

# As Sociedades de Advogados e o Terceiro Ofensor

**Stanley Martins Frasão, Advogado**

**Henrique de Almeida Freitas, Advogado**

## **AS SOCIEDADES DE ADVOGADOS: PECULIARIDADES E SUA NATUREZA JURÍDICA SUI GENERIS**

É a Constituição da República de 1988 – CR/1988 – que garante, no inciso XVII do artigo 5<sup>o</sup><sup>1</sup>, a liberdade de associação para fins lícitos. A partir daí, a legislação infraconstitucional brasileira trata dos diversos tipos de sociedades, surgidas a partir das diversas associações. Entre elas, está a sociedade criada para o exercício da profissão de advogado em colaboração recíproca. Claro é que, quanto ao direito de associar-se não há o que se discutir. Por outro lado, o mesmo não ocorre em relação à natureza jurídica da sociedade que se forma a partir da associação destes profissionais, principalmente após o advento do Código Civil de 2002 – CC/2002.

Vale ressaltar que o CC/2002 aproximou o direito brasileiro do modelo italiano, que adota a teoria da empresa, afastando o modelo francês, da teoria dos atos de comércio, presente nos diplomas anteriores. Enquanto a teoria do comércio pauta-se na análise da atividade exercida pela sociedade, a teoria empresária considera a maneira, a organização, a forma e como as atividades são exercidas. Assim, no modelo anterior ao de 2002, contrapunham-se as sociedades civis e as comerciais. Agora, porém, as sociedades dividem-se em empresárias e não-empresárias. Decorre daí ponto controverso entre os diversos doutrinadores: a natureza empresária, ou não, das sociedades de advogados.

Observe-se que o artigo 982 do Código Civil traz que:

“Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.

Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.”

Necessária se faz a leitura do artigo 966 do mesmo diploma que descreve a atividade própria de empresário sujeito a registro da seguinte maneira:

---

<sup>1</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;”

“Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.”

Quanto à forma da sociedade determina o artigo 983, também do Código:

“Art. 983. A sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092; a sociedade simples pode constituir-se de conformidade com um desses tipos, e, não o fazendo, subordina-se às normas que lhe são próprias.

Parágrafo único. Ressalvam-se as disposições concernentes à sociedade em conta de participação e à cooperativa, bem como as constantes de leis especiais que, para o exercício de certas atividades, imponham a constituição da sociedade segundo determinado tipo.”

Da análise do artigo acima colocado, entende-se que o legislador estabeleceu que aquelas sociedades que são regidas por lei especial, para o exercício de determinadas atividades, aí se encaixam as sociedades de advogados, devem fazer sua constituição conforme determina o tipo.

A lei especial regerá a sociedade simples destinada à determinada atividade. Ademais, ainda que as sociedades contratem em nome próprio, as atividades inerentes à advocacia só podem ser exercidas pelo próprio profissional, e não pela sociedade, ainda que para esta revertam os honorários (art. 1º, I<sup>2</sup>, da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994, e seu Regulamento Geral, parágrafo único do art. 37<sup>3</sup>).

Claro é que o número de autores que se dedicaram ao estudo das sociedades de advogados de forma aprofundada não é grande. Válido é citar estudiosos renomados deste ramo do direito, ainda que tenham se limitado a breves comentários sobre o assunto, para dirimir as dúvidas quanto à natureza empresária ou simples das sociedades em questão.

Começemos por Miguel Reale, que participou da comissão de elaboração do Diploma Civil atualmente vigente:

“Exemplo típico de sociedade econômica não empresária é a constituída entre profissionais do mesmo ramo, como, por exemplo, a dos advogados, médicos ou engenheiros, configurando-se como

---

<sup>2</sup> “Art. 1º São atividades privativas de advocacia:

I - a postulação a órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais;”

<sup>3</sup> “Art. 37. Os advogados podem reunir-se, para colaboração profissional recíproca, 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 à sociedade os honorários respectivos.”

sociedade simples (arts. 966 e 981) cujo contrato social é inscrito no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, salvo quando se tratar de sociedade de advogados que se inscreve apenas na OAB (Art. 16 da Lei 8.906/94).”<sup>4</sup>

Fábio Ulhoa Coelho traz que:

“O Código Civil de 2002 define empresário como o profissional exercente de atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços (art. 966), sujeitando-se às disposições de lei referentes à matéria mercantil (art. 2.038). Exclui do conceito de empresário o exercente de atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, mesmo que conte com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se constituir o exercício da profissão elemento de empresa (art. 966, parágrafo único). Esse dispositivo alcança, grosso modo, o chamado profissional liberal (advogado, dentista, médico, engenheiro etc.), que apenas se submete ao regime geral da atividade econômica se inserir a sua atividade específica numa organização empresarial (na linguagem normativa, se for “elemento de empresa”). Caso contrário, mesmo que empregue terceiros, permanecerá sujeito somente ao regime próprio ao de sua categoria profissional.”<sup>5</sup>

Sérgio Campinho trata especificamente sobre as sociedades em questão:

“As sociedades de advogados, como já foi dito neste trabalho, serão sempre sociedades simples, eis que a Lei nº 8.906/94 já definiu o seu perfil. Impõe o registro de seus atos constitutivos na Ordem dos Advogados do Brasil, perante o Conselho Seccional cuja base territorial tiver sede; efetivado o registro, adquire a sociedade personalidade jurídica (par. 1º, do artigo 15). Seu objeto estará sempre limitado à prestação de serviços de advocacia por seus membros (caput, artigo 15), vedando-se, ainda que um sócio integre mais de uma sociedade com sede ou filial na mesma área territorial do respectivo Conselho Seccional (par 4º, do artigo 15).”<sup>6</sup>

Rubens Requião, ao contrário, entende que a sociedade deixa de ser simples nos casos em que a profissão intelectualizada for exercida por intermédio da sociedade, constituindo-se, assim, elemento desta empresa. Veja-se:

“Apesar do risco de escorregar para a caricatura, podemos imaginar que um grupo de engenheiros crie uma sociedade (não uma associação) para pesquisar o desenvolvimento de um ramo da engenharia, em suas várias escolas ou tendências, divulgando o resultado em conferências e publicando revista científica. Estaríamos diante da sociedade simples, como a vê o conceito de Sylvio Marcondes, preponderando nela a atividade intelectual. Se a

---

<sup>4</sup> REALE, Miguel. *Visão Geral do Projeto de Código Civil*. Revista dos Tribunais, n. 752, ano 87, p.71, p.22-30, jun.1998.

<sup>5</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*, Ed. Saraiva, 2003, p.11 e 16.

<sup>6</sup> CAMPINHO, Sérgio. *O Direito de Empresa* p. 42 , 2ª. Edição, 2003, Editora Renovar.

sociedade utilizar o seu capital intelectual, prestando assessoramento técnico a terceiros , ou ministrando cursos, estará explorando aquela atividade intelectual como elemento de empresa e portanto, segundo o parágrafo único do art. 966, deixa de ser sociedade simples, passando à condição de empresária. Neste sentido, todas as atuais sociedades profissionais, inscritas nos respectivos Conselhos profissionais, são sociedades empresárias, nos termos do art. 982 combinado com o art. 966, parágrafo único, parte final.”<sup>7</sup>

Evidente está que as sociedades de advogados, pela natureza pública da atividade de advocacia, concedido pelo artigo 1338[8] da Constituição da República de 1988, recebe tratamento diferenciado daquele estabelecido no Livro II – Do Direito de Empresa - do Código Civil.

As sociedades de advogados são regidas por legislação especial e própria. O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, em seus artigos 15 a 17, e também o Regulamento Geral, além do Provimento 112/2006 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados determinam que esta espécie de sociedade está sujeita a algumas regras que lhe são bastante peculiares.

Destaque-se o disposto no *caput* do artigo 169[9] do Estatuto que: (i) não serão admitidas a registro e nem poderão funcionar as sociedades que apresentem forma ou características mercantis; e, (ii) adotem denominação fantasia, ou realizem atividades estranhas à advocacia.

Dessa forma, independente de sua organização ou complexidade, a sociedade de advogados jamais poderá ser sociedade empresária. Atente-se também para a regra de que não poderão as sociedades de advogados oferecer outros serviços, diversos da advocacia. Além disso, pessoas não inscritas como advogados ou proibidas de advogar não poderão ser sócias, e impedirão o funcionamento da sociedade. Da mesma forma, os sócios dessas sociedades, sempre advogados, jamais serão empresários enquanto exercerem unicamente a advocacia.

Assim, a sociedade de advogados é sociedade não empresária, restando, permitam-nos dizer, prejudicado o entendimento de Rubens Requião. Principalmente porque a vedação à apresentação de caráter mercantil decorre da própria lei especial que a regula. Junte-se a isso o fato da atividade do advogado ser indiscutivelmente de caráter intelectual. Não constitui elemento de empresa, o que poderia fazer com que se enquadrasse na hipótese trazida pela parte final do artigo 966 do parágrafo único do Código Civil. A reunião de advogados em sociedades volta-se para suas próprias necessidades e não para a atividade em si. O advogado, bem como a atividade intelectual que exerce quando do exercício da profissão, destacam-se da sociedade da qual

---

<sup>7</sup> REQUIÃO. Rubens. Curso de Direito Comercial, 25ª Edição, Volume 1. Editora Saraiva.

