

Individualismo, solidarismo e *favor deboli*: os interesses sobre os contratos cíveis e mercantis

Gilberto Fachetti SILVESTRE*

RESUMO: Trata-se de pesquisa que pretende analisar a possibilidade de conciliação entre os diversos interesses que incidem sobre a relação contratual nas operações civis e mercantis. A revisão bibliográfica e a análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça demonstrou que individualismo não se confunde com egoísmo, e que o interesse social deve prevalecer sobre o “egoísmo predatório”.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato; interesse social; interesse privado; *favor deboli*; egoísmo.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. A conciliação da dicotomia interesse social–interesse privado; – 3. As dimensões da solidariedade nos contratos cíveis e mercantis no Brasil; – 4. Solidariedade e *favor deboli*; – 5. Conclusão; – 6. Bibliografia.

TITLE: *Individualism, Solidarity and Favor Deboli: the Interests on Civil and Commercial Contracts*

ABSTRACT: *Examines the possibility of reconciliation between the various interests that impinge on the contractual relationship. The literature review and the analysis of the judged of the Superior Court of Justice has shown that individualism is not to be confused with selfishness, and that the social interest must prevail over the “predatory selfishness”.*

KEYWORDS: *Contract; social interest; private interest; favor deboli; selfishness.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. The reconciliation of the dichotomy social interest–private interest; – 3. The dimensions of solidarity in the civil and commercial contracts in Brazil; – 4. Solidarity and favor deboli; – 5. Conclusion; – 6. Bibliography.*

1. Introdução

Apesar da temática, esse é um trabalho que se propõe a uma análise de dogmática jurídica, ou seja, que pretende uma análise da eficácia jurídica dos diversos interesses que incidem sobre o contrato. O discurso político e sociológico em torno do assunto não é prescindido, mas deixado como pressuposto pré-estabelecidos e conhecidos.

O ponto de partida das análises dos interesses em torno do contrato é a sua função social (art. 421 do Código Civil). Afinal de contas, o que é essa tal função? Para que ou ao que serve? Por que se deve agir de acordo com ela? As respostas a essas perguntas

* Professor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Advogado. E-mail: gilberto.silvestre@ufes.br

sempre são dadas em um ciclo vicioso que gira em torno do *interesse social*, da *sociabilização*, do rompimento com os *paradigmas liberais* e, por fim, como sempre, a *dignidade humana*. Sinceramente, essas respostas nunca satisfazem; são conclusões melancólicas porque são, verdadeiramente, *vazias*.

O interesse social em torno do contrato não pode ser o centro de um discurso meramente retórico. Nem pode, também, se tornar um modo sutil de intervenção arbitrária do Estado, por meio do Judiciário ou políticas fundamentadas em tal interesse, na economia e na iniciativa privada.

Na solução de conflitos contratuais deve-se ter o cuidado de não transformar o Código Civil em lei análoga ao Código de Defesa do Consumidor, de modo a fundamentar no interesse social uma igualdade material que não condiz com os contratos cíveis e mercantis, tratando uma das partes como hipossuficientes.

Não existe hipossuficiência no Direito Civil; o que existe é desequilíbrio na comutatividade das prestações. Aí sim uma parte é favorecida, por imperativo do *favor deboli* ou *favor debitoris*, para que ambas alcancem seus objetivos práticos, afinal, a relação obrigacional é um processo cooperativo¹, para que o contrato seja “bom para ambas as partes”.

A solidariedade, como expressão do interesse social, conforme Judith Martins-Costa, se opõe não ao individualismo como um todo, mas ao “individualismo predatório”, projetando a referida solidariedade no contrato.²

Essa pesquisa quis entender como pareciam se defrontar os interesses social e privado em matéria contratual, afinal, o primeiro sempre parecia ter primazia sobre o segundo. Por isso, a pesquisa buscou conciliar a dicotomia entre ambos, para conciliar sua aplicação. Para isso, procedeu-se a uma análise qualitativa de amostras documentais: foram estudados julgados do Superior Tribunal de Justiça e alguns trabalhos da literatura jurídica sobre o tema.

A análise se restringe à teoria geral dos contratos cíveis e mercantis; contratos consumeristas não foram analisados por causa de sua base axiológica diferenciada, pela qual tende-se a prevalecer a proteção do consumidor hipossuficiente.

¹ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

² MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social do contrato. In: *Revista DireitoGV*. Vol. 1, nº. 1, maio/2005, pp. 42-43.

O trabalho de pesquisa é concluído com a demonstração da possibilidade de se conciliar os interesses diversos, e com um levantamento de julgados do Superior Tribunal de Justiça que indicam como tal conciliação ocorreu em alguns casos.

2. A conciliação da dicotomia interesse social–interesse privado

É possível identificar no âmbito de uma relação contratual ou processo de contratação a existência de dois tipos de interesses: o *particular* e o *social*. Nesse contexto, associa-se, geralmente, o interesse particular a um certo *individualismo*, enquanto o interesse social estaria relacionado à *superioridade* sobre o interesse privado e a um princípio das relações jurídico-sociais, qual seja, a *solidariedade*.

Assevera-se, contudo, que não se trata de “*submissão*” do interesse particular à solidariedade. O interesse privado, individual, decorrente da liberdade de contratar, não pode estar submetido, pois isso lhe retiraria o aspecto liberal. Então, parece mais correto afirmar que o exercício do interesse particular deve *se condicionar* ao interesse social. Com essa afirmação, a solidariedade se torna um requisito axiológico para a validade, isto é, correto exercício da liberdade de contratar, e não uma condição de existência do contrato.

O individualismo é a pretensão de satisfazer os *interesses particulares* ou *privados* dos sujeitos de direito. É, na realidade, o interesse primário que leva as pessoas a concluírem contratos, afinal, por que alguém celebraria um contrato se não tivesse por objetivo a satisfação de um interesse que geralmente se expressa pela intenção de ganho patrimonial...?

Há uma crítica muito dura desse individualismo por parte da doutrina da solidariedade e da socialidade. Essa crítica, a propósito, orientou algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça, como se depreende dos seguintes julgados paradigmas: AREsp; nº. 18.054/SP Decisão Monocrática, Rel. Min. Raul Araujo; REsp. nº. 1.384.630/SP Relatório e Voto, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; REsp. nº. 419.059SP, Rel. Min. Nancy Andrichi; REsp. nº. 1.183.378/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão; REsp. nº. 894.911/RJ Relatório e Voto, Rel. Min. Mauro Campbell Marques; e REsp. nº. 867.101/DF Relatório e Voto, Rel. Min. Massami Uyeda. Nesses documentos, o Tribunal entendeu o individualismo como um egoísmo que não pode ser aceito como causa das relações jurídicas.

A análise aprofundada dos relatórios e votos descritos revelou que o STJ tem designado “individualismo” como toda condição contratual que traga prejuízo a uma das partes em detrimento da outra, como ocorreu, por exemplo, no AREsp. nº. 18.054/SP.

A pesquisa revelou, então, que no STJ “individualismo” é usado como sinônimo de “egoísmo”, e não como interesse particular, privado, que nesse caso seria legítimo.

