

Standards no direito contratual: intersecções da *reasonableness* e da boa-fé

Bruno Montanari ROSTRO*

Henrique Beux Nassif AZEM**

Rodrigo Ustárroz CANTALI***

RESUMO: Este estudo tem por objetivo analisar se, em uma perspectiva comparatista funcional, a noção de boa-fé objetiva, presente no sistema romano-germânico, é funcionalmente equivalente à de *good faith* anglo-americana, ou se a *common law* ofereceria algum outro instituto que permita alcançar soluções semelhantes na resolução de casos concretos, especialmente no direito contratual. Trata-se, portanto, de um trabalho voltado ao problema da linguagem e da tradução no âmbito comparatista. Para abordar aproximações e diferenciações entre boa-fé (objetiva e subjetiva), *good faith* e *reasonableness*, o artigo foi dividido em duas partes: a primeira busca demonstrar as diferenças entre boa-fé romano-germânica e *good faith* anglo-americana e, após, o *standard* da *reasonableness*; e a segunda parte examina esse *standard* na formação e interpretação dos contratos, comparando-se as soluções das tradições.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos; boa-fé. *reasonableness*; comportamento; *standard*.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. O problema da linguagem no Direito Comparado: boa-fé, *good-faith* e a resposta pela *reasonableness*; – 2.1. A rejeição da ideia de boa-fé na *common law*: uma meia verdade? – 2.2. O *standard* a ser seguido: *reasonableness* e *reasonable person*; – 3. Objetividade e confiança: *reasonableness* na formação e na interpretação dos contratos; – 3.1. Seriedade e intenção, na visão da *reasonable person*; – 3.2. Valorização das circunstâncias negociais na interpretação contratual; – 4. Considerações finais; – Referências bibliográficas; – Jurisprudência consultada.

TITLE: *Standards in Contract Law: Intersections between Reasonableness and “Boa-fé”*

ABSTRACT: *This essay examines, in a comparative perspective, whether the civil law notion of “boa-fé objetiva” is functionally equivalent to the common law’s good faith or whether there is another functionally equivalent notion specially under contract law. Therefore, the research aims to analyze the problem of language and translation under comparative law. To verify similarities and differences between the “boa-fé”, good faith and reasonableness, this essay was divided into two parts: in the first one, it analyzes similarities and differences between civil law’s “boa-fé” and common law’s good faith and the idea of reasonableness; and in the second one, it analyses the standard of reasonableness in the formation and interpretation of contracts, comparing solutions from both traditions.*

KEYWORDS: *Contracts; good-faith; reasonableness; behavior; standard.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. The problem of language in Comparative Law: “boa-fé”, good faith and the answer through reasonableness; – 2.1. The rejection of the idea of “boa-fé” in common law: a half-truth? – 2.2. The standard to be followed: reasonableness and reasonable person; – 3. Objectivity and reliance: reasonableness in the formation and interpretation of contracts; – 3.1. Seriousness and intention, in the reasonable person’s perspective; – 3.2. Valorization of commercial circumstances in contractual interpretation; – 4. Final remarks; – Bibliographical references; – Case law consulted.*

* Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Advogado. E-mail: bmrostro@gmail.com.

** Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. LL.M pela Universidade de Minnesota. Procurador Federal. E-mail: henrique.azem@gmail.com.

*** Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Advogado. E-mail: rodrigocantali@gmail.com.

1. Introdução

Uma das grandes preocupações do operador Direito é torná-lo concretamente aplicável e aplicado e que sirva para resolver problemas concretos.¹ O estudo do instituto da boa-fé é um dos temas em que – para aqueles que advogam a existência de uma *summa divisio* entre os sistemas jurídicos continental e da *common law* – mais se percebe a fratura entre ambas as tradições.² Não obstante, na análise, percebe-se que pode haver aproximações entre os sistemas jurídicos, quando, perante eles, apresenta-se um problema que envolve a aplicação do que, no sistema romano-germânico, conhece-se por boa-fé.

O presente artigo pretende endereçar os seguintes questionamentos: em perspectiva comparatista, a noção de boa-fé objetiva, presente no sistema romano-germânico, é funcionalmente equivalente à de *good faith* anglo-americana? Em caso negativo, há algum instituto da *common law* que possa oferecer soluções semelhantes? Da mesma forma, é sabido que o uso do direito comparado leva a alguns problemas de tradução e de uso da linguagem. Seria esse o caso da correlação entre boa-fé e *good faith*?

O objetivo da pesquisa é demonstrar que, em uma visão comparatista, diante da rejeição a uma cláusula geral de boa-fé no sistema da *common law*, a *reasonableness* oferece, em determinadas circunstâncias, soluções compatíveis com a utilização dessa cláusula geral. Como metodologia de trabalho, utilizar-se o método funcional de análise do Direito Comparado, procurando investigar as funções dos institutos pretensamente correlatos e/ou diversos e no que coincidem e/ou divergem seus efeitos e consequências jurídicas. Para tanto, o artigo focará em temas contratuais, na medida em que se entende ser essa a seara mais rica para estabelecer comparações entre o conceito de *reasonableness*, boa-fé subjetiva e objetiva e a *good faith*.

Dentro da diretriz de operabilidade e de uma abertura à eticidade que baseou a elaboração do Código Civil de 2002, a boa-fé objetiva atua como cláusula geral que perpassa todo o direito privado – e, quiçá, também o direito público (veem-se desdobramentos, por exemplo, no direito administrativo) e como princípio fundante de todo o direito obrigacional. As cláusulas gerais se destinam a abrir o sistema para a ação construtiva da jurisprudência, que, em última *ratio*, confere-lhe concretude ao Direito

¹ Este artigo é resultado de pesquisa realizada em 2021/2 no Programa de Pós-Graduação (Doutorado) em Direito da UFRGS, na disciplina “Direito Comparado: questões contemporâneas”, coordenada pela Professora Lisiane Feiten Wingert Ody, a quem agradecemos pelas contribuições e incentivo à publicação.

² Deveras, Zimmermann entende que os dois institutos onde mais se perceberia uma maior divisão seriam o trust e a boa-fé. ZIMMERMANN, Reinhard. *Roman Law, Contemporary Law, European Law: the civilian tradition today*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 169-170.

no caso concreto. Conforme antecipado – e como afirmava Reale, baseando-se em Jhering – o Direito é feito para ser aplicado; não bastam previsões abstratas, rigorismos formais e a ideia de que preceitos normativos podem resolver o conflito posto em análise: deve-se resolver problemas.³ A boa-fé é um desses casos.

Deveras, o Direito brasileiro tradicionalmente abriga distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva. A primeira é o estado mental subjetivo de não estar prejudicando interesse de outrem. A boa-fé objetiva – oriunda primordialmente do §242 do BGB⁴ –, é cláusula geral, i.e., um modelo jurídico prescritivo, que assume, no Código Civil de 2002, tríplice função: interpretativa, de controle e integrativa.⁵ Importante mencionar, para os fins do presente estudo, que a boa-fé (objetiva) atua como um *standard* comportamental dos participantes na relação obrigacional, que os guia a agirem consoante as legítimas expectativas criadas entre as partes.⁶

Por outro lado, quando se analisa o sistema da *common law*, a ideia geral é de que a tradição repudia a ideia de generalidade e de cláusulas gerais e, conseqüentemente, tem dificuldades em aceitar a aplicação da boa-fé tal como por concebida pelo sistema continental. Contudo, para buscar a solução do caso concreto, ela parece se utilizar de institutos que, na prática, funcionam como tal. Um exemplo é a ideia de *reasonableness* e de *reasonable person*, um *standard* de comportamento que permeia todo o Direito anglo-americano.⁷

³ REALE, Miguel. Visão Geral do Projeto de Código Civil. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, v. 13, n. 13/14, p. 139-150, jan./dez., 1998.

⁴ “*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*”. Em tradução livre: o devedor é obrigado a efetuar a prestação conforme exigido pela boa fé em relação à prática habitual. Disponível em https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_242.html, acesso em 20/04/2022.

⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 44-45: “Conquanto impossível – tecnicamente – definir a boa-fé objetiva, pode-se, contudo, indicar, relacionalmente, as condutas que lhe são conformes (valendo então a expressão como forma metonímica de variados modelos de comportamento exigíveis na relação obrigacional), bem como discernir funcionalmente a sua atuação e eficácia como (i) fonte geradora de deveres jurídicos de cooperação, informação, proteção e consideração às legítimas expectativas do alter, copartícipe da relação obrigacional; (ii) baliza do modo de exercício de posições jurídicas, servindo como via de correção do conteúdo contratual, em certos casos, e como correção ao próprio exercício contratual; e (iii) como cânone hermenêutico dos negócios jurídicos obrigacionais. Ao assim atuar funcionalmente, a boa-fé serve como pauta de interpretação, fonte de integração e critério para a correção de condutas contratuais (e, em certos casos demarcados em lei, inclusive para a correção do conteúdo contratual)”.