<sup>8</sup> “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

9[9] Art. 16. 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.”

faz parte, não se trata de mero elemento desta. Observe-se que determina o Estatuto que as procurações deverão ser outorgadas em nome do advogado e que deverá constar o nome da sociedade da qual faz parte. Se fosse a atividade intelectual do advogado mero elemento da sociedade que é sócio, excluindo-se o *jus postulandi*, os clientes contratariam a sociedade de advogados independentemente de quem nela trabalhasse.

Outra peculiaridade das sociedades de advogados, também trazido pelo Estatuto, em seu artigo 15, parágrafo 1º, determina que a aquisição da personalidade jurídica da sociedade de advogados dá-se pelo registro aprovado dos seus atos constitutivos no Conselho Seccional da OAB em cuja base territorial tiver sede. Enquanto que “as sociedades simples devem ser registradas no Registro Civil das Pessoas Jurídicas” (art. 1.150 do CC/2002).

O parágrafo 3º do aludido art. 16 prescreve que é “proibido o registro, nos cartórios de registro civil de pessoas jurídicas e nas juntas comerciais, de sociedade que inclua, entre outras finalidades, a atividade de advocacia.” Conclui-se que o registro de uma sociedade de advogados é de competência exclusiva da OAB, na forma da Lei 8.906/94, seu Regulamento Geral e Provimento 112/2006, que revogou o Provimento 92.

Vale registrar que, conforme Ata da Sessão Ordinária do Conselho Pleno do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (1.903a Sessão - 74a Reunião), realizada em 16 de agosto de 2004, 9h30min, nos termos da ordem do dia, chamou a julgamento o processo: (1) PROPOSIÇÃO 0024/2003/COP. Assunto: Proposta de Provimento, em substituição ao Provimento 92/2000, que dispõe sobre as Sociedades de Advogados. Relator: Conselheiro Sergio Ferraz (AC). Após a leitura do relatório e a manifestação do Conselheiro Arx da Costa Tourinho (BA), decidiu o Conselho Pleno acolher, por unanimidade, a preliminar levantada oralmente pelo Relator, declarando a subsistência das regras do Estatuto, do Regulamento Geral e do Provimento nº 92, normas especiais, à vista do disposto no parágrafo único do art. 983 do Código Civil. Por consequência, ficou mantido o Provimento nº 92, restando dispensada a apreciação da minuta de novo provimento sobre a matéria, encartando-se as sociedades de advogados no modelo Sociedade Simples.

Acrescente-se que o modelo societário “sociedade civil” foi extinto pelo Diploma Civil atualmente em vigência. Assim, ainda que trate o Estatuto, no artigo 15, de sociedade civil para prestação de serviços de advocacia, deve-se entender como sociedade não empresária, ou simples, como já decidiu o Conselho Pleno da OAB Federal, que à época ratificou o Provimento 92/2000.

E é o artigo 43 do Regulamento Geral que determina: “o registro da sociedade de advogados observa os requisitos e procedimentos previstos em Provimento de Conselho Federal”.

Não se pode entender que da promulgação do Código Civil de 2002 não resultem mudanças no restante do ordenamento jurídico. É preciso compreender que a mudança feita em determinada lei altera um pouco todo o restante da legislação.

Segundo Amílcar de Castro:

“É erro, portanto, supor que as disposições legais sejam compartimentos estanques, pois antes devem ser comparadas a vasos comunicantes, razão pela qual Jean Cruet já afirmava com acerto que: “votar texto novo é reformar um pouco toda a legislação. [...]”<sup>10</sup>

Assim, pelo fato de a lei especial que rege o assunto carregar a expressão “sociedade civil” em seu texto, não se pode entender que o Código atual, que extinguiu esse tipo de sociedade, não traga modificações à análise do dispositivo.

Isto é, a leitura a ser feita do artigo 15 do Estatuto, a luz do que trouxe o Diploma Substancial Civil de 2002, é a de que aos advogados é permitida a reunião em sociedade *sui generis*, que devem, atual e primeiramente, cumprir as exigências feitas pela legislação especial, o Estatuto da Advocacia e da OAB, Lei 8.906/1994, o Regulamento Geral e o Provimento 112/2006. Apenas em caráter subsidiário, aplicar-se-ão as regras da sociedade simples.

Deve-se ter em mente o disposto no artigo 2.031<sup>11</sup> do Código Civil, alterado várias vezes, que determinou a modificação das sociedades constituídas na forma da lei anterior, para se adaptarem às disposições estabelecidas no próprio Código, dentro do prazo estabelecido. O prazo fixado pelo citado artigo já terminou e sabe-se que muitas sociedades de advogados registradas nas Seções Estaduais da OAB ainda estão irregulares.

No caso das sociedades de advogados é importante lembrar que o Provimento 119/2007 alterou o Provimento 112/2006, passando o artigo 13 deste a vigorar com a seguinte redação: "Artigo 13 - As Sociedades de Advogados constituídas na forma das regulamentações anteriores deverão adaptar-se às disposições deste Provimento até o dia 31 de dezembro de 2008."

Em 23 de Outubro de 2008, o Conselho Federal da OAB através do Provimento 125/2008 alterou novamente a redação do art. 13 do Provimento 112/2006. Como resultado o novo prazo para a adaptação das Sociedades de Advogados constituídas na forma das regulamentações anteriores foi estendido até o dia 31 de julho de 2009.

E é claro, para as sociedade de advogados constituídas anteriormente à vigência do Código Civil de 2002, que não procederam a qualquer alteração contratual, deveriam ter feito até 31 de julho de 2009, para que estejam em conformidade com o Provimento 112/2006 do Conselho Federal da OAB. Inclusive aponta-se para o fato de que o legislador não quis manter a sociedade civil, bem como nenhuma outra que também fora extinta. Do contrário, manteria as sociedades já constituídas, determinando-se que fossem regidas pelas leis anteriores. Assim, uma vez extinta a sociedade civil, aquelas

---

<sup>10</sup> CASTRO, Amílcar de. Lições de Direito Processual Civil e Direito Internacional Privado. São Paulo: Editora do Brasil, 2000. p.47.

<sup>11</sup> Art. 2.031. As associações, sociedades e fundações, constituídas na forma das leis anteriores, bem como os empresários, deverão se adaptar às disposições deste Código até 11 de janeiro de 2007. (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)  
Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às organizações religiosas nem aos partidos políticos.

sociedades de advogados que tenham na razão social menção a este tipo societário devem fazer a respectiva alteração, eliminando a sigla S/C ou “Sociedade Civil”, que aliás estão proibidas pelo citado Provimento 112/2006.

O Código permite, ainda, que sociedades não empresárias possam adotar outro modelo societário diverso da sociedade simples, o que não é aplicável às sociedades de advogados.

Aponte-se que a responsabilidade do advogado sócio, e também do associado, é subsidiária e ilimitada, conforme determina o artigo 17<sup>12</sup> do Estatuto. Isso impede que a sociedade de advogados adote o modelo de sociedade limitada, por exemplo.

Destacam-se alguns autores que, tendo estudado as sociedades de advogados mais profundamente apontam o seguinte:

“Trata-se de pessoa jurídica *sui generis*, com características próprias, que devem ser respeitadas pelo inscrito...”

Gladston Mamede<sup>13</sup>

“Por essas e outras razões os advogados, mesmo sendo profissionais liberais, devem constituir sociedade de acordo com o disposto no Estatuto de 1994, e não consoante as regras das sociedades simples, tipo societário escolhido pelo legislador do novo Código Civil para a atuação dos demais profissionais liberais. Isso porque, conforme restou amplamente demonstrado, a sociedade de advogados é considerada um tipo societário especial e, como tal, deve ser regida por uma série de normas que somente a ela se aplicam”.

“...verifica-se, como regra geral, que as sociedades de advogados são regidas pela legislação especial que lhe dá guarida. Apenas em casos excepcionais, cuja matéria não foi tratada pela legislação especial, deverão ser aplicadas as regras das sociedades simples”.

Antônio Corrêa Meyer e Mauro Bardawil Penteado.

Dessa forma, as sociedades de advogados são *sui generis*. Apresentam características que lhe são próprias. Destaque-se a impossibilidade de serem caracterizadas como empresárias, a imposição legal de que sejam registradas na OAB, as exigências quanto aos profissionais, a responsabilidade dos sócios, entre outras. Devem seguir as normas impostas pela legislação especial e, somente subsidiariamente, as regras da sociedade simples.

Qualquer sociedade que tiver em seu objeto social a atividade de advocacia fora do que estiver estabelecido na Lei 8.906, de 04/07/1994, seu Regulamento

---

<sup>12</sup> “Art. 17. Além da sociedade, o sócio responde subsidiária e ilimitadamente pelos danos causados aos clientes por ação ou omissão no exercício da advocacia, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar em que possa incorrer.”

