, refogem, em linha de princípio, ao alcance regencial das normas atinentes ao marco regulatório da advocacia brasileira. Assim, a expansão e atuação dos escritórios brasileiros no exterior submetem-se à regulação de cada país e das ordens e conselhos profissionais locais. O que se exige, pelo comando do art. 2º, VI, do Provimento 91/2000 do CFOAB, é a demonstração do regime de reciprocidade de tratamento, de maneira que o advogado brasileiro possa, ao menos, exercer a atividade de consultor em direito estrangeiro nos países de origem do advogado alienígena que pretenda obter, junto à OAB, a inscrição como consultor em direito estrangeiro no Brasil, com as vedações já indicadas.

V - DAS INFRAÇÕES DISCIPLINARES, DO EXERCÍCIO ILEGAL DE PROFISSÃO E DAS VIOLAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA TRIBUTÁRIA

Das infrações disciplinares

95. Impõe-se ressaltar que as práticas de condutas desviantes consistentes em infração disciplinar, exercício ilegal de profissão e violação da ordem econômica tributária perpetradas por advogados brasileiros ou estrangeiros, e suas respectivas sociedades, hão de ser investigadas em profundidade, valorando-se os aspectos fáticos subjacentes aos “*contratos/acordos*” de “*associação/cooperação*” celebrados. O que mais importa nesse campo investigativo não é a literalidade dos instrumentos formais dos contratos e ajustes firmados, que podem não raro camuflar objetivos e operações ilícitas de todo tipo e modelagem a fim de atalhar as normas e princípios que integram o marco regulatório da advocacia brasileira. Nesse contexto, cada caso é um caso e não se deve fazer pré-julgamentos ou diagnósticos generalizados. O que não tem cabimento, contudo, é o exame apenas de superfície e formalista dos atos de associação e de cooperação, em análise apenas *jus-positivista/literal/gramatical* acerca de relações negociais que extravasam a literalidade dos vínculos contratuais.⁸¹ Para esse mister, os órgãos da Ordem dos Advogados do Brasil, do Ministério Público e das Fazendas Públicas envolvidas deverão desvendar os subterrâneos da operação e perquirir com apoio de todos os meios de prova em direito admitidos. Notadamente a prova indireta e a

⁸¹ Sobre essa postura interpretativa, vale consultar o judicioso artigo de LENIO LUIZ STRECK, “*Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ensaios sobre a cegueira positivista*”, que se inicia com a invocação da advertência de JOSÉ SARAMAGO no admirável *Ensaio sobre a cegueira*, assim exteriorizada: “*Se puderes olhar, vê. Se podes ver, repara*”. Eis, no particular aspecto, a mensagem do respeitado jurista brasileiro: “...*Compreender é um existencial, que é uma categoria pela qual o homem se constitui. A faticidade, a possibilidade e a compreensão são alguns desses existenciais...Nesta quadra do tempo, na era das Constituições compromissórias e sociais, enfim, em pleno pós-positivismo, uma hermenêutica jurídica capaz de intermediar a tensão inexorável entre o texto e o sentido do texto não pode continuar a ser entendida como uma teoria ornamental do direito, que sirva tão somente para colocar ‘capas de sentido’ aos textos jurídicos...Com efeito, há sempre um significado do texto (e texto é sempre um evento) que não advém tão-somente do ‘próprio texto’, mas, sim, de uma análise de decisões anteriores, da aplicação coerente de tais decisões e da compatibilidade do texto com a Constituição*” (no artigo “*Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ensaio sobre a cegueira positivista*”, na Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, vol. 52, janeiro/junho 2008, págs. 134 e segs.). Enfim, trata-se de cumprir a mensagem evangélica externada por São MATEUS (Mt, 11,25): “*Felizes sóis vós, porque vossos olhos vêem e vossos ouvidos ouvem*”.

prova dita *indiciária*, capaz de reunir indícios probantes da conduta ilegítima e que devem ser sopesadas com sensibilidade pelos agentes de persecução. Tudo porque as condutas ilícitas praticadas no âmbito interno das pessoas jurídicas societárias, máxime quando uma delas se tratar de gigante empresa multinacional de prestação de serviços advocatícios, com centenas de sócios, estrutura grandiosa e sofisticados mecanismos de gestão, alguns deles sediados no Brasil e outros no exterior, tornam por certo árdua a tarefa de investigação. Tal se deve também porque, não raramente, esses “*contratos/acordos*” de “*associação/cooperação*” se desdobram em vários documentos, alguns deles reveláveis, outros sonegados ao conhecimento do órgão ou agente investigador. Além disso, como de costume, tais instrumentos são revestidos de *cláusula de confidencialidade*, o que dificulta ainda mais a apuração das condutas desviantes. De qualquer modo, é fundamental que, para além da superfície formal dos instrumentos celebrados, sejam levados em conta os aspectos e repercussões negociais, econômicas, financeiras e societárias decorrentes desses negócios jurídicos, inclusive a reação do mercado da advocacia, em nível local e internacional, a percepção das empresas clientes, enfim, as perdas e ganhos, diretos e indiretos, que a operação resultou para as partes envolvidas e para o entorno da concorrência. A não ser assim, tudo não passará de um exame perfunctório e formalista, que certamente não conseguirá levantar o véu do simulacro da operação. Trata-se, em suma, de *desmascarar o embuste, o que nem sempre é fácil*.⁸²

96. No plano da Filosofia do Direito, tem-se nessa perspectiva o velho confronto entre o discurso jurídico e a realidade social, ou seja, entre o plano palpável e contingente da vida e os enunciados idealistas das normas jurídicas. É o drama recorrente e desafiador das sociedades humanas reguladas pelo Direito, que se debatem entre o “*sein*” e o “*solen*”, vale dizer, entre o que é e o que deve ser. Os comentários magistrais de MIGUEL REALE ilustram esse contexto: “...*Outras vezes, porém, vai-se além de expressões puramente formais (consideradas, no fundo, de caráter imaginário, ou fictício) para afrontar-se um problema de conteúdo ou de infraestrutura, apresentando-se, então, o Direito, como o faz o realismo*

⁸² Essa expressão não é minha. Utilizou-a CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ, ao tratar do *desvio de poder* na Administração Pública, na obra “*Do desvio de poder*”, Editora RT, 1964, pág. 17. Cf., também, de minha autoria, com essa citação, SIQUEIRA CASTRO, CARLOS ROBERTO, no artigo *Consideração acerca do desvio de poder na Administração Pública*, publicado na revista *Arquivos do Ministério da Justiça*, Rio de Janeiro, vol. 33, nº 138, abril-junho de 1976, págs. 92-105.

*escandinavo (Karl Olivecrona, Alf Ross e outros), como asserções normativas que correspondem a ‘exigências de fato’ no plano da ação julgada necessária, fundando-se a sua validade, não como valor ou norma superior, mas como linguagem determinada pela eficácia da ação ou conduta...A ‘forma’, assim entendida, como tipificação garantidora dos comportamentos que prefigura e legitima (e a ‘previsibilidade’, já o dissemos, foi fermento da cultura) reflete a plenitude da ‘positividade jurídica’, dado que esta não pode ser desligada no momento da ‘vigência’, para só confundir com o outro momento, igualmente necessário e correlato: o da ‘eficácia social’ dos preceitos...Uma norma não surge como arquétipo ou esquema ideal, mas como elemento integrante de um ‘modelo de uma classe de ações exigida, permitida ou proibida’, em virtude da opção feita por dada forma de comportamento. A regra de Direito é, pelo visto, um esboço de ação, ou melhor, a indicação de um ‘sentido’ que envolve sempre problemas concretos de interpretação, de correspondência necessária entre o seu enunciado e as conjunturas histórico-axiológicas”.*⁸³

97. Isto posto, creio fundamental observar que todas as apontadas formas de atuação indevida por parte de advogados e consultores em direito estrangeiro constituem, em tese, as infrações disciplinares tipificadas no art. 34, incisos I e II, do EAOAB, nos termos seguintes: Art. 34 – *Constitui infração disciplinar:* I – *exercer a profissão, quando impedido de fazê-lo, ou facilitar, por qualquer meio, o seu exercício aos não inscritos, proibidos ou impedidos;* II – *manter sociedade profissional fora das normas e preceitos estabelecidos nesta Lei.*⁸⁴ Assim sendo, diante das múltiplas denúncias que ultimamente têm sido noticiadas acerca de condutas desviantes envolvendo advogados e sociedades de advogados, de um lado, e consultores e sociedades de consultoria em direito estrangeiro, de outro lado, impõe-se a fiscalização rigorosa e a

⁸³ REALE, MIGUEL, em *Filosofia do Direito*, Editora Saraiva, São Paulo, 1999, págs. 289, 604 e 606.