Porém, será que o individualismo é realmente um problema ou um vício axiológico na esfera dos contratos? Será que esse individualismo, necessariamente, é um *egoísmo*?

Não se pode esquecer que tal *individualismo*, caracterizado pelo interesse particular do sujeito de direito em satisfazer pretensões de ordem patrimonial, é da *essência do contrato*. Quando este surge como escambo nos primórdios da humanidade, a relação se estabelecia por causa da necessidade individual do homem primitivo (ou do seu grupo familiar); na era moderna, o contrato foi o instrumento de aquisição de propriedade e meios de produção; e hoje, numa economia globalizada e na sociedade de informação, ele ocupa papel importante na inserção dos agentes econômicos no mercado internacional e nos novos padrões socioeconômicos. Quer dizer, esses *objetivos pessoais, ou individuais, são a força motriz de todo contrato*.

Também não se pode preterir que os institutos do Direito Privado têm origem na individualidade, naquilo que interessa ao indivíduo, e que passou a ser designado de individualismo. Por exemplo, a propriedade privada é um valor individual (que a propósito tem o contrato como um dos meios de aquisição; e a família também é o espaço de desenvolvimento da individualidade do sujeito. No relatório e voto no REsp. nº. 894.911/RJ, o Min. Mauro Campbell Marques, do STJ, reconhece o papel do valor “individual” na caracterização da vida civil:

[...] a definição dos direitos sobre determinado bem permite o estabelecimento de regras para a utilização dos bens da vida. A história da propriedade privada, marcante pela origem e tradição das ideias liberais, teve o individualismo como faceta principal. A propriedade representava direito subjetivo, por meio do qual se atribuía ao titular a prerrogativa absoluta de, conforme sua vontade, reivindicar, usar, fruir e/ou dispor da coisa.

Então, *ser individualista não é um defeito*. O problema está naquilo que Judith Martins-Costa chama de “*individualismo predatório*”³ e Pietro Perlingieri chama de “*interesse individual e egoístico*”⁴, e que podem ser caracterizados da seguinte maneira, nem sempre cumulando esses elementos abaixo listados:

1. *Vantagem*: pressupõe que alguém deseja levar vantagem acima de tudo, e para que alguém leve vantagem, outro deve ser prejudicado, isto é, se encontrar em posição de desvantagem, de experiência ou de ganhos patrimoniais;
2. *Ludibriar*: alguém cria falsas expectativas, utiliza de engodo, engana outrem para se enriquecer às custas de outrem;
3. *Desestabilização*: quebra da paz e da segurança nas relações, e pode gerar situações conflituosas de grande repercussão;
4. *Competição sem ética*: é a competitividade que causa desunião, a falta de sinergia; o crescimento pessoal passando por cima de comportamentos socialmente aceitáveis; e
5. *Pecado capital*: na doutrina cristã-católica, são vícios dos sujeitos, que o Papa São Gregório I, o Magno, classificou como “falta de amor”. O egoísmo é o oposto do altruísmo, considerado um valor social.

Um exemplo de “individualismo egoístico” foi um caso enfrentado pelo STJ no REsp. nº. 600.082/ES. Trata-se de um contrato bancário de cédula de crédito industrial celebrado entre um banco público e uma empresa do setor de rochas (granitos). No contrato foi estipulado entre as partes uma cláusula que dava ao banco a liberdade de optar pelo foro de Vitória, Brasília ou Cachoeiro do Itapemirim ao propor ação judicial.

³ MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social do contrato, p. 41.

⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*. 3ª edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, pp. 433-434. Segundo Perlingieri o surgimento do Estado Social impôs as mudanças do pensamento liberal que fundamentava o Direito Civil, a partir da inserção de normas de ordem pública nos diplomas legais típicos do Direito Privado. Inclusive, parece haver hoje uma crise dicotômica do Direito, como escreve em PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil...*, ob. cit., p. 430: “A própria distinção entre direito público e privado está em crise. [...]. Se, porém, em uma sociedade onde é precisa a distinção entre liberdade do particular e autoridade do Estado, é possível distinguir a esfera dos interesses dos particulares daquela do interesse público, em uma sociedade como a atual, torna-se difícil individuar um interesse particular que seja completamente autônomo, independente, isolado do interesse dito público. As dificuldades de traçar linhas de fronteira entre direito público e privado aumentam, também, por causa da cada vez mais incisiva presença que assume a elaboração dos interesses coletivos como categoria intermediária”.

A empresa propôs ação de consignação em pagamento no foro da Comarca de Vitória. O banco agravou pleiteando a incompetência do juízo de Vitória em favor do foro da praça do pagamento. O Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo entendeu que ao aplicar os princípios que regem os contratos nas relações de consumo a cláusula que estipula o foro de eleição é válida também para a empresa, que optou pela propositura da ação na Comarca de Vitória, e não na Comarca de Cachoeiro de Itapemirim (foro da praça do pagamento).⁵

A cláusula contratual que dava ao banco o direito potestativo exclusivo de escolher o foro das ações foi tida por *excessivamente ou demasiado individualista*, já que provocava desproporcionalidade entre as condições subjetivas das partes. Nesse sentido, os Tribunais *a quo* e *ad quem* entenderam por bem promover a integração do contrato e estender também à empresa o direito de eleição de foro. Observe que o individualismo predatório, verificado na cláusula de eleição de foro, não pôde prevalecer, de modo que o contrato foi revisado.

Portanto, para o individualismo ser considerado egoísmo, pejorativo ou antijurídico, é necessário que a pessoa, na pretensão de satisfazer seus interesses particulares, pratique atos que sejam prejudiciais ao outro, ilícitos perante o Direito e que caracterizam fatos lesivos ou atos ilícitos (arts. 186 e 187), ou moralmente inaceitáveis pela sociedade. Dessa maneira, o “individualismo predatório” pode ser caracterizado a partir de três elementos: *prejudicialidade*, *ilicitude* e *imoralidade*. Em resumo, será a satisfação dos interesses privados de forma abusiva (art. 187).

Esse individualismo é neutralizado, mitigado ou dirimido pela *solidariedade*, da qual decorre a *funcionalização* (art. 421) e a *eticidade* (art. 422) para as relações jurídicas privadas, especialmente em âmbito contratual para nosso objetivo.

A solidariedade não é uma ideia, mas um estado d’arte (estado das coisas) a ser perseguido para as situações e posições jurídicas individuais. Como diz Pietro Perlingieri, “La persona è inseparabile dalla solidarietà: aver cura dell’altro fa parte del concetto de persona”.⁶ Já Francesco Donato Busnelli caracteriza a solidariedade como *reconhecer o outro*: é uma força de *coesão*.⁷

⁵ TJES, Apelação Cível nº. 0901408-32.2005.8.08.0000 (024059014084), 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Elpídio José Duque, j. em 15/08/2006.

⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale...*, ob. cit., p. 435. Em tradução livre: “A pessoa é inseparável da solidariedade: cuidar do outro faz parte do conceito de pessoa”.