⁶ “A expressão boa-fé objetiva (boa-fé normativa) designa não uma crença subjetiva, nem um estado de fato, mas aponta, concomitantemente a: (i) um instituto ou modelo jurídico (estrutura normativa alcançada pela agregação de duas ou mais normas; (ii) um *standard* ou modelo comportamental pelo qual os participantes do tráfico obrigacional devem ajustar o seu mútuo comportamento *standard* direcionador de condutas, a ser seguido pelos que pactuam atos jurídicos, em especial os contratantes; e (iii) um princípio jurídico (norma de dever que aponta, imediatamente, a um estado ideal de coisas)”. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado...*, cit., p. 281-282.

⁷ O *Black’s Law Dictionary* assim conceitua *reasonable person*: “*A hypothetical person used as a legal standard, esp. to determine whether someone acted with negligence; specif., a person who exercises the degree of attention, knowledge, intelligence, and judgment that society requires of its members for the*

Nesse contexto, com a finalidade de abordar aproximações e diferenciações entre boa-fé (objetiva e subjetiva), *good faith* e *reasonableness*, este artigo foi dividido em duas partes. A primeira é dedicada a analisar o problema da linguagem no Direito comparado, demonstrando, inicialmente, as diferenças entre a boa-fé romano-germânica e a *good faith* anglo-americana; após, busca-se apresentar ao estudioso da tradição de *civil law* os conceitos de *reasonableness* e de *reasonable person*, como *standard* de conduta. A partir disso, a segunda parte analisa esse *standard* de conduta nos momentos de formação e de interpretação dos contratos, buscando-se apontar semelhanças e diferenças com a boa-fé objetiva.

2. O problema da linguagem no direito comparado: boa-fé, *good faith* e a resposta pela *reasonableness*

Um hipotético tradutor de obras jurídicas, deparando-se com a expressão *boa-fé*, poderia, quiçá açodadamente, traduzi-lo para a Língua Inglesa como *good faith*, seguindo a tradução literal de ambas as palavras. O comparatista, contudo, deve analisar o sentido dos institutos para além da tradução literal, sob pena de não estar *comparando* efetivamente. Como afirma Curran Grosswald, o Direito Comparado tem uma pretensão universalista – a qual, muitas vezes, é bastante difícil de ser alcançada.⁸ Somente identificando-se as diferenças é que se pode perseguir a similaridade.

Com efeito, consoante bem pontua Sacco, antes de se traduzir, devem-se conhecer os pressupostos da tradução. Muitas vezes o ideal é, até mesmo, recusar-se a traduzir.⁹ Confira-se o exemplo trazido por Wingert-Ody sobre a tradução do termo *contrato*:

Em português, no Brasil, o termo contrato designa instituto jurídico configurado a partir do acordo de vontade das partes a propósito de um objeto lícito e possível, sem adstrição, em regra, à forma específica (artigo 104 CC). *Contract* (en.), por outro lado, no Common Law, não depende apenas desses requisitos, exigindo ainda *consideration*, requisito que poderia ser singelamente compreendido como contraprestação onerosa, enquanto *contrat* (fr.) e *contratto* (it.) não prescindem de *cause* (fr.) ou *causa* (it), porque sem ela restaria

protection of their own and of others' interests. The reasonable person acts sensibly, does things without serious delay, and takes proper but not excessive precautions". Como sinônimos, traz os termos *reasonable man; prudent person; ordinarily prudent person; reasonably prudent person; highly prudent person* (REASONABLE PERSON. In: BLACK'S LAW DICTIONARY. 2ª ed., St. Paul: West, 2001, p. 584).

⁸ CURRAN GROSSWALD, Vivian. Comparative Law and Language. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

⁹ SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. Tradução de Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

comprometida a validade do pacto. Já o termo *Vertrag* (dt.) também prevê, em regra, uma determinada causa – ocorre que no direito alemão existem ainda contratos abstratos, como os de transferência de propriedade, o que compromete, a equivalência dos conceitos.¹⁰

A título ilustrativo, veja-se o que ocorre com a expressão inglesa *reasonable person* na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG). A tradução oficial brasileira, trazida pelo Decreto 8.327, de 16 de outubro de 2014, traduz o conceito como “pessoa razoável”, que, em nosso sistema jurídico, desperta dúvida sobre qual o conteúdo normativo da razoabilidade que poderia balizar o emprego do conceito; a versão oficial francesa fala em *personne raisonnable*; em espanhol, *persona razonable*. Em Alemão, contudo, utiliza-se a tradução *vernünftige Person* – a qual, como refere Troiano, pouco é utilizada, dado que *Vernunft* (juízo, razão) não é um conceito jurídico na Língua Alemã.¹¹

Boa-fé é um caso desses, de difícil tradução e apreensão em qualquer sistema que se faça presente. Boa-fé e *good faith* não são conceitos idênticos. Em primeiro lugar, a boa-fé, como cláusula geral – ou seja, como prescrição normativa abstrata cuja concreção há de ser realizada no caso concreto – não tem guarida, *a priori*, em um sistema de *common law*. Como bem coloca Zimmermann, os juristas da *common law* reputam que adotar uma cláusula geral (como a boa-fé) seria um “convite aos juízes para abandonar o dever legal de fundamentar decisões juridicamente e produzir um encantamento (*enchantment* – no sentido de emprego de feitiço, magia, por exemplo) não analítico de seus valores pessoais”.¹²

2.1. A rejeição da ideia de boa-fé na *common law*: uma meia verdade?

As razões para a *common law*, de maneira geral, não reconhecer um dever como o de boa-fé são, em geral, de três ordens.¹³ A primeira seria o valor do mercado individualismo em países como Inglaterra e Estados Unidos. Cada indivíduo – e, na relação contratual,

¹⁰ WINGERT-ODY, Lisiane Feiten. Direito e Linguagem: direito comparado e línguas estrangeiras – o problema da tradução. In: WINGERT-ODY, Lisiane Feiten (org.). *Direito Comparado Alemanha-Brasil*: temas de direito privado em estudos originais e traduzidos. Porto Alegre: Faculdade de Direito da UFRGS, 2021, v. II, p. 11.

¹¹ TROIANO, Stefano. To what extent can the notion of ‘reasonableness’ help to harmonize European Contract Law? Problems and prospects from a Civil Law perspective. *European Review of Private Law*, v. 17, n. 5, p. 749-787, 2009.

¹² ZIMMERMANN, Reinhard. *Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today*, cit, p. 169-170. Exemplo também mencionado em WINGERT-ODY, Lisiane Feiten. *Direito e Linguagem...*, cit., p. 15).

¹³ MCKENDRICK, Ewan. *Contract Law*. 10ªed. Hampshire: Palgrave MacMillan, 2013, p. 221-222.

cada parte – persegue seus próprios interesses, procurando barganhar a melhor posição na relação com a outra parte.

A segunda razão seria a aversão do sistema anglo-americano a abraçar princípios gerais, como o da boa-fé. O direito da *common law* evolui pelo sistema de precedentes, em que, em cada caso discutido, verifica-se, ou não, a presença da má-fé – mas, a partir disso, não se chega a um conceito geral e abstrato. Além disso, tem-se um temor de que as cláusulas gerais pudessem levar a um “moralismo judicial”. A terceira razão, bastante ligada à segunda, é que a introdução de um princípio abstrato como o da boa-fé traria muita insegurança jurídica à *common law*. Parte-se do princípio que, em sendo os países da *common law* – em especial Inglaterra e Estados Unidos – o berço do sistema capitalista, seria sempre necessário a economia de mercado se manter desenvolvendo, certeza e segurança¹⁴, o que *a priori* seria incompatível com a boa-fé, por supostamente propiciar a intromissão do estado nas relações particulares.

Uma quarta razão, a se acrescentar às já tradicionais, seria modo como se dão os julgamentos, em geral, na *common law*, pelo júri: o julgamento pelos pares identifica não se ocupa com qual seria o estado mental de cada sujeito, mas o que seus pares esperariam dele dentro daquelas mesmas circunstâncias. Aliada a essa, agregue-se mais uma razão, ligada a todas às demais: em um ambiente de negócios, não se deve perquirir o que cada um tem em mente durante a negociação e a execução do contrato; é mais prática e eficiente a existência de um padrão.

Além disso, há certas doutrinas do direito da *common law* que entram em conflito com a ideia de uma cláusula geral de boa-fé, como, por exemplo, a do *caveat emptor* (risco é do comprador) – em que o vendedor só pode ser responsabilizado pela má-qualidade do produto, se, de alguma forma, ele enganasse o comprador.¹⁵ Como exemplo dessa negativa, colacione-se o caso *Walford v. Miles*, em que a Câmara dos Lordes negou

¹⁴ “There is a perceived need for uniformity, consistency and predictability in the interpretation of contracts. Commerce thrives on the certainty and uncertainty interferes with the functioning of a healthy economy. Jobs and our standard of living are dependent upon a free flow of commerce, a fact that Americans tend to ignore. Iur media fail totally to communicate to us the significance of this factor upon economic success of western democracies however countries such as China and Vietnam understand and are moving reapidly to reform their civil legal systems. In some situations, one can make a strong case proposition that certainty and predictability are more highly-valued goals than justice”. ROHWER, Claude D; SKROCKI, Anthony M. *Contracts in a Nutshell*. 7^a ed. St. Paul: West, 2010, p. 218.