⁸⁴ PAULO LUIZ NETTO LÔBO, assim comenta esse tipo infracional: “A segunda hipótese proíbe a participação do advogado em sociedade de advogados fora do modelo estabelecido no Estatuto. Como exemplos: sociedade que tem por finalidade advocacia associada com outra atividade (contabilidade, projetos econômicos etc.); sociedade que tem finalidade de atividade de advocacia e não está registrada na OAB, mas em outro registro público; sociedade de advogados que adota modelo mercantil” (na obra *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*, Editora Saraiva, 3ª edição, 2002, pág. 190). Impõe-se acrescentar nesse elenco de infrações a sociedade de advogados que celebra “contrato/acordo” de “associação/cooperação” com firma estrangeira com violação do EAOAB ou dos Provimentos 91/2000 ou 112/2006, notadamente que importe em perda ou diminuição da identidade institucional ou da autonomia de gestão, consoante aclarado e detalhado nesta proposta de Provimento.

persecução efetiva de tais infrações por parte das Seccionais da OAB. Considere-se, para tanto, de consonância com o art. 51 do Código de Ética e Disciplina, que – “o processo disciplinar instaura-se de ofício ou mediante representação dos interessados”.

Do exercício ilegal de profissão

98. Além disso, algumas infrações disciplinares desse jaez podem tipificar a prática da contravenção penal consistente no *exercício ilegal de profissão ou atividade econômica*, prevista como injusto penal no art. 47, do Decreto-Lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais), *in verbis*:

Art. 47. Exercer profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a que por lei está subordinado o seu exercício:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis.

A contravenção penal se verifica tanto pela efetiva prática da profissão (cf. verbo típico “*exercer*”), quanto pela divulgação da notícia de tal exercício (cf. verbo típico “*anunciar*”), e exige, para sua configuração, que a profissão ou atividade esteja regulamentada por norma que disponha sobre as condições do seu exercício, condições essas que, necessariamente, não preencha o sujeito ativo da conduta.

Estando a profissão de advogado regulamentada pela Lei 8.906/94 que, em seu artigo 3º, condiciona o exercício da atividade à prévia inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil⁸⁵, certo é que configura ilícito penal o exercício da profissão ou o anúncio de seu exercício por indivíduo que não disponha de registro na OAB.⁸⁶ Nesse sentido, o estrangeiro que desejar exercer a profissão de advogado no Brasil e o nacional que seja graduado

⁸⁶ Dispõe o art. 3º, da Lei n. 8.906/94: “Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil”. Os requisitos para a inscrição como advogado estão previstos no art. 8º, do mesmo diploma legal.

fora do país, devem igualmente obter inscrição junto à Ordem dos Advogados do Brasil, atendendo, para tanto, os requisitos do art. 8º da Lei n. 8.906/94.

99. Questão controversa na jurisprudência diz respeito à necessidade do requisito da “*habitualidade*” para caracterização da contravenção penal. A despeito das vozes dissonantes, são encontráveis na doutrina⁸⁷ e na jurisprudência opiniões no sentido de que não haveria que se falar em exercício da profissão sem o requisito da habitualidade. Corroborando tal ponto de vista, confirmam-se os julgados abaixo colacionados:

“Configura-se o exercício ilegal de profissão ou atividade, previsto no art. 47 da LCP, na hipótese em que o agente, sem estar regularmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, patrocina diversas causas, caracterizando dessa forma não o concurso material, mas a habitualidade exigida para a tipicidade da contravenção”. (TACRIMSP – AC – Rel. Lagrasta Neto – j. 16.01.2001 – rolo-flash 1386/221)

“Exercício ilegal da profissão. Advogado suspenso pela Ordem dos Advogados do Brasil e que, não obstante, assina, com outro profissional, inicial de ação executiva. Ato isolado. Exercício de advocacia exige o requisito de habitualidade. Ato esporádico e sem maior significado não basta para tipificar a infração do art. 47 da Lei das Contravenções Penais”. (Juricrim – Franceschini, n. 2.235)

Para os partidários do ponto de vista acima externado, no entanto, a habitualidade não constitui requisito para a segunda conduta incriminada, representada pelo verbo típico “*anuncia*”. Assim, no caso da divulgação do exercício da profissão (sem

⁸⁷ A exemplo de RICARDO ANTONIO ANDREUCCI, para quem “*uma só prática ou um único ato não comprova o efetivo exercício ilegal da profissão*” (na obra *Legislação penal especial*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 467). No mesmo sentido, GUILHER DE SOUZA NUCCI, em *Leis penais e processuais penais comentadas*, Editora Revista dos Tribunais, 4ª edição, São Paulo, 2009, p. 205.

preenchimento das condições legais), o delito seria instantâneo, consumando-se no momento do anúncio. Nessa moldura delitiva pode incluir-se, dentre outras práticas, a divulgação conjunta, no Brasil, das razões sociais e logomarcas do escritório brasileiro e da firma estrangeira para a prestação de serviços jurídicos interditados à sociedade de consultoria em direito estrangeiro, notadamente o procuratório judicial e a consultoria ou assessoria em direito local (art. 1º, § 1º, do Provimento 91/2000 do CFOAB).

100. Por não haver previsão de figura culposa, a contravenção apenas se verifica quando praticada com dolo, sendo, para tanto, necessário que o sujeito ativo conheça sua condição de não inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. Nesse sentido, à guisa de exemplificação, e levando em conta as afirmações que se contêm no item 3 do ilustrado parecer do Professor LUÍS ROBERTO BARROSO, encomendado pelo escritório Campos Mello Advogados (CMA), em associação com a firma norte-americana DLA Piper, aquela sociedade de advogados, e seus sócios, têm perfeito conhecimento das normas e princípios constantes do marco regulatório da advocacia brasileira, de modo que assinaram os “*contratos/acordos*” de “*associação/cooperação*”, e quiçá outros mais documentos cujo teor se desconhece, com as intenções próprias e conscientes que determinaram a sua celebração.⁸⁸

101. Vale lembrar, ainda, que o tipo penal em questão é “*de perigo*”, a significar que não se exige a constatação de qualquer prejuízo decorrente da conduta do sujeito ativo para configuração da contravenção. Basta, assim, para a consumação do delito, a potencialidade de dano.

Das violações à ordem econômica tributária

102. Como se não bastassem as infrações disciplinares e a penalização contravencional dessas condutas desviantes, tem oportunidade acrescentar que o modelo desautorizado de “*associação/cooperação*” adotado por alguns escritórios brasileiros

⁸⁸ Com efeito, deixou consignado o parecer em referência: “*Para conhecimento do público, a parceria passou a ser identificada pelo CMA no seu próprio material de divulgação (e.g., em cartões de visita, no ‘site’ oficial do escritório, e em endereços e assinaturas de e-mails*”.

e firmas estrangeiras pode ensejar práticas de evasão fiscal e tratamento tributário desigual em face dos advogados e sociedades de advogados brasileiros que cumprem, como devido, as normas e princípios constantes do marco regulatório da advocacia brasileira.

103. Como é cediço, uma pessoa jurídica devidamente constituída no Brasil é tributada, em geral, pelo Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ, Contribuição Social sobre o Lucro – CSL, contribuição ao Programa de Integração Social – PIS e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, dentre outros tributos. Além disso, tratando-se de prestação de serviços jurídicos, tem-se também a incidência do Imposto sobre Serviços – ISS, por força do disposto no art. 1º da Lei Complementar nº 116/2003 c/c item 17.14 de sua Lista Anexa⁸⁹.

Significa dizer, destarte, que uma sociedade de advogados organizada no Brasil base no Provimento 112/2006, bem como uma sociedade de consultoria em direito estrangeiro constituída ao abrigo do Provimento 91/2000, que prestem serviços jurídicos no País, cada uma delas no seu campo específico de atividades advocatícias, submetem-se, em linhas gerais, ao regime tributário previsto na legislação federal e municipal atinentes aos tributos acima discriminados.