⁷ BUSNELLI, Francesco Donato. Il principio di solidarietà e ‘l’attesa della povera gente’ oggi. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano. V. 67. N°. 2, giugno. 2013, p. 414.

Mas, para chegar ao entendimento que se tem hoje de solidariedade o conceito passou por transformações históricas, sempre ajustando seu preceito à sociedade, ao Direito e à política que se pretende construir. Percebe-se que a solidariedade se transformou de um sentimento fraternal do homem primitivo em um imperativo jurídico, passando pela necessidade social. É o que se percebe dos apontamentos de ordem antropológica, história e jurídica feitos por Rosa Maria Barreto Boriello de Andrade Nery.⁸ Nos primórdios da humanidade, a solidariedade é vista como a “proteção dos seus”, isto é, o cuidado incondicional da incolumidade de cada membro do grupo ao qual o sujeito pertencia. Posteriormente, porém, essa proteção da intangibilidade é estendida a quem não é do grupo, destacando a autora que aí há o início da preocupação com quem não é pertencente ao grupo de convívio.^{9,10}

Mas, o que significa solidariedade no contexto jurídico?

Rosa Maria Barreto Boriello de Andrade Nery^{11,12}, faz essa relação tendo como referência uma máxima latina e um versículo bíblico:

⁸ NERY, Rosa Maria Barreto Boriello de Andrade. Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do Direito Privado. In: REIS, Selma Negrão Pereira dos (Coord.). *Questões de Direito Civil no novo Código*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004, pp. 36-45.

⁹ NERY, Rosa Maria Barreto Boriello de Andrade. Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do Direito Privado, ob. cit., pp. 37-38. Uma das demonstrações dessa solidariedade é dada com o desenvolvimento do Direito germânico. Segundo a autora (p. 40), tem início a disposição de coisas que são fundamentais para a pessoa para a sobrevivência do grupo. Daí tem início a funcionalização. A solidariedade “é algo que compõe esse interesse comunitário de se ‘revestir’, de se ‘investir’ da disposição das coisas que são fundamentais para a sobrevivência do grupo [...]. Curiosamente, é nessa quadra da história, quando a marca *funcional* do direito passa a ser assinalada pela solidariedade, que mais se avoluma o conceito de liberdade e se agiganta o conceito de negócio jurídico como passaporte para a liberdade e para o acesso e participação de todos no desfrute dos objetos que possam atender ao interesse de todos” (p. 40). Tem-se, assim, a *passagem da solidariedade como uma proteção em face dos seus para uma solidariedade para com todos* (p. 39).

¹⁰ CIPPITANI, Roberto. *Solidarietà (nei rapporti giuridici)*. In: PALAZZO, Antonio (Cur.). *Diritto e processo*. N.º. 5. Numero speciale. Anni 2006-2009. Annuario giuridico della Università degli Studi di Perugia, 2010, pp. 489-490, discorre sobre sete momentos históricos que, sucessivamente, incrementam a dimensão social da solidariedade e que podem ser assim resumidos: 1) *Roma*: a solidariedade era caracterizada como uma obrigação derivada do fato de alguém pertencer a um grupo; 2) *Contratualismo*: a solidariedade é um vínculo social (“contrato social”); 3) *Revolução Francesa. Fraternidade*: é o vínculo de coletividade nacional, é o vínculo que une pessoas em uma nação, a “fraternidade”; 4) *Revolução Francesa. Cidadania*: com o tempo, a cidadania passou a ser a repercussão da solidariedade como vínculo a uma comunidade; 5) *Socialismo*: a solidariedade é o centro de uma reflexão política, ideológica e religiosa, sendo o fundamento de uma reforma da sociedade; 6) *Encíclicas Papais*: a Igreja Católica dissemina um ideal de solidariedade como hospitalidade, amizade, humanidade, piedade, clemência, por meio das expressões “*ágape*” (o cuidado do outro e pelo outro), “irmandade” e “caridade”. Nesse sentido, as Encíclicas *Rerum Novarum* de Leão XIII (1891) e *Mater et Magistra* de São João XXIII (1961); e 7) *Influência nas ciências humanas*: a solidariedade passa a ser discurso recorrente na sociologia, na economia e na política, chegando ao Direito e impondo a funcionalização dos direitos invioláveis.

¹¹ NERY, Rosa Maria Barreto Boriello de Andrade. Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do Direito Privado, ob. cit., p. 44.

¹² PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale...*, ob. cit., p. 433, analisa as influências do solidarismo jurídico: primeiramente se destaca o espiritualismo católico e o *cristianismo social moderno*, especialmente as que decorrem das Encíclicas Papais de Leão XIII (*Rerum Novarum*) e de São João XXIII (*Mater et Magistra*); em segundo lugar aparece o *existencialismo filosófico*; e em terceiro o *marxismo*, pois apesar de ter sido recusado como “matriz econômica”, foi aceito em alguns aspectos sociais.

- 1) “*Cuivis potest accidere quod cuiquam potest*”. É uma sentença de Publílio Siro que significa “a cada um pode acontecer o que suceder a todos”; e
- 2) “*Mihi heri, et tibi hodie*”. Trata-se da sapiencial do versículo 22 do Capítulo 38 do Livro do Eclesiastes, no Antigo Testamento, da Bíblia judaica e cristã, e significa “ontem eu, hoje você”.

Quer dizer, *a solidariedade nada mais é que um sentimento que pretende impedir a disseminação daquilo que é ruim para toda a sociedade*. Entre ser egoísta e colocar seus interesses acima dos interesses coletivos, ou ser solidário e contribuir para a segurança da comunidade, o ser humano optou pelo segundo preceito.¹³ E por quê? Simplesmente por ser o melhor para a convivência, para a perpetuação da espécie e para a segurança de todos, especialmente a jurídica.

Conclui Rosa Maria Barreto Boriello de Andrade Nery¹⁴ da seguinte maneira quanto a relação entre solidariedade, Direito e o papel deste de pacificação social:

O princípio da solidariedade tem a ver com isso: com o risco da vida e da morte que a todos compromete; com o risco da vida na sociedade, sociedade marcada pelo cada vez mais intrincado e complexo *risco de viver*. É no *princípio da solidariedade* que devemos buscar inspiração para a vocação social do direito, para a identificação do sentido prático do que seja *funcionalização dos direitos* e para a compreensão do que pode ser considerado *parificação e pacificação social*. E compreender o princípio da solidariedade é meditar acerca de lindíssima passagem da obra monumental de Calamandrei, em que ele afirma que a *Justiça* é vontade de reciprocidade operosa e de solidariedade humana.

A partir do que disse a autora, é possível identificar o que significa a solidariedade para os contratos. Nesse sentido, é viável concluir que:

- 1) É óbvio que um contrato não põe em risco a vida em sociedade, mas, como disse a autora, a solidariedade inspira a vocação social do Direito. No caso do contrato, o art. 421 justamente quer demonstrar a vocação social do contrato;

¹³ Nesse sentido, NERY, Rosa Maria Barreto Boriello de Andrade. Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do Direito Privado, ob. cit., p. 40, identifica que a solidariedade é um verdadeiro paradoxo entre (1) o sujeito buscar a realização de seus interesses e (2) o sujeito satisfazer seus interesses em detrimento do interesse dos outros.