<sup>13</sup> MAMEDE, Gladston. A Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil p.145. 2ª Edição. Editora Atlas. 2003.

Geral e Provimento 112/2006 do Conselho Federal é irregular e estará exercendo atividade proibida.

E exercer a profissão de advogado, quando impedido de fazê-lo, ou facilitar, por qualquer meio, o seu exercício aos não inscritos, proibidos ou impedidos ou manter sociedade de advogados fora das normas estabelecidas constitui infração disciplinar (art. 34, I e II<sup>14</sup>, do Estatuto).

## **A FIGURA – E A PROIBIÇÃO – DO TERCEIRO OFENSOR NA RELAÇÃO ENTRE A SOCIEDADE DE ADVOGADOS E SEU EX SÓCIO OU ASSOCIADO E ENTRE ESTE E O ENTÃO ANTIGO CLIENTE DAQUELA**

### **A RESOLUÇÃO DO TRIBUNAL DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB/SP DE Nº 16/1998: O GERME DA VEDAÇÃO DO TERCEIRO OFENSOR NA ESPÉCIE**

Feitas as considerações sobre as Sociedades de Advogados, passemos ao que foi decidido pelo Tribunal de Ética e Disciplina, Primeira Turma de Ética Profissional, Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo, quando aprovou a Resolução N.º 16/98, de 18 de março de tal ano:

#### **RESOLUÇÃO N.º 16/98 :**

**"Advogado desligado de escritório de advocacia ou de sociedade de advogados, de que tenha participado como empregado, associado, sócio ou estagiário, deve abster-se de patrocinar causas de clientes ou ex-clientes desses escritórios, pelo prazo de dois anos, salvo mediante liberação formal pelo escritório de origem, por caracterizar concorrência desleal, captação indevida de clientela e de influência alheia, em benefício próprio.**

**Parágrafo único - A concorrência desleal e a captação de clientela, a que se refere o 'caput' desta Resolução, devem ser comprovadas para posterior notificação à parte infratora visando à abstenção das violações".<sup>15</sup>**

No final de 2010, o Fórum de Departamentos Jurídicos – FDJUR enviou aos seus membros, integrantes de departamentos jurídicos, tendo por foco a Ementa da Primeira Turma de Ética Profissional, Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo, uma enquete:

#### **EMENTA**

### **CAPTAÇÃO DE CLIENTELA E CONCORRÊNCIA DESLEAL - SOCIEDADE DE ADVOGADOS - SÓCIO QUE PRETENDE DEIXAR**

---

<sup>14</sup> "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;"

<sup>15</sup> Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/tribunal-de-etica-e-disciplina/legislacao/resolucoes-do-tribunal-de-etica-e-disciplina-i-turma-de-etica-profissional>>. Acesso em 25/01/2012.



**A SOCIEDADE - INDEPENDENTEMENTE DA FORMA PELA QUAL SE DÊ A RETIRADA DO ADVOGADO, HÁ A NECESSIDADE DE EXPRESSA LIBERAÇÃO DA SOCIEDADE PARA ATENDIMENTO DE CLIENTES DESTA, DENTRO DO PRAZO DE DOIS ANOS, SOB PENA DE OFENSA AO DISPOSTO NA RESOLUÇÃO Nº 16/98.**

Caso o sócio pretenda deixar a sociedade de advogados a que pertença, só poderá atender os clientes dessa sociedade, dentro do prazo de dois anos, caso haja expressa liberação da sociedade para tanto, pouco importando se a retirada dar-se-á por ato unilateral ou se o cliente o procurar ou foi captado pelo advogado.

**Proc. E-3.932/2010 - v.m., em 18/11/2010, do parecer e ementa do Rel. Dr. FÁBIO PLANTULLI, com declaração de voto dos julgadores, Drs. CLÁUDIO FELIPPE ZALAF, FÁBIO DE SOUZA RAMACCIOTTI, FLÁVIO PEREIRA LIMA e LUIZ ANTONIO GAMBELLI, Rev. Dr. LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO - Presidente Dr. CARLOS JOSÉ SANTOS DA SILVA**

**ENQUETE**

*1. Você acha comum que o sócio de um escritório de advocacia ao se desligar da sociedade leve os clientes do antigo escritório:*

Sim;

Não.

*Opinião:* \_\_\_\_\_.

*2. Você acha essa atitude antiética:*

Sim;

Não.

*Opinião:* \_\_\_\_\_.

*3. Você acha que a posição do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB-SP está correta:*

Sim;

Não.

*Opinião:* \_\_\_\_\_.

*4. O resultado da enquete será divulgado em anonimato. Mas, caso tenha omitido opinião, você autoriza a divulgação do seu nome e suas respostas para a imprensa?*

Sim;

Não.

Com base na aludida pesquisa a jornalista Adriana Aguiar, em artigo veiculado no dia 21 de dezembro de 2010, no caderno de Legislação e Tributos do Valor Econômico, assim se manifestou:

## "OAB-SP proíbe ex-sócios de levar clientes de escritórios

A captação de clientes de escritórios de advocacia por ex-sócios tem preocupado a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). O Tribunal de Ética da seccional paulista entendeu, ao analisar uma consulta, que o sócio ao deixar uma sociedade só poderá atender os clientes da banca após dois anos, exceto se obter expressa liberação dos ex-colegas, pouco importando se o cliente o procurou ou se foi captado pelo profissional. O advogado que não cumprir a norma poderá responder por concorrência desleal e receber uma advertência. Em caso de reincidência, a pena é a suspensão da inscrição na OAB.

A decisão aplica a Resolução nº 16, de 1998, da OAB, que apesar de estar em vigor não tem sido muito utilizada. A ementa, no entanto, causou espanto entre os advogados, principalmente aos que atuam em departamentos jurídicos de grandes empresas, e que contratam outros profissionais para defender as companhias em casos específicos. Para eles, os clientes devem ter liberdade para escolher com quem querem trabalhar.

De acordo com uma enquete realizada na semana passada pelo **Fórum de Departamentos Jurídicos (Fdjur)**, a pedido do Valor, 73% dos entrevistados discordam da decisão da OAB. Para os advogados, a ementa generaliza todas as situações e nem todas essas condutas poderiam ser consideradas inadequadas. O levantamento foi realizado por e-mail e contou com 34 participantes.

A prática é considerada comum para 76% dos advogados. E 54% deles não consideram antiética a atitude de profissionais que levam clientes das sociedades a qual pertenciam. Já 23% alegam que depende das circunstâncias, ou seja, não haveria problema se os clientes foram apresentados ao escritório pelo próprio sócio que acaba de sair. Ou até mesmo quando há acordo entre o advogado e o escritório, caso o cliente tenha procurado primeiro a banca. Porém, entendem que advogados que assediam a carteira de clientes de seu antigo escritório estariam praticando conduta desleal e antiética. Os outros 23%, no entanto, afirmam que isso sempre seria condenável, e que deve ser respeitado o limite de dois anos.

Para a **gerente jurídica da Melhoramentos, Letícia Gerard Málaga**, que participou da enquete, a opção deve ser sempre do cliente, mas em alguns casos essa prática poderia ser considerada antiética. Quando há, por exemplo, assédio do advogado que saiu do escritório. **João Vicente Lavieri, do departamento jurídico da HP**, também concorda que o cliente não pode ser "propriedade" de ninguém e deve ter ampla liberdade de escolha. "Da mesma forma que as pessoas mudam de médico, ou muitas vezes solicitam a opinião de mais de um médico, o cliente pode recorrer a diferentes

advogados e optar por aquele que mais lhe inspire confiança", afirma.

Como cliente de grandes escritórios de advocacia, o **vice-presidente jurídico da América do Sul da Metso Brasil Indústria e Comércio, Fábio Selhorst**, afirmou, ao participar da enquete, que cada vez mais se contrata os serviços de um advogado específico e não do escritório de advocacia, dada a personalidade dessa relação. "Hoje pouco importa para o cliente a organização à qual pertence o advogado que lhe presta serviços, contanto que seja aquela pessoa específica que o atenda", diz.

Na opinião de **Paulo Henrique Montenegro, do Departamento Jurídico da Kerry Ingredients & Flavours**, a OAB estaria analisando a situação de forma muito conservadora. "Claro que há que se analisar cada caso, mas de forma geral o profissional deve ser protegido igualmente no seu trabalho, no desenvolvimento de sua clientela", afirma.

Para **Anderson Peixoto, do departamento jurídico da DPVAT Companhia Excelsior de Seguros**, "a decisão foi norteadada muito mais por interesses políticos e financeiros do que pela defesa da ética na advocacia". Um sócio de um grande escritório de advocacia que não quis se identificar, acredita que essa decisão é mais uma tentativa do tribunal de ética paulista em proteger os grandes escritórios em detrimento do crescimento das pequenas bancas.

O presidente da 1ª Turma do Tribunal de Ética, onde o caso foi julgado, Carlos José Santos da Silva, no entanto, afirma que a decisão é apenas mais uma que aplica a resolução. Mas adianta que a OAB deve formar um grupo de estudos no ano que vem para discutir o tema, já que o texto é antigo e não sofreu alterações ao longo dos anos.