¹⁵ CORDEIRO, Antonio Barreto Menezes. Princípio da boa-fé na execução dos contratos no direito inglês. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 14, p. 369-382, jan.-mar./2018, p. 372-373.

validade jurídica (i.e, julgou desprovido de *enforceability*) uma obrigação, expressa no contrato, de as partes negociarem em boa-fé.¹⁶

Mesmo assim, o direito continental vem, de certa forma, influenciando o anglo-americano, e o conceito geral já não é de todo desconhecido. Veja-se, por exemplo, que, nos Estados Unidos, o *Uniform Commercial Code* - UCC prevê que um dever de boa-fé está presente na execução do contrato (*performance and enforcement*).¹⁷ Prevê também que os comerciantes estão de boa-fé quando atuam com honestidade (*honesty*) e em observância dos “*standards*” comerciais razoáveis de negociação justa (cf. Section 2-103).¹⁸ Da mesma forma, o *Restatement (Second) of Contracts* indica que o dever de boa-fé (*good faith*) vai além da simples *honesty*¹⁹ e dá exemplos de situações em que há um comportamento de má-fé, a fim de balizar o que se entende por *good faith*: evasão do espírito da barganha, falta de diligência e falta de esforço para a realização; *performance*²⁰ imperfeita voluntária, abuso de poder de especificar termos e interferência ou falha ao cooperar com a *performance* da outra parte.²¹ Na mesma senda, cite-se que, na Inglaterra, a incorporação da Diretiva Europeia sobre Proteção aos Consumidores trouxe o princípio da boa-fé para o direito contratual inglês legislado;²² bem assim, os princípios de direito contratual europeu (art. 1-106).²³ Também é de se mencionar a influência do direito escocês, de índole continental, sobre o direito inglês, uma vez que se trata de Estados limítrofes e componentes do Reino Unido.

¹⁶ MCKENDRICK, Ewan. *Contract Law*. 10ªed. Hampshire: Palgrave MacMillan, 2013, p. 45-49 e 219; INGLATERRA. *House of Lords. Walford v. Miles*, [1992] 2 A.C. 128, Rel. Lord Keith of Kinkel, j. em 23.1.1992. Disponível em [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Document/IEF4FA550E42811DA8FC2A0F0355337E9/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&comp=pluk&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Document/IEF4FA550E42811DA8FC2A0F0355337E9/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&comp=pluk&firstPage=true). Acesso em 10.3.2022.

¹⁷ FARNSWORTH, E. Allan. Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions, and National Laws. *Tulane Journal of International and Comparative Law*, v. 3, p. 47-64, 1995, p. 51-52.

¹⁸ “(1) In this Article unless the context otherwise requires (...) (b) ‘Good faith’ in the case of a merchant means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade”.

¹⁹ “The Restatement recognizes that the duty may require more than simple “honesty” in performing an agreement; the fact that a party may be candid and forward about its actions will not relieve it of its obligations of good faith and fair dealing. Moreover, bad faith may be overt or consist of inaction, and subterfuges and evasions may also violate the obligation of good faith”.

²⁰ Em que pese o termo *performance* esteja incorporado à Língua Portuguesa, como bem demonstra sua presença nos dicionários pátrios, no Direito Contratual da *common law* *performance* é também termo de complicada tradução, estando entre o adimplemento e a execução do contrato.

²¹ “The Restatement uses examples of bad faith to assist in defining what constitutes good faith, which examples include: Evasion of the spirit of the bargain; lacking diligence and lacking off; willful rendering of imperfect performance; abuse of power to specify terms; interference or failure to cooperate in the other party’s performance”.

²² “Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 (SI 1999/2083). “(3) In determining whether a term satisfies the requirement of good faith, regard shall be had in particular to the matters specified in Schedule 2 to these Regulations”.

²³ “(1) These Principles should be interpreted and developed in accordance with their purposes. In particular, regard should be had to the need to promote good faith and fair dealing, certainty in contractual relationships and uniformity of application”.

De maneira geral, na *common law* a ideia de *good faith* compreende um conceito negativo, i.e., de como não se deve comportar em uma determinada situação, uma “análise excludente”.²⁴ Em que pese não haja uma aproximação entre a boa-fé objetiva e a *good faith*, percebe-se uma semelhança funcional entre esta e o conceito de boa-fé subjetiva. Concorde-se, no ponto, com Summers, para quem a boa-fé determina um dever de abster-se da conduta de má-fé.²⁵ A função não seria contribuir positivamente para a caracterização do instituto, mas apenas para excluir o comportamento de má-fé. Parece ser essa, inclusive, a definição adotada, por exemplo, no UCC – Uniform Commercial Code.²⁶

Recentes casos julgados nas jurisdições de *common law* expressamente mencionaram a boa-fé como elemento do direito dos contratos e parecem demonstrar, na prática, a hipótese de aproximação dos sistemas *supra* trabalhada. Ilustrativamente, a Suprema Corte do Canadá reconheceu a boa-fé como um “princípio organizacional do direito contratual”, em sentido do que, no direito brasileiro, assumiria a boa-fé subjetiva (caso *Bhasin v. Hrynew*²⁷). O alcance dado pela decisão foi no sentido de que “as partes não devem mentir ou, conscientemente, enganar-se sobre assuntos diretamente ligados ao desempenho do contrato”. Trata-se, portanto, de aplicação do padrão de *good faith* próximo da boa-fé subjetiva – o que, como visto, não é novidade no sistema jurídico anglo-americano.

Por outro lado, na Inglaterra, em *Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corp Ltd* (2013), a Alta Corte de Justiça reconheceu, paradigmaticamente, de modo expresso, a existência, no direito contratual inglês, do instituto da boa-fé. A corte situou a boa-fé

²⁴ SUMMERS, Robert. "Good Faith" in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code. *Virginia Law Review*, v. 54, n. 2, p. 195-267, 1968, p. 201. Essa definição negativa é também trazida em um julgado relatado por Antonin Scalia, quando ainda era magistrado na Corte de Apelações do Distrito de Colúmbia. Com efeito, no caso *Tymshare, Inc. v. Covell*, citando Summers, asseverou que “*The concept of good faith in the performance of contracts is an ‘excluder.’ It is a phrase without general meaning (or meanings) of its own and serves to exclude a wide range of heterogeneous forms of bad faith. In a particular context the phrase takes on specific meaning, but usually this is only by way of contrast with the specific form of bad faith actually or hypothetically ruled out. The significance of the doctrine is in implying terms in the agreement. The doctrine of good faith performance is a means of finding within a contract an implied obligation not to engage in the particular form of conduct which constitutes ‘bad faith’.*” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. Tymshare, Inc. v. Covell*, 727 F.2d 1145, Rel. Scalia, j. em 7.2.1984. Disponível em: <https://casetext.com/case/tymshare-inc-v-covell>. Acesso em 22.2.2022).

²⁵ SUMMERS, Robert. The general duty of good faith - its recognition and conceptualization. *Cornell Law Review*, v. 67, n. 4, p. 810-840, 1982, p. 819-820.

²⁶ Section 1-201(20): “*Good faith, except as otherwise provided in Article 5, means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing*”.

²⁷ CANADÁ. *Supreme Court of Canada. Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494, Rel. Cromwell J., j. em 13.11.2014. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/14438/index.do>. Acesso em 9.3.2022.

como um *implied term*²⁸ – termo implícito – durante a execução (*performance*) do contrato e permitiu a rescisão contratual com base em sua violação.²⁹ Aqui a utilização (expressa) do termo boa-fé parece traduzir um sentido mais próximo ao de boa-fé objetiva, na medida em que se requereu um comportamento da parte que houve por ser descumprido. Nesse contexto, a própria decisão em *Yam Seng Pse Ltd* procurou demonstrar a existência conceitual da cláusula no tradicional arcabouço do direito inglês.³⁰ Deveras, partiu-se da ideia de que a boa-fé já era existente no direito inglês

²⁸ Veja-se a definição do Black's Law Dictionary sobre "implied term": "A provision not expressly agreed to by the parties but instead read into the contract by a court as being implicit. An implied term should not, in theory, contradict the contract's express terms". BLACK'S LAW DICTIONARY. 2ª ed., St. Paul: West, 2001, p. 700.

²⁹ Dentro do sistema de precedentes da *common law*, entende-se o motivo da categorização da boa-fé dentro de um instituto bastante consolidado no Direito Contratual, como os "implied terms". Veja-se o que constou da decisão: "Under English law, a duty of good faith, although not implied into all commercial contracts by default, could be implied based on the presumed intention of the parties and the relevant background against which the contract was made, (...). Relevant background included not only facts known to the parties, but also shared values and norms of behaviour, often taken as read at the time of entering into a contract but without being spelled out in the actual document. Fidelity to the parties' bargain was one of many generally accepted standards of commercial dealing that were central to good faith; contracts could not expressly provide for every possible event, so their language had to be given a reasonable construction which promoted the values and purposes expressed or implicit in the contract, (...) Traditionally, English law had drawn a sharp distinction between fiduciary relationships containing onerous disclosure obligations, and other contractual relationships where there was supposedly no duty of disclosure. That dichotomy was arguably too simplistic: contracts involving a longer term relationship and substantial commitment required a high degree of communication, cooperation and predictable performance based on mutual trust and confidence". INGLATERRA. High Court of Justice. *Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corp Ltd.*, [2013] EWHC 111 (QB), Rel. Leggatt, j. em 1.2.2013. Disponível em <<https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2013/111.html>>. Acesso em 10.3.2022.