¹⁴ NERY, Rosa Maria Barreto Boriello de Andrade. Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do Direito Privado, ob. cit., p. 44.

- 2) A solidariedade implica a funcionalização do direito de liberdade e da livre iniciativa: o contrato tem um papel econômico, patrimonial, jurídico e social que deve beneficiar, ainda que de forma indireta ou reflexa, a comunidade econômica;
- 3) A solidariedade propicia a parificação social, quer dizer, tem a qualidade de garantir a comutatividade prestacional entre as partes;
- 4) Perseguir a pacificação social, sem que o contrato seja um instrumento que põe em risco a economia, seja desenvolvido de forma ética, para a um capitalismo ético; e
- 5) A ideia de uma justiça contratual passa pela solidariedade, cooperação entre as partes, entre si e para com a sociedade. Tal justiça contratual significa uma preservação recíproca: não causar aos outros os prejuízos que você não está disposto também a vir a sofrer.

Francesco Donato Busnelli entende que, em nosso tempo, cresce a aspiração de um ideal de justiça e coesão social. O individualismo egoísta é um “mal”, uma antítese da solidariedade, apresentada pelo autor como a “tentação do bem”. O mal é a tortura, a deportação, a humilhação dos outros; a “tentação do bem” é o moralmente correto.¹⁵

Nesse sentido, o Direito, por meio das manifestações de solidariedade (função social e boa-fé), pretende estabelecer essa “tentação do bem” nas relações contratuais. Uma forma de tornar a sociedade coesa pode ocorrer por meio da economia e essa coesão socioeconômica não apenas é desejada, mas imposta pela boa-fé e pela função social. A solidariedade contratual entre as partes (boa-fé) e entre as partes e a sociedade (função social) é uma “tentação do bem” para o contrato (operação econômica).¹⁶

¹⁵ BUSNELLI, Francesco Donato. Il principio di solidarietà e l'attesa della povera gente' oggi, ob. cit., p. 414-415.

¹⁶ BUSNELLI, Francesco Donato. Il principio di solidarietà e l'attesa della povera gente' oggi, ob. cit., p. 416. No que se refere à imposição da solidariedade às relações contratuais, escreve: “Il diritto dei contratti registra un'accanita reazione della mostra dottrina a una giurisprudenza che coraggiosamente si impegna a scorgere nell'obbligo di buona fede e correttezza l'espressione di 'un generale principio di solidarietà, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica': 'i giudici che si affannano a correggere secondo buona fede i contratti [...] non assicurano affatto la giustizia' [...]” (p. 417). Em tradução livre: “O direito dos contratos registra reação feroz da doutrina jurídica que corajosamente concorda em ver na obrigação de boa-fé uma expressão justa de 'um princípio geral de solidariedade, que agora é de constitucionalização pacífica': 'os juizes que estão se esforçando para corrigir com boa-fé os acordos [...] não podem garantir a justiça em tudo’”.

3. As dimensões da solidariedade nos contratos cíveis e mercantis no Brasil

Roberto Cippitani entende que existem duas dimensões da solidariedade. À primeira ele chama de *solidariedade vertical* (“*solidarietà verticale*”) caracterizada pela relação entre os poderes públicos e os cidadãos. A segunda consiste nas relações particulares entre os cidadãos, à qual ele designou *solidariedade horizontal* (“*solidarietà orizzontale*”).¹⁷ No caso do Direito brasileiro, essas dimensões assim se apresentam:

- 1) *Solidariedade vertical*: incide como regras sobre as relações político-econômico-sociais, como o assistencialismo, a saúde pública, a tributação, as políticas macroeconômicas, a proteção dos hipossuficientes, o controle de setores econômicos. Mas, também, se aplica ao contrato entre pessoas particulares. Como será melhor detalhado, a solidariedade, por meio da *socialidade*, parte da premissa de uma “relação” entre a relação contratual e a sociedade, pela qual no conflito entre o interesse individual e o interesse social, o legislador manda optar pelo segundo (art. 421 c/c arts. 104, 171 e 166). Quer dizer, no que se refere à solidariedade vertical no caso do ordenamento jurídico brasileiro, não se pode dizer necessariamente que será a “fraternidade” dos poderes públicos para com os particulares. Trata-se, na verdade, da solidariedade dos entes públicos e privados (pessoas jurídicas de Direito Público e de Direito Privado) para com a sociedade. Não se pode olvidar que existem regras jurídicas que disciplinam as situações entre sujeito de direito e os outros indivíduos, como ocorre nas situações jurídicas *erga omnes*; e
- 2) *Solidariedade horizontal*: incidirá sobre as relações particulares, como ocorre no caso da família (alimentos, guarda, fidelidade), da sucessão (legítima), dos contratos (boa-fé), das obrigações em geral (responsabilidade patrimonial pelo inadimplemento), da responsabilidade civil (nexo de causalidade) e da posse e da propriedade (função social, posse-trabalho, usucapião). Veja que, aqui, no que se refere ao contrato, na perspectiva horizontal a solidariedade não faz impor o interesse de um grupo; ela simplesmente irá garantir o equilíbrio entre os contratantes.

Por isso, o contrato aqui no Brasil pode ser visto e caracterizado tanto a partir de uma *solidariedade horizontal* quanto *vertical*, não se distinguindo essas manifestações do princípio necessariamente pelo envolvimento com o Poder Público. A solidariedade não

¹⁷ CIPPITANI, Roberto. *Solidarietà (nei rapporti giuridici)*, ob. cit., p. 493.

pode ser vista como uma publicização do Direito Privado, ou sua estatização, mas como um paradigma do qual resultam regras de comportamento para as atitudes das partes em posições contratuais.¹⁸

Sendo assim, a partir do exposto, é possível verificar que essas duas dimensões se fundamentam em duas repercussões contratuais da solidariedade: a *socialidade* e a *eticidade*, princípios gerais do Código Civil de 2002:

- 1) A *socialidade* ou *sociabilidade* é a repercussão externa do contrato. Corresponde à eficácia vertical. Ou seja, é uma “situação jurídica” do vínculo contratual entre as partes para com terceiros, pois um contrato tem a virtude de produzir eficácia direta ou indireta para terceiros ou para o meio social como um todo. Como se verá adiante, é uma relação recíproca: não só das partes para com terceiros, mas também dos terceiros para com as partes. A doutrina é unânime em apontar que a função social decorre da socialidade.¹⁹ Pode-se dizer, então, que a socialidade, por meio da função social, impõe um padrão *moral* ao contrato, que a partir de dispositivos legais recebe regulamentação jurídica; e
- 2) A *eticidade* é moral interna no contrato a partir de valores como a honestidade, a verdade, a informação e a coerência. Corresponde à solidariedade horizontal, porque diz respeito apenas à relação entre as partes, determinada pela boa-fé. Na Itália a *buona fede* e a *correttezza* são tão importantes que delas deriva a