### **Texto da norma pode ser alterado**

A Resolução nº 16, de 1998, da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) de São Paulo, que fundamentou o recente julgamento do Tribunal de Ética paulista, foi elaborada em uma época de grande concorrência entre escritórios. A norma praticamente veda a captação de clientes das bancas por ex-sócios por um prazo de dois anos, a contar da saída do advogado.

Segundo o autor da resolução e julgador do tribunal, Cláudio Felipe Zalaf, o regulamento surgiu após a entidade receber diversas reclamações de escritórios, sobretudo do interior de São Paulo, de concorrência desleal por ex-sócios. De acordo com Zalaf, esses advogados ficavam um certo período e depois levavam os clientes da banca ao oferecer um valor mais baixo pela prestação de serviços advocatícios. "Havia uma quebra total de fidelidade", diz. Segundo

ele, o cliente também era "iludido", pois, ao seguir o sócio, não levava em consideração a estrutura do escritório que acabava de deixar.

Para Zalaf, a atitude desses profissionais poderia ser comparada "a de uma empregada contratada para trabalhar em sua casa e que rouba seu marido". Ele, no entanto, não descarta a realização de estudos para atualizar o texto. "A realidade mudou muito de lá para cá."

### **PARA UMA ADEQUADA PROTEÇÃO CONTRA O TERCEIRO OFENSOR EM SITUAÇÕES COMO A EM COMENTO: INSERÇÃO DE CLÁUSULAS, NO CONTRATO SOCIAL DA SOCIEDADE DE ADVOGADOS E NO CONTRATO COM O CLIENTE, VEDANDO A OFENSA AO CRÉDITO ALHEIO**

Assim, considerando os anseios naturais dos sócios remanescentes das Sociedades de Advogados e visando salvaguardar o patrimônio destas, os clientes, é que se sugere a estipulação de cláusulas contratuais, no contrato social da sociedade e também no contrato de honorários, para que criada uma obrigação de não fazer, as partes envolvidas estejam harmonizadas com o atual Código Civil no que se refere a valores considerados essenciais, dos quais emergem três princípios fundamentais: (i) eticidade; (ii) socialidade; e, operabilidade.

#### **CLÁUSULA "Y" DO CONTRATO SOCIAL**

*Os sócios se obrigam caso se retirem ou sejam excluídos da sociedade a não patrocinar os atuais Clientes e ou interesses dos mesmos, pelo período de dois anos, quer seja como pessoa física ou integrante de outra sociedade de advogados, ressalvadas novas causas ou consultas que não estejam relacionadas às que estiverem sob a responsabilidade da Sociedade.*

#### **CLÁUSULA DO CONTRATO DE HONORÁRIOS**

*A CONTRANTE declara conhecer a Cláusula "Y" do Contrato Social da Sociedade CONTRATADA, transcrita a seguir, obrigando-se a não contratar quaisquer profissionais integrantes da mesma, na hipótese de retirada ou exclusão daqueles, pelo período de dois anos, quer seja como pessoa física ou integrante de outra sociedade de advogados, ressalvada a rescisão do presente contrato por justa causa e novas causas.*

Para tanto, das Partes envolvidas, sócios e clientes, espera-se a boa-fé objetiva, que, em apertada síntese, partindo-se do que o Código Civil alemão enuncia a respeito do tema, pode ser conceituada como o dever geral de

lealdade e confiança que norteia as relações jurídicas havidas entre as partes de uma obrigação<sup>16 e 17</sup>.

A boa-fé objetiva deve ser observada em três momentos distintos, todos com exemplo no vigente Código Civil brasileiro: art. 113, que tem uma função interpretativa, ao prescrever: "os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração". O segundo, art. 187<sup>18</sup>, com sua função de controle dos limites do exercício de um direito. E o terceiro momento, que apresenta uma função integradora dos negócios jurídicos, criando os chamados deveres anexos, laterais, secundários, instrumentais ou de conduta, art. 422: "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé"<sup>19</sup>.

As partes de um contrato devem agir com boa-fé objetiva, cooperação, honestidade e lealdade<sup>20</sup>, "tutelando-se a dignidade do devedor, o crédito do titular ativo e a solidariedade entre ambos"<sup>21</sup>. Função social do contrato (artigo 421<sup>22</sup> de tal diploma legislativo) é, como mais adiante se demonstrará, a relação dos contratantes com a sociedade e com pessoas determinadas, pois o contrato é oponível perante terceiros. A principal consequência jurídica da função social dos contratos é a ineficácia de relações que acabam por ofender interesses sociais, a dignidade da pessoa.

Na hipótese de quebra do estabelecido nos contratos, a Sociedade poderá exigir indenização, considerando a culpa subjetiva, a ausência da boa-fé objetiva e a violação da função social do contrato. Neste caso, do terceiro ofensor, o Cliente estará atentando contra boa-fé e a função social. O valor da

---

<sup>16</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 43.

<sup>17</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 8. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 609.

<sup>18</sup> "Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."

<sup>19</sup> É o que lecionam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, citando os ensinamentos de Judith Martins-Costa (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Obrigações*. 1. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 43) e de Mário Júlio de Almeida Costa (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 8. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 605), Fátima Nancy Andrighi (STJ – REsp nº 1.202.514/RS – 3ª Turma – Rel. Fátima Nancy Andrighi – julgamento unânime de 21/06/2011 – acórdão publicado em 30/06/2011) e Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino, atualizadores da aqui já referida obra de Orlando Gomes e que preferem chamar essas três finalidades desempenhadas pelo princípio da boa-fé objetiva respectivamente de função interpretativa, função corretiva e função supletiva (GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 44-45).

<sup>20</sup> Em sentido assemelhado, já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.154.737/MT – 4ª Turma – Rel. Luis Felipe Salomão – julgamento unânime de 21/10/2010 – acórdão publicado em 07/02/2011).

<sup>21</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Obrigações*. 1. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 49-50.

<sup>22</sup> "Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato."

indenização é previsto no art. 608<sup>23[23]</sup>. O terceiro ofensor está também no art. 1.513<sup>24 e 25</sup>.

É o que será exposto a seguir.

## **LIGEIRA DIGRESSÃO HISTÓRICA SOBRE A ILÍCITA FIGURA DO TERCEIRO OFENSOR DE UM CONTRATO NO DIREITO BRASILEIRO**

A vedação, e a conseqüente responsabilização deste estranho ao contrato primitivo, de que terceiro celebre com uma das partes de uma contratação anterior nova avença cuja execução implique o inadimplemento das obrigações da primeira possui raízes no direito romano.

Dentre os princípios jurídicos, estão – e há muito – os gerais de direito, que, nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>26</sup>, podem ser resumidos em três axiomas: a) não lesar a ninguém – *neminem laedere* –; b) dar a cada um o que é seu – *suum cuique tribuere* –; e c) viver honestamente – *honeste vivere*.

A despeito de, atualmente, o ordenamento jurídico pátrio oferecer princípios e até mesmo regras expressas no sentido de desautorizar e de penalizar a violação do crédito alheio por terceiro, o que será mais abaixo demonstrado, o aludido axioma expresso no brocardo latino *neminem laedere* constitui a base dessa vedação.

Em 1850, no Código Comercial brasileiro, que, no ponto, continua vigente, previu-se, por meio do artigo 500<sup>27</sup>, a proibição, sob pena de pagamento de multa, de o capitão de uma embarcação aliciar marinheiro matriculado em outra.

O Código Civil de 1916 – CC/1916 –, por força de seu artigo 1.235<sup>28</sup>, proibiu, também sob pena de pagamento de multa, o aliciamento de pessoa que já se encontrava obrigada a prestar serviço agrícola a outrem. Além disso, seu artigo 159<sup>29</sup>, regra geral da responsabilidade civil, que encontra correspondência nos

---

<sup>23</sup> “Art. 608. Aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante dois anos.”

<sup>24</sup> “Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.”

<sup>25</sup> Todavia, em sentido contrário: TJ-RS – Apelação cível nº 70044272532 – 9ª Câmara Cível – Rel. Iris Helena Medeiros Nogueira – decisão unânime de 28.09.2011 – acórdão publicado em 30.09.2011.

<sup>26</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 8. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 30.

<sup>27</sup> “Art. 500 - O capitão que seduzir ou desencaminhar marinheiro matriculado em outra embarcação será punido com a multa de cem mil réis por cada indivíduo que desencaminhar, e obrigado a entregar o marinheiro seduzido, existindo a bordo do seu navio; e se a embarcação por esta falta deixar de fazer-se à vela, será responsável pelas estadias da demora.”

<sup>28</sup> “Art. 1.235. Aquele que aliciar pessoas obrigadas a outrem por locação de serviços agrícolas, haja ou não instrumento deste contrato, pagará em dobro ao locatário prejudicado a importância, que ao locador, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante 4 (quatro) anos.”

