

# CONTRATO DE CONSÓRCIO E CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL: COMENTÁRIOS À APELAÇÃO Nº 0007861-86.2012.8.19.0042 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

THE *CONSORTIUM* AGREEMENT AND THE  
FULFILLMENT OF THE SOCIAL FUNCTION OF THE  
CONTRACT: COMMENTS TO THE APPEAL  
N. 0007861-86.2012.8.19.0042 FROM THE COURT OF  
APPEAL OF THE STATE OF RIO DE JANEIRO

**Deborah Pereira Pinto dos Santos**

Mestre e Doutoranda em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Master of Law pela Universidade de Harvard (LL.M. 18' Harvard Law School). Procuradora do Município do Rio de Janeiro (PGM-RJ). Advogada.

---

**Resumo:** Este artigo apresenta as diferentes concepções doutrinárias do princípio da função social do contrato e analisa sua aplicação pela jurisprudência, utilizando como exemplo decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em que se discutiu o direito do consorciado desistente à restituição imediata dos valores pagos durante a vigência do contrato. Sustenta-se que a função social do contrato é norma jurídica voltada à tutela de interesses socialmente relevantes nas relações privadas. Tais interesses, positivados no ordenamento jurídico, são de caráter coletivo e exteriores ao contrato, no sentido de que não se confundem com os interesses individuais das partes contratantes. Conclui-se que a função social não deve ter sua aplicação concebida de forma a violar a finalidade econômica do contrato (sua causa contratual).

**Palavras-chave:** Função social do contrato. Direito à restituição no consórcio. Finalidade econômica do contrato (causa).

**Abstract:** This article presents the different doctrinal approaches to the principle of the social function of the contract and its application by the case law, using as an example a case from the Court of Appeal of the State of Rio de Janeiro, that analyses the party's right to withdrawal from the contract and her right to immediate restitution of the price during the contractual performance. The social function of the contract is a legal norm that protects collective interests in private relations. Such interests are part of the legal system and their nature is external to the contract in the sense that they are unrelated to the individual interests of the contracting parties. Therefore, the social function of the contract should not have its application conceived in a way that affects the economic purpose of the contract (its consideration).

**Keywords:** The social function of the contract. Right to withdrawal and to restitution. Economic purpose of the contract (consideration).

**Sumário:** Introdução: apresentação do caso – **1** As principais características do contrato de consórcio financeiro – **2** A função social do contrato, suas concepções doutrinárias e aplicação pela jurisprudência carioca – **3** O consorciado desistente e a restituição de valores durante a vigência do contrato. Preservação da finalidade econômico-individual do contrato – Conclusão

---

## **Introdução: apresentação do caso**

M. G. A. S. ajuizou ação em face de Porto Seguro Administradora de Consórcios Ltda. em razão de contrato de consórcio financeiro celebrado entre as partes. A autora, devido a dificuldades financeiras, não conseguiu prosseguir na execução do contrato e exerceu seu direito à desistência, estando no aguardo da devolução das importâncias pagas. Afirma que precisa dos valores a serem restituídos com urgência por estar acometida de grave doença, pelo que requereu a sua devolução em juízo. Em resposta, a ré arguiu a impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista que o grupo ainda não estava encerrado, não podendo dar tratamento diferenciado à parte autora em comparação com os demais integrantes do consórcio.

Em primeiro grau, o pedido foi julgado procedente, sob o fundamento de que os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato permeiam as relações contratuais e justificavam, diante da doença da autora, a restituição pretendida. Assim, entendeu o juízo:

além da abusividade de espera da finalização do grupo, o que vai de encontro com as regras previstas no Código de Defesa do Consumidor, não estando configurado que o pagamento imediato viria a prejudicar o grupo do consórcio, a autora se encontra acometida de doença grave, precisando da importância a qual tem direito.

No segundo grau de jurisdição, contudo, foi dado provimento ao recurso de apelação interposto pela parte ré e reformada a sentença para julgar o pedido improcedente, em acórdão assim ementado:

Consórcio. Consumidor que pleiteia, em razão de doença, a restituição imediata dos valores que pagou em consórcio que não logrou continuar. Sentença que julgou procedente o pedido, pela aplicação dos princípios da lealdade contratual, boa-fé objetiva, transparência e função social do contrato e que, todavia, merece reforma. O contrato

de consórcio não foi celebrado apenas com o consumidor que integra a presente lide e exigir a restituição do valor antes do encerramento do grupo importaria em prejudicar os demais integrantes. Deve ser preconizado o interesse coletivo, em detrimento do interesse individual, por mais árdua que seja a situação pessoal vivenciada por cada pessoa humana. Reforma da sentença. Provimento do recurso.<sup>1</sup>

Decidiu a 24ª Câmara Cível Consumidor, à unanimidade, que, como o contrato de consórcio foi firmado em momento anterior à vigência da Lei nº 11.795/2008, a devolução das parcelas pagas pelo consorciado desistente, ante a ausência de culpa contratual por parte da empresa administradora do consórcio, deverá ser efetuada somente no prazo de trinta dias após a data de encerramento do grupo. Ainda que seja permitida a saída a qualquer tempo do consorciado, este deverá aguardar o fim do contrato para receber a devolução de suas contribuições.

Ressaltou-se que, apesar de a situação de doença vivenciada pela autora ser aflitiva e geradora de desconforto, não seria possível lhe dar tratamento diferenciado. O contrato de consórcio possui funcionamento peculiar e a retirada de uma das partes, caso lhe seja garantida a restituição imediata dos valores pagos, poderá causar prejuízo a todos os demais consorciados, pela possibilidade de terem frustradas as expectativas depositadas nos valores a receber. Conclui-se que “em que pese o contrato ter uma função social e ser celebrado para a busca da dignidade da pessoa humana, exatamente por ser necessária a preponderância do interesse coletivo sobre o individual, não pode ser mantido o pleito da autora”.<sup>2</sup>

## **1 As principais características do contrato de consórcio financeiro**

O sistema de consórcio financeiro foi implementado no Brasil a partir dos anos 60, quando um grupo de funcionários da Associação Atlética do Banco do Brasil criou mecanismo de aquisição de bens por meio de autofinanciamento. Assim, eram feitas contribuições mensais em valores proporcionais ao prazo de pagamento e ao número de participantes, de forma a possibilitar que todos adquirissem os bens, sendo que cada participante seria contemplado conforme ordem de sorteio. À época, o contexto histórico do país era bastante favorável a tal tipo

<sup>1</sup> TJRJ, 24ª Câmara Cível Consumidor. Apelação nº 0007861-86.2012.8.19.0042. Rel. Des. Lucia Mothe Glióche, j. 2.9.2015.