³⁰ "146. There are some further observations that I would make about the reasons I mentioned earlier for the reluctance of English law to recognise an implied duty on contracting parties to deal with each other in good faith.

147. First, because the content of the duty is heavily dependent on context and is established through a process of construction of the contract, its recognition is entirely consistent with the case by case approach favoured by the common law. There is therefore no need for common lawyers to abandon their characteristic methods and adopt those of civil law systems in order to accommodate the principle.

148. Second, as the basis of the duty of good faith is the presumed intention of the parties and meaning of their contract, its recognition is not an illegitimate restriction on the freedom of the parties to pursue their own interests. The essence of contracting is that the parties bind themselves in order to co-operate to their mutual benefit. The obligations which they undertake include those which are implicit in their agreement as well as those which they have made explicit.

149. Third, a further consequence of the fact that the duty is based on the parties' presumed intention is that it is open to the parties to modify the scope of the duty by the express terms of their contract and, in principle at least, to exclude it altogether. I say "in principle at least" because in practice it is hardly conceivable that contracting parties would attempt expressly to exclude the core requirement to act honestly.

150. Fourth, I see no objection, and some advantage, in describing the duty as one of good faith "and fair dealing". I see no objection, as the duty does not involve the court in imposing its view of what is substantively fair on the parties. What constitutes fair dealing is defined by the contract and by those standards of conduct to which, objectively, the parties must reasonably have assumed compliance without the need to state them. The advantage of including reference to fair dealing is that it draws attention to the fact that the standard is objective and distinguishes the relevant concept of good faith from other senses in which the expression "good faith" is used.

151. Fifth, in so far as English law may be less willing than some other legal systems to interpret the duty of good faith as requiring openness of the kind described by Bingham LJ in the *Interfoto* case as "playing fair" "coming clean" or "putting one's cards face upwards on the table", this should be seen as a difference of opinion, which may reflect different cultural norms, about what constitutes good faith and fair dealing in some contractual contexts rather than a refusal to recognise that good faith and fair dealing are required.

mesmo antes de seu reconhecimento por essa decisão. Tal se compreende na medida em que a *common law* – e o direito contratual em específico – vale-se do sistema de precedentes para a formulação de razões às quais os tribunais e juízes irão vincular-se no futuro, bem como da analogia, do método dedutivo e da doutrina do *stare decisis* como parâmetro para o estabelecimento do fundamento das decisões.³¹ Dessa forma, compreensível que a decisão da Alta Corte tenha enquadrado a boa-fé dentro dos termos implícitos do contrato, instituto tradicional e pré-existente do direito inglês. E, como tal, a Corte fundamentou que o teste da boa-fé é objetivo, independente da percepção particular subjetiva de um sujeito, que se deveria pautar de acordo com o comportamento honesto e *razoável* esperado pela sociedade, no parâmetro da *reasonable person*.³²

Como antecipado, tradicionalmente, os doutrinadores da *common law* entendem que o apelo à boa-fé levaria à utilização muito elástica, para os padrões anglo-saxões, de uma cláusula geral.³³ De fato, se a boa-fé é uma cláusula geral, prevista em lei, a tarefa de concretizá-la no caso concreto caberá aos juízes. Essa atividade criativa da jurisdição ocorre tanto no direito continental quanto, sobretudo, na *common law*. Dessa forma, ao utilizar-se de um *topos* como a boa-fé, abre-se o instituto à perfectibilização e ao aperfeiçoamento, no caso concreto. Nisso não difere a atividade de um juiz continental de um juiz anglo-saxão.

2.2. O *standard* a ser seguido: *reasonableness* e *reasonable person*

Assim como boa-fé objetiva não pode ser simplesmente traduzida como *objective good-faith*, também a *reasonableness* não pode ser simplesmente traduzida como

152. *Sixth, the fear that recognising a duty of good faith would generate excessive uncertainty is unjustified. There is nothing unduly vague or unworkable about the concept. Its application involves no more uncertainty than is inherent in the process of contractual interpretation.*

153. *In the light of these points, I respectfully suggest that the traditional English hostility towards a doctrine of good faith in the performance of contracts, to the extent that it still persists, is misplaced*". (INGLATERRA. High Court of Justice. *Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corp Ltd.*, [2013] EWHC 111 (QB), Rel. Leggatt, j. em 1.2.2013. Disponível em <<https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2013/111.html>>. Acesso em 10.3.2022).

³¹ BURNHAM, William. *Introduction to the Law and the Legal System of the United States*. 6^a ed. St. Paul: West Academic Publishing, 2016, p. 69-76.

³² "144. *Although its requirements are sensitive to context, the test of good faith is objective in the sense that it depends not on either party's perception of whether particular conduct is improper but on whether in the particular context the conduct would be regarded as commercially unacceptable by reasonable and honest people. The standard is thus similar to that described by Lord Nicholls in a different context in his seminal speech in Royal Brunei Airlines v Tan [1995] 2 AC 378 at pp.389-390. This follows from the fact that the content of the duty of good faith is established by a process of construction which in English law is based on an objective principle. The court is concerned not with the subjective intentions of the parties but with their presumed intention, which is ascertained by attributing to them the purposes and values which reasonable people in their situation would have had*".

³³ DAWSON, John. The General Clauses, viewed from the Distance. *Rabels Zeitschrift für ausländisches un internationales Privatrech.* 41. Jahrg., H. 3, p. 441-456, 1977.

razoabilidade³⁴ – uma expressão verdadeiramente polissêmica, com conteúdo variável de acordo com o contexto. Por exemplo, “fala-se em razoabilidade de uma alegação, razoabilidade de uma interpretação, razoabilidade de uma restrição, razoabilidade do fim legal, razoabilidade de função legislativa”.³⁵

Essa multiplicidade de sentidos também é constatada no Código Civil de 2002, que possui, pelo menos, doze referências explícitas à razoabilidade. Em uma primeira análise, essas referências podem ser divididas em três grupos: (i) razoabilidade quanto ao prazo para exercício de condutas³⁶; (ii) razoabilidade da indenização/compensação³⁷; e (iii) razoabilidade na análise de provas.³⁸ Há dispositivo, inclusive, que envolve os dois primeiros grupos ao mesmo tempo.³⁹

Para além de referências explícitas, o Código Civil de 2002 também possui referências implícitas – a exemplo do artigo 317, que estabelece que o juiz poderá corrigir a prestação, em caso de motivos imprevisíveis, de modo a assegurar “quanto possível” o valor real da prestação, impondo um juízo de razoabilidade⁴⁰; e do artigo 413, que, ao prever a possibilidade de redução equitativa da cláusula penal, estabelece a necessidade de um juízo de equidade-razoabilidade.⁴¹

Igualmente, é difundida no Brasil a ideia de razoabilidade como postulado normativo, que exige congruência valorativa entre um critério e a finalidade que justifica a utilização desse mesmo critério. Nesse sentido, fala-se em razoabilidade-equivalência (relação de equivalência entre critério e medida); em razoabilidade-congruência (relação de harmonia entre critério e medida); e em razoabilidade equidade (compatibilização entre

³⁴ Também destacando “*the risk of an unfaithful translation or implementation of the legal pattern*”. Nesse sentido, o autor destaca que, na Itália, a expressão *reasonableness* tem sido comumente traduzida por referência a conceitos mais familiares àquela tradição, pois a questão não é apenas terminológica: a utilização de diferentes *standards* também conduz a uma modificação no conteúdo e na aplicação. TROIANO, Stefano. To what extent can the notion of ‘reasonableness’ help to harmonize European Contract Law?..., cit., p. 759-760.

³⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 20.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 197.

³⁶ Arts. 466, 562, 1.530 e 1.807 do Código Civil de 2002.

³⁷ Arts. 402, 572, 606, 623 e 696 do Código Civil de 2002.

³⁸ Arts. 113, § 1º, V, 633 do Código Civil de 2002.

³⁹ Art. 720 do Código Civil de 2002.

⁴⁰ NANNI, Giovanni Ettore. Comentário ao art. 317. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Comentários ao Código Civil: Direito Privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 505.