Infelizmente, percebe-se que, na prática, esse não é o compromisso e a conduta tributária que tem sido adotado por algumas firmas estrangeiras que vieram se instalar no Brasil nos últimos anos, valendo-se de “*contratos/acordos*” de “*associação/cooperação*” com escritórios brasileiros. Por meio de tal expediente, serviços jurídicos prestados em nosso país (supostamente serviços de consultoria em direito alienígena) a clientes estrangeiros, ou seja, a empresas sediadas no exterior, não têm gerado o recolhimento de tributos devidos no Brasil.

104. Essas estruturas associativas transnacionais não raro abrem ensanchas para que o pagamento de honorários advocatícios seja feito diretamente entre a empresa estrangeira e a

⁸⁹ “Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

“17 – Serviços de apoio técnico, administrativo, jurídico, contábil, comercial e congêneres.

(...)

17.14 – Advocacia.”

sociedade de advogados situada no exterior, ainda que o serviço tenha sido efetivamente prestado no Brasil. Nessas circunstâncias, que não são mera conjecturas, os valores correspondentes aos honorários advocatícios devidos em contraprestação de serviços jurídicos prestados no Brasil, mas pagos no exterior, não se convolvam em base de cálculo dos tributos que deveriam ser recolhidos notadamente à Receita Federal, uma vez que a geração de renda por tais serviços profissionais configura fato imponible do IRPJ, CSL, PIS e COFINS⁹⁰.

105. Mas, não é só. Esse mesmo padrão desviante de faturamento (entre matrizes no exterior de escritório de advocacia e empresa estrangeira cliente) pode também ser aplicado, conforme a hipótese, aos serviços jurídicos prestados às empresas constituídas no Brasil, bastando, para tanto, que dita empresa seja controlada por pessoa jurídica estabelecida no exterior, com quem as sociedades de advogados brasileira e estrangeira, em regime de “associação/cooperação”, mantenham relação profissional.

Nessa perspectiva, avultam os efeitos nefandos que essas estruturas operacionais de caráter transnacional suscetíveis de serem adotadas por escritórios estrangeiros que atuam no Brasil, via “contratos de associação” ou “acordos de cooperação” com bancas nacionais, podem causar ao mercado brasileiro de advocacia. Avulta também, nesse contexto, a concorrência desleal e o ganho de competitividade por parte dos partícipes dessas “associações/cooperações”, que podem inclusive descambar para um autêntico “*concilium fraudis*”, em face dos autênticos escritórios brasileiros, estes inapelavelmente sujeitos aos rigores da elevada carga fiscal vigente no Brasil. Em suma: os de fora, e também os de dentro conluiados com os de fora, não pagam tributos no Brasil, ao passo que os escritórios brasileiros, mas sem alianças externas, sofrem os efeitos de uma carga fiscal impenitente. Se tudo não bastasse, considerando a natureza da atividade em comento, ou seja, de prestação de utilidade *não corpórea* (serviços jurídicos), tem-se, de um lado, a maior facilidade de se evadir do recolhimento do tributo brasileiro, e, de outro, a maior dificuldade de controle por parte da Autoridade Fazendária respectiva, particularmente da Receita Federal do Brasil – RFB.

⁹⁰ Isto porque o ISS é recolhido às Fazendas Municipais sob o regime especial aplicável às sociedades uniprofissionais, nos termos do art 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei 406, de 1968, desde que todos os prestadores de serviço integrantes da sociedade pertençam à mesma categoria profissional.

106. Nesse ponto, é importante ressaltar que não se está aqui a questionar estruturas societárias constituídas que, dependendo da materialidade das operações que realizam, possam ter por objetivo válido minimizar o impacto tributário sobre elas, como se dá, por exemplo, em projetos de planejamento tributário legais e legitimamente implementados.

O cerne da questão aqui é outro, uma vez que a evasão fiscal qualifica-se como crime contra a ordem tributária, em especial nos termos do inciso I dos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/1990⁹¹, sem falar no próprio prejuízo causado ao Erário público, em face do não recolhimento de tributos incidentes sobre operações realizadas no Brasil.

107. O mais grave de tudo, nesse alvitrado contexto de ilicitudes, é a perspectiva, real e não fantasiosa, de alguns mega escritórios estrangeiros virem a atuar no Brasil de forma abusiva em face de alguns modestos escritórios brasileiros, na medida em podem valer-se, para implementar projetos de ampliação de lucros e de redução de custos, de uma estrutura operacional apenas formalmente “nacionalizada” e centrada em uma nítida “posição dominante”, mediante “contratos/acordos” de “associação/cooperação” celebrados com bancas nacionais de menor porte. Pode inclusive exsurgir, nesse cenário de *valimento pela dominação*, sérios indícios de concorrência desleal, de acordo com a prática infracional tipificada no inciso IV do art. 20 da Lei nº 8.884/1994⁹².

⁹¹ “Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornece-la em desacordo com a legislação.

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo.”

⁹² “Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

(...)

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.”

VI - CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ABERTURA DO MERCADO DE SERVIÇOS JURÍDICOS E AS REGRAS DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO - OMC

108. Um aspecto que não pode deixar de ser abordado, eis que suscitado por alguns articulistas, é relativo à suposta necessidade de abertura do mercado de serviços jurídicos para escritórios estrangeiros para fins de observância das regras da Organização Mundial do Comércio - OMC.

109. Faz-se útil, de início, uma breve retrospectiva histórica acerca da regulação do comércio internacional de serviços nos dias atuais. É sabido que, ao final da Segunda Guerra Mundial, as nações vitoriosas buscaram criar instituições que promovessem, não só a desejada estabilidade monetária e o desenvolvimento econômico no período do pós-guerra, como foi o caso do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial, mas que também regulasse o comércio internacional de forma ampla, com o objetivo de evitar a utilização de práticas protecionistas capazes de gerar novos conflitos.

O organismo idealizado para congrega a maioria dos países em torno de um amplo acordo de comércio, a Organização Internacional do Comércio, acabou não podendo implementar-se, ante a falta de interesse político de alguns Estados nacionais, o que deu lugar, inicialmente, a uma pactuação de espectro mais restrito conhecido como o primeiro instrumento multilateral de comércio internacional, consistente no *Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio*, o GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), firmado em 1947, inclusive pelo Brasil.

110. É certo que esse acordo, em função das peculiaridades econômicas da época de sua celebração, contemplava quase que exclusivamente o comércio de bens, uma vez que o comércio internacional de serviços era então pouco expressivo.

O GATT pautava-se, como fundamento básico para evitar discriminações entre seus subscritores (então denominados *Partes Contratantes*), no princípio da *Nação Mais Favorecida*, que consistia em estender aos demais Estados membros, de forma

automática e igualitária, qualquer benefício fiscal-tarifário que viesse a ser concedido a outro Estado signatário. Era, enfim, um instrumento que garantia às *Partes Contratantes*, na eventualidade de alguma negociação futura vir a oferecer um benefício maior para determinado país, tal tratamento favorecido ser estendido aos demais países de forma automática e independente de qualquer novo entendimento. Essa medida por certo contribuiu sobremodo para impulsionar as negociações internacionais com vistas à redução das tarifas de importação, pois acabava com o receio de cada país de negociar um acordo em condições menos favoráveis e que pudessem ser posteriormente negociado em condições mais favorecidas como algum outro país.

111. Outro princípio basilar do GATT constava da cláusula do “*Tratamento Nacional*”, que consistia em conceder ao produto importado, após o seu desembaraço aduaneiro, o mesmo tratamento que era dado aos produtos produzidos internamente em cada país. Isto garantia que o produto importado, após o pagamento dos tributos incidentes sobre a importação, teria de ser taxado internamente como se produto nacional fosse, sem nenhuma sobre-tarifa ou acréscimo fiscal discriminatório.

112. Com o passar dos anos, em função do crescimento vertiginoso da economia mundial, o setor de serviços passou cada vez mais a ter maior importância nas relações internacionais de trocas. Mas, por não ter sido contemplado pelo GATT, o comércio internacional de serviços carecia de uma regulamentação que disciplinasse seu funcionamento em âmbito multilateral.

Dessa forma, as *Partes Contratantes* do GATT, inspiradas na conveniência de regulamentar a questão do comércio internacional de serviços, além, de outras questões de relevância, como as práticas do “*dumping*” e dos subsídios internos para favorecer o custo das exportações de “*commodities*” e de toda sorte de produtos manufaturados, e que muitas vezes eram tratadas pelo GATT de forma apenas secundária e incompleta, decidiram iniciar uma rodada de negociações, em 1984, com o propósito de incluir no GATT tais aspirações.