<sup>2</sup> O processo transitou em julgado em 9.10.2015.

de organização, pois a política de financiamento bancário, tanto pública quanto privada, era direcionada às indústrias emergentes e não às pessoas físicas.<sup>3</sup>

A prática foi seguida pelo tratamento legislativo.<sup>4</sup> A Constituição de 88 trouxe regra estabelecendo a competência privativa da União para legislar sobre o tema,<sup>5</sup> sendo então editada a Lei nº 8.177/1991, que delegou competência ao Banco Central para regulamentar o setor. Mais recentemente, foi editada a Lei nº 11.795/2008, na qual a matéria passou a ser tratada com mais detalhe e que visou a resolver alguns pontos polêmicos que vinham sendo enfrentados pela jurisprudência, como o direito à desistência da adesão ao grupo pelo consorciado.

O consórcio financeiro é formado por agrupamento de pessoas (físicas ou jurídicas) que se reúnem para a constituição de determinado capital, com vistas à aquisição do mesmo bem ou serviço, em quantidade equivalente ao número de pessoas que formam o grupo. Durante a duração do contrato de consórcio, os consorciados contribuem com valores periódicos que, quando somados, serão suficientes para aquisição do bem ou serviço em número que contemple todos os participantes ao longo de sua vigência, os quais serão recebidos mediante sorteios em épocas predeterminadas.<sup>6</sup>

Dessa forma, o contrato de consórcio financeiro pode ser definido como o negócio jurídico patrimonial, plurilateral, por adesão e de trato sucessivo ou longa duração, cuja finalidade é a constituição de fundo pecuniário para propiciar às partes consorciadas, de forma isonômica, a aquisição de bens ou serviços por meio de autofinanciamento.<sup>7</sup> O objetivo imediato da constituição do consórcio é a formação de riqueza total que, a partir da contribuição de todos os consorciados, possibilite a aquisição do bem que será atribuído a uma das partes, por meio de sorteio, de forma a constituir “poupança programada” com recursos originados dos diversos consorciados.<sup>8</sup>

O contrato de consórcio, como regra, possui a estrutura plurilateral, por formar relação jurídica com mais de dois centros subjetivos de interesse, já que terá número variado e ilimitado de contratantes consorciados. A variabilidade da estrutura das relações jurídicas depende da função que devem desempenhar,

<sup>3</sup> BITTENCOURT, Paula Cabral. Sistema de consórcio financeiro: regulação pelo Banco Central do Brasil e reflexões sobre o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca do direito de desistência do consorciado. *Revista da Procuradora Geral do Banco Central*, v. 10, n. 1, jun. 2016. p. 78.

<sup>4</sup> O primeiro regramento legal foi a Lei nº 5.768/197, regulamentada pelo Decreto nº 70.951/72.

<sup>5</sup> Art. 22, inc. XX da Constituição de 88.

<sup>6</sup> RIZZARDO, Arnaldo. Contrato de consórcio. *Revista AJURIS*, v. 14, n. 40, 1987. p. 202.

<sup>7</sup> Arts. 2º e 10 da Lei nº 11.795/2008.

<sup>8</sup> MAIA, Felipe Fernandes de Ribeiro. O sistema de consórcio financeiro na Lei 11.795/2008. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 47, jan. 2010. p. 66.

conforme os interesses em jogo na relação concreta.<sup>9</sup> Na relação contratual plurilateral constituída pelo grupo consorciado, as partes perseguem determinada finalidade ou interesse comum, qual seja, a aquisição de determinado bem ou serviço.<sup>10</sup> Conforme clássica lição de Tullio Ascarelli, o contrato plurilateral aparece como *comunhão de fim*, pois os interesses contrastantes das partes são unificados em determinada finalidade comum: “cada uma das partes obriga-se, de fato, para com todas as outras, e para com todas as outras adquire direitos”.<sup>11</sup>

Nesse mesmo sentido, afirma Judith Martins-Costa que o consórcio é contrato comunitário, pois tem em sua própria racionalidade econômica a noção de comunidade: o objeto contratual não visa a tutelar “o interesse de uma soma aritmética de ‘individualidades’, mas interesses supra-individuais ou coletivos”. São exatamente os interesses da coletividade de consorciados que formam a causa do contrato, e é a sua “transindividualidade” ou “comunitariedade” que constitui o fulcro da operação jurídica e econômica do consórcio financeiro.<sup>12</sup>

Além disso, também como regra, o contrato de consórcio financeiro é celebrado por instrumento de adesão. Dessa forma, “respeitadas as condições mínimas disciplinadas pelo BACEN, caberá à sociedade administradora de consórcio conceber as disposições do contrato de adesão a ser ofertado, no mercado de consumo”.<sup>13</sup> O fundamental para a definição desta modalidade de contratar é que as cláusulas do futuro contrato sejam rigidamente predeterminadas por uma das partes e apresentadas para a aceitação da outra, que somente terá a opção de aderir ao regramento contratual sem oportunidade de alterá-lo substancialmente ou mesmo de debatê-lo previamente.<sup>14</sup>

Outrossim, o contrato de consórcio é de colaboração e longa duração, sendo também denominado pela doutrina como relacional.<sup>15</sup> O ponto cerne dos *relational*

<sup>9</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 642.

<sup>10</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Os consórcios de distribuição de bens e natureza das obrigações assumidas perante os consorciados. *Revista de Direito Renovar*, n. 12, 1998. p. 55.

<sup>11</sup> ASCARELLI, Tullio. O contrato plurilateral. In: ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 271.

<sup>12</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Novas reflexões sobre o princípio da função social do contrato. In: MONTEIRO, Antônio Pinto (Dir.). *Estudos de direito do consumidor*. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 90-91.

<sup>13</sup> MALFATI, Alexandre David. O contrato de consórcio e o direito do consumidor, após a vigência da Lei 11.795/2008. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 70, 2009. p. 38.

<sup>14</sup> SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. *Renúncia a direitos nos contratos de adesão em relações civis e empresariais: limites à autonomia negocial nos business to business contracts*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015. p. 39-40.

<sup>15</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. A boa-fé nos contratos relacionais. Contrato de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, v. 832, n. 94, fev. 2005. p. 123.

*contracts*, conceito originário do direito americano, é a noção de *cooperação entre as partes contratantes* nas relações obrigacionais que se prolongam no tempo.<sup>16</sup> Os contratos relacionais são pactos duradouros nos quais se somam aos elementos nascidos das declarações negociais outros traços, como “a personalidade, a confiabilidade, a aptidão para o desempenho pela contraparte e a possibilidade de planejamento futuro”.<sup>17</sup> Em consequência, a relação contratual “depende de cooperação futura não só no que toca ao cumprimento do que foi firmado, mas também em termos de planejamento extensivo de atividades substanciais da relação”.<sup>18</sup>

Como função econômico-individual do contrato, a causa expressa o valor que as partes atribuíram à operação negocial em sua totalidade, considerada em sua concreta manifestação.<sup>19</sup> No caso do contrato de consórcio, a sua causa, compatível com a sua natureza *plurilateral, comunitária e relacional*, é a distribuição do bem ou serviço contratado a todos os consorciados, conforme ordem definida por sorteio, tomado em igualdade de condições, sendo necessária a cooperação dos contratantes para o atendimento de tal função.<sup>20</sup>

Por fim, o contrato de consórcio será, frequentemente, firmado no âmbito de uma relação de consumo, como ocorre no caso em análise. De um lado, há a figura da parte consorciada como pessoa física ou jurídica que adquire a cota do consórcio desde que na qualificação de destinatário final. De outro, as sociedades administradoras de consórcio que serão fornecedoras de serviços no mercado de consumo, nos termos dos arts. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor.<sup>21</sup>

<sup>16</sup> A classificação é atribuída ao jurista norte-americano Ian R. Macneil e no direito brasileiro é seguida por MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 188 e ss.