<sup>29</sup> “Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.” (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919)

artigos 186<sup>30</sup> e 927, *caput*<sup>31</sup>, do CC/2002, bastava, no entendimento de Alvino Lima<sup>32</sup> e de Antônio Junqueira de Azevedo<sup>33</sup>, para, fora a hipótese ao aludido artigo 1.235, impor a terceiros de modo geral o respeito ao contrato celebrado entre outras pessoas.

Por meio de artigo publicado em 1962 pela Revista dos Tribunais, Alvino Lima já defendia, para além dessas duas situações normativas específicas – referidos artigos 500 e 1.235 –, a responsabilização do terceiro que, ciente da existência de um contrato, celebra com o devedor dessa primeira avença um novo pacto cuja execução implica o inadimplemento das obrigações contratuais primitivas<sup>34</sup>. E o fazia com fundamento no aludido princípio de não lesar a ninguém, consagrado no referido artigo 159, e no da consequente oponibilidade dos efeitos do contrato a quem dele, embora não sendo parte, tenha ciência<sup>35</sup>.

Já sob a égide da CR/1988, mas antes da vigência do CC/2002, Antônio Junqueira de Azevedo, em parecer publicado em 1998 também pela Revista dos Tribunais, defendeu essa mesma responsabilização<sup>36</sup>, mas o fez também com esteio no que preceituavam os artigos 159 e 1.518, *caput*<sup>37</sup>, do CC/1916 – dispositivo este cuja correspondência no Código vigente se dá com o *caput* do 942<sup>38</sup>– e o princípio da função social do contrato, que, segundo seu entendimento, seria decorrente da livre iniciativa, um dos fundamentos da

---

<sup>30</sup> “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

<sup>31</sup> “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

<sup>32</sup> Em nota de rodapé, o autor assevera que o “art. 159 do nosso Código Civil é consagrado em termos genéricos, abrangendo perfeitamente a hipótese ora apreciada [*a do terceiro que ofende um contrato alheio por meio da celebração, com o credor do pacto primitivo, de contrato cuja execução implica o inadimplemento das obrigações da primeira avença*]” (LIMA. Alvino. A interferência de terceiros na violação do contrato. Revista dos Tribunais, v. 51, n. 315, jan. 1962, p. 18).

<sup>33</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual*. in Revista dos Tribunais: São Paulo, v. 750, abril de 1998, p. 117.

<sup>34</sup> No caso, a responsabilidade do terceiro, para Alvino Lima, não seria a civil, mas a decorrente da fraude, pelo que a sanção a esse ilícito seria sua ineficácia perante o credor do contrato cujas obrigações foram inadimplidas. Entretanto, renovamos o registro de que o autor entende ser possível coexistirem, na situação do terceiro ofensor, a responsabilidade por fraude e a responsabilidade civil.

<sup>35</sup> LIMA. Alvino. *A interferência de terceiros na violação do contrato*. Revista dos Tribunais, v. 51, n. 315, jan. 1962, p. 14-30.

<sup>36</sup> Apesar de igualmente defender que o terceiro também deve ser responsabilizado pela ofensa ao crédito alheio, Antônio Junqueira de Azevedo advogou, no que veio a ser seguido pela totalidade ou, no mínimo, pela esmagadora maioria da doutrina nacional, apenas a responsabilização civil desse estranho ao vínculo contratual primitivo, e não também a ineficácia do segundo contrato em relação ao credor do primeiro.

<sup>37</sup> “Art. 1.518. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação.”

<sup>38</sup> “Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.”

República Federativa do Brasil e da ordem econômica (respectivamente, artigo 1º, IV<sup>39</sup>, e artigo 170, *caput*<sup>40</sup>, ambos da CR/1988).

Com o vigente Código Civil, o tema ganhou ainda mais força, seja – sem mencionarmos o recrudescimento das cláusulas gerais da responsabilidade civil<sup>41</sup> – pela expressa previsão, em tal diploma legislativo, da regra que veda e pune o aliciamento, por terceiro, de alguém que já se encontrava obrigado por contrato escrito a prestar serviços a outrem (artigo 608), do princípio da função social do contrato (artigo 421) e da regra geral do abuso de direito (artigo 187), seja pela releitura constitucional que o próprio direito civil sofreu, notadamente em decorrência do valor máximo da ordem jurídica brasileira, o da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III<sup>42</sup>, da CR/1988), do princípio da solidariedade social (artigo 3º, I e III<sup>43</sup>, também dessa Constituição) e do já mencionado princípio da livre iniciativa.

Assim, pode se dizer que, na atualidade do direito nacional, fora o entendimento de que se trata de responsabilidade por fraude, defendido por Alvino Lima<sup>44</sup>, a responsabilização civil, a partir de uma perspectiva da tutela externa do crédito, do terceiro ofensor de um contrato que sabia existir, também chamado de terceiro, juntamente com o devedor, cúmplice dessa violação, é, ao menos em sede doutrinária<sup>45</sup>, inegável, já tendo o Superior Tribunal de Justiça se pronunciado sobre a questão<sup>46</sup>.

---

<sup>39</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;”

<sup>40</sup> “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:”

<sup>41</sup> Especificamente, de relevo para o caso, o artigo 187.

<sup>42</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

<sup>43</sup> “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

(...)

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;”

<sup>44</sup> Pedimos vênia para, novamente, fazer a observação de que Alvino Lima entende poderem coexistir, na hipótese em apreço, a responsabilidade por fraude e a responsabilidade civil.

<sup>45</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual*. in Revista dos Tribunais: São Paulo, v. 750, abril de 1998, p. 113-120; MAZZEI, Rodrigo. *O princípio da relatividade dos efeitos contratuais e suas mitigações*. in Direito contratual: temas atuais. Coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce. São Paulo: Método, 2007, p. 189-222; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio res inter alios acta, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos*. Revista dos Tribunais: São Paulo, v. 821, março de 2004, p. 82-98; BELLO, Heloisa Helena Pereira. *O terceiro ofensor e a função social dos contratos*. Disponível em: <[http://www.fempaprp.org.br/artigos/upload\\_artigos/heloisa%20helena%20pereira%20bello.pdf](http://www.fempaprp.org.br/artigos/upload_artigos/heloisa%20helena%20pereira%20bello.pdf)>. Acesso em 21.12.2011; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito dos*



## DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO, DA TUTELA EXTERNA DO CRÉDITO, DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA VEDAÇÃO A QUE TERCEIRO OFENDA CONTRATO DE CUJA EXISTÊNCIA TENHA CONHECIMENTO.

Segundo Antônio Junqueira de Azevedo<sup>47</sup>, três importantes princípios contratuais, agora ditos clássicos, foram, em torno da autonomia da vontade, cunhados pelos ideais liberais e individualistas vigentes ao longo dos séculos XVIII e XIX: a) a liberdade contratual em sentido amplo – ao particular é dado fazer tudo aquilo que quiser, e do modo que o quiser, desde que dentro dos limites da lei –; b) obrigatoriedade dos efeitos do contrato – o contrato faz lei entre as partes, *pacta sunt servanda* – e; c) a relatividade subjetiva dos efeitos do contrato – o contrato só vincula as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros, *res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest*.

A eles, na primeira metade do século XX, somou-se o da supremacia da ordem pública, e, na outra metade, em decorrência do Estado Social, foram acrescentados três novos, os: a) da boa-fé objetiva; b) do equilíbrio econômico do contrato; e c) da função social do contrato.

E esses três princípios da segunda metade do século XX convivem harmonicamente com os aludidos quatro anteriores, embora, no que diz respeito à espécie, a função social do contrato tenha, conforme se demonstrará mais à frente, implicado uma releitura ou remodelagem do necessário dogma de o contrato vincular somente as suas partes.

A função social do contrato, nos dizeres de Antônio Junqueira de Azevedo, seria um “preceito destinado a integrar os contratos numa ordem social harmônica, visando impedir tanto aqueles que prejudiquem a coletividade (por exemplo, contratos contra o consumidor) quanto os que prejudiquem ilicitamente pessoas determinadas”<sup>48</sup>.

Indo um pouco mais além, Heloísa Helena Pereira Bello entende que, por meio da função social do contrato, busca-se “a manutenção da rede negocial social através do adimplemento das obrigações” contratuais<sup>49</sup>, com o que parecem concordar João Luiz Nogueira Matias e Afonso de Paula Pinheiro Rocha, baseados na doutrina estadunidense de Irma S. Russel, pontificaram que “a

---

*contratos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 204-231; MANHÃES, Guilherme da Silva. *Efeitos do contrato perante terceiros: revisitando o princípio da relatividade subjetiva*. Âmbito Jurídico. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7370](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7370)>. Acesso em 26.12.2011; MATIAS, João Luis Nogueira; ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. *A função social do contrato, a quebra eficiente e o terceiro ofensor*. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/afonso\\_de\\_paula\\_pinheiro\\_rocha-1.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/afonso_de_paula_pinheiro_rocha-1.pdf)>. Acesso em 26.12.2011.

<sup>46</sup> STJ – REsp nº 468.062/CE – 2ª Turma – Rel. Humberto Martins – julgamento unânime de 11/11/2008 – acórdão publicado em 1º/12/2008.

<sup>47</sup> *Ob. cit.*, p. 115-116.