113. Floresceu, aí, a *Rodada Uruguai*, que terminou apenas em 1994, culminado com a criação da Organização Mundial do Comércio – OMC e com a celebração de diversos acordos multilaterais de comércio entre os agora chamados *Membros da*

OMC (e não mais *Partes Contratantes*), entre eles aquele que, pela primeira vez, tratou especificamente da questão dos serviços, a saber o *Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços - GATS (General Agreement on Trade in Services)*.

É importante estabelecer, neste passo, as diferenças essenciais entre o *comércio de bens* e o *comércio de serviços*, que esteve na base das negociações de que resultaram o GATS. A propósito, expõe VERA THORSTENSEN em reconhecida obra dedicada à Organização Mundial do Comércio, aonde serviu por muitos anos junto à Missão Brasileira em Genebra: “*Outra distinção é sobre a forma dos governos protegerem as suas indústrias domésticas. Bens podem ser protegidos através da imposição de tarifas ou de medidas na fronteira, como restrições quantitativas ou quotas. Serviços, por sua própria natureza, são protegidos através de regulamentos nacionais sobre o investimento e regras sobre a participação dos prestadores de serviços estrangeiros na economia doméstica. Tais regras podem impedir a participação de um prestador em determinada área, ou pode discriminar entre o prestador nacional e o estrangeiro, ou ainda, dar tratamento diferenciado ou menos favorável aos prestadores de diferentes países...A negociação do setor de serviços assumiu, assim, uma forma distinta de negociação do setor de bens. No setor de bens foram negociadas regras gerais que passaram a ser aplicadas a todos os segmentos, a chamada negociação de ‘cima para baixo’ (‘top down’). No setor de serviços, a liberalização se dará de forma progressiva, materializando-se através da consolidação da abertura de cada segmento em listas positivas de compromissos, ou uma negociação chamada de ‘baixo para cima’ (‘bottom up’)*”.⁹³

114. Cumpre consignar, nesse particular, que a Rodada Uruguaí teve lugar numa época em que o setor de serviços começava a sinalizar sua hegemonia sobre o setor de produção de bens, mas na qual não havia um consenso sobre todas as questões envolvidas, o que causava preocupações entre os negociadores do novo acordo. Por essa razão, não foi possível chegar a uma liberalização de maior proporção do mercado internacional de serviços, conforme havia ocorrido no âmbito do GATT. Tal característica foi bem delineada pela Doutora DEBRA STEGER, em

⁹³ Cf. THORSTENSEN, VERA, *OMC – Organização Mundial do Comércio – As regras do comércio internacional e a nova Rodada de Negociações Multilaterais*, Editora Aduaneiras, 2ª edição, 2001, págs. 195-197.

obra dedicada ao GATS e publicada pela Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), da qual se transcreve o excerto seguinte:

“O GATS, resultado das negociações multilaterais comerciais do Ciclo do Uruguai, quando entrou em vigor em 1995, foi o primeiro acordo multilateral sobre o comércio de serviços. O GATS é produto de uma negociação longa e difícil, realizada entre um grande número de países, tanto desenvolvidos como em desenvolvimento. Assim, trata-se de um acordo complexo e detalhado. O GATS abrange um amplo campo de aplicação, na medida em que a maioria das medidas impostas pelos governos – nacional, regional e local - que afetam o comércio de serviços, com exceção dos serviços prestados no exercício da autoridade governamental e certos setores específicos, como o serviço de transporte aéreo, são cobertas pelo Acordo. Entretanto, são poucas as obrigações dirigidas a todas as medidas que afetam o comércio de serviços, destacando-se entre elas a obrigação de tratamento MFN e obrigações de transparência. Outras obrigações fundamentais, como por exemplo acesso à mercado e tratamento nacional, se aplicam somente para os Membros que se comprometeram em suas listas de compromissos específicos relativos à um setor de serviços particular”.⁹⁴

114. De fato, a incerteza sobre o futuro do setor de serviços fez com que o princípio do *Tratamento Nacional*, uma das pedras angulares do GATT, fosse relativizado no GATS, **sendo somente aplicável quando um Membro da OMC fizesse um comprometimento especial em sua lista de compromissos sobre um determinado setor de serviços**. Em outras palavras, não são todos os serviços existentes que são objeto de concessão por um determinado Membro da OMC, mas tão apenas aqueles

⁹⁴ Cf. STEGER, DEBRA, *Curso de Solução de Disputas em Comércio Internacional, Investimento e Propriedade Intelectual*, Módulo 3.13, GATS, UNCTAD, pág. 5.

serviços que um determinado Estado elegeu expressamente como passível de concessão para os demais Membros.

Assim sendo, se um determinado serviço é prestado no mercado doméstico, mas não foi objeto de concessão específica, consubstanciada pela sua inclusão na chamada *Lista de Concessões*, não assiste qualquer direito aos demais Membros da OMC de exigir que suas respectivas empresas tenham livre acesso ao mercado de serviço em questão. Ilustra essa compreensão da matéria as reportadas lições da especialista DEBRA STEGER, onde lê-se:

*“A obrigação de tratamento nacional se aplica tão somente para um setor de serviço particular relacionado na lista de compromissos específicos do Membro. Esses compromissos são descritos na coluna sobre tratamento nacional da Listas de Compromissos de cada Membro”.*⁹⁵

Em verdade, essa maleabilidade do GATS com relação a interesses e serviços heterogêneos foi o que permitiu o avanço das negociações multilaterais e a definição de uma agenda comum, como explica MARIO MARCONINI, também especialista na matéria: *“Apesar de heterogêneos entre si, os setores de serviços têm em comum a invisibilidade e intangibilidade, aspectos que sempre dificultaram o trabalho de analistas econômicos...As negociações que resultaram no ‘Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços’ – o GATS, refletiram toda a heterogeneidade e complexidade do setor de serviços...Um aspecto importante, que ajuda a explicar por que o GATS conseguiu ter a adesão de tantos países que inicialmente se opuseram veementemente à sua criação é o seu mecanismo de liberalização. Apesar de conter princípios claramente tendentes à liberalização, o GATS não obriga, nem tampouco induz seus Membros a abrirem completamente todos os*

⁹⁵ Ob. cit. pág. 32.

*setores de serviços. A liberalização deve ser ‘progressiva’, rege o Acordo, e os Membros mantêm o direito de comprometer-se apenas em setores que resolvam (como resultado de um processo de negociação com seus parceiros) incluir em sua chamada ‘Lista de Compromissos Específicos’. Além disso, mesmo para setores que os Membros resolvem ‘oferecer’, não existe a obrigação de conceder mesmo tratamento acordado a seus correspondentes nacionais para serviços e prestadores estrangeiros: o nível de abertura e/ou tratamento podem ser negociados – ou seja, o quanto ‘abrir’ um setor para a concorrência estrangeira é matéria de negociações e não parte de nenhuma premissa de automaticidade. Os princípios de acesso a mercados e de tratamento nacional não são, portanto, de aplicação automática, e sim de negociação no futuro”.*⁹⁶

Com efeito, somente existe efetiva obrigação de um Membro da OMC em facilitar o acesso a um determinado mercado de serviço se tal Estado membro manifestou concessões específicas acerca desse mercado nas suas *Listas de Concessão*. Inocorrente a concessão específica, inexistente qualquer obrigação quanto à facilitação do acesso ou mesmo quanto à abertura do mercado interno para as empresas internacionais prestadoras dos serviços de que se trate oriundas dos demais Membros da OMC.

115. No que se refere ao Brasil, ao contrário do que alguns apregoam, é certo que nosso país não assumiu qualquer compromisso no âmbito do GATS para a liberalização dos serviços jurídicos, conforme se depreende da tabela abaixo:

⁹⁶ Cf. MARCONINI, MARIO, no artigo “O Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços: o Conceito e o Regime”, constante da obra coletiva “OMC e o Comércio Internacional”, coordenada por ALBERTO DO AMARAL JÚNIOR, Editora Aduaneiras, São Paulo, 2006, págs. 95-96.