<sup>17</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A relação contratual de shopping center. *Revista do Advogado*, v. 32, n. 116, jul. 2012. p. 113.

<sup>18</sup> KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupo de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 158-159.

<sup>19</sup> KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 43, jul./set. 2010. p. 52.

<sup>20</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Os consórcios de distribuição de bens e natureza das obrigações assumidas perante os consorciados. *Revista de Direito Renovar*, n. 12, 1998. p. 62.

<sup>21</sup> Sobre o ponto, ver Malfati, Alexandre David. O contrato de consórcio e o direito do consumidor, após a vigência da Lei 11.795/2008. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 70, 2009. p. 11-15. O entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça também é neste sentido: “[...] A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se, seguindo os ditames do Código de Defesa do Consumidor, no sentido de que a cláusula de eleição de foro estipulada em contrato de consórcio há que ser tida como nula, devendo ser eleito o foro do domicílio do consumidor a fim de facilitar a defesa da parte hipossuficiente da relação” (STJ, 4ª T. AgRg no Ag nº 1.070.671/SC. Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 27.4.2010).

## 2 A função social do contrato, suas concepções doutrinárias e aplicação pela jurisprudência carioca

A função social do contrato foi positivada pela primeira vez no ordenamento brasileiro com o Código Civil de 2002, que, em seu art. 421, estabeleceu que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social”. Apesar da ausência de previsão específica no texto constitucional de 88, tal preceito deve ter sua interpretação e aplicação conformada pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV), da solidariedade social (art. 3º, I) e da igualdade substancial (art. 3, III).<sup>22</sup> Como se verá, há grave dificuldade doutrinária de lhe atribuir significado unívoco, o que tem causado verdadeira miscelânea na jurisprudência acerca do conteúdo e alcance da função social.

Para primeira linha doutrinária, a função social atua como *limite externo* à liberdade de contratar, de formar a ampliar para o domínio do contrato a noção de ordem pública.<sup>23</sup> Conforme predisposto no art. 2.035 do Código Civil, “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”. Segundo essa concepção, o contrato – dotado ontológica e tecnicamente de abusividade em potencial – encontra limitações perante a lei imperativa e normas de ordem pública.

Os limites externos têm dimensão negativa, na ideia de abuso da liberdade contratual, e, em consequência, a aplicação da função social do contrato pelo intérprete deve ser restrita a *situações extremas*:

só a deformidade, o absurdo e o teratológico exercício do direito de contratar, que atente contra a regularidade das relações privadas e leve a aviltar os próprios fundamentos, as garantias e os valores sociais que sustentam e protegem a liberdade é que será passível de invalidação perante o juiz.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Estes são os fundamentos basilares para a função social do contrato conforme TEPEDINO, Gustavo. O princípio da função social no direito civil contemporâneo. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (Coord.). *Direito e justiça social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária*. Estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza. São Paulo: Atlas, 2013. p. 259. Além dos fundamentos apontados, acrescenta Teresa Negreiros que “não se deve pôr de parte a possibilidade de a função social do contrato ser construída, à luz da Constituição, como um corolário da disciplina ali instituída para a função social da propriedade” (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 209).

<sup>23</sup> THEODORO JR., Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 93.

<sup>24</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. *Revista dos Tribunais*, v. 823, p. 67-86, maio 2004.

Apesar de sua relevância, como forma de superação de individualismo exacerbado, a adoção de papel restritivo da função social, sendo somente limite externo negativo, torna o art. 421 do CC “virtualmente inútil”. Isso porque a legislação já traz série de dispositivos de ordem pública, como o abuso do direito (art. 187), a interpretação e integração do contrato segundo a boa-fé objetiva (arts. 113 e 422), a redução equitativa da cláusula penal (art. 413) e a interpretação favorável ao aderente (art. 423). Diversamente, é preciso “encontrar voz *própria* e *específica* ao art. 421”.<sup>25</sup>

Nessa mesma linha de pensamento, porém limitando ainda mais o campo de aplicação da função social em matéria contratual ante a adoção da matriz doutrinária do direito e economia (*law and economics*), afirma Luciano Timm que o principal objetivo da aplicação do princípio da função social aos contratos é garantir a eficiência econômica nas transações de mercado para ambas as partes contratantes, sendo excepcional qualquer forma de intervenção externa em relações privadas. Nessa linha de raciocínio, a função social configura reforço à própria ideia de *pacta sunt servanda*.

Assim,

a principal função social do direito contratual é possibilitar a ocorrência de contratos, o fluxo de trocas no mercado, a alocação de riscos pelos agentes econômicos e seu comprometimento em ações futuras até que seja alcançada a situação mais eficiente.

A única exceção à não intervenção heterônoma é a existência de *falha do mercado*, como em situações de abuso de poder econômico e de assimetria informacional entre os contratantes. Nesses casos, a secundária função social do direito contratual será exatamente “corrigir as falhas do mercado de modo a permitir que as partes atinjam a utilidade máxima (acréscimo de riqueza na sociedade)”.<sup>26</sup>

Tal posição tem o ponto positivo de demonstrar, não só em termos jurídicos, mas também em termos econômicos, os perigos possíveis (*i.e.*, externalidades negativas) causados por intervenções heterônomas em relações contratuais privadas, quando tais intervenções sejam dotadas de viés de justiça distributiva e sejam feitas *sem* a adoção de parâmetros de juridicidade. Na mesma esteira, defende Rachel Sztajn que a função social do contrato não deve ser direcionada

<sup>25</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Novas reflexões sobre o princípio da função social do contrato. In: MONTEIRO, Antônio Pinto (Dir.). *Estudos de direito do consumidor*. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 74-75.

<sup>26</sup> TIMM, Luciano Benetti. Função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica. *Revista dos Tribunais*, v. 876, p. 11-28, out. 2008.