<sup>48</sup> *Ob. cit.*, p. 116.

<sup>49</sup> BELLO, Heloísa Helena Pereira. *O terceiro ofensor e a função social dos contratos*. Disponível em <[http://www.fempapr.org.br/artigos/upload\\_artigos/heloisa%20helena%20pereira%20bello.pdf](http://www.fempapr.org.br/artigos/upload_artigos/heloisa%20helena%20pereira%20bello.pdf)> , com acesso em 21.12.2011, p. 12.

função social do contrato é a de garantir a estabilidade das promessas e dos acordos como uma forma de servir o bem comum”, o qual é alcançado quando os contratos incentivam “a confiança nas relações e na viabilidade do próprio ato de contratar, desta forma criando mercados robustos e permitindo o desenvolvimento da sociedade”<sup>50</sup>.

Já Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, após, em entendimento minoritário, pugnam pela existência da função social interna do contrato, afirmam que a função social externa do contrato se reporta “ao diálogo de cooperação entre os contratantes e os ‘terceiros’, prevenindo-se ofensas recíprocas através da edificação de um ambiente de cooperação”, de modo que os “bons contratos promovem a confiança nas relações sociais, enquanto os maus contratos a degeneram”<sup>51</sup>.

E, para os aludidos dois autores, a aplicação da função social – aí externa, no entendimento de ambos – do contrato se dá por meio de três figuras: a) a de contratos que lesam interesses metaindividuais ou a dignidade da pessoa humana; b) contratos que ofendem terceiros; e c) terceiros que ofendem contratos<sup>52</sup>.

Com foco nessa terceira figura, o princípio da função social do contrato, em conjunto com o mencionado dever de não lesar a ninguém e com as normas do Código Civil daí decorrente – as da responsabilidade civil –, provoca a mencionada releitura constitucional da relatividade subjetiva dos efeitos do contrato.

Ganha ainda mais força, então, a já existente distinção entre a relatividade dos efeitos do contrato e a oponibilidade dos efeitos do contrato. É que, embora permaneça válida a máxima de que o contrato apenas vincula as suas partes, não prejudicando nem beneficiando terceiros – a relatividade subjetiva de seus efeitos ou seus efeitos internos, diretos ou imediatos –, tem-se que ele, uma vez conhecido por terceiros, deve por estes ser respeitado – a oponibilidade dos efeitos do contrato ou seus efeitos externos, indiretos ou mediatos.

Em outros termos, o fato de o contrato não criar obrigações para um terceiro que dele tem conhecimento não dá, no atual estágio da ciência jurídica, a esse estranho ao vínculo contratual o direito de desrespeitar a avença, seja induzindo o devedor a inadimplir as obrigações, seja por meio da celebração de um novo contrato com o devedor da avença primitiva e que implica o inadimplemento do primeiro contrato<sup>53 e 54</sup>.

---

<sup>50</sup> MATIAS, João Luis Nogueira; ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. *A função social do contrato, a quebra eficiente e o terceiro ofensor*. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/afonso\\_de\\_paula\\_pinheiro\\_rocha-1.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/afonso_de_paula_pinheiro_rocha-1.pdf)>. Acesso em 26.12.2011, p. 4506.

<sup>51</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito dos contratos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 209.

<sup>52</sup> *Ob. cit.*, p. 215.

<sup>53</sup> Antônio Junqueira de Azevedo observa que admitir a existência da função social do contrato e sua dupla finalidade não tem o condão de fazer com que terceiros à relação contratual adquiram a qualidade de partes num contrato, “mas, por outro lado, torna-se evidente que os terceiros não podem se comportar como se o contrato não existisse”. Corroborando esse entendimento, cita a doutrina francesa, para a qual há diferença entre a relatividade dos efeitos

Embora enfocando o tema não sob o prisma explícito da função social do contrato, mas o fazendo, no início da década de 1960, sob a ótica do princípio geral do direito de *neminem laedere*, são precisas as seguintes palavras de Alvaro Lima, para quem um direito que apenas as partes de uma obrigação estivessem adstritas a respeitar não teria valor algum e, portanto, seria causa de anarquia:

“O princípio da relatividade das convenções não pode ser entendido hoje, como o foi no século XIX, com a rigidez de regra absoluta, conferindo ao terceiro ampla liberdade de ação. O contrato produz efeitos relativamente às partes contratantes, conferindo-lhes direitos e impondo-lhes deveres; tais efeitos, entretanto, não atingem os terceiros absolutamente estranhos à relação contratual. (...)”

Mas o contrato não pode ser considerado apenas nos seus efeitos jurídicos; sendo uma realidade concreta, um fato social, um valor patrimonial, a sua existência não se limita às partes contratantes, mas age, como tal, ‘*erga omnes*’. Aquele mesmo sujeito passivo universal, que existe no direito real, observa Demogue, existe no direito de crédito, sujeito obrigado ao dever de abster-se da relação contratual. Há um dever legal de não intervir na esfera da atividade de outrem, de respeitar os direitos de outrem, de ‘*neminem laedere*’; um direito, que apenas o contratante seja obrigado a respeitar e que terceiros possam impunemente desprezar, não teria absolutamente valor; não poderiam subsistir mais relações sociais, nem jurídicas, possíveis; a anarquia sucederia ao reino da lei.

O contrato, pois, como fato social, em virtude da sua existência, conferindo direitos e deveres, não pode deixar de produzir certas repercussões relativamente a terceiros; não pode deixar de ser logicamente oponível contra terceiros, não quanto aos seus efeitos diretos, imediatos, mas os indiretos, nascidos do jogo de interferências entre eles e as situações marginais. Há um dever jurídico de não interferir ou impedir o cumprimento do contrato; trata-se de um ilícito gerador de responsabilidade que no direito inglês se denomina ‘*tort of interference*’<sup>55</sup>.

No mesmo sentido, manifestou-se Humberto Theodoro Neto, assim citado por Rodrigo Mazzei:

---

do contrato e a oponibilidade dos efeitos de um contrato. Segundo Didier Martin, “a oponibilidade tem por alvo os estranhos à relação de direito que ela apresenta à sua consideração e que se denominam ‘terceiros’, sem dúvida para melhor marcar que as coisas jurídicas, que lhes são exteriores, não constituem, de forma alguma, negócios a eles estranhos”, o que é complementado pelo pensamento de Jean-Louis Goutal, o qual havia “afirmado a oponibilidade do contrato a todos, resultando essa oponibilidade da mera existência do contrato”, pelo “que a oponibilidade é a regra e a inoponibilidade, a exceção”, de que são exemplos “os casos em que a lei exige expressamente o registro do contrato ‘para valer contra terceiros’” (*Ob. cit.*, p. 116-117).

<sup>54</sup> Rodrigo Mazzei aduz que, embora essa nova principiologia contratual da segunda metade do século XX não represente “mitigação ao princípio da relatividade, expressa sua remodelação efetuada sob influência da realidade contemporânea, consequência da diretriz da socialidade e mais especificamente da função social do contrato” (MAZZEI, Rodrigo. *ob. cit.*, p. 199).

<sup>55</sup> *Ob. cit.*, p. 17-18.

“Apesar de o terceiro não possuir nenhum direito de crédito nem responsabilidade em razão de um contrato no qual não figura como parte, ele tem o dever de respeitá-lo e não pode agir como se ignorasse sua existência e seus efeitos jurídicos.”<sup>56</sup>

Surge – ou, ao menos, a partir de então, o tema ganha, para alguns<sup>57</sup>, este epíteto<sup>58</sup> – a “tutela externa do crédito”. Nesse sentido, há o Enunciado nº 21 das Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Conselho da Justiça Federal, assim vazado:

“A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.”<sup>59</sup>

Rodrigo Mazzei, forte nos ensinamentos de Fernando Noronha, afirma que essa tutela externa do crédito “tem por função estender a direitos de crédito, em determinadas situações, a proteção dispensada aos direitos absolutos”<sup>60</sup>.

Tal proteção dividir-se-ia, ainda conforme Noronha, em duas hipóteses, ambas integrantes do que chama “indução ao inadimplemento”: a) quando “terceiro instiga o devedor a não cumprir obrigação assumida”, chamada “indução ao inadimplemento de negócio jurídico alheio”; e b) quando o “terceiro firma com o devedor um contrato incompatível com o adimplemento por parte deste da obrigação previamente estabelecida com o credor”<sup>61</sup>.

Também a boa-fé objetiva, aqui já tratada em linhas gerais, impede que o terceiro contrate com o devedor de um contrato avença cuja execução implique o inadimplemento das obrigações do pacto primitivo.

É o que pensam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, para os quais a atuação do terceiro ofensor lesa também a boa-fé objetiva em sua faceta de fonte de deveres anexos, laterais, secundários ou de conduta, pois a proteção, uma das finalidades desses deveres, desvinculada da obrigação principal da obrigação, deslocar-se-ia, de forma excepcional, verticalmente – atingindo

---

<sup>56</sup> THEODORO NETO. Humberto. *Efeitos externos do contrato: direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiros*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 64, *apud* MAZZEI, Rodrigo. *ob. cit.*, p. 199.