Table AIV.1

Summary of Brazil's specific commitments in individual service sectors, 2008

Mode of supply:	Market access		National treatment	
	1	2	1	2
Cross border	1		1	
Consumption abroad		2		2
Commercial presence			3	3

Commitments (■ fully bound; ▣ partial; □ unbound; – not in the Schedule)

Sector-specific commitments

1. Business services

A. Professional services:

a. Legal services ▣ ▣ ▣ ▣ ▣ ▣

b. Accounting, auditing and bookkeeping services

 - Auditing services by registered and licensed auditors ▣ □ ▣ □ □ ▣

 - Accounting and bookkeeping services ▣ □ ▣ □ □ ▣

c. Architectural services □ □ ▣ □ □ ■

d. Engineering services □ □ ▣ □ □ ■

Mode of supply:	Market access		National treatment			
	1	2	1	2		
Cross border	1		1			
Consumption abroad		2		2		
Commercial presence			3	3		
Commitments (■ fully bound; ▣ partial; □ unbound; – not in the Schedule)						
e. Urban planning and landscape agricultural services	□	□	▣	□	□	■
B. Computer and related services	-	-	-	-	-	-
C. Research and Development	-	-	-	-	-	-
D. Real Estate	-	-	-	-	-	-
E. Rental or Leasing without Operators:	-	-	-	-	-	-
F. Other Business Services:						
a. Advertising services	▣	□	▣	□	□	▣
b. Market research; management and administrative; advisory and consulting; etc.	□	□	■	□	□	■
c. Management consulting services	□	□	■	□	□	■
d. Services related to Management Consulting	□	□	▣	□	□	■

Mode of supply:	Market access		National treatment	
	Cross border	1		1
Consumption abroad		2		2
Commercial presence			3	3

Commitments (■ fully bound; ▣ partial; □ unbound; – not in the Schedule)							
o.	Building cleaning	□	□	■	□	□	■
s.	Others: translation and interpretation services	□	□	■	□	□	■

116. Dessa forma, a legislação brasileira pode dispor livre e soberanamente sobre a forma de acesso ao mercado de serviços jurídicos pátrio, sem que o nosso país possa sofrer, no âmbito da OMC, qualquer tipo de sanção por parte dos demais Membros. A desinformação que costuma grassar em torno do assunto resulta do desconhecimento da matéria ou das más intenções. As normas e princípios constitucionais, legais (notadamente a Lei 8.906/94) e regulamentares (em especial os Provimentos 91/2000 e 112/2006), que integram o marco regulatório da advocacia brasileira e que estabelecem as reportadas restrições à prática de atos privativos de advogados por parte de consultores em direito estrangeiro no Brasil, bem como com relação às sociedades de consultoria em direito estrangeiro de que façam parte e que venham a se constituir em nosso país, **não encontram o mais mínimo óbice em face das posições assumidas pelo governo brasileiro no GATS. Em razão de sua vigência e eficácia no mercado da advocacia no Brasil, nosso país não pode sofrer qualquer tipo de sanção ou retaliação em decorrência dos acordos firmados com os demais Estados no âmbito da Organização Mundial do Comércio – OMC.**

117. Nesse contexto, o exemplo da Índia é altamente explicativo, visto que essa grande nação asiática proibiu de forma total e absoluta, por força de decisão judicial da *High Court of Mumbai* (já comentada anteriormente) e do “*Advocates Act 1961*”, qualquer tipo de atuação no território indiano por parte de advogados estrangeiros, inclusive na qualidade de consultores em direito estrangeiro (“*foreign legal consultants*”). Nesse sentido, permite-se transcrever o documento preparado pela Divisão de Política de Comércio, do Departamento de Comércio do Governo da Índia (*Trade Policy Division, Department of Commerce, Government of Índia*), sob o título “*A Consultation Paper on Legal Services under GATS - in preparation for the on-going services negotiations at the WTO*”, onde lê-se de modo categórico e insofismável:

“International trade in services between 149 Members of the World Trade Organization (WTO) is regulated by the General Agreement on Trade in Services (GATS). This Agreement was negotiated during the Uruguay Round of multilateral trade negotiations and covers all service sectors and all forms of trade in services. While the GATS is a government-to-government agreement, it is of direct relevance to firms. The GATS establishes a basic set of rules for world trade in services, a clear set of obligations for each Member country, and a legal structure for ensuring that those obligations are observed. This helps identify market openness and attempts to provide predictable market access...Within the global economy, the significance of trade in services is hard to ignore. International trade in services currently amounts to well over two trillion US dollars, a sixth of total world trade...Trough the GATS negotiations, India hopes to secure better access to foreign service markets and higher levels of liberalization in service sectors. Professional services including legal services are an important part of GATS negotiations. Lawyers supplying legal services abroad usually act as ‘foreign legal consultants’ (FLC). Foreign legal consultants may provide advice in

*international law, the law of their home country or in the law of any third country for which they possess the required qualifications. Foreign lawyers are less likely to be involved in domestic law due to barriers such as qualification requirements, which are shaped along national lines...In the vast majority of countries the legal profession is practised by individual professionals or small firms, while large firms are still a phenomenon limited to a small number of Anglo-Saxon/common law countries. Top law firms are mostly from United States, United Kingdom, Canadá, France, Germany etc. though India has a very small representation...The Advocates Act, 1961, and the Bar Council of India Rules, 1975, are the rules which regulate the legal services in India and the Bar Council constituted under Advocate Act acts as the final regulating body. India has the world's second largest legal profession with more than 600,000 lawyers. According to some data available, the India commercial law practice is approximately in the order of Rs. 600 – 650 crore per annum. The service providers are individual lawyers, small or family based firms. **India has not undertaken any commitment in the legal services sector during the Uruguay Round of negotiations. It has neither offered for any commitments in legal services in its Initial Offer nor in its Revised Offer submitted at the WTO during the course of on-going Services negotiations under GATS. FDI is not permitted in this sector. International law firms are not permitted to enter into profit sharing arrangements with the persons other than Indian advocates. Foreign Law firms are not permitted to open offices in India as per the Advocates Act 1961 and they are also prohibited from giving any legal advice that could constitute practicing of India Law...***

118. Em seguida esse lúcido documento diplomático-econômico e de defesa comercial do governo da Índia comenta e justifica as restrições legais que são adotadas na maioria dos países acerca do exercício da profissão de advogado por profissionais estrangeiros e pelas sociedades de advogados com sede no exterior

“Important national treatment limitations include: nationality requirements; restrictions on partnership with local professions; restrictions on the hiring of local professionals; restrictions on the use of international and foreign firm names; residency requirements; and general discrimination in the licensing process. Nationality requirements in this sector are often based on the notion that lawyers provide a ‘public function’. Requirements to partner with or to hire locally licensed professionals prevent law firms acting as foreign legal consultants from expanding into the fields of court representation and host country law.”

119. Por aí se vê que as limitações presentemente impostas pelo marco regulatório da advocacia brasileira acham-se, de um modo geral, em perfeita sintonia com o panorama mundial da advocacia no contexto contemporâneo. A bem dizer, as apontadas tendências da comunidade de países de origem anglo-saxônica e que adotam o sistema de *common law*, aonde prevalece a ilimitada “*mercantilização*” da advocacia e a adoção de práticas heterodoxas, como a abertura do capital das sociedades de advogados para investidores externos de qualquer profissão e movidos por interesses puramente econômicos e financeiros, ***constitui uma exceção no mercado mundial da advocacia.***

120. Vale lembrar que o E. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil já se ocupou da matéria, por oportuna provocação do ilustre e prezado Presidente da Seccional