⁴¹ O texto do artigo 413 pode ser decomposto em duas normas jurídicas cogentes, com suportes fáticos distintos, mas com uma mesma consequência jurídica (a revisão da cláusula penal): (i) a primeira norma jurídica tem como suporte fático o cumprimento, em parte, da obrigação principal (“equidade-proporção”) e (ii) a segunda norma jurídica tem como suporte fático o montante manifestamente excessivo da penalidade conforme o caso concreto (“equidade-razoabilidade”). Nesse sentido, MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. V, t. II, p. 686 e 695-696.

normas gerais e casos específicos, criando exceções a regras, desde que não afastada a finalidade da norma).⁴²

A expressão inglesa *reasonableness*, por sua vez, também compreende uma vastidão de possibilidades.⁴³ Ao que interessa à pesquisa ora realizada, no entanto, é necessário delimitar o conteúdo dessa expressão e as funções por ela exercidas no sistema jurídico da *common law*, bem como a possibilidade ou não de correlacioná-la à noção de boa-fé objetiva existente no âmbito do Direito brasileiro. Para exemplificar a questão, e adiantando um exemplo que será avaliado no tópico final da pesquisa e que bem demonstra a dicotomia entre *reasonableness* e razoabilidade, recorde-se que a doutrina sobre interpretação contratual de tradição romano-germânica faz referências à “razoável intenção” das partes – o que não significa invocar o padrão da *reasonableness*, mas alcançar conclusões razoáveis das reais intenções das partes.⁴⁴

O conceito e a aplicação atual da *reasonableness* têm raízes na construção da figura da *reasonable person*. Uma primeira definição a seu respeito pode ser encontrada nos estudos de John Gardner, para quem a *reasonable person* comporia um grupo de pessoas que habitam a aldeia jurídica e que estão disponíveis para resolverem, objetivamente, problemas que surjam. Há, é verdade, uma variada nomenclatura constatada na doutrina e na jurisprudência – o empresário prudente (*ordinary prudent man of business*), o espectador oficioso (*officious bystander*), o jurado sensato (*reasonable juror*), o observador imparcial e informado (*fair-minded and informed observer*) –, mas todos seriam apenas “vizinhos” da *reasonable person*, todos exercendo uma função jurídica de definição de padrão de comportamento.⁴⁵

A ideia apresenta uma aparente simplicidade: as pessoas envolvidas em um litígio estão consumidas por paixões aos seus interesses, instintos, sentimentos e, portanto, são parciais; a seu turno, a *reasonable person* é capaz de abstrair da posição de cada parte para ver e sentir a situação a partir da visão e sentimento dos envolvidos. Com isso, a *reasonable person* pesa imparcialmente os interesses e compromissos dos envolvidos.⁴⁶

⁴² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios...*, cit., p. 198 e seguintes.

⁴³ Referindo a utilização da expressão nos mais diversos contextos, MACCORMICK, Neil. *Reasonableness and objectivity*. *Notre Dame Law Review*, v. 74, n. 5, p. 1575-1604, 1999, p. 1575-1576.

⁴⁴ MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes; JOHNSTON, Angus. *The German Law of Contract: a comparative treatise*. 2nd ed. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2006, p. 141.

⁴⁵ GARDNER, John. The many faces of the reasonable person. *Law Quarterly Review*, v. 131, p. 563-584, 2015, p. 563.

⁴⁶ MACCORMICK, Neil. *Reasonableness and objectivity*, cit., p. 1580.

Em outras palavras, a *reasonable person* ingressa na análise jurídica não como um estereótipo cultural, mas como a materialização da ideia de interações justas, de conjugação entre dois extremos – liberdade e proteção –, de modo a encontrar um tratamento equânime. Esses dois valores são reconciliados a partir desse padrão de comportamento, que ora demanda o sacrifício de um, ora o de outro.⁴⁷ A partir disso, a ideia de *reasonable person* permeia todo o sistema jurídico. Por exemplo: quando se discute o que configuraria um *reasonable time*, um tempo razoável, trata-se em realidade de uma referência implícita à conduta da *reasonable person*: o tempo em que ela agiria sob as mesmas condições.⁴⁸

As origens da *reasonable person*, por sua vez, são normalmente vinculadas ao seu predecessor, o chamado “*man on the Clapham omnibus*”, *i.e.*, o homem⁴⁹ do subúrbio que recorre a viagens entre sua casa e seu local de trabalho e que se senta ao fundo da condução. Esse homem representa a opinião da massa ordinária, e não das classes aristocráticas ou das classes mais educadas; representa, assim, a pessoa típica ou comum, que também tem respeito básico pelo direito e pela moralidade.⁵⁰

Na atualidade, entretanto, a *reasonable person* não busca representar a pessoa típica ou comum. Também não se trata da pessoa racional, *i.e.*, daquela que age apenas de modo a proteger seus próprios interesses. A *reasonable person* estabelece um padrão de cooperação social, de conduta em consideração aos interesses dos outros, com o que também se afasta o predomínio da vontade no âmbito de análise. Em um caso de responsabilidade civil, por exemplo, não se trata de impor coerção ou força como

⁴⁷ RIPSTEN, Arthur. Reasonable persons in Private Law. In: BONGIOVANNI, Giorgio; SARTOR, Giovanna; VALENTINI, Chiara (eds.). *Reasonableness and Law*. London: Springer, 2009, p. 255; TROIANO, Stefano. To what extent can the notion of ‘reasonableness’ help to harmonize European Contract Law?..., cit., p. 751.

⁴⁸ TROIANO, Stefano. To what extent can the notion of ‘reasonableness’ help to harmonize European Contract Law?..., cit., p. 766-767. Nesse ponto, poderia ser feita referência ao primeiro grupo antes mencionado sobre os diferentes usos da expressão “razoável” no Código Civil de 2002.

⁴⁹ A referência a “homem” ou “*man*”, e não à “pessoa” ou “*person*”, dá-se por razões históricas. Em estudo específico sobre a questão, Parker refere que “*gender is of course a social construct whereby one learns behaviour that is appropriate to one’s sex*”, mas destaca que, na atualidade, “*the inquiry into the gendered nature of the reasonable person is of importance because of the universality of the standard. It is argued that if this standard is to be applied to every person, it should be inclusive of women’s perspectives*”. Hoje, “*the reasonable man appears to have been transformed into the all-embracing term ‘the reasonable person’*” e que, por isso mesmo, deve refletir um padrão universal que busca impor. PARKER, Wendy. The reasonable person: a gendered concept. *Victoria University of Wellington Law Review*, v. 23, n. 2, p. 105-112, 1993.

⁵⁰ TOBIA, Kevin P. How people judge what is reasonable. *Alabama Law Review*, v. 70, n. 2, p. 293-360, 2018, p. 333-335. TROIANO, Stefano. To what extent can the notion of ‘reasonableness’ help to harmonize European Contract Law?..., cit., p. 751; RIPSTEN, Arthur. Reasonable persons in Private Law, cit., p. 255; CRISCUOLI, Giovanni. Buona fede e ragionevolezza. *Rivista di Diritto Civile*, I, p. 709-754, Milano: Società Editrice Libreria, 1984, p. 727. Parker ainda faz referência à formulação norteamericana: “*the man who takes the magazines at home, and in the evening pushes the lawn mower in his shirt sleeves*”. PARKER, Wendy. The reasonable person..., cit., p. 105-106.

“incentivo” para que o causador do dano repare o dano causado; trata-se, em verdade, de verificar em quais situações é legítimo requerer o pagamento de uma indenização.⁵¹

Ao estabelecer limites de comportamento socialmente aceitável, atuando como critério (i) de tomada de decisão correta, (ii) de conduta correta e (iii) de relações interpessoais justas, a figura não está restrita a uma ou outra área do Direito: ela atravessa diversos âmbitos, desde o Direito Administrativo e Penal até as diferentes especialidades do Direito Privado, a exemplo do Direito de Danos, do Direito de Família, do Direito das Sucessões e, para o que mais interessa a este estudo, ao Direito Contratual.⁵²

Isso não significa que esse *standard* seja universalmente aceito na *common law*. Em interessante estudo crítico, voltado à aplicação desse padrão no Direito Penal, Byrd afirmou que a *reasonable person* representaria o ápice da virtude, o cordial, o tranquilo, o cuidadoso, o perspicaz, o oportuno, ou seja: seria uma completa invenção da imaginação. Por isso, ela desempenharia uma “função monstruosa” no Direito Penal: se as pessoas não corresponderem “à sua gloriosa perfeição”, serão então “lançadas à sombra da ignomínia e da condenação”.⁵³

A crítica não parece ser compartilhada por Gardner, que destaca que a *reasonable person* não representa um “epítome da perfeição gloriosa”. Dependendo do contexto de aplicação e da função exercida, a *reasonable person* é capaz de errar justificadamente, de ter preocupações justificadas quanto aos seus próprios interesses, de vivenciar medos justificáveis. Logo, não se trata de um único *standard* de justificação: não há pluralismo nem monismo de valores; não há consequencialismo nem não-consequencialismo; não há visão realista nem probabilista; não há defesa kantiana nem benthamita. A *reasonable person* não defende uma “justificação pública”, uma “justificação imparcial” ou uma “justificação razoável” – defende, apenas, uma justificação.⁵⁴

⁵¹ RIPSTEN, Arthur. Reasonable persons in Private Law, cit., p. 255-257. A partir de uma análise rawlsiana, Hevia afirma que “*even though individuals are free to adopt whatever ends they prefer, their ends are always filtered through the lens of the reasonable. Private law interactions are about what is fair for individuals in interaction with others and not about what is fair from the subjective point of view of each individual. The enforcement of a contract entails the use of state coercion. Under the division of responsibility, the use of coercion is legitimate – and therefore justified – only when it is used to enforce objective, public standards of reasonable interaction*”. HEVIA, Martín. *Reasonableness and responsibility: a theory of Contract Law*. London: Springer, 2013, p. 91.