<sup>57</sup> MAZZEI, Rodrigo. *ob. cit.*, p. 212-215; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *ob. cit.*, p. 214 e 224; MATIAS, João Luis Nogueira; ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. *A função social do contrato, a quebra eficiente e o terceiro ofensor*. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/afonso\\_de\\_paula\\_pinheiro\\_rocha-1.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/afonso_de_paula_pinheiro_rocha-1.pdf)>. Acesso em 26.12.2011, p. 4498 e 4499.

<sup>58</sup> Ao menos Alvaro Lima, na década de 1960, e Antônio Junqueira de Azevedo, na de 1990, abordaram, por meio do artigo e do parecer aqui já mencionados, a questão sem terem se valido do termo em referência.

<sup>59</sup> Enunciado da I Jornada de Direito Civil.

<sup>60</sup> NORONHA. Fernando. *Direito das obrigações*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1. p. 461, *apud* MAZZEI, Rodrigo. *O princípio da relatividade dos efeitos contratuais e suas mitigações. in Direito contratual: temas atuais*. Coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce. São Paulo: Método, 2007, p. 213.

<sup>61</sup> MAZZEI, Rodrigo. *Ob. cit.*, p. 213-214.

terceiros –, e não apenas horizontalmente – entre as partes contratantes<sup>62, 63 e 64</sup>.

Para que haja a responsabilização desse terceiro ofensor do crédito alheio, podem-se, de acordo com a doutrina nacional aqui já referida, elencar os seguintes requisitos: a) existência de um contrato; b) que o terceiro tenha ou pudesse ter conhecimento dessa existência; c) a celebração, entre o terceiro e o devedor do contrato primitivo, de nova avença cuja execução implique o inadimplemento das obrigações originadas do primeiro contrato; e d) para os que entendem se tratar de responsabilidade civil desse estranho, de danos sofridos pelo credor do contrato inadimplido, exceto nas situações dos artigos 500 do Código Comercial e do 608 do CC/2002, sendo que, para Alvinho Lima, que pugna ser o caso da responsabilidade por fraude e, assim, da ineficácia, perante o credor cujo crédito foi violado, da segunda contratação, não há que se falar em danos<sup>65</sup>.

No ponto, cabe destacar que essa proteção atribuída ao crédito contra terceiros, ainda que sem a nomenclatura de tutela externa do crédito, não se limita às hipóteses dos aqui já mencionados artigos 500 do Código Comercial e 608 do CC/2002, porque todos os autores acima referidos são unânimes ao afirmar sua projeção para as demais situações em que um terceiro viola contrato alheio.

Com fundamento em que o contrato é a “veste jurídica da circulação econômica” de bens<sup>66</sup>, o que seria sua função essencial, poder-se-ia dizer, no sentido em que se formulou, na economia estadunidense, a chamada “teoria da quebra eficiente do contrato” – *efficient breach theory* –, que, como bem sintetiza Guilherme da Silva Manhães, “compensada a vítima pela inexecução

---

<sup>62</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito dos contratos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 233-234.

<sup>63</sup> Ainda na doutrina, sustentam esse posicionamento – o de que também a boa-fé objetiva veda a figura do terceiro ofensor de um contrato anterior – Otávio Luiz Rodrigues Junior (*A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio res inter alios acta, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos*. Revista dos Tribunais: São Paulo, v. 821, março de 2004, p. 95) e Heloísa Helena Pereira Bello (*O terceiro ofensor e a função social dos contratos*. Disponível em <[http://www.fempapr.org.br/artigos/upload\\_artigos/heloisa%20helena%20pereira%20bello.pdf](http://www.fempapr.org.br/artigos/upload_artigos/heloisa%20helena%20pereira%20bello.pdf)>, com acesso em 21.12.2011, p. 10).

<sup>64</sup> Igual entendimento possui a 2ª Turma do STJ, de que é exemplo o seguinte trecho da ementa do acórdão do REsp nº 468.062/CE: “PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE DOS EFEITOS DO CONTRATO – DOCTRINA DO TERCEIRO CÚMPLICE – TUTELA EXTERNA DO CRÉDITO. O tradicional princípio da relatividade dos efeitos do contrato (*res inter alios acta*), que figurou por séculos como um dos primados clássicos do Direito das Obrigações, merece hoje ser mitigado por meio da admissão de que os negócios entre as partes eventualmente podem interferir na esfera jurídica de terceiros – de modo positivo ou negativo –, bem assim, tem aptidão para dilatar sua eficácia e atingir pessoas alheias à relação inter partes. As mitigações ocorrem por meio de figuras como a doutrina do terceiro cúmplice e a proteção do terceiro em face de contratos que lhes são prejudiciais, ou mediante a tutela externa do crédito. Em todos os casos, sobressaem a boa-fé objetiva e a função social do contrato.” (STJ – REsp nº 468.062/CE – 2ª Turma – Rel. Humberto Martins – julgamento unânime de 11.11.2008 – acórdão publicado em 1º.12.2008).

<sup>65</sup> Reiteramos: Alvinho Lima entende ser possível haver, no caso, tanto a responsabilidade por fraude quanto a responsabilidade civil.

<sup>66</sup> ROSENVALD, Nelson. *A função social do contrato*. MPMG Jurídico, Belo Horizonte, v.2, n.9, abr./jun., 2007, p. 10.

da avença e apurado um estado de riqueza superior do descumpridor quando comparado ao que lhe era previsto caso efetivasse o acordo, a sociedade ficaria em melhor estado econômico, o que conduziria ao estímulo do rompimento eficaz, inclusive por parte do próprio Estado”<sup>67 e 68</sup>.

Porém, o mesmo Manhães já objeta contra essa teoria econômica que o “ônus imposto à sociedade por ocasião do rompimento do contrato supera em muito os benefícios eventualmente apurados pelo fim do pacto”, pois “a convenção está além de mero instrumento através do qual se possibilitam ganhos de ordem material”, devendo ser não só instrumento das trocas econômicas, mas, também, “meio pelo qual se opera uma segurança jurídica maior no trato social”. Em verdade, defender a teoria da quebra eficaz do contrato, cujos sustentáculos são de ordem econômica, “nada mais é do que afirmar a prevalência de institutos patrimoniais em detrimento de outros de ordem existencial”<sup>69</sup>.

É que, conforme aqui já exposto, além de sua função econômica, o contrato há de cumprir a sua função social.

Mesmo nos Estados Unidos da América, em que surgiu a aludida teoria da quebra eficiente do contrato, de natureza econômica, o direito estadunidense, de acordo com o que informam João Luis Nogueira Matias e Afonso de Paula Pinheiro Rocha, tratou de impor limites a esse entendimento. Duas limitações podem ser apontadas: a) o do *tort interference with contracts*<sup>70</sup> – algo como a indevida/ilícita interferência em contratos –; e b) a dos *punitive damages* – os aqui chamados de danos punitivos, danos sociais ou pena privada<sup>71</sup>.

Exemplo clássico de aplicação desses dois institutos é o do caso *Pennzoil v. Texaco*, abordado Matias e Rocha, por meio do qual, na década de 1980, mesmo a *Pennzoil* não tendo concluído uma contratação cujas tratativas para tanto se achavam bastante adiantadas, viu reconhecido seu direito de obter, da

---

<sup>67</sup> MANHÃES, Guilherme da Silva. *Efeitos do contrato perante terceiros: revisitando o princípio da relatividade subjetiva*. Âmbito Jurídico. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7370](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7370)>. Acesso em 26.12.2011.

<sup>68</sup> João Luis Nogueira Matias e Afonso de Paula Pinheiro Rocha nos dão o seguinte exemplo: “O indivíduo ‘A’ contrata com ‘B’ a venda de um determinado objeto por 100 (cem) reais. Contudo, antes da entrega, ‘C’ oferece para ‘A’ o valor de 150 (cento e cinquenta reais) pelo mesmo objeto. Se ‘A’ quebrar o negócio e em razão disso ‘B’ sofrer danos de 25 (vinte e cinco) reais, ‘A’ poderá indenizar os danos sofridos por ‘B’ e ainda guardar um lucro de 25 (vinte e cinco) reais em relação ao que teria se tivesse cumprido o contrato original.

O resultado é uma situação ‘pareto-superior’, pois ‘A’ melhorou sua situação sem ninguém ter sido prejudicado. A eficiência para o grupo foi favorecida pela quebra. Uma aplicação em maior magnitude é advogada pelos partidários da teoria para a sociedade.” MATIAS, João Luis Nogueira; ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. *A função social do contrato, a quebra eficiente e o terceiro ofensor*. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/afonso\\_de\\_paula\\_pinheiro\\_rocha-1.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/afonso_de_paula_pinheiro_rocha-1.pdf)>. Acesso em 26.12.2011, p. 4500.

<sup>69</sup>[69] *Ob. cit.*

<sup>70</sup> Segundo Leonardo de Faria Beraldo, tem-se “notícia do *tort of inducing breach of contracts* desde o Direito Romano, mas foi no século XIX que a teoria se firmou”, notadamente nos Estados Unidos da América (BERALDO. Leonardo de Faria. *Função social do contrato*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p.119).