¹⁸ Embora esse não seja o entendimento, por exemplo, do Min. Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, conforme se depreende do seu voto no REsp. n.º. 1.183.378/RS, julgado em 25/10/2011, em que consignou que a publicização do Direito Privado se deu pelo surgimento de normas de ordem pública, como reação ao voluntarismo individualista dos Códigos oitocentistas: “É por todos conhecido o traço do individualismo voluntarista que marcou os diplomas civis do mundo no início do século XIX, dos quais se destaca, de forma eloquente, o Código Napoleão (1804), modelo que foi incorporado em diversos ordenamentos jurídicos, inclusive no brasileiro (Código Civil de 1916). Esse foi o momento da mais nítida separação entre direito público e privado: neste, os partícipes são os particulares, contratantes ou proprietários, e tem-se como pilar axiológico a autonomia da vontade, naquele, os cidadãos em face do Estado, cujo cerne valorativo são os limites para o exercício do poder e o estabelecimento de direitos fundamentais oponíveis verticalmente. A progressiva superação desse modelo rendeu ensejo a que se inserissem, no plano jurídico do direito privado, princípios limitadores do individualismo e da voluntariedade, surgindo as chamadas *normas de ordem pública* — em espaços antes privados por excelência, como a família, a propriedade, o contrato e o trabalho. A consagração de normas desse jaez, pregoeiras de direitos tidos por indisponíveis, marcou a fase denominada publicização do direito privado, segundo a qual alguns efeitos de atos jurídicos privados eram predeterminados pelo ordenamento, de forma absoluta, surgindo o germe de temas contemporâneos, como a função social do contrato e da propriedade”.

¹⁹ Exemplos: REALE, Miguel. As diretrizes fundamentais do projeto do novo Código Civil. In: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Comentários sobre o projeto do Código Civil brasileiro*. Brasília: CJF, 2002, pp. 11-26; NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; NERY, Rosa Maria de Andrade. Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do Direito Privado. In: REIS, Selma Negrão Pereira dos (Coord.). *Questões de Direito Civil no novo Código*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004, pp. 36-45; NORONHA, Fernando. *Princípios dos contratos (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual) e cláusulas abusivas*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1990.

funzione sociale do contrato. Diferentemente do Brasil, não há no *Codex* italiano uma norma ou cláusula geral expressa de solidariedade vertical nos contratos. Por essa razão, a função social é lá uma construção doutrinária e um princípio geral do Direito Privado (portanto, não escrito).

Falar da boa-fé e da eticidade, aqui, expandiria o corte metodológico proposto. Por isso, importa tratar tão-somente da socialidade, como especialização (vertical) da solidariedade no âmbito das relações jurídico-privadas.

A socialidade, segundo Miguel Reale, é a tentativa de atribuir um “sentido social” como característica marcante do Código Civil de 2002 para contrastar com o individualismo presente no Código Civil de 1916.²⁰

Francisco Amaral entende que o “princípio da socialidade ainda se concretiza nos limites intrínsecos que o Código de 2002 estabelece para o exercício de direitos subjetivos”.²¹ É interessante esse entendimento porque não coloca o princípio como uma linha orientadora de interpretação das normas jurídicas, mas também como uma fonte de regras para o correto exercício de direitos subjetivos. No caso do direito que mais importa aqui, limitaria a liberdade de contratar. Esses “limites intrínsecos” criam deveres para as partes. E, como se defenderá doravante, também para terceiros.

Conforme Rodrigo Reis Mazzei, a socialidade significa o reconhecimento de que as relações privadas podem ter um *enfoque ultrassubjetivo*: “as relações entre os particulares não sofrem análise apenas no âmbito do vínculo entre eles, sendo necessário projetar os efeitos das relações ao esquadro da sociedade num todo”.²² O autor entende que os vínculos particulares, embora fundamentados em interesses privados, também interessam à sociedade.²³ Faz sentido, uma vez que toda e qualquer relação, ainda que de forma singela, tem uma repercussão social. Por exemplo: na filiação, a sociedade se interessa pela proteção que os pais oferecem ao filho e, principalmente, a educação moral que lhe é transmitida, afinal, a família “é a célula da

²⁰ REALE, Miguel. As diretrizes fundamentais do projeto do novo Código Civil. In: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Comentários sobre o projeto do Código Civil brasileiro*. Brasília: CJF, 2002, p. 15. Tornou-se clássica o texto do autor que diz “Se não houve a vitória do socialismo, houve o triunfo da ‘socialidade’, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana” (p. 15).

²¹ AMARAL, Francisco. Os princípios jurídicos na relação obrigatória. In: *Revista da AJURIS – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Vol. 32, nº. 99. Porto Alegre: AJURIS, set. 2005, p. 135.

²² MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura do novo Código Civil. In: ARRUDA ALVIM e ALVIM, Teresa (Coords.). *Comentários ao código civil brasileiro – Parte Geral*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. CXVII.

²³ MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura do novo Código Civil, ob. cit., p. CXVI.

sociedade”; no âmbito dos contratos cíveis e mercantis, os contratos estão amplamente coligados: o pagamento do aluguel financia o pagamento das dívidas do locador, cujo credor solvido pode pagar suas dívidas e por aí vai. Nesse sentido, o próprio autor entende que a “socialidade inserida no campo do Direito Privado, nessas condições, não deve ser vista como um ônus, mas como uma consequência da importância da relação jurídica particular para a sociedade”.²⁴

Mas, enfim, no âmbito do contrato, como se dá essa *solidariedade vertical* ou *socialidade*? O Direito e a sociedade apenas admitem como contrato a operação econômica que promove a circulação de riquezas (bens e serviços) e o desenvolvimento socioeconômico que possa patrocinar o bem-estar de todos, sem interferências prejudiciais das partes na esfera jurídica de terceiros, e reciprocamente a interferência prejudicial de terceiros na relação contratual entre dois sujeitos.

É nesse sentido que aparece o enfoque *transubjetivo* do vínculo jurídico contratual: o *interesse social* na (correta) consecução da proposta e do contrato.

De acordo com Pietro Perlingieri, paralelamente ao desenvolvimento da solidariedade, o pensamento liberal “evoluiu” do interesse individual egoístico para a “*massimizzazione del benessere*”, ou seja, a *maximização do bem-estar*.²⁵ Para o *bem-estar de todos* — que se tornou princípio de moral social e princípio e regra jurídica — a solidariedade deve ser de ordem política, econômica e social. Analisar o contrato na perspectiva de uma solidariedade política, econômica e social significa *ir além* do interesse privado individual, e não simplesmente ignorá-lo ou substituí-lo. É assim que o interesse individual das pessoas presente na operação econômica de circulação de bens e riquezas também pode repercutir em: *políticas desenvolvimentistas; economia competitiva*, mas *ética (capitalismo ético)*; e a *qualidade de vida social*.²⁶

Já não mais uma “ideia” a necessidade de proteger o interesse social sobre o contrato. Essa “doutrina social do contrato” é uma realidade que tem produzido seus efeitos práticos. Só para se ter um exemplo de como a socialidade é utilizada para resolver

²⁴ MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura do novo Código Civil, ob. cit., p. CXVIII. E insiste: “o princípio da socialidade decorre da conotação transubjetiva de relações privadas, pela importância destas à sociedade”.

²⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale...*, ob. cit., p. 434.

²⁶ Trata-se, portanto, de atingir o bem-estar social a partir das atividades econômicas dos indivíduos que constituem a sociedade, o que ficou conhecido como “bem-estar econômico”. Veja: SAMUELSON, P. A. *Welfare Economics*. Foundations of Economic Analysis. Cambridge: Harvard University Press, 1983, cap. VIII, pp. 203–253.

litígios contratuais, tome-se como referência o seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça no REsp. nº. 1.163.283/RS:²⁷

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATOS DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. LEI N. 10.931/2004. INOVAÇÃO. REQUISITOS PARA PETIÇÃO INICIAL. APLICAÇÃO A TODOS OS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO. 1. A análise econômica da função social do contrato, realizada a partir da doutrina da análise econômica do direito, permite reconhecer o papel institucional e social que o direito contratual pode oferecer ao mercado, qual seja a segurança e previsibilidade nas operações econômicas e sociais capazes de proteger as expectativas dos agentes econômicos, por meio de instituições mais sólidas, que reforcem, ao contrário de minar, a estrutura do mercado. 2. Todo contrato de financiamento imobiliário, ainda que pactuado nos moldes do Sistema Financeiro da Habitação, é negócio jurídico de cunho eminentemente patrimonial e, por isso, solo fértil para a aplicação da análise econômica do direito. 3. A Lei n. 10.931/2004, especialmente seu art. 50, inspirou-se na efetividade, celeridade e boa-fé perseguidos pelo processo civil moderno, cujo entendimento é de que todo litígio a ser composto, dentre eles os de cunho econômico, deve apresentar pedido objetivo e apontar precisa e claramente a espécie e o alcance do abuso contratual que fundamenta a ação de revisão do contrato. 4. As regras expressas no art. 50 e seus parágrafos têm a clara intenção de garantir o cumprimento dos contratos de financiamento de imóveis tal como pactuados, gerando segurança para os contratantes. O objetivo maior da norma é garantir que, quando a execução do contrato se tornar controvertida e necessária for a intervenção judicial, a discussão seja eficiente, porque somente o ponto conflitante será discutido e a discussão da controvérsia não impedirá a execução de tudo aquilo com o qual concordam as partes. 5. Aplicam-se aos contratos de financiamento imobiliário do Sistema de Financiamento Habitacional as disposições da Lei n. 10.931/2004, mormente as referentes aos requisitos da petição inicial da ação de revisão de cláusulas contratuais, constantes do art. 50 da Lei n. 10.931/2004. 6. Recurso especial provido.

O recurso tem a ver com o ajuizamento de uma ação de revisão de prestações do saldo devedor e repetição de indébito em face de banco público visando ao restabelecimento do equilíbrio contratual de financiamento habitacional, por meio da revisão de cláusulas que os possuidores do imóvel habitacional e arrendatários consideraram abusivas.

²⁷ STJ, REsp. nº. 1.163.283/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 07/04/2015.

O piso julgou parcialmente procedente o pedido dos possuidores; afastou a Tabela Price para amortizar a dívida; e amortizou, ainda, a capitalização dos juros em período inferior a um ano. O juiz ainda determinou a compensação dos valores referentes às parcelas ainda pendentes com as pagas a mais e já liquidadas.

No Recurso Especial, o banco alegou que o acórdão recorrido do TJRS negou vigência e afrontou os arts. 46 e 50 da Lei nº. 10.931/2004, quando decidiu que essa lei não se aplica aos contratos de financiamento de imóveis. O banco sustentou que o art. 46 faz expressa referência a contratos de financiamento imobiliário em geral, devendo incidir os dispositivos daquela lei a todos os pactos de financiamento habitacional.

Em seu voto, o Relator entendeu que deveriam ser anulados a sentença, o acórdão do tribunal *a quo* e todos os atos praticados por ordem judicial em favor dos arrendatários. Entendeu o Ministro que a referida revisão com vistas a amortizar a dívida poderiam causar prejuízos econômicos ao banco e, conseqüentemente à sociedade como um todo, pois desestimularia a celebração de contratos de financiamento habitacional. Quer dizer, o STJ reconheceu a importância e o impacto que todo contrato tem no meio social, o que já foi identificado por Luciano Benetti Timm:²⁸

[...] a coletividade é identificável na estrutura do mercado que está por trás do contrato que está sendo celebrado e do processo judicial relacionado ao litígio a ele pertinente (em verdade, a própria Lei 8.884/94 reconhece ser o mercado protegido por ela um interesse difuso ou coletivo digno de tutela). Nesse sentido, o todo em um contrato de financiamento habitacional é representado pela cadeia ou rede de mutuários (e potenciais mutuários), que dependem do cumprimento do contrato daquele indivíduo para alimentar o sistema financeiro habitacional, viabilizando novos financiamentos a quem precisa. Assim, se houver quebra na cadeia, com inadimplementos contratuais, quem sai perdendo é a coletividade (que ficará sem recursos e acabará pagando um juro maior).

Conforme reconhecido pelo Relator e explicado por Luciano Benetti Timm, todo contrato tem uma externalidade caracterizada pelos impactos econômicos que produz, que podem ser positivos ou negativos. Nesse sentido, a função social, almejando incutir a socialidade nas relações contratuais, orienta uma interpretação e integração do contrato no sentido de provocar o menor prejuízo possível à coletividade. Fala-se em um contrato com a maior eficiência social possível. Nesse acórdão, a sociedade é vista

²⁸ TIMM, Luciano Benetti. Direito, economia, e a função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado do crédito. In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 9, n. 33, jul/set. 2006, p. 15-31.

como “a totalidade de pessoas que efetivamente ou potencialmente integram um determinado mercado de bens e serviços”. Por essa razão, a possibilidade de impacto socioeconômico da revisão judicial de um único contrato foi tida como perigosa pelo Relator no STJ e potencial para distorcer o sistema financeiro habitacional.

4. Solidariedade e *favor deboli*

Não se pode por meio da primazia da solidariedade no contrato transformar o Código Civil em lei análoga ao Código de Defesa do Consumidor, de modo a transformá-lo em um diploma legal de igualdade material. Não se adequa aos contratos cíveis e mercantis tratar uma das partes como hipossuficiente. Não existe hipossuficiência no Direito Civil; o que existe é desequilíbrio na comutatividade das prestações. Aí sim uma parte é favorecida, por imperativo do *favor deboli* ou *favor debitoris*, para que ambas alcancem seus objetivos práticos, afinal, a relação obrigacional é um *processo cooperativo*, para que o contrato seja “bom para ambas as partes”.²⁹

De acordo com a doutrina italiana, o *favor deboli* é um princípio geral do Direito originado do princípio romano do *favor debitoris*.^{30,31} Por muito tempo esse princípio foi esquecido em razão da supremacia do credor nas relações obrigacionais (*favor creditoris*), mas após a Revolução Francesa ele exsurge e passa a ser aplicado como uma interpretação normativa em favor da parte débil, isto é frágil (*deboli*). Sendo assim, não necessariamente ele se apresenta, nos dias de hoje, como princípio protetor do devedor (*debitoris*), mas sim daquela parte — seja credor ou devedor — que necessita de uma tutela mais favorável. Por exemplo: na Itália na codificação civil ele favorecia o devedor dos prejuízos que a mora de créditos pecuniários poderia provocar, mas na legislação comercial ele protegia os comerciantes, artesãos e empreendedores.³²

²⁹ SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *Responsabilidade civil pela violação à função social do contrato*. São Paulo: Almedina, 2018.