à intervenção estatal na esfera jurídica de particulares, de forma a determinar comportamentos não voluntários. Ao contrário, a função social deve

garantir a livre e voluntária circulação da riqueza, servir como suporte para promessas (notadamente quando se trate de contratos de execução continuada ou diferida), uma vez que [...] a exigibilidade do cumprimento das obrigações reciprocamente assumidas está garantida por ação do Poder Público.<sup>27</sup>

A posição, todavia, tende a esvaziar (ainda mais) a importância do princípio da função social do contrato, por retirar a sua eficácia jurídica autônoma como comando normativo. Desse modo, tal visão da “matriz liberal” defende a permanência de núcleo intangível da situação patrimonial e não admite que o princípio da função social do contrato possa constituir limite interno à liberdade individual de contratar. Embora tenha a inegável vantagem de frear possíveis excessos interpretativos que flertem com discursos autoritários e antidemocráticos, acaba por “negar o próprio paradigma da realidade contratual e proprietária adotada na Constituição da República”.<sup>28</sup>

Diversamente, a função social é *elemento interno* e razão justificante da tutela do ato de autonomia negocial. É a perspectiva funcional que permite que o controle social dos atos de autonomia privada não seja limitado ao exame de estruturas ou tipos abstratamente considerados, em simples valoração de licitude (como a não abusividade do ato negocial). Imprescindível será o exame do merecimento de tutela do tipo concreto, “a verificar qual a função econômico-individual desempenha a *fattispecie* concreta”.<sup>29</sup> Nesse diapasão, vale mencionar as palavras de Teresa Negreiros:

O contrato não mais se compadece com uma leitura individualista, de acordo com a qual haveria somente limites externos, isto é, confins para além dos quais seria concedida aos contratantes uma espécie de salvo-conduto para exercerem liberdade contratual à maneira oitocentista, isto é, de forma absoluta. Deve, pois, ser reforçada a

<sup>27</sup> SZTAJN, Rachel. Propriedade e contrato: função social. *Revista de Direito Empresarial*, v. 9, p. 453-459, maio/jun. 2015.

<sup>28</sup> BUCAR, Daniel. Situações jurídicas patrimoniais: funcionalização ou comunitarismo? In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). *Da dogmática à efetividade do direito civil: Anais do Congresso Internacional do Direito Civil-Constitucional – IV Congresso do IBDCivil*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 112.

<sup>29</sup> TEPEDINO, Gustavo. O princípio da função social no direito civil contemporâneo. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (Coord.). *Direito e justiça social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária. Estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 262.

ideia de que a funcionalização, acima de tudo, é inerente à situação jurídica, conformando-a em seus aspectos nucleares, qualificando-a em sua natureza e disciplina, donde ser equivocada a conceituação da função social como algo que seja contraposto ao direito subjetivo e que o delimite apenas externamente.<sup>30</sup>

Com efeito, destaca-se o nosso ordenamento por ter consagrado explicitamente a função social como *razão* e *limite* para o exercício da liberdade de contratar.<sup>31</sup> A expressão *em razão de*, do art. 421 do CC, serve para opor a autonomia privada à utilidade social, de modo que a liberdade de contratar não se dá em razão da vontade privada, mas em razão da função social que o negócio está destinado a cumprir.<sup>32</sup>

Ambas as segunda e terceira posições doutrinárias aceitam a função social como *limite interno* do contrato, de forma que não admitem qualquer espaço de liberdade contratual que seja imune a controle externo, e ainda defendem uma leitura do princípio que seja voltada à tutela de interesses de viés coletivo que sejam externos ao ambiente individualista do contrato. Contudo, diferem na análise da sua relação com o clássico princípio da teoria contratual da relatividade. Segundo esse princípio, há o isolamento da relação contratual, que circunscreve seus efeitos aos contratantes e é *res inter alios acta* em relação a terceiros.<sup>33</sup> Nesse ponto, ao tratar da *eficácia externa* da função social do contrato – no sentido de seu efeito *ultra partes* –,<sup>34</sup> distinguem-se as duas linhas doutrinárias de atuação do princípio: a relação entre o contrato e terceiros determinados e a relação entre contrato e a coletividade.<sup>35</sup>

De acordo com a primeira linha, que corresponde à segunda posição doutrinária acerca do conteúdo do princípio da função social do contrato, há a mitigação da relatividade dos efeitos do contrato, tanto para permitir a proteção do terceiro vítima do inadimplemento, quanto para fundamentar o alcance do terceiro cúmplice

<sup>30</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 210-211.

<sup>31</sup> RENTERIA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios de direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 285.

<sup>32</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa dos contratos. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 315-316.

<sup>33</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 211-212.

<sup>34</sup> KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 43, jul./set. 2010. p. 61.

<sup>35</sup> RENTERIA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios de direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 288.

do devedor no incumprimento contratual, o que vem se denominando *tutela externa do crédito*.<sup>36</sup>

Dentro do movimento crescente de integração do contrato à esfera social, seu campo de influência foi estendido para atingir a esfera jurídica de terceiros. Se o contrato não cria efeitos obrigatórios senão para as partes, ele pode, todavia, gerar consequências que afetem relações jurídicas de indivíduos além da relação obrigacional. São duas direções diversas: (i) de um lado, os terceiros devem passar a respeitar o contrato por sua relevância social; (ii) do outro, as partes podem ser responsabilizadas por danos causados a terceiros.<sup>37</sup>

Conforme tal visão, a ideia de função social faz com que o contrato seja inserido em ordem harmônica regida pela *solidariedade*, sendo certo que terceiros, ainda que não sejam partes na relação obrigacional, não podem atuar como se ela não existisse. Dito diversamente, em contraposição à concepção individualista, o princípio da função social serve como fundamento para a relevância externa do crédito por proporcionar a apreensão do contrato como fato social.<sup>38</sup>

Já para a segunda linha de investigação, correspondente à terceira posição doutrinária, a função social do contrato é anteparo para a solução de

conflitos que possam surgir entre os interesses individuais patrimoniais, vinculados à relação contratual, e outros interesses, hierarquicamente superiores na tábua axiológica do ordenamento, tais como interesses coletivos, difusos ou até mesmo individuais, quando existenciais.<sup>39</sup>

Nesse sentido, procura-se enfatizar o caráter *social* da função que guia a normatização do contrato, pois a razão de ser do contrato tem que estar de acordo com interesses que são independentes daqueles das partes, desde que sejam fundados em valores socialmente relevantes e embasados nos princípios constitucionais.<sup>40</sup>

<sup>36</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 232-266.

<sup>37</sup> ROCHFELD, Judith. *Les grandes notions du droit privé*. Paris: Presses Universitaires de France, 2011. p. 453.

<sup>38</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, v. 750, abr. 1998. p. 3-4. O art. 608 do CC traz hipótese de tutela externa do crédito: “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 2 (dois) anos”.

<sup>39</sup> RENTERIA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios de direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 289-290.

<sup>40</sup> KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 43, jul./set. 2010. p. 66-67.