<sup>71</sup> *Ob. cit.*, p. 4501, 4503-4504.

Texaco, indenização pelo fato de esta ter, de forma indevida, atravessado as negociações que a Pennzoil mantinha com a Getty Oil para compra das ações desta. Tal indenização incluiu “uma condenação adicional – *punitive damages* – com o intuito de punir a conduta da Texaco, bem como de prevenir condutas similares”<sup>72</sup>.

No direito nacional, Leonardo de Faria Beraldo traz outro importante subsídio para, em situações como a presente, repudiar-se, por indevida, a interferência de terceiro em contrato alheio. É que, na tensão entre, de um lado, a melhor proposta econômica para o devedor e, de outro, a segurança jurídica e a estabilidade social, há situações excepcionais em que, devidamente aparelhadas para tanto, admite-se expressamente a interferência de terceiro, como nos contratos esportivos, em que há a possibilidade de as partes estipularem cláusulas penais em muito superiores às que, nos contratos regulados pelo Código Civil, poderiam os contratantes prever (Lei nº 9.615/1998, artigo 28, I e § 1º, com a redação dada pela Lei nº 12.395/2011<sup>73</sup> e <sup>74</sup>). Entretanto, tal autor parece dar a entender, no que reputamos estar com a razão, que, enquanto a cláusula penal compensatória for, via de regra, limitada ao valor da obrigação principal (artigos 412<sup>75</sup> e 416<sup>76</sup> do CC/2002), a teoria da quebra eficiente do contrato deve ser vista com ressalvas, sobretudo se for considerada a finalidade também ínsita ao contrato que é a de conferir segurança aos contratantes<sup>77</sup>.

## **DO PRESENTE CASO COMO HIPÓTESE INADMISSÍVEL DE OFENSA, PELO CLIENTE, DO CONTRATO SOCIAL CELEBRADO ENTRE OS SÓCIOS DE UMA SOCIEDADE DE ADVOGADOS.**

---

<sup>72</sup> *Ob. cit.*, p. 4504-4505.

<sup>73</sup> “Art. 28. A atividade do atleta profissional é caracterizada por remuneração pactuada em contrato especial de trabalho desportivo, firmado com entidade de prática desportiva, no qual deverá constar, obrigatoriamente:

I - cláusula indenizatória desportiva, devida exclusivamente à entidade de prática desportiva à qual está vinculado o atleta, nas seguintes hipóteses:

a) transferência do atleta para outra entidade, nacional ou estrangeira, durante a vigência do contrato especial de trabalho desportivo; ou

b) por ocasião do retorno do atleta às atividades profissionais em outra entidade de prática desportiva, no prazo de até 30 (trinta) meses; e

(...)

§ 1º O valor da cláusula indenizatória desportiva a que se refere o inciso I do caput deste artigo será livremente pactuado pelas partes e expressamente quantificado no instrumento contratual:

I - até o limite máximo de 2.000 (duas mil) vezes o valor médio do salário contratual, para as transferências nacionais; e

II - sem qualquer limitação, para as transferências internacionais.”

<sup>74</sup> Com as modificações implementadas pela referida Lei nº 12.395/2011 na Lei nº 9.615/1998, a cláusula penal no direito desportivo passou a se chamar “cláusula indenizatória desportiva”, bem como, no § 2º do artigo 28 da aludida Lei de 1998, passou a constar que são “solidariamente responsáveis pelo pagamento da cláusula indenizatória desportiva de que trata o inciso I do caput deste artigo o atleta e a nova entidade de prática desportiva empregadora”.

<sup>75</sup> “Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.”

<sup>76</sup> “Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.”

<sup>77</sup> BERALDO. Leonardo de Faria. *Função social do contrato*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p.128-129.

Fixadas essas premissas, fica claro que, na espécie, o Cliente, ciente da Cláusula “Y” avençada pelos sócios no Contrato Social da Sociedade de Advogados, inclusive incluída no Contrato de Honorários ou mesmo em uma troca de correspondência, desrespeitará essa primeira contratação ao celebrar com um ex sócio ou com uma outra Sociedade de Advogados da qual faça parte um ex sócio envolvendo justamente causas sob a responsabilidade da Sociedade que até então lhe prestava serviços, implicando-se o inadimplemento das obrigações do contrato primitivo.

Quanto à natureza dessa responsabilidade civil, há pacificidade em ser contratual a da parte inadimplente e extracontratual a do terceiro ofensor.

Majoritariamente<sup>78</sup>, defende-se ser a responsabilidade em comento subjetiva, isso com fundamento no que dispõem os artigos 186, 421, 927 e 942 do vigente Código Civil, fazendo-se a ressalva de que há doutrinadores, como Leonardo de Faria Beraldo, que consideram não se tratar de violação ao princípio da função social do contrato, embora reconheçam a responsabilização civil desse estranho ao primeiro contrato.

Entendendo se tratar de responsabilidade civil extracontratual objetiva, estão Heloísa Helena Pereira Bello<sup>79</sup> e João Luis Nogueira Matias e Afonso de Paula Pinheiro Rocha<sup>80</sup>, o que é feito com base no artigo 187 do CC/2002, na figura do abuso de direito por exercício de uma situação jurídica em manifesta desconformidade com sua finalidade social.

E a responsabilidade civil do contratante inadimplente e do terceiro cúmplice desse inadimplemento é solidária, nos termos do que enuncia o *caput* do artigo 942 do Código Civil de 2002<sup>81 e 82</sup>.

A questão que, daí, poderia surgir seria a decorrente de os diferentes títulos pelos quais respondem o contratante inadimplente (responsabilidade civil contratual) e o terceiro ofensor (responsabilidade civil extracontratual) e a citada responsabilidade solidária de ambos, tendo-se em vista que a cláusula penal compensatória é inaplicável a esse estranho<sup>83</sup>.

---

<sup>78</sup> Dentre outros: MAZZEI, Rodrigo. *ob. cit.*, p. 189-222; RODRIGUES JUNIOR. Otávio Luiz. *ob. cit.*, p. 82-98; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *ob. cit.*, p. 204-231. 79[79] BELLO. Heloísa Helena Pereira. O terceiro ofensor e a função social dos contratos. Disponível em <[http://www.fempapr.org.br/artigos/upload\\_artigos/heloisa%20helena%20pereira%20bello.pdf](http://www.fempapr.org.br/artigos/upload_artigos/heloisa%20helena%20pereira%20bello.pdf)>, com acesso em 21.12.2011.

<sup>80</sup> MATIAS, João Luis Nogueira; ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. A função social do contrato, a quebra eficiente e o terceiro ofensor. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/afonso\\_de\\_paula\\_pinheiro\\_rocha-1.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/afonso_de_paula_pinheiro_rocha-1.pdf)>. Acesso em 26.12.2011.

<sup>81</sup> MAZZEI, Rodrigo. *ob. cit.*, p. 215; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *ob. cit.*, p. 227.

<sup>82</sup> Com a mesma opinião, mas, logicamente, referindo-se à solidariedade do artigo 1.518 do CC/1916, dispositivo, como já mencionamos, referente ao aludido artigo 942 do CC/2002, Antônio Junqueira de Azevedo (*Ob. cit.*, p. 119).

<sup>83</sup> “Assim, enquanto o devedor se responsabiliza pelo valor exato da pena independentemente do montante dos danos sofridos [isso se não houver, nos termos do que dispõe o artigo 416 do Código Civil de 2002, a previsão contratual de ele também responder pela indenização suplementar], o terceiro apenas se responsabilizará pelos prejuízos que o credor comprove ter



Citando E. Santos Júnior (*Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 562), Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald esclarecem que “a solidariedade entre ambos os responsáveis existe apenas até o limite do valor por que ambos devem responder”, de modo que, “se o montante de prejuízos exceder cláusula penal, o devedor e terceiro são solidariamente responsáveis até o limite do valor fixado na cláusula penal, mas, para além desse valor, só o terceiro responde individualmente. Por outro lado, se o montante dos prejuízos ficar aquém do valor fixado na cláusula penal, o terceiro e o devedor só respondem solidariamente até o limite do valor efetivo dos prejuízos; para além dele, até o montante definido na cláusula penal, apenas o devedor responderá individualmente”<sup>84</sup>.

Desse modo, seja com fundamento na responsabilidade civil objetiva (artigos 187, 421, 927 e 942 do CC/2002), seja com esteio na subjetiva (substituição do artigo 187 pelo 186), ainda que não se repute ter existido violação ao princípio da função social do contrato, o ex Sócio e o ex Cliente devem, solidariamente, ser condenados a indenizar a Sociedade de Advogados pelos prejuízos a ela causados pelo segundo contrato, cuja execução implicou o inadimplemento das obrigações assumidas no Contrato Social da Sociedade de Advogados e do Contrato de Honorários.

---

sofrido em razão do descumprimento insuflado pela interferência ilícita” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *ob. cit.*, p. 229).

<sup>84</sup> *Ob. cit.*, p.229.