de São Paulo, LUIZ FLÁVIO BORGES D'URSO, em ofício de 2 de fevereiro de 2007, dirigido ao nosso então insigne Presidente CEZAR BRITTO, objeto do Processo nº 2007.19.00812-01. Nesse expediente, que adota como referência explicativa a ementa – *“Negociações junto à OMC para a liberalização dos serviços jurídicos no Brasil”*, o Presidente da OAB de São Paulo em boa hora deixa explicitado: *“A negociação sobre comércio de serviços tem duas frentes: a multilateral para alteração do texto do Acordo que regulamenta o setor (‘General Agreement on Trade in Services’ – GATS – assinado na Rodada Uruguai em 1994) e a liberação progressiva e transparente através de ofertas, concessões e compromissos dos membros. São doze os setores objeto de negociação: serviços comerciais, de comunicação, construção e engenharia, distribuição, educação, meio-ambiente, serviços financeiros, sociais e de saúde, viagem e turismo, audiovisual e transporte. Os serviços jurídicos são classificados como serviços profissionais que, por sua vez, são incluídos na categoria de serviços comerciais. O Brasil, como a maioria dos países em desenvolvimento, à exceção da Índia, tem um postura defensiva na negociação de serviços. Por isso é instado por outros países a abrir seu mercado...Até o presente momento, o Brasil não apresentou nenhum compromisso específico no setor de serviços jurídicos. Assim, a prestação de serviços jurídicos no Brasil, por advogados e escritórios estrangeiros, obedece ao que estiver disposto no Estatuto da OAB (EAOAB). Este, em seu art. 3º, determina que o exercício da atividade da advocacia no território brasileiro é privativo dos inscritos na OAB. Ou seja, advogado estrangeiro não pode exercer a atividade no Brasil sem a autorização da entidade de classe. Em 2000, o CFOAB editou o PROVIMENTO 91. Embora tenha um caráter bastante liberalizante ao permitir ao advogado estrangeiro, no Brasil, a prestação de serviços de consultoria em Direito estrangeiro, estabelece certas restrições, como o veto do exercício de atividade postulatória ou consultoria em Direito brasileiro, além de exigir a reciprocidade no tratamento dos advogados brasileiros no exterior. Tendo em vista que esse é o arcabouço normativo que regulamenta o exercício da advocacia no Brasil, pode-se dizer que o setor já está de certa forma aberto. Já é possível dar um parecer a um cliente estrangeiro e enviá-lo pela Internet (modo 1 de prestação de serviço jurídico conforme classificação da OMC): um estrangeiro pode vir ao Brasil e contratar um escritório de advocacia para atuar em seu nome (modo 2) e mesmo um advogado estrangeiro pode atuar como consultor no Brasil (modo 4). A apresentação de compromissos perante os*

demais membros da OMC que reflitam esse grau de abertura já concedida pelas normas em vigor, não comprometeria em nada o setor... Ocorre que as maiores demandas são pela liberalização dos modos 3 e 4 (principalmente EUA e Austrália), relativos à presença comercial e presença de pessoa física. Mas, conforme já mencionado, o modo 4 (atuação de advogado estrangeiro no Brasil) já se encontra, de certa forma, devidamente liberalizado. Entretanto, podem ainda ser consideradas barreiras ao comércio os seguintes aspectos: necessidade de visto; regulamentação nacional da profissão (exame da OAB); reconhecimento de grau/diploma ('necessity test'); requisitos de residência e experiência mínima e vetos/dificuldades nas remessas de divisas estrangeiras. **Não obstante, algumas dessas condições representam restrições impostas em quase todos os setores da atividade econômica (por exemplo, um engenheiro que viesse atuar no Brasil também teria que se submeter a essas restrições). Outras são restrições de acesso ao mercado, ou tratamento nacional, específicos para serviços jurídicos. Caso o Brasil decida apresentar sua proposta para serviços jurídico, seria conveniente que essas restrições constassem expressamente da lista de compromissos. Por outro lado, a abertura em modo 3 (presença comercial) é muito mais sensível, sobretudo 'vis-à-vis' os interesses dos escritórios nacionais. Pelas normas atualmente em vigor, não é permitida a abertura, no Brasil, de escritórios estrangeiros de advocacia...Diante do exposto e da importância do tema, apesar das negociações na OMC estarem caminhando em ritmo bastante lento no presente momento, sugerimos a Vossa Excelência que a OAB, enquanto órgão máximo de representação da classe dos advogados (i) adota, expressamente, posição junto ao Governo Federal e à sociedade civil, de modo a preservar os interesses dos advogados e escritórios nacionais nestas negociações; (ii) faça injunções junto ao Governo Federal no sentido de participar das discussões sobre o tema, assessorando-o nas negociações e auxiliando-o na tomada de decisões que envolvam esses assuntos, de modo a serem preservados os interesses nacionais."**

121. Esse ofício do ilustre Presidente da Seccional da OAB de São Paulo, LUIZ FLÁVIO BORGES D'URSO, mereceu, por despacho do então preclaro Presidente do CFOAB, CEZAR BRITTO, o parecer da lavra do Conselheiro Federal e eminente jurista SERGIO FERRAZ, na qualidade de Presidente da Comissão

Nacional de Sociedade de Advogados. Após ilustrados comentários propedêuticos acerca do sistema da OMC e dos órgãos e autoridades intervenientes do Ministério das Relações Exteriores do Brasil, o douto parecerista focaliza o alcance e finalidades do Provimento 91/2000: *“...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 negocial 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...4. Foi com vistas a essas novas realidades, não disciplinadas na Lei 8.906/94, que foi editado o Provimento nº 91, de 13 de março de 2000 (DJU, Seção I, de 24.03.2000, pág. 211), que regula o exercício da atividade de consultores (e sociedade de consultores) em direito estrangeiro no Brasil. A legitimação (e, pois, constitucionalidade do Provimento nº 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 de 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 nº 91/2000, com as formalidades e requisito 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 nº 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 o seu diploma. Aliás, a par dessas vedações (que vão haurir sua licitude no artigo 5º, inciso XIII, de nossa Constituição e no artigo 54, incisos V e*

XVIII, do 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.”

122. Em seguida, o então Presidente da Comissão Nacional de Sociedades de Advogados empreende uma resenha comparativa acerca da regulamentação profissional aplicável ao exercício da advocacia em alguns países, que abrange maior, menor ou nenhuma liberalização do mercado da advocacia local para os advogados estrangeiros. É particularmente ilustrativa a menção ao caso da Espanha, a demonstrar os riscos e a inconveniência da abertura ampla do mercado, como preconizado por alguns, sob o influxo da pressão externa. Em textual: *“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 norte-americanos diretamente estabelecidos; ou encontramos firmas inglesas e norte-americanas ‘associadas’ a corporações espanholas figurando 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...”*

123. Finalmente, o eminente jurista SERGIO FERRAZ conclui no sentido de se preservar as singularidades históricas quanto ao papel do advogado na vida brasileira e de se defender o mercado nacional da advocacia, prestigiando-se o marco regulatório atualmente em vigor, fruto de seguro e prudente amadurecimento institucional capitaneado através dos anos pela Ordem dos Advogados do Brasil. Nesse fundamental aspecto, sustenta o escoreito parecer: *“...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 de serviços em geral). A advocacia integra a dinâmica do Sistema Jurídico do país, compondo ademais o complexo cultural 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 nº 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 exaltações, pouco importando a ameaça de aplicações de sanções por parte da OMC. Há que não só resistir, mas também proclamar nossa fundamentada opinião, perante o Ministério das Relações Exteriores”**

VII – CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES FINAIS

Dos efeitos declaratórios e retroativos da presente proposta de Provimento

124. Releva reafirmar que a presente proposta de Provimento visa tão só aclarar e detalhar o regime pátrio da profissão de advogado, que promana das normas e princípios constantes do marco regulatório no Brasil (Constituição Federal, Lei 8.906/94, Regulamento Geral, Código de Ética e Disciplina, Provimentos do CFOAB, em particular os Provimentos 91/2000, 94/2000 e 112/2006, no que respeita aos “*contratos/acordos*” de “*associação/cooperação*” entre advogados e sociedade de advogados brasileiras, de um lado, e advogados e firmas estrangeiras de advocacia, de outro lado, estejam estes últimos registrados, ou não, na Seccional competente da OAB como consultores ou sociedade consultoras em direito estrangeiro. Tal significa dizer que, se a final aprovado pelo E. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Provimento ora em proposição terá efeitos declaratórios e retroativos, como é próprio das normas jurídicas que empreendem *interpretação autêntica*, ou seja, por parte do próprio editor normativo.