O contrato, como principal ato de autonomia negocial, tem de ser direcionado a realizar interesses merecedores de tutela e socialmente úteis<sup>41</sup> e, por isso, não pode visar apenas à vontade individual dos contratantes. Na ordem jurídica comprometida com os valores de solidariedade social e igualdade substancial, o ato negocial somente será merecedor de tutela ao promover tais valores constitucionais. Dessa forma, ele deve atender a *interesses extracontratuais socialmente relevantes que promovam os valores constitucionais*.<sup>42</sup> Tratam-se, enfim, de interesses positivados no ordenamento jurídico como merecedores de tutela, não ficando a sua definição livre à discricionariedade do intérprete, o que poderia deturpar a função social ao impor viés assistencialista à atividade contratual.<sup>43</sup>

Ressalte-se que, nessa linha de pensamento, a função social não deve ser vista como mais um instrumento voltado à proteção da posição contratual da parte, sendo, ao contrário, fonte de *deveres* aos contratantes, deveres estes fundados em interesses que promovam valores constitucionais.<sup>44</sup> Somente em caráter excepcional, argumenta-se que a função social do contrato poderá ser direcionada à tutela de interesses de uma das partes contratantes, quando seja necessária “a conservação ou o tratamento jurídico diferenciado de um contrato que tenha grande repercussão no atendimento de um interesse socialmente relevante”. Em tais casos, todavia, deverá ser verificada a compatibilização entre os interesses coletivos a serem tutelados em dada relação concreta e a finalidade econômica daquele contrato individualizado, isto é a “relevância da função específica daquele contrato para determinar a sua compatibilidade com a função social que lhe garante juridicidade”.<sup>45</sup>

Em pesquisa analítica feita na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, durante os anos de 2014 a 2016, verificou-se grande número

<sup>41</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 348.

<sup>42</sup> TEPEDINO, Gustavo. O princípio da função social no direito civil contemporâneo. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (Coord.). *Direito e justiça social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária*. Estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza. São Paulo: Atlas, 2013. p. 260-263.

<sup>43</sup> KONDER, Carlos Nelson. Para além da “principlização” da função social do contrato. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, v. 13, jul./set. 2017. p. 55.

<sup>44</sup> TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. 3. p. 148. Em consequência, a tutela externa do crédito encontra fundamento não na função social, mas no próprio princípio da boa-fé objetiva. Cf. TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2. p. 251, nota 14.

<sup>45</sup> KONDER, Carlos Nelson. Para além da “principlização” da função social do contrato. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, v. 13, jul./set. 2017. p. 55-57. O autor traz como exemplos situações de proteção do direito à moradia de camadas pobres da população, como os “contratos de gaveta” no âmbito do Sistema Financeiro Habitacional, e de proteção do direito à saúde na ampliação da cobertura do contrato de seguro-saúde.

de decisões que fazem menção, como razão de decidir, ao princípio da função social do contrato.<sup>46</sup> Número considerável de tais decisões, todavia, citam o princípio somente na ementa.<sup>47</sup> Além disso, a maioria das decisões do Tribunal parece não seguir claramente qualquer das posições doutrinárias antes expostas.

Em regra, há simples indicação no corpo do acórdão, sem maior desenvolvimento da *ratio* de aplicação do princípio ao caso concreto, que aparece constantemente aliado à boa-fé objetiva.<sup>48</sup> Tal conclusão empírica, do uso sem a devida cientificidade do princípio da função social pela jurisprudência carioca, parece corroborar a crítica elaborada pela doutrina do direito e economia, no sentido de que a função social, quando aplicada sem parâmetros de juridicidade, tende a funcionar como argumento retórico para intervenção judicial em relações privadas, voltada à proteção da parte contratante débil.<sup>49</sup>

Apenas em poucos casos, constatou-se a argumentação efetiva acerca da incidência do princípio da função social no caso concreto. Por exemplo, debateu-se a resolução de contrato de compartilhamento de infraestrutura de postes, em razão do descumprimento de certas formalidades contratuais por uma das partes. Na hipótese, a rescisão imediata do contrato, devido ao inadimplemento de obrigações formais por um dos contratantes, acarretaria a retirada de cabos de telecomunicações de forma repentina, com a interrupção do serviço prestado a

<sup>46</sup> A pesquisa foi realizada no âmbito de Grupo Pesquisa Institucional da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UERJ, por grupo de mestrandos e doutorandos liderado pelos professores Aline Valverde Terra e Carlos Nelson Konder, sobre as repercussões na jurisprudência do princípio da função social do contrato. A atividade foi organizada por meio da análise de julgados (decisões monocráticas e acórdãos) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos anos de 2014 a 2016, usando o indicador de pesquisa “função social do contrato”. Tendo em vista os critérios utilizados, foram selecionadas 654 decisões que fazem menção ao princípio da função social do contrato como razão de decidir.

<sup>47</sup> Entre os 654 julgados analisados na pesquisa conforme nota *retro*, 96 decisões mencionam o princípio da função social do contrato somente na ementa do julgado sem justificar, na fundamentação, a razão jurídica de sua incidência no caso concreto.

<sup>48</sup> A análise dos 654 julgados, feita pelo grupo de mestrandos e doutorandos que compunham o GPI da Faculdade de Direito da UERJ (*vide* nota 46), gerou a conclusão de que, em cerca de 450 decisões, houve apenas menção na fundamentação do princípio da função social do contrato, sem qualquer explicação do motivo de incidência da norma jurídica na hipótese. Trata-se, evidentemente, de conclusão de caráter subjetivo (no sentido de avaliação de mérito, do conteúdo das decisões), mas que demonstra empiricamente o uso de pouca tecnicidade na aplicação do princípio da função social do contrato pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>49</sup> A crítica, apresentada pela Escola de Direito e Economia, parece ser mais direcionada ao uso pouco criterioso do princípio da função social pela jurisprudência do que à sua construção hermenêutica pela doutrina, em especial pela Escola de Direito Civil-Constitucional que, como visto, entende que a função social do contrato não é instrumento para a tutela dos interesses individuais dos contratantes. Cf., a título de exemplo, decisão do TJRJ que reconheceu, com base na boa-fé objetiva e na função social do contrato, a abusividade de cláusula contratual em contrato de consumo que estabelecia condições de pagamento desfavoráveis ao consumidor por haver falha no dever de informar do fornecedor: TJRJ, 26ª Câmara Cível Consumidor. Apelação nº 0011126-58.2013.8.19.0205. Rel. Des. Luiz Roberto Ayoub, j. 25.8.2016. Tal conclusão poderia ser melhor fundamentada em disposições específicas do Código de Defesa do Consumidor, sem a necessidade de recurso ao princípio da função social do contrato.

inúmeros usuários. O argumento utilizado pelo Tribunal para a manutenção da execução do contrato (ainda que temporária) foi a *necessidade de tutela de interesses socialmente relevantes da coletividade*. Tal argumento vai ao encontro da terceira posição antes mencionada. Assim, entendeu-se:

A retirada abrupta dos cabos de telecomunicações da autora geraria a interrupção do serviço para diversos usuários, dentre eles a Prefeitura de Rio das Ostras e Casimiro de Abreu. [...] A função social do contrato impõe que se leve em consideração interesses coletivos juridicamente relevantes na tutela da execução do contrato. Dessa forma, considerando o número de pessoas que podem ser atingidas e o grave dano que pode ser gerado, caso a ré retire os cabos de rede da autora de seus postes, [...] deve ser afastada a possibilidade de rompimento imediato do contrato, cabível somente discutir em sede própria.<sup>50</sup>

Precisamente, o presente caso – em que se discute a restituição imediata das parcelas pagas ao contratante desistente do consórcio – traz hipótese de incidência da função social na qual se efetivamente debate o princípio como *limite interno* ao conteúdo contratual, de forma a interferir no exercício de posições jurídicas pelas partes contratantes e limitá-lo. Ressalte-se, todavia, que o princípio da função social do contrato foi utilizado como argumento, juntamente com a boa-fé objetiva, para tutelar interesse individual da própria parte contratante (seu direito à saúde) em face dos demais consorciados, e não interesses externos à realidade contratual, de titularidade de terceiros determinados ou ainda da coletividade.