⁵² GARDNER, John. The many faces of the reasonable person, cit., p. 563-564; MACCORMICK, Neil. Reasonableness and objectivity, cit., p. 1578-1579; TROIANO, Stefano. To what extent can the notion of ‘reasonableness’ help to harmonize European Contract Law?..., cit., p. 750.

⁵³ BYRD, B. Sharon. On getting the reasonable person out of the courtroom. *Ohio State Journal of Criminal Law*, v. 2., n. 2, p. 571-578, 2005, p. 571.

⁵⁴ GARDNER, John. The many faces of the reasonable person, cit., p. 567.

Aparentemente no mesmo sentido, MacCormick afirma que o *standard* da *reasonableness* não representa a melhor conduta sempre; representa, em verdade, o agir comum da comunidade, de modo que o julgamento de um caso será sempre específico para um contexto específico. Não se busca, com isso, uma capacidade abstrata, mas uma capacidade prática, quase como uma virtude aristotélica: busca-se algo entre os extremos do fanatismo e da apatia, do cuidado excessivo e da indiferença ao risco.⁵⁵

Em razão disso, a doutrina buscou classificar os diferentes usos da noção de *reasonableness*, conforme as múltiplas funções que podem ser exercidas. Troiano propõe a existência de três funções para a *reasonableness*: (1) *standard* de imputação de responsabilidade – em sentido que se aproxima à ideia de culpa; (2) critério de preservação do equilíbrio contratual e dos interesses contrapostos no contrato – sentido próximo à noção de equidade e de expressões como “preço razoável” e “custos razoáveis”; e (3) modelo que define a medida e a qualidade da conduta de uma pessoa, especialmente no cumprimento de obrigações – operando, assim, no mesmo nível de expressões mais conhecidas no âmbito do Direito Contratual de tradição romano-germânica, como diligência e boa-fé objetiva.⁵⁶

Isso não significa, no entanto, que exista uma total e completa equivalência entre a terceira função da *reasonableness* e a boa-fé objetiva.⁵⁷ Poder-se-ia utilizar, aqui, um diagrama de Venn para bem explicitar a questão: *reasonableness* em sua terceira função e boa-fé objetiva seriam como dois círculos, sendo que as áreas sobrepostas representam os âmbitos de atuação semelhantes entre os dois institutos. Logo, existem espaços com e sem equivalência funcional entre eles.

Ainda assim, mesmo nas áreas sobrepostas, não se pode afirmar que *reasonableness* e boa-fé objetiva seriam idênticas. Evidentemente, há semelhanças a partir do momento em que ambos os institutos buscam estabelecer diretrizes para a análise de

⁵⁵ MACCORMICK, Neil. Reasonableness and objectivity, cit., p. 1575-1604, 1999, p. 1579. Em sentido semelhante, TROIANO, Stefano. To what extent can the notion of ‘reasonableness’ help to harmonize European Contract Law?..., cit., p. 752.

⁵⁶ TROIANO, Stefano. To what extent can the notion of ‘reasonableness’ help to harmonize European Contract Law?..., cit., p. 761-769.

⁵⁷ Destaque-se que, apesar de os estudos de Troiano terem por base uma comparação entre a *common law* e os sistemas jurídicos alemão e italiano, não aparenta haver dificuldade em transpor as conclusões também ao sistema jurídico brasileiro, considerando que “o direito alemão tem sido uma fonte contínua de inspiração para os juristas brasileiros há 150 anos” e que “um dos capítulos mais recentes e bem-sucedidos dessa história é a ampla recepção da doutrina alemã da boa-fé”, sendo certo que “uma pesquisa sobre o significado da boa-fé na prática jurídica brasileira atual mostra vários paralelos com a experiência do direito alemão”. SCHMIDT, Jan Peter. A recepção do pensamento jurídico alemão no Brasil pela doutrina da boa-fé. Tradução de Bárbara Nery Tavares da Cunha Mello, Micael Leão Michaelsen e Roxanne Albanus. In: WINGERT-ODY, Lisiane Feiten (org.). *Direito Comparado Alemanha-Brasil: temas de direito privado em estudos originais e traduzidos*. Porto Alegre: Faculdade de Direito da UFRGS, 2021, v. II, p. 101.

comportamentos das partes em relações obrigacionais. No entanto, isso não significa que eles estabeleçam o mesmo padrão de comportamento. A boa-fé objetiva, entendida como um *standard* comportamental, busca direcionar “os comportamentos aos valores ético-jurídicos da probidade, honestidade, lealdade e da consideração às legítimas expectativas do parceiro contratual”, conduzindo o agente “a um ‘estado ideal de coisas’, sendo esse ‘estado ideal’ a ação proba, correta, leal”.⁵⁸ Por isso, fala-se em criação de deveres e correção de condutas.

Por outro lado, a *reasonable person* é associada não propriamente a valores ético-jurídicos, mas a um alegado *standard* neutro e objetivo, como um código de conduta do que supostamente é comumente compreendido em uma sociedade. E, como antes referido, não há um único *standard* de justificação. Retomando a metáfora do ônibus, Lord Hoffmann refere que, ao lado do *reasonable man* – aquele senhor com um chapéu-coco e guarda-chuva, sentado nem muito para frente nem muito para trás, mantendo-se atento para o caso de o motorista perder o controle –, há também o *right-thinking man* (“o homem de pensamento correto”), a *reasonable mother* (“a mãe razoável”), o *reasonable landlord* (“o proprietário razoável”), entre outros. Uma pessoa incapaz não pode ser julgada pelo mesmo *standard* de uma pessoa capaz.⁵⁹

Ainda que haja essa diferença, não se pode negar que ambos os institutos demandarão análise de contexto e de circunstâncias. Sobre isso, é interessante finalizar esta parte do estudo retomando o já referido pensamento de Zimmermann⁶⁰ e de Dawson⁶¹, para quem os juristas de *common law* refutariam o apelo à boa-fé objetiva por ela conferir uma suposta elasticidade não desejável. Apesar disso, o que se vê é que as mesmas consequências podem ocorrer se a ideia da *reasonable person* for aplicada independentemente de critérios.⁶²

Independentemente disso, conclui-se que boa-fé objetiva e *good faith*, pelos conceitos que possuem e pelas funções desempenhadas em cada sistema jurídico, não parecem ser institutos equivalentes; além disso, boa-fé objetiva e *reasonableness* podem apresentar

⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado...*, cit., p. 283.

⁵⁹ HOFFMANN, Leonard Hubert. Anthropomorphic justice: the reasonable man and his friends. *Law Teacher*, v. 29, n. 2, p. 127-141, 1995, p. 127 e seguintes. À página 131, Lord Hoffmann refere o exemplo do padrão de conduta médica: “*In medicine, the standard is whether the doctor acted reasonably in accordance with a practice accepted at the time by a responsible body of medical opinion*”. Wendy Parker faz referência semelhante, ao afirmar que o *standard* pode ser mais elevado conforme o conhecimento técnico da pessoa. PARKER, Wendy. *The reasonable person...*, cit., p. 107.

⁶⁰ ZIMMERMANN, Reinhard. *Roman Law, Contemporary Law, European Law...*, cit., p. 169-170.

⁶¹ DAWSON, John. *The General Clauses, viewed from the Distance*, cit..

⁶² TROIANO, Stefano. To what extent can the notion of ‘reasonableness’ help to harmonize European Contract Law?..., cit., p. 759.

áreas sobrepostas de atuação, mas também áreas sem sobreposição. É com essa consideração que a pesquisa se direciona à segunda parte, em que se analisará a formação e a interpretação do contrato sob as lentes da *reasonable person*.

3. Objetividade e confiança: *reasonableness* na formação e na interpretação dos contratos

Conforme analisado no item 2, acima, é possível analisar a *reasonableness* a partir das diferentes funções por ela exercida, em comparação com institutos já existentes na tradição romano-germânica – a exemplo da culpa, da equidade, da boa-fé objetiva. No entanto, a análise da *reasonable person* permite ir além dessas funções. Há como identificar semelhanças e diferenças entre os sistemas no que diz respeito à formação dos contratos e imputação de responsabilidade contratual, em especial no que diz respeito às regras de oferta e aceitação. Isto é, o *standard* da *reasonable person* também pode ser aplicado para se determinar quando há a formação de um contrato. É a isso que se dedicará o primeiro tópico desta segunda parte.

Também assim no que diz respeito à temática da interpretação dos contratos, analisada no segundo tópico abaixo, matéria na qual, embora cada tradição jurídica resguarde metodologia própria, todavia, pelos recursos da boa-fé objetiva e da *reasonableness*, os objetivos tutelados são passíveis de serem conciliados.