³⁰ CHERCHI, Alice. *Il divieto di anatocismo nel sistema giuridico romano*. Tesi di Dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi, Università di Sassari, 2009, p. 247: “La *ratio* del divieto di anatocismo, così come quello del superamento del *duplum*, era espressione del principio del *favor debitoris* e mirava a tutelare il debitore da un aumento imprevedibile e spropositato del debito. La diversa *ratio* del severo regime delle *usurae rei iudicatae* giustificava l’eccezione al divieto di anatocismo”. Quanto às fontes romanas do princípio, ver páginas 14, 16, 37, 193, 206 e 219.

³¹ ESPANÉS, Luis Moisset de. El “*favor debitoris*” y la demora judicial. In: *Derecho y Cambio Social*. Nº. 08, año III. Lima: La Molina, 2006, pp. 03: “El principio — como hemos dicho — tiene antigua prosapia, y ya en el Digesto se encuentran textos de Ulpiano, Pomponio y Paulo, en los que se hace aplicación práctica del ‘*favor debitoris*’, aunque el adagio posiblemente haya sido acuñado con posterioridad, por los glosadores, para expresar de manera concisa y clara la regla que parece haber inspirado al legislador, al consagrar los mencionados textos”.

³² SASSI, Andrea. Il ruolo delle permanenze nella formazione del mercato interno. In: PALLAZZO, Antonio; SASSI, Andrea. *Diritto Privato del Mercato*. Università degli Studi di Perugia, 2007, pp. 20-27; e CIPPITANI, Roberto. I contratti e le obbligazioni. In: PALLAZZO, Antonio; SASSI, Andrea. *Diritto Privato del Mercato*, pp. 143-150.

O Código Civil de 1942 também favorece o devedor como parte débil nas hipóteses dos artigos. 1.224, 1.370, 1.371 e 1.469-*quater*.³³

É claro, porém, que na época revolucionária, o princípio era utilizado como forma de proteger os grupos sociais populares (o antigo *Tiers-État*³⁴), geralmente oprimida pelos excessivos e eternos débitos. Foi assim que na França duas legislações foram essenciais para a incorporação de tal valor ao ordenamento jurídico: 1) *A Lei de 1793*, que extinguiu o arresto pessoal por débitos daquele país; e 2) *O Código Civil Napoleônico de 1804*, que em várias normas protege o devedor, como ocorre, por exemplo, no crédito hipotecário nos casos de financiamento.³⁵

Então, a função social e a proteção da parte frágil não são sinónimas, e tampouco se correlacionam.

É preciso entender que o *favor deboli* é um elemento de proteção interno da relação contratual, assim como a boa-fé objetiva: o primeiro pretende a equivalência prestacional e o equilíbrio contratual; já a boa-fé impõe deveres de comportamento honesto entre os sujeitos. Quer dizer: a boa-fé é um estatuto deontológico do contrato; o *favor deboli* é um instrumento hermenêutico de ajuste proporcional entre as prestações para que não haja prejuízo para uma das partes (que não necessariamente é o devedor).

³³ Art. 1224. “Danni nelle obbligazioni pecuniarie. Nelle obbligazioni che hanno per oggetto una somma di danaro (1277 e seguenti), sono dovuti dal giorno della mora gli interessi legali, anche se non erano dovuti precedentemente e anche se il creditore non prova di aver sofferto alcun danno. Se prima della mora erano dovuti interessi in misura superiore a quella legale (1284), gli interessi moratori sono dovuti nella stessa misura. Al creditore che dimostra (2697) di aver subito un danno maggiore spetta l'ulteriore risarcimento. Questo non è dovuto se è stata convenuta la misura degli interessi moratori”;

Art. 1370. “Interpretazione contro l'autore della clausola. Le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto (1341) o in moduli o formulari (1342) predisposti da uno dei contraenti s'interpretano, nel dubbio, a favore dell'altro”;

Art. 1371. “Regole finali. Qualora, nonostante l'applicazione delle norme contenute in questo capo (1362 e seguenti), il contratto rimanga oscuro, esso deve essere inteso nel senso meno gravoso per l'obbligato, se è a titolo gratuito, e nel senso che realizzi l'equo temperamento degli interessi delle parti, se è a titolo oneroso”;

Art. 1469-*quater*. “Forma e interpretazione. Nel caso di contratti di cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono sempre essere redatte in modo chiaro e comprensibile. In caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore”.

³⁴ Em uma análise da obra de Emmanuel Joseph Sièyès, na qual assim escreve: “Le plan de cet écrit est assez simple. Nous avons trois questions à nous faire. 1° Qu'est-ce que le Tiers état? — TOUT. 2° Qu'a-t-il été jusqu'à présent dans l'ordre politique? — RIEN. 3° Que demande-t-il? — À ÊTRE QUELQUE CHOSE. On va voir si les réponses sont justes. Jusque-là, ce serait à tort qu'on taxerait d'exagération des vérités dont on n'a pas encore vu les preuves. Nous examinerons ensuite les moyens que l'on a essayés, et ceux que l'on doit prendre, afin que le Tiers état devienne, en effet, *quelque chose*. Ainsi nous dirons : 4° Ce que les ministres ont *tenté*, et ce que les privilégiés eux-mêmes *proposent* en sa faveur. 5° Ce qu'on aurait *dû* faire. 6° Enfin, ce qui *reste* à faire au Tiers pour prendre la place qui lui est due” (SIÈYÈS, Emmanuel Joseph. *Qu'est-ce que le Tiers-État ?* Paris : Le Boucher Éditeur, 2002, p. 01).

³⁵ ESPANÈS, Luis Moisset de. El “favor debitoris” y la demora judicial, ob. cit., p. 03.

Por exemplo, veja o que diz Alice Cherchi:³⁶

L'applicazione dei principi della buona fede contrattuale, del *favor debitoris*, del *beneficium competentiae* e della clausola *rebus sic stantibus*, potrebbe condurre ad attenuare le conseguenze della rigida interpretazione del principio *pacta sunt servanda* ed alla dichiarazione di nullità delle clausole che prevedono la capitalizzazione degli interessi scaduti dei contratti tra le banche degli Stati creditori ed i Paesi in via di sviluppo.