No caso, argumenta-se que a gravidade do estado de saúde da autora justifica, pela incidência dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, a devolução imediata pela administração do consórcio dos valores pagos a título de contribuição, considerando ainda o baixo prejuízo ao grupo consorciado. A sentença de primeiro grau, ao deferir o levantamento antecipado dos valores pagos, impõe ônus de solidariedade a todos os consorciados em favor de uma única pessoa, para salvaguardar interesse da autora, interesse este de estatura constitucional, mas que ultrapassa os limites do objeto contratual (direito à saúde).

<sup>50</sup> TJRJ, 17ª Câmara Cível. Apelação nº 0048861-58.2013.8.19.0001. Rel. Des. Marcia Ferreira Alvarenga, j. 8.6.2016. Registre-se que a incidência do princípio da função social do contrato não impede a resolução do contrato nem a aplicação de sanções e demais consequências do inadimplemento, mas apenas ressalva a impossibilidade de corte imediato do serviço de utilidade pública.

Contudo, ao reformar a decisão, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro decidiu que não seria possível admitir que a autora reuvesse da sociedade organizadora do consórcio os valores pagos *antes* do término da duração do contrato. Isso porque, caso fosse autorizado, representaria prejuízo ao atingimento da finalidade econômica do contrato almejada por todos os demais contratantes. Assim, entendeu a Corte Estadual pela preponderância do interesse coletivo de todos os contratantes consorciados em face do interesse individual da autora, interesse aquele que representa exatamente o cumprimento do objeto contratual (causa do contrato).

### **3 O consorciado desistente e a restituição de valores durante a vigência do contrato. Preservação da finalidade econômico-individual do contrato**

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao decidir pela impossibilidade de restituição dos valores pagos pela autora da ação antes do término do contrato de consórcio, seguiu a posição preconizada pelo Superior Tribunal de Justiça em análise da matéria em recurso repetitivo (Tema nº 312). De acordo com o STJ, “é devida a restituição de valores vertidos por consorciado desistente ao grupo de consórcio, mas não de imediato, e sim em até trinta dias a contar do prazo previsto contratualmente para o encerramento do plano”.<sup>51</sup>

Em reclamação julgada posteriormente, a Segunda Seção do Tribunal Superior reafirmou o seu entendimento, afastando qualquer distinção para o caso de o contrato ter sido celebrado antes ou depois da vigência da Lei nº 11.795/2008. Na ocasião, a Ministra Relatora Maria Isabel Gallotti se manifestou no sentido de que:

O exame do histórico das normas legais e regulamentares que regem as operações de consórcio no País permite concluir que jamais foi contemplada a possibilidade de resgate imediato de parcelas pagas por desistente ou excluído de grupo de consórcio, em razão de a pretensão não se compatibilizar com esse sistema de aquisição de bens ou serviços, concebido, não como simples espécie de aplicação financeira, mas para propiciar que um grupo de pessoas pague contribuições periódicas com o objetivo de constituir um fundo comum destinado a obtenção de bens ou serviços por cada participante, por meio de

<sup>51</sup> STJ, 2ª S. REsp nº 1.119.300/RS. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 14.4.2010.

autofinanciamento. [...] Reafirmo, todavia, que a Lei 11.795/2008 em nada alterou a orientação consolidada pela Segunda Seção [...], devendo ser aplicado o mesmo critério aos contratos celebrados a partir de 6.2.2009, data da vigência da referida norma legal. [...] Com efeito, não há dispositivo algum na Lei 11.795/2008 que autorize a interpretação de que o consorciado desistente tem direito à restituição imediata dos valores vertidos ao consórcio durante a relação contratual. [...] Diante disso, admitir a restituição das parcelas pagas por desistentes ou excluídos de consórcio de forma imediata não encontra previsão legal e revela pretensão incompatível com o sistema de consórcio, sendo certo, ademais, que a hipótese, sempre plausível, de desligamento de grande quantidade de participantes poderá inviabilizar a finalidade para o qual constituído o grupo de propiciar a aquisição do bem ou serviço pelos consorciados que nele permaneceram e pagaram regularmente as prestações, invertendo, com isso, a prevalência legal do interesse coletivo do grupo sobre o individual do consorciado e transformando esse sistema social de aquisição de bens em mera espécie de aplicação financeira.<sup>52</sup>

A função social do contrato, vista como limite interno à liberdade de contratar e voltada à proteção de interesses extracontratuais socialmente relevantes, não pode afastar o papel da vontade na gênese do contrato nem diminuir sua relevância como mecanismo de composição de interesses patrimoniais.<sup>53</sup> Decerto, o princípio da função social do contrato, como norma cogente, não objetiva suprimir a expressão de liberdade individual (como tende a ocorrer em regimes autoritários e antidemocráticos), ou ainda excluir a sua feição econômica, mas preconiza a internalização, nas situações jurídicas patrimoniais, de interesses coletivos para legitimar o seu o próprio exercício.<sup>54</sup>

As ideias de solidariedade social e do valor social da livre iniciativa, que fundamentam o princípio da função social, justificam a tutela de interesses de alta relevância social positivados e salvaguardados na Constituição da República em todas as relações contratuais, o que não exclui a presença do princípio (também de *status* constitucional, diga-se) da livre iniciativa econômica. Em consequência,

<sup>52</sup> STJ, 2ª S. Rcl. nº 16.390/BA. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 28.6.2017.

<sup>53</sup> KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. p. 56-57.

<sup>54</sup> BUCAR, Daniel. Situações jurídicas patrimoniais: funcionalização ou comunitarismo? In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). *Da dogmática à efetividade do direito civil: Anais do Congresso Internacional do Direito Civil-Constitucional – IV Congresso do IBDCivil*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 115.

a concepção de função social como limite interno à liberdade contratual não visa a criar “rota de colisão” entre contrato e mercado.<sup>55</sup>

Repita-se, mais uma vez, não se trata de princípio voltado à tutela dos interesses individualizados das próprias partes contratantes, mas sim à proteção de interesses coletivos externos ao contrato, que estão presentes em diversas situações jurídicas patrimoniais travadas no próprio mercado, bem como em situações existenciais indiretamente por aquelas tocadas. Dizer que todo negócio jurídico de conteúdo patrimonial tem função social não representa a adoção de posição “paternalista” (*i.e.*, de justiça distributiva) nem é justificativa para afastar a ideia de contrato como instrumento de economia de mercado, que possui função econômica circulatória: “as riquezas, privadas ou não, são movimentadas por relações jurídicas de crédito, havendo por parte de seus titulares interesses econômicos não excluídos pelo ordenamento jurídico”.<sup>56</sup>