125. Em linhas gerais, a *interpretação autêntica* consiste na edição de uma norma cuja finalidade precípua consiste na interpretação de outra norma vigente no ordenamento, conforme leciona o festejado jurista português J.J CANOTILHO:

“Fora das possibilidades da interpretação constitucional se deve situar a interpretação conhecida na metodologia geral do direito por interpretação autêntica. Por interpretação autêntica entende-se, geralmente, a interpretação feita pelo órgão da qual emanou um determinado acto normativo (ex: o sentido de uma lei é fixado

*autenticamente por outra lei; um regulamento com equivocidade de sentidos é interpretado por outro regulamento) (...)*⁹⁷

126. Assim sendo, ainda que em caráter residual, o Estado democrático de Direito compadece com a experiência histórica da *interpretação autêntica*, com o propósito de aclarar o sentido e alcance das regras jurídicas e, com isso, emprestar melhor eficácia e efetividade às normas '*interpretandas*'. É ilustrativo, neste passo, o excerto do voto Ministra ELLEN GRACIE do Supremo Tribunal Federal:

*“É significativo que, no Brasil, a Constituição de 1824 tenha estabelecido a competência da Assembléia Geral para fazer as leis e interpretá-las. (...) Denomina-se interpretação autêntica aquela estabelecida pela mesma fonte de produção normativa que formulou a norma jurídica interpretada. Caracteriza-se tanto pela sua origem, como por vir revestida da cogência própria do instrumento legislativo utilizado. Embora não seja frequente nos dias de hoje, já houve épocas em que a interpretação autêntica foi predominante”*⁹⁸

127. Nesse contexto, a interpretação autêntica promove o postulado da segurança jurídica, na medida em que aclara e robustece o significado e o alcance da norma já existente, a fim de permitir aos seus destinatários elementos de compreensão para que cumpram integralmente os desígnios da regra de direito interpretada pelo próprio editor normativo.

128. No âmbito do Direito Tributário, a previsão da interpretação autêntica, com efeitos declaratórios e retroativos,

⁹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7^a edição, Coimbra, ano 2000, p. 1230. Veja-se, também, em visão ampla, HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, tradução de João Baptista Machado, Editora Martins Fontes, 7^a edição, 2006, p. 394.

⁹⁸ Cf. o voto da Ministra ELLEN GRACIE consta do julgamento do RE 566.621, Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 05.05.2010, publicado em 11.10.2011, Ementário do STF nº 2605.

restou expressamente estabelecida no art. 106, inciso I, do Código Tributário Nacional, nos termos seguintes:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

*I - em qualquer caso, **quando seja expressamente interpretativa**, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;*

129. Com efeito, a norma interpretativa não inova no cenário jurídico, servindo tão apenas para positivar o sentido e o alcance da norma interpretada, dentre outras possíveis interpretações que possam ser suscitadas pelo imaginário dos juristas. Em outras palavras, a lei interpretativa, resultante da chamada *interpretação autêntica* é meramente declaratória, podendo, assim, ser aplicada a fatos ocorridos antes da sua publicação, como elucida RICARDO LOBO TORRES em obra especializada:

“Outra coisa é a interpretação autêntica, na qual o legislador interpreta a própria legislação que elaborou. A lei interpretativa retroage (art. 106, I, CTN), pois tem eficácia meramente declaratória. Não cria direito novo nem tributo, senão que apenas fixa o sentido da norma tributária preexistente. A partir de sua edição as consequências dos fatos corridos no passado passam a seu império, salvo se houve coisa julgada, direito adquirido ou ato jurídico perfeito surgidos ao tempo da lei interpretada. (...)”⁹⁹

130. No mesmo diapasão, convergem os ensinamentos de TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ:

⁹⁹ Cf. TORRES, RICARDO LOBO, *Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário*, Editora Renovar, 3ª edição, ano 2000, p. 70.

“O princípio é ideológico e faz parte da teoria jurídica, em alguns casos, como o brasileiro, da teoria constitucional. Todavia, há exceções. Assim, uma norma que, em princípio, só vale para condutas futuras, ocorridas após o início de sua vigência, pode atuar também retroativamente. Embora sua vigência seja prospectiva (de um momento inicial – promulgação/publicação – para a frente), ela pode produzir efeitos para trás: tem eficácia retroativa. A doutrina aceita essa possibilidade quando a retroatividade beneficia o agente cujo ato, pela norma antiga, seria punido. É chamada retroatividade *in bonam partem*, usualmente conhecida no direito penal. Há limites, porém. As próprias constituições garantem, por vezes, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido. Trata-se de situações que obstam a retroatividade, mesmo quando a norma é, ainda que parcialmente – *in bonam partem* –, retroagível. As normas penais são, em princípio, irretroativas (salvo a mencionada exceção). Assim também as que estatuem tributos. **Entretanto, as normas que constam de leis interpretativas são, em princípio, retroativas, pois fixam, desde o presente, o sentido de outras normas estatuídas no passado, obviamente respeitados o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido.**”¹⁰⁰

131. Para reforçar o arcabouço doutrinário sobre o tema, vale colacionar, ainda, o magistério do jurisconsulto da Bahia e ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal ALIOMAR BALEEIRO:

“Nos países, como o nosso (CF 1969, art. 153, § § 3º, 16 e 36), em que a irretroatividade da lei em relação às situações jurídicas definitivamente constituídas assume caráter de direito e garantia individuais do Estatuto Político, a interpretação autêntica há de ser limitada à sua

¹⁰⁰ FERRAZ JUNIOR, TÉRCIO SAMPAIO, em artigo na Revista USP, da Universidade de São Paulo, n.81, março/maio 2009, p. 42.

*função específica: esclarecer e suprir o que foi legislado, sem irrogar-se a ius novum, mais oneroso para cidadão. Lei que interpreta outra há de ser retroativa por definição, no sentido que lhe espanca as obscuridades e ambiguidades.*¹⁰¹

132. O E. Supremo Tribunal Federal já reconheceu a validade e o papel das leis interpretativas, bem como os efeitos retroativos que lhes são próprios. Dentre outros mais colacionáveis, aponte-se o v. acórdão plenário na ADI 6053, da relatoria do Senhor Ministro CELSO DE MELLO, cuja ementa enuncia:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – MEDIDA PROVISÓRIA DE CARÁTER INTERPRETATIVO – LEIS INTERPRETATIVAS - A questão da interpretação de leis de conversão por medida provisória - Princípio da irretroatividade - Caráter relativo - Leis interpretativas e aplicação retroativa... - Plausibilidade jurídica... - É plausível, em face do ordenamento constitucional brasileiro, o reconhecimento da admissibilidade das leis interpretativas, que configuram instrumento juridicamente idôneo de veiculação da denominada interpretação autêntica. As leis interpretativas - Desde que reconhecida a sua existência em nosso sistema de direito positivo - Não traduzem usurpação das atribuições institucionais do Judiciário e, em conseqüência, não ofendem o postulado fundamental da divisão funcional do poder... - As leis, em face do caráter prospectivo de que se revestem, devem, "ordinariamente", dispor para o futuro. O sistema jurídico - constitucional brasileiro, contudo, "não" assentou, como postulado absoluto, incondicional e inderrogável, o

¹⁰¹ BALEEIRO, ALIOMAR, em *Direito Tributário Brasileiro*, Editora Forense,. 11ª edição, Rio de Janeiro, 2007, p. 670.

princípio da irretroatividade. A questão da retroatividade das leis interpretativas".¹⁰²

133. Isto posto, a presente proposta de Provimento, dada a sua natureza de norma interpretativa dos Provimentos 91/2000, 94/2000 e 112/2006, assume foros de genuína “*interpretação autêntica*”, operando efeitos declaratórios e retroativos que lhe são próprios. Com isso, as “*associações/cooperações*” entre escritórios brasileiros e firmas estrangeiras de advocacia, estejam ou não instrumentalizadas mediante “*contrato/acordo/ajuste*” de todo gênero, independentemente da data em que tenham sido formalizados, deverão reger-se e adaptar-se aos seus comandos revestidos de ordem pública e interesse coletivo. O mesmo se diga com relação, em particular, ao exercício no Brasil da consultoria em direito estrangeiro pelos advogados alienígenas consultores e sociedades consultoras em direito estrangeiro, com base no Provimento 91/2000 do CFOAB. Todos deverão de igual modo observar as normas e princípios emanados de tais atos regulamentares que preenchem o marco constitucional e legal (Lei 8.906/94) da advocacia brasileira.

134. Registro, por fim, que ultimamente recebi notícias e denúncias sobre supostas transgressões a esse conjunto de preceitos de organização da nossa nobilitante profissão, algumas delas inclusive acompanhadas de elementos documentais. Preferi, contudo, não incorporá-las ao texto desta exposição de motivos, que reveste-se de caráter geral e propositivo, e não se destina à concreção das sanções pertinentes às condutas desviantes, o que há de ser feito nas instâncias próprias, com a observância do devido processo legal. Como se sabe, cumpre, primariamente, às Seccionais da OAB deflagrar os processos disciplinares cabíveis em face dos advogados brasileiros, consultores alienígenas e sociedades consultoras em direito estrangeiro que infrinjam o marco regulatório da advocacia em nosso país, seja “*de ofício ou mediante*

¹⁰² O acórdão foi publicado no D.J. em 05.03.1993, p. 02897.

representação dos interessados”, conforme previsto nos artigos 70 da Lei 8.906/94 e 51 do Código de Ética e Disciplina. Tudo sem prejuízo, obviamente, das competências do órgão supremo de nossa corporação - o Conselho Federal, estatuídas no art. 54 do EAOAB, e da atribuição prevista no artigo 70 do Regulamento Geral. É de se esperar, pois, que as Seccionais envolvidas nessa problemática, notadamente a OAB de São Paulo e do Rio de Janeiro, como é de seu dever e gloriosa tradição, exerçam em toda linha as competências fiscalizatórias e persecutórias sob seu encargo. Tenho notícia, inclusive, de que a Seccional do Estado de São Paulo já conduz processo investigativo para fins de apuração de responsabilidades no contexto aqui examinado.