Observe que, nesse argumento, a autora esclarece os pontos de aplicação do princípio, de modo que em nenhum momento se verifica sua inserção no âmbito social, mas apenas refletindo entre o vínculo de interesses individuais.³⁷

Já a função social tem outro âmbito de incidência e outro objetivo, qual seja, o mercado, a sociedade, um sistema capitalista ético — embora também crie um estatuto deontológico para as partes e para terceiros. Portanto, a funcionalização do contrato não significa a proteção de uma das partes, mas do contrato como um instrumento de repercussão no mundo social.

5. Conclusão

O Direito Civil sempre se preocupou com o exercício da liberdade de contratar de maneira responsável. No caso do Código Civil brasileiro, tal preocupação foi refletida, por exemplo, em proibições e requisitos que serão determinantes na validade dos negócios jurídicos, como ocorre nos vícios da vontade (arts. 138 a 168 e art. 167). E o Código foi além, marcando a limitação e a responsabilidade no exercício de tal vontade por meio de outros requisitos, como a boa-fé objetiva e a função social.

A função social (art. 421) trouxe para o contrato uma causa ultrassubjetiva, que são as razões de ordem econômico-sociais do negócio, sua repercussão e interesse social, com

³⁶ CHERCHI, Alice. Il divieto di anatocismo nel sistema giuridico romano, ob. cit., p. 14. Em tradução livre: “A aplicação dos princípios da boa-fé contratual, do *favor debitoris*, do *beneficium competentiae* e da cláusula *rebus sic stantibus* podem conduzir à atenuação das consequências da rígida interpretação do princípio *pacta sunt servanda* e da nulidade das cláusulas que preveem a capitalização dos interesses entre os contratantes e os bancos dos Estados credores e os Países em via de desenvolvimento”.

³⁷ Uma demonstração do que se tem dito sobre a aplicação apenas à relação individualizada é verificada com base em ESPANÉS, Luis Moisset de. El “favor debitoris” y la demora judicial, ob. cit., p. 20, que assim conclui suas considerações sobre o princípio: “1) El ‘favor debitoris’ no funciona cuando el deudor es moroso o ha actuado con dolo o culpa. 2) Las demoras judiciales en dictar sentencia son, por lo general, contingencias normales y previsibles en todo litigio. 3) El deudor que, con su conducta, ha obligado al acreedor a litigar, debe cargar con la responsabilidad por las demoras judiciales. 4) Si la demora fuese anormal, y tuviese como causa la culpa de funcionarios del Estado, le quedaría al deudor acción para dirigirse contra el Estado, para reclamar la indemnización que le correspondiese”.

vistas ao bem-estar e ao desenvolvimento. Tem um sentido amplo, pois vai além da relação contratual individualizada. Tal se depreende da determinação legal de que a autonomia contratual (leia-se: “liberdade de contratar” e “liberdade contratual”) seja exercida em razão da sociabilidade.

Antes de qualquer observação ou releitura sobre o contrato, é preciso ter em mente que ele é, e sempre será, uma operação econômica movida por um interesse privado, qual seja, a aquisição de propriedade ou qualquer outro interesse que, ao final, acaba tendo repercussão patrimonial. O contrato corresponde a uma movimentação econômico-patrimonial, caracterizada por uma relação de preponderância, pois podem existir outros objetivos, como humanitários, assistenciais, liberalidades, agraciamentos. O que importa não é necessariamente o que levou, em âmbito subjetivo, alguém a concluir o contrato, mas o que ocorre: enriquecimento e a circulação de utilidades e riquezas.

A conciliação dos interesses individual e social serve à “*good performance*” do contrato, de modo que alcance seus fins sociais, típicos e individuais, mas dentro de um “jogo limpo” no âmbito do contrato. Portanto, afasta os riscos de um egoísmo predatório que tanto pode prejudicar a todos. A ausência de solidarismo, como razão no agir negocial, constitui o chamado individualismo predatório do exercício da autonomia contratual.

6. Bibliografia

AMARAL, Francisco. Os princípios jurídicos na relação obrigatória. In: *Revista da AJURIS – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Vol. 32, nº. 99. Porto Alegre: AJURIS, set. 2005.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social do contrato: interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUSNELLI, Francesco Donato. Il principio di solidarietà e l’attesa della povera gente’ oggi. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano. V. 67. Nº. 2, giugno. 2013.

CHERCHI, Alice. *Il divieto di anatocismo nel sistema giuridico romano*. Tesi di Dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi, Università di Sassari, 2009.

CIPPITANI, Roberto. I contratti e le obbligazioni. In: PALLAZZO, Antonio; SASSI, Andrea. *Diritto Privato del Mercato*, pp. 143-150.

CIPPITANI, Roberto. Solidarità (nei rapporti giuridici). In: PALAZZO, Antonio (Cur.). *Diritto e processo*. Nº. 5. Numero speciale. Anni 2006-2009. Annuario giuridico della Università degli Studi di Perugia, 2010.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

ESPANÉS, Luis Moisset de. El "favor debitoris" y la demora judicial. In: *Derecho y Cambio Social*. Nº. 08, año III. Lima: La Molina, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social do contrato. In: *Revista DireitoGV*. Vol. 1, nº. 1, maio/2005.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura do novo Código Civil. In: ARRUDA ALVIM e ALVIM, Teresa (Coords.). *Comentários ao código civil brasileiro – Parte Geral*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY, Rosa Maria Barreto Boriello de Andrade. Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do Direito Privado. In: REIS, Selma Negrão Pereira dos (Coord.). *Questões de Direito Civil no novo Código*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004.

NORONHA, Fernando. *Princípios dos contratos (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual) e cláusulas abusivas*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1990.

PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*. 3ª edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

REALE, Miguel. As diretrizes fundamentais do projeto do novo Código Civil. In: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Comentários sobre o projeto do Código Civil brasileiro*. Brasília: CJF, 2002.

SAMUELSON, P. A. *Welfare Economics*. Foundations of Economic Analysis. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

SASSI, Andrea. Il ruolo delle permanenze nella formazione del mercato interno. In: PALLAZZO, Antonio; SASSI, Andrea. *Diritto Privato del Mercato*. Università degli Studi di Perugia, 2007.

SIÈYÉS, Emmanuel Joseph. *Qu'est-ce que le Tiers-État ?* Paris : Le Boucher Éditeur, 2002.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *Responsabilidade civil pela violação à função social do contrato*. São Paulo: Almedina, 2018.

_____. A função social como limite do contrato: contribuição para a aplicação judicial do art. 421 do Código Civil. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 7, n. 1, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-funcao-social-como-limite-do-contrato/>>. Data de acesso: 28/08/2018.

TIMM, Luciano Benetti. Direito, economia, e a função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado do crédito. In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 9, n. 33, jul/set. 2006.

civilistica.com

Recebido em: 28.8.2018
Aprovado em:
19.3.2019 (1º parecer)
25.11.2019 (2º parecer)

Como citar: SILVESTRE, Gilberto Fachetti. Individualismo, solidarismo e *favor deboli*: os interesses sobre os contratos cíveis e mercantis. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 8, n. 3, 2019. Disponível em: <<http://civilistica.com/individualismo-solidarismo-e-favor-deboli/>>. Data de acesso.