A racionalidade econômica auxilia a compreensão da função econômica da avença, permitindo a fluência das relações de mercado.<sup>57</sup> Dessa feita, “todo negócio é caracterizado por um escopo típico que se destina a realizar e no qual se identifica precisamente a sua causa econômica e jurídica [por exemplo, a troca da coisa pelo preço da venda]”.<sup>58</sup> A noção de finalidade, presente na ideia de *causa* do contrato, é a finalidade econômica que as partes, por meio de determinado contrato, pretendem atingir.<sup>59</sup>

A causa tem a função de desvendar a natureza jurídica do ato negocial. Dessa forma, é por intermédio de sua análise que são individualizados os elementos essenciais a determinado tipo contratual, o que permite a investigação de sua presença ou ausência no regramento concreto. A principal utilidade da análise do elemento causal do negócio jurídico encontra-se como meio de recusa à proteção jurídica de negócios jurídicos que não encontrem justificativa no ordenamento que lhe garanta juridicidade.<sup>60</sup>

<sup>55</sup> Cf. concepção crítica, com base em estudos de direito e economia, ao denominado “paradigma paternalista ou distributivo da função social do contrato”, desenvolvida por TIMM, Luciano Benetti. Função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica. *Revista dos Tribunais*, v. 876, p. 11-28, out. 2008.

<sup>56</sup> NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 241.

<sup>57</sup> FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 234.

<sup>58</sup> ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 107, n. 44.

<sup>59</sup> TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a cláusula penal compensatória. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2. p. 56.

<sup>60</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa dos contratos. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 292-293; 297.

Deve-se ressaltar que a causa do contrato objetivamente verificada “não pode desprezar o papel que desempenha o escopo prático perseguido pelas partes no sentido de identificar o negócio concreto em exame – em comparação com a tipicidade abstrata do ordenamento”.<sup>61</sup> A causa contratual constitui a sua função econômico-individual e expressa o valor que as partes atribuíram à operação comercial concreta considerada em sua totalidade.<sup>62</sup> Em consequência, “as peculiaridades do contrato concreto tornam-se determinantes na medida em que interferem na função concreta que o contrato visa a desempenhar”, o que permite a qualificação do negócio jurídico.<sup>63</sup>

Decerto, e o mais relevante a ser ressaltado no presente caso, é que o princípio da função social do contrato não constitui válvula que permita ao intérprete impor seus valores pessoais sob o pretexto de uma função assistencial ou um comportamento paternalista, pois “a demanda por preenchimento valorativo da cláusula geral deverá ser sempre suprimida com os valores da comunidade que se encontram positivados sob a forma de princípios constitucionais”, neles incluídos o princípio da livre iniciativa econômica. A exigência de cumprimento da função social pelo contrato, a pretexto de atender a interesses sociais, não poderá ser incompatível com a função econômica que ele deve desempenhar.<sup>64</sup>

No caso do contrato de consórcio financeiro, a sua finalidade econômica consiste na aquisição de bens e serviços no mercado de consumo, de gênero e espécie predefinidos, a serem distribuídos entre as partes consorciadas por meio de sorteios. O valor das contribuições periódicas dos consorciados, que serão reunidas para formar o fundo comum para autofinanciamento, será definido conforme o preço de mercado de tais bens ou serviços a serem adquiridos. Assim, “o objetivo comum, que constitui a causa do contrato, é a distribuição de bens a todos os consorciados em igualdade de condições”.<sup>65</sup>

<sup>61</sup> KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 43, jul./set. 2010. p. 47.

<sup>62</sup> KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 43, jul./set. 2010. p. 52. Cf. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: ESI, 1997. p. 370: “allo scopo di evitare l’identificazione con il tipo contrattuale e qualsiasi ‘funzionalizzazione’ alla realizzazione dei valori dell’ordinamento, si è preferito ravvisare nella causa la funzione economico-individuale, indicando con tale espressione il valore e la portata che all’operazione nella sua globalità le parti stesse hanno dato, cioè il valore individuale che una determinata operazione negoziale considerata nel suo concreto atteggiarsi assume per le parti”.

<sup>63</sup> KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. p. 148.

<sup>64</sup> KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. p. 59.

<sup>65</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Os consórcios de distribuição de bens e natureza das obrigações assumidas perante os consorciados. *Revista de Direito Renovar*, n. 12, 1998. p. 56.

Além disso, como visto, o contrato de consórcio traz em sua própria racionalidade econômica a noção de comunidade, na qual o interesse coletivo dos consorciados deve ter prevalência em face de dos direitos subjetivos “atomísticos” de cada contratante. Por tal razão, na apreciação da causa do consórcio, os direitos e as demais situações subjetivas de titularidade das partes não podem ser analisados de forma solitária, “como se cada um fosse uma entidade isolada, envolvido na hobbesiana luta de todos contra todos”. Diversamente, a ideia de “comunitariedade” ou “transindividualidade” dos interesses das partes consorciadas, nas palavras de Judith Martins-Costa, é essencial para a verificação da causa do contrato de consórcio como operação jurídica e econômica: “não se podendo sequer compreender a racionalidade da operação econômica subjacente senão percebendo o todo, a comunidade de interesses que está em sua base”.<sup>66</sup>

Entendeu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao seguir a jurisprudência consolidada da Corte Superior, não ser a função social do contrato fundamento jurídico para autorizar a autora a reaver da sociedade administradora do consórcio os valores pagos *antes* da finalização da relação contratual plurilateral. Apesar da situação dramática vivenciada – sem dúvida, aflitiva à dignidade da autora –, o impedimento para a devolução imediata se justifica pela necessidade de proteção da finalidade econômico-individual do contrato de consórcio, preservando-se os interesses coletivos – tanto patrimoniais como existenciais – de todos os demais contratantes no alcance do objeto contratual.

Com efeito, no caso em comento, a Corte Estadual decidiu pela prevalência do interesse coletivo comum dos contratantes consorciados, mesmo em face do interesse individual da parte autora. Diversamente, a sentença do juízo de primeiro grau havia atribuído ônus de solidariedade aos contratantes consorciados em favor da autora, além dos limites e em detrimento do objeto contratual. Caso a decisão tivesse sido mantida, haveria potencial prejuízo ao atingimento da finalidade econômica do contrato de consórcio, por restar deturpada a sua causa como modelo contratual de autofinanciamento coletivo para aquisição de determinados bens e serviços, transformando-se em simples aplicação financeira.

Enfatize-se que “a função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico”.<sup>67</sup> A incidência do princípio da função social em relações contratuais não é argumento *per se* para justificar a intervenção judicial em relações privadas que tenha o escopo de “reequilibrar forças” entre partes contratantes desequilibradas. Ao revés, o princípio da função

<sup>66</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Novas reflexões sobre o princípio da função social do contrato. In: MONTEIRO, Antônio Pinto (Dir.). *Estudos de direito do consumidor*. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 90-91.