Esta segunda parte do estudo, portanto, pretende avançar no antes referido diagrama de Venn, destacando áreas de sobreposição e de não sobreposição entre a *reasonableness* e a cláusula geral da boa-fé objetiva.

3.1. Seriedade e intenção, na visão da *reasonable person*

Muito do que hoje se entende sobre força vinculativa de promessas e de declarações de vontade decorre dos estudos de Grócio, fortemente influenciado pelo pensamento aristotélico-tomista. Apesar da preservação das ideias de Grócio, o colapso da filosofia aristotélica e a adoção de ideias kantianas fez com que a vontade passasse a ser conceito central no Direito Contratual.⁶³ Ainda que se pense que tal entendimento teria

⁶³ Sobre a importância de Grócio para a teoria contratual, suas influências e posteriores reformulações da teoria, WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*. 4.ed. Tradução de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 331-335; MARTINS-COSTA; Judith. Contratos. Conceito e evolução. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni (coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 35; GORDLEY, James. *The philosophical origins of modern contract doctrine*. Oxford: Oxford

influenciado apenas a tradição romano-germânica, ele também foi incorporado na *common law*, diante da influência que Pothier e Savigny tiveram nos juízes ingleses.⁶⁴

Exemplificativamente, Collins formulou diferentes perguntas sobre a formação do contrato, sendo sempre possível respondê-las em termos de consentimento. Assim, uma pessoa se vincula a uma obrigação contratual quando consente a ela; a responsabilidade contratual tem início quando as partes consentem a um acordo; o conteúdo da obrigação contratual é aquele dos termos consentidos pelas partes; ameaças e incapacidade invalidam o consentimento.⁶⁵

Ainda que essa ênfase tenha contribuído para uma teoria “elegante e simples”, na atualidade ela não atende mais aos anseios da sociedade: outros elementos também devem ser considerados, e o contexto em que veiculado o consentimento ganha importância.⁶⁶ Em outras palavras: o consentimento não é o único elemento a ser protegido – tão importante quanto é, também, a confiança nas declarações. Por isso, algumas regras e qualificadoras são impostas para evitar um estado de temor em que as partes, a qualquer momento, tenham suas manifestações e declarações tidas como obrigatórias pelo ordenamento.

Assim como a tradição romano-germânica vivenciou discussões entre teorias da vontade e teorias da declaração⁶⁷, também a *common law* distinguiu intenções subjetivas e intenções externalizadas, tendo prevalecido teorias objetivas do consentimento. Essas teorias sustentam que as intenções subjetivas não são suficientes para compor oferta e aceitação, sendo necessário analisar, também, a aparência externa/objetiva das declarações e condutas das partes.⁶⁸ Pretende-se, com isso, melhor proteger o tráfego

University Press, 1991, p. 112-113; BROWNSWORD, Roger. *Contract law: themes for the twenty-first century*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 51.

⁶⁴ FURMSTON, Michael. *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract*. 16th ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, *e-book*, Chapter 2, item 1. Os autores também destacam a influência de Savigny em autores ingleses da segunda metade do Século XIX, tais como Pollock e Anson.

⁶⁵ COLLINS, Hugh. *The law of contract*. 4th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 115.

⁶⁶ COLLINS, Hugh. *The law of contract*, cit., p. 115-117.

⁶⁷ Acerca da discussão entre teorias da vontade e da declaração, na doutrina brasileira, remete-se a COUTO E SILVA, Clóvis V. do. Para uma história dos conceitos no Direito Civil e no Direito Processual Civil (a atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Bülow). *Revista de processo*, v. 37, p. 238-270, jan./mar. 1985; e AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4.ed., atualizada de acordo com o novo Código Civil. 10. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 73-87.

⁶⁸ FARNSWORTH, E. Allan. *Contracts*. 3rd ed. New York: Aspen Law & Business, 1999, § 3-6, p. 116-117; FURMSTON, Michael; TOLHURST, G. J. *Contract formation: Law and Practice*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2016, § 1.07, p. 2; PERILLO, Joseph M. *Contracts*. 7th ed. St. Paul: West Publishing Co., 2014, p. 26-27.

negocial, impedindo que contratantes se esquivem de suas obrigações pela simples alegação de que não teriam a “real intenção” ou “verdadeira vontade” de contratar.⁶⁹⁻⁷⁰

Diversos motivos concorreram para a prevalência das teorias do consentimento. Uma delas foi a adoção, pelo Direito dos Contratos, de um conceito importado do Direito de Danos: o *standard* da *reasonable person*.⁷¹

Exemplifica-se com o caso *Smith v. Hughes*, de 1871:⁷²⁻⁷³ o Sr. Hughes comprou aveia para alimentar seus cavalos, conforme amostra que lhe havia sido apresentada; no entanto, no momento da entrega, verificou-se que ele desejava “aveia velha”, e não “aveia nova”, que não lhe serviria ao propósito almejado, motivo pelo qual o Sr. Hughes negou pagamento. A *Court of the Queen’s Bench* julgou a favor do Sr. Smith, e o *Justice Blackburn*⁷⁴ afirmou que, se uma pessoa se comporta de modo a induzir uma *reasonable*

⁶⁹ TREITEL, G. H. *The law of contract*. 14th ed., atualizada por Edwin Peel. London: Sweet & Maxwell, 2015, e-book, Chapter 1, § 1-002; FURMSTON, Michael; TOLHURST, G. J. *Contract formation...*, cit., § 1.07, p. 3. Em estudo específico sobre o tema, Perillo refere que alguns estudos sustentam que a teoria subjetiva vigorava no início do século XIX e teria sido substituída pela teoria objetiva na segunda metade do mesmo século “para acomodar as necessidades de um mercado nacional e das classes comerciais”. No entanto, em seu entender, uma análise mais precisa das origens da teoria objetiva demonstra que ela sempre esteve presente na *common law*. Da mesma forma, afirma que seria improvável que qualquer sociedade economicamente desenvolvida adotasse, por completo, teorias subjetivas. PERILLO, Joseph. The origins of the objective theory of contract formation and interpretation. *Fordham Law Review*, v. 69, n. 2, p. 427-477, 2000, p. 427-429.

⁷⁰ Essa noção ainda é utilizada na atualidade. No caso *RTS Flexible Systems Ltd v. Molkerei Alois Müller GmbH & Co KG*, julgado em 2014, Lord Clarke afirmou que “*whether there is a binding contract... depends not upon (the parties’ subjective state of mind, but upon a consideration of what was communicated between them by words or conduct, and whether that leads objectively to a conclusion that they intended to create legal relations*”. Referenciando o caso, FURMSTON, Michael; TOLHURST, G. J. *Contract formation...*, cit., § 1.07, p. 3.

⁷¹ O *Circuit Judge Frank*, no caso *Ricketts v. Pennsylvania R. Co.*, analisou os extremos a que foram levadas a teoria da vontade e a teoria objetiva. Ao tratar desta, o julgador afirmou que “*the objectivists transferred from the field of torts that stubborn anti-subjectivist, the ‘reasonable man’; so that, in parta t least, advocacy of the ‘objective’ standard in contracts appears to have represented a desire for legal symmetry, legal uniformity, a desire seemingly prompted by aesthetic impulses. Whether (thanks to the ‘subjectivity’ of the jurymen’s reactions and other factors) the objectivists’ formula, in its practical workings, could yield much actual objectivity, certainty, and uniformity may well be doubted. At any rate, the sponsors of complete ‘objectivity’ in contracts largely won out in the wider generalizations of the Restatement of Contracts and in some judicial pronouncements*”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Court of Appeals for the Second Circuit. Ricketts v. Pennsylvania R. Co.*, 153 F.2d 757, Rel. Learned Hand, j. em 10.1.1946. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/153/757/1478802/>. Acesso em 23.2.2022. Para além desse *standard*, Perillo também refere os conceitos e ideias de “*general usage*”, “*plain meaning rule*”, “*usage of a particular locality or trade*” e “*parol evidence rule*”. PERILLO, Joseph. The origins of the objective theory of contract formation and interpretation, cit., p. 430-431.

⁷² INGLATERRA. *Court of the Queen’s Bench. Smith v. Hughes*, [LR] 6 QB 597, Rel. Cockburn, j. em 6.6.1871.

⁷³ O caso é corriqueiramente analisado na doutrina, a exemplo de FURMSTON, Michael; TOLHURST, G. J. *Contract formation...*, cit., § 1.07, p. 2; CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh. *Discovering the implicit dimensions of contracts*. In: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John (ed.). *Implicit dimensions of contract: discrete, relational and network contracts*. Oxford: Hart Publishing, 2003, p. 30; PERILLO, Joseph. The origins of the objective theory of contract formation and interpretation, cit., p. 460.