135. Por envolver a questão, além de infrações disciplinares, a prática, em tese, de ilícito penal, consistente na contravenção tipificada como “*exercício ilegal de profissão*” (art. 47 do Decreto-lei 3.688/41), bem como eventual omissão de recolhimento de tributos federais e de crime contra a ordem econômica tributária (art. 1º, incisos I, II e V, da Lei nº 8.137/90), tenho como de alta pertinência o pronunciamento já manifestado na imprensa pelo ilustre Presidente Nacional da OAB, Dr. OPHIR CAVALCANTE JÚNIOR, no sentido de que sejam oficiados os órgãos do Ministério Público Federal e da Receita Federal, para fins de instauração das investigações devidas nas alçadas respectivas.¹⁰³ Permito-me sugerir, a propósito, que, em tal ensejo, sejam também encaminhados a ambos esses órgãos persecutórios, além de outros elementos de convicção ou indícios de provas que possam coligidos, o texto integral dos pareceres já elaborados sobre a matéria no âmbito do Conselho Federal da OAB, quais sejam aqueles de autoria dos ilustres advogados Dr. ORLANDO GIACOMO FILHO e FERNANDO KRIEG DA FONSECA, aprovados pelas Comissões Nacionais de Sociedade de Advogados e de Relações Internacionais, como também o texto da presente proposta de Provimento e respectiva exposição de motivos.

¹⁰³ A manifestação do Presidente Nacional da OAB, Dr. OPHIR CAVALCANTE JUNIOR, já antes referida e transcrita, se acha reproduzida na Revista *Latin Lawyer* ‘on line’, edição de 23.8.2010.

136. Por segurança jurídica há de se entender, aqui, a constância da aplicação das normas jurídicas e a previsibilidade da subsunção das condutas humanas aos paradigmas normativos. Como adverte JOSÉ AFONSO DA SILVA: “Segurança é um dos valores que informam o Direito positivo” e, parafraseando RECASENS SICHES, “O Direito não nasceu na vida humana por virtude do desejo de prestar culto ou homenagem à idéia de justiça, mas para satisfazer uma ineludível urgência de segurança e de certeza na vida social”.¹⁰⁴ Na mesma sintonia, sustenta a Senhora Ministra CARMEN LÚCIA ROCHA, do Supremo Tribunal Federal: “Segurança jurídica...articula-se com a garantia da tranquilidade jurídica que as pessoas querem ter, com a sua certeza de que as relações jurídicas não podem ser alteradas numa imprevisibilidade que as deixe instáveis e inseguras quanto ao seu futuro, quanto ao seu presente e até mesmo quanto ao seu passado”.¹⁰⁵

137. Na égide jurisprudencial, colhe-se o v. acórdão do E. Plenário do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 26603-DF, da relatoria do Senhor Ministro CELSO DE MELLO, cuja ementa enuncia: “REVISÃO JURISPRUDENCIAL E SEGURANÇA JURÍDICA: A INDICAÇÃO DE MARCO TEMPORAL DEFINIDOR DO MOMENTO INICIAL DE EFICÁCIA DA NOVA ORIENTAÇÃO PRETORIANA – Os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal desempenham múltiplas e relevantes funções no sistema jurídico, pois lhes cabe conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide e, em decorrência deles, gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e preservar, assim, em respeito à ética do Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado. Os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, inclusive as de direito público, sempre que se registre alteração substancial de diretrizes

¹⁰⁴ Cf. SILVA, JOSÉ AFONSO, *Constituição e Segurança Jurídica*, constante da obra coletiva coordenada pela Ministra do STF CARMEN LÚCIA ROCHA, “*Constituição e segurança jurídica. Direito Adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada – Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*”, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2ª edição, 2009, pág. 15.

¹⁰⁵ Cf. ob. cit., pág. 168.

hermenêuticas, impondo-se à observância de qualquer dos Poderes do Estado e, desse modo, permitindo preservar situações já consolidadas no passado e anteriores aos marcos temporais definidos pelo próprio Tribunal.”¹⁰⁶

138. A oportunidade e conveniência da adoção da presente proposta de Provimento se me afigura manifesta e inadiável em vista da acirrada movimentação que se observa no mercado de advocacia brasileiro, onde avulta o crescente e jamais visto assédio das firmas estrangeiras. O atual surto de desenvolvimento econômico do Brasil e a crise econômica mundial têm sido determinantes desse fenômeno migratório. E tanto os advogados brasileiros quanto os sócios e tomadores de decisão (*decision makers*) no âmbito das firmas estrangeiras de advocacia precisam estar perfeitamente informados e conscientes das condições e limites definidos no marco regulatório da profissão de advogado em nosso país. Em prol da saudável segurança jurídica, parece-me sobremaneira recomendável a ratificação e o esclarecimento das normas que se contêm nos Provimentos 91/2000, 94/2000 e 112/2006. Com isso, se eliminará dúvidas quanto ao que se pode fazer e quanto ao que não se deve fazer no contexto apreciado, sob pena das sanções aplicáveis.

139. Por acréscimo de benefício, as Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil, às quais cumpre instaurar processos disciplinares e aplicação das penalidades cabíveis, estarão mais seguras e melhor habilitadas para dar a devida efetividade e uniforme aplicação às normas legais e regulamentares no âmbito do sistema da OAB. Tudo isto na convicção de que a mais perfeita inteligibilidade das regras jurídicas constitui elemento ínsito e de aperfeiçoamento da legalidade e sobremodo contribui para expungir incertezas e inseguranças que possam comprometer ou dificultar a aplicação do Direito em busca da paz social.¹⁰⁷

¹⁰⁶ O acórdão foi publicado no DJ de 19.12.2008.

¹⁰⁷ Sobre o tema, já tive a ocasião de sustentar em obra doutrinária: “*O princípio da inteligibilidade das normas jurídicas – É mister, para que o princípio da legalidade tenha efetiva aplicação, tanto para os particulares quanto para os agentes do Poder Público, que os atos normativos de todos os níveis de governo sejam providos de clareza e precisão, a fim de que os destinatários das regras jurídicas, e bem assim os seus executores em todas as instâncias da organização estatal, possam bem conhecer o sentido e o alcance de suas disposições. A inteligibilidade dos preceitos legais constitui elemento ínsito à legalidade. A não ser assim, o entendimento do comando legislativo, especialmente quando se tratar de normas proibitivas ou imperativas, restaria prejudicado, daí podendo resultar graves conseqüências para aqueles sujeitos à sua observância. É necessário, portanto, que a clientela da norma jurídica tenha a justa ou, pelo menos, aproximada noção do teor da licitude ou ilicitude dos atos e omissões humanas em face dos parâmetros legais. Isto é tanto mais verdadeiro quando se estiver diante de norma provida*”

Eis aí o quanto se propõe o presente projeto de Provimento: emprestar melhor clareza e objetividade às normas e princípios que integram o marco regulatório da advocacia brasileira e, com isso, dotar de mais segurança jurídica as relações associativas e de cooperação entre os escritórios brasileiros e as firmas de advocacia estrangeira, reafirmando os limites entre as formas de atuação lícita e as condutas desviantes da legalidade.

Brasília, 7 de fevereiro de 2012.

Carlos Roberto Siqueira Castro
Conselheiro Federal (RJ)

*de sanção (administrativa, fiscal ou penal), cujo perfeito entendimento preceitual torna-se indispensável para a livre determinação dos sujeitos da obrigação legal quanto aos riscos da imputação de responsabilidade.” (cf. SIQUEIRA CASTRO, CARLOS ROBERTO, *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais – ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*”, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2005, pág. 220.*