<sup>67</sup> STJ, 3ª T. REsp nº 803.481/GO. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28.6.2007.

social cria *deveres* para as partes do contrato no sentido de privilegiar interesses coletivos que tenham alto valor na tábua axiológica que rege o ordenamento jurídico. O controle de merecimento de tutela do conteúdo contratual não tem o escopo de se sobrepor aos interesses estabelecidos pelos contratantes em relação ao próprio objeto contratual, mas, ao contrário, visa a permitir a concretização da função econômico-individual do contrato.

Igualmente, a decisão da primeira instância, que determinou a devolução imediata de valores à autora, não se mantém ainda que se considere como seu fundamento de sustentação o princípio da boa-fé objetiva. Isso porque a boa-fé objetiva se traduz na sujeição de ambas as partes, em igual medida, a padrões objetivos de colaboração que sejam necessários ao atingimento dos fins contratuais. Desse modo, a boa-fé objetiva como princípio contratual exige lealdade dos contratantes, impondo-lhes deveres de cooperação, mas estes deveres não são “genéricos” ou livremente definidos pelo intérprete, mas sim *condicionados* e *limitados* pela própria função econômica do contrato. Em consequência, o princípio da boa-fé objetiva não pode ser utilizado como fundamento para justificar intervenção externa que contrarie o próprio escopo contratual conforme definido pelos contratantes.<sup>68</sup>

Igualmente, o interesse de todos os demais contratantes consorciados na manutenção do escopo econômico do consórcio também tem carga existencial (ainda que indiretamente), pois é funcionalizado à proteção de seus respectivos direitos à saúde, que potencialmente poderão vir a ser afetados pelo desatendimento da finalidade contratual. Sem dúvida, a diversificação de interesses – patrimoniais e existenciais – que são aduzidos na relação obrigacional faz com que o direito obrigacional se torne mais sensível aos valores e princípios constitucionais e, desse modo, direcionado a atuar em função constitucional.<sup>69</sup>

A concretização das normas constitucionais nas relações privadas, repita-se, não afasta o papel primário do contrato como gestor de interesses patrimoniais privados e, assim, com finalidade precípua econômica. A funcionalização de situações jurídicas patrimoniais aos valores constitucionais não só permite, como *garante* a proteção de legítimos interesses dos titulares da atividade econômica,

<sup>68</sup> Cf. TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 37-39. Como enfatizam os autores, “o que o ordenamento jurídico visa com o princípio da boa-fé objetiva – já se disse – é assegurar que as partes colaborarão mutuamente para a consecução dos fins comuns perseguidos com o contrato. Não se exige que o contratante colabore com o interesse privado e individual da contraparte. Tais interesses individuais mostram-se, muitas vezes, antagônicos, o que inviabiliza a cooperação” (p. 38).

<sup>69</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 910-911.

desde que merecedores de tutela pelo ordenamento jurídico. A proteção da pessoa humana será realizada de forma indireta, pois os institutos serão primariamente voltados ao cumprimento de uma função social. A proteção dos interesses privados vincula-se ao atendimento de interesses sociais, a serem promovidos no âmbito da atividade econômica.<sup>70</sup>

## Conclusão

Como visto, o contrato de consórcio financeiro é o negócio jurídico patrimonial, de estrutura plurilateral e natureza comunitária, formado por instrumento de adesão e de longa duração, comumente no âmbito de relação consumerista. A sua finalidade econômico-individual é a constituição de fundo comum para autofinanciamento com o escopo de que as partes consorciadas, de forma isonômica, tenham meios de adquirir, a partir de contribuições periódicas, determinados bens ou serviços em número suficiente para serem distribuídos a todos os contratantes, conforme ordem definida por sorteio.

Por sua vez, o Código Civil de 2002 trouxe o princípio da função social como razão e limite para o exercício da liberdade de contratar. O contrato, formado no âmbito do exercício da autonomia negocial, deve estar também voltado ao atendimento de interesses merecedores de tutela e socialmente úteis, que não restritos à vontade individual dos contratantes. Apesar do mandamento legal, fundado nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do valor social da livre iniciativa, da solidariedade social e da igualdade substancial, há visível dificuldade doutrinária na definição de seu conteúdo e alcance normativo, que se traduz em verdadeira miscelânea jurisprudencial.

O presente trabalho baseou-se em pesquisa analítica feita no âmbito de grupo de pesquisa institucional organizado na Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da UERJ, em que se analisou a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos anos de 2014 a 2016, acerca do princípio da função social do contrato. Constataram-se mais de 650 decisões, em que havia menção expressa ao princípio da função social, porém a maioria delas (cerca de 450 decisões) não apresentava qualquer justificativa para a sua incidência concreta. Na maior parte dos julgados, a citação ao princípio era meramente retórica, sem ser seguida por desenvolvimento explicativo, o que evidenciou a pouca relevância prática do princípio para a solução de casos concretos.

<sup>70</sup> TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. 3. p. 151.

O julgado em comento é uma das exceções, no sentido de que a aplicação dos princípios contratuais ao caso concreto é feita num esforço argumentativo. Trata-se de situação em que se discute o princípio da função social, juntamente com a boa-fé objetiva, como limite interno ao conteúdo contratual conforme definido pelas partes. No caso, discutiu-se a validade de cláusula contratual que exclui o direito do consorciado desistente ao recebimento imediato da restituição de suas contribuições, isto é, antes do término do prazo de vigência do contrato de consórcio. O juízo de primeiro grau, ao deferir o levantamento antecipado dos valores pagos, justificou a decisão na necessidade de atendimento à função social do contrato para salvaguardar interesse individual da parte contratante: o direito à saúde da autora. Ao reformar a decisão, o TJRJ decidiu pela não admissão do levantamento prévio, acompanhando o entendimento consolidado da Corte Superior de Justiça.

O princípio da função social do contrato não é voltado à proteção de interesse individual, ainda que de titularidade da parte contratante débil, nem configura instrumento para impedir a concretização da finalidade econômica da relação jurídica concreta. Ao contrário, deve ser preservado o papel do contrato como negócio jurídico voltado à composição de interesses patrimoniais. De certo, a função social do contrato, como norma cogente, não objetiva suprimir a expressão de liberdade individual (o que seria até antidemocrático), ou ainda excluir a sua feição econômica, mas preconiza a internalização, nas situações jurídicas patrimoniais, de interesses coletivos que legitimem o próprio exercício da livre iniciativa econômica.

Entendeu a Corte Estadual pela prevalência do interesse comum de todos os contratantes consorciados em face do interesse individual da autora, de modo a salvaguardar o objeto contratual. Portanto, a norma jurídica que institui a exigência de cumprimento da função social pelo contrato, a pretexto de atender a interesses socialmente relevantes, não poderá ser aplicada de modo a anular a função concreta que o contrato deve desempenhar, conforme tal finalidade econômica tenha sido desenhada pelas partes contratantes.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. Contrato de consórcio e cumprimento da função social: comentários à Apelação nº 0007861-86.2012.8.19.0042 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 19, p. 177-198, jan./mar. 2019.

---