⁷⁴ A referência é interessante, pois o *Justice Blackburn* foi fortemente influenciado pelos escritos de Pothier. FURMSTON, Michael. *Cheshire, Fifoot & Furmston’s Law of Contract*, cit., Chapter 2, item 1.

person a contratar, então ela deve ser considerada como igualmente vinculada, independentemente de qual era a sua real intenção.⁷⁵

Um dos focos das teorias objetivas, portanto, é analisar o que a *reasonable person* faria, ou como ela agiria, se estivesse na posição das partes.⁷⁶ Nota-se, aqui, que se está diante desse *standard* como modelo de conduta, na linha do que sustentado por Troiano.⁷⁷ E se trata de um modelo de conduta qualificado: a ficção da *reasonable person* tem conhecimento do contexto da transação, das expectativas típicas, dos entendimentos implícitos, sendo capaz de interpretar a conduta da outra parte a partir desse contexto, não estando restrita a preferências individuais de cada parte.⁷⁸

Aplicado esse entendimento à formação dos contratos e, mais especificamente, à análise da existência de oferta e aceitação, examina-se o que a *reasonable person* faria na condição de proponente (para averiguar a seriedade da oferta) e na posição de oblato (para verificar a existência de elementos que induzam à crença na seriedade da oferta).⁷⁹

Isso não significa que o princípio seja puramente objetivo. Também se pode concluir pela ausência de contrato se a parte tem conhecimento de que a outra parte não tem intenção de contratar. Em outras palavras, o teste também depende de um pouco de subjetividade (a ser comprovada de modo objetivo). Treitel exemplifica a questão a partir de três situações: (1) o oblato acredita que o proponente tem séria intenção de se vincular; (2) o oblato sabe que, apesar de uma aparência objetiva, o proponente não tem séria intenção de se vincular; (3) o oblato não tem opinião formada. A *reasonable person* deverá considerar esses diferentes contextos para avaliar a conduta das partes.⁸⁰

⁷⁵ Nos termos do *Justice Blackburn*, “*whatever a man’s real intention may be, he so conducts himself that a reasonable man would believe that he was assenting to the terms proposed by the other party, and that other party upon that belief enters into the contract with him, the man thus conducting himself would be equally bound as if he had intended to agree to the other party’s terms*”. INGLATERRA. *Court of the Queen’s Bench. Smith v. Hughes*, [LR] 6 QB 597, Rel. Cockburn, j. em 6.6.1871.

⁷⁶ PERILLO, Joseph M. *Contracts*, cit., p. 27.

⁷⁷ TROIANO, Stefano. To what extent can the notion of ‘reasonableness’ help to harmonize European Contract Law?..., cit., p. 761.

⁷⁸ CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh. *Discovering the implicit dimensions of contracts*. In: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John (ed.). *Implicit dimensions of contract: discrete, relational and network contracts*. Oxford: Hart Publishing, 2003, p. 30.

⁷⁹ FURMSTON, Michael; TOLHURST, G. J. *Contract formation: Law and Practice*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2016, § 1.08, p. 3; TREITEL, G. H. *The law of contract*. 14th ed., atualizada por Edwin Peel. London: Sweet & Maxwell, 2015, e-book, Chapter 1, § 1-002; FARNSWORTH, E. Allan. *Contracts*. 3rd ed. New York: Aspen Law & Business, 1999, § 3.6, p. 116-119.

⁸⁰ TREITEL, G. H. *The law of contract*. 14th ed., atualizada por Edwin Peel. London: Sweet & Maxwell, 2015, e-book, Chapter 2, §§ 2-002 e 2-003.

Para facilitar a compreensão, pense-se na situação⁸¹ em que João e Maria aparentemente celebram um contrato. No entanto, João alega que sua afirmação foi feita em contexto de brincadeira, sem seriedade para constituir uma proposta. Deve-se verificar se a *reasonable person*, na posição de Maria, teria concluído pela seriedade da proposta. Mas isso não basta: Maria também precisa assim concluir. Se a *reasonable person* na posição de Maria concluísse que a proposta de João era séria, então haverá contrato – a não ser que Maria soubesse ou devesse saber que a proposta não era séria.⁸²

Apesar de didático, o exemplo é abstrato. A análise de dois casos julgados pelos tribunais na *common law* auxiliará na delimitação do modelo de conduta da *reasonable person*.

Pense-se em uma campanha promocional promovida por uma empresa de refrigerantes, que incentiva consumidores a colecionarem “pontos” encontrados nas embalagens dos produtos e, após, trocá-los por prêmios constantes de um catálogo. Em propaganda veiculada em rede televisiva, o narrador afirma: “quanto mais você beber, mais coisas você vai ganhar”. Após a apresentação de alguns produtos e a referência à quantidade respectiva de pontos necessários, um adolescente chega ao colégio pilotando um avião militar, afirmando que “é melhor do que o ônibus”. Ao final, aparece a frase “7 milhões de pontos”. Poderia uma pessoa entender que se tratava de oferta séria (um avião militar em troca de pontos obtidos pela aquisição de refrigerantes)?

Leonard entendeu que sim, tendo solicitado essa troca à Pepsi, que negou sob a justificativa de que o item não fazia parte do catálogo e de que sua referência foi incluída na propaganda apenas para dotá-la de tom cômico. E foi isso que a Corte entendeu: entre outras razões, entendeu-se que não se deve investigar as intenções subjetivas, mas “*what an objective, reasonable person would have understood the commercial to convey*”. No caso, afirmou-se que a propaganda era “obviamente absurda”, evidenciando uma brincadeira, e que a *reasonable person* não teria interpretado o comercial da forma como fez o autor da ação.⁸³

⁸¹ Exemplo adaptado de PERILLO, Joseph M. *Contracts*, cit., p. 27-28.

⁸² Nesse sentido, também, FURMSTON, Michael; TOLHURST, G. J. *Contract formation...*, cit., § 1.10, p. 4.

⁸³ Na conclusão, a Corte afirmou: “*In sum, there are three reasons why plaintiff's demand cannot prevail as a matter of law. First, the commercial was merely an advertisement, not a unilateral offer. Second, the tongue-in-cheek attitude of the commercial would not cause a reasonable person to conclude that a soft drink company would be giving away fighter planes as part of a promotion. Third, there is no writing between the parties sufficient to satisfy the Statute of Frauds.*” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States District Court for the Southern District of New York. Leonard v. Pepsico*, 88 F. Supp. 2d 116 (S.D.N.Y. 1999), Rel. Wood, j. em 5.8.1999. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/88/116/2579076/>. Acesso em 22.2.2022. A propaganda pode ser verificada em <https://www.youtube.com/watch?v=ZdackF2H7Qc>. Acesso em 8.11.2022. Analisando diferentes casos que envolvem “ofertas” e “aceitações” feitas em tom jocoso, ROWLEY, Keith A. *You asked for it, you got it... Toy Yoda: practical jokes, prizes, and Contract Law. Nevada Law Journal*, v. 3, n. 3, p. 526-559, 2003.

É verdade que o caso chama atenção pelo próprio conteúdo do comercial, bem como pelo fato de que, na atualidade, as propagandas televisivas muitas vezes se utilizam de situações não-convencionais justamente para capturar o desejo de possíveis interessados. Por isso, propõe-se analisar um segundo caso: *Maple Leaf Macro Volatility Master Fund v. Rouvroy* (2009).⁸⁴

Nesse caso, as partes discutiram se um contrato de investimento foi celebrado ou não, diante de um documento que as partes teriam assinado contendo regras gerais sobre a relação entre elas. Para além de analisar o grau de certeza e de definitividade desse documento, a Corte também analisou ponto de crucial importância à análise ora realizada: se as partes pretendiam celebrar um acordo juridicamente vinculante. Segundo os Réus, os documentos assinados não representariam intenção de vinculação jurídica, mas apenas um compromisso não-contratual para que as partes continuassem negociando – e, segundo o Direito inglês, isso não seria juridicamente exequível: se há matérias fundamentais ainda não decididas entre as partes e sujeitas à negociação, então não haveria contrato. O *Justice Smith* afirmou que, para a resolução da controvérsia, não se deve analisar a intenção subjetiva dos Réus, sobre se acreditavam que estariam se vinculando juridicamente ou não. A análise, portanto, deve ser objetiva, tendo o *Justice* afirmado que “*the first question in a case such as this is how a reasonable man versed in business would have understood the exchanges between the parties*”. De qualquer forma, ainda que objetivamente fosse possível identificar que as partes desejavam se vincular – e, segundo o *Justice Smith*, assim era possível –, de qualquer forma também se deveria analisar se “*the other parties actually and reasonably believed that defendants intended to make a contract*”, também sendo necessário analisar um espaço subjetivo das partes.

Esses exemplos são interessantes porque referem-se ao *standard da reasonable person* como modelos de conduta para identificar a formação ou não de um contrato, mas não necessariamente como exercendo funções equivalentes à boa-fé objetiva existente na tradição romano germânica. É uma função que vai além, auxiliando a buscar a intenção comum das partes, a esclarecer o sentido da reserva mental, ou mesmo ao valor do silêncio em determinadas situações, muito a exemplo do que, no Direito brasileiro, constata-se nos artigos 110, 111 e 112 do Código Civil de 2002. Trata-se, portanto, de um

⁸⁴ INGLATERRA. *High Court of Justice. Maple Leaf Macro Volatility Master Fund and Another v. Rouvroy and Another*, [2009] 1 Lloyd's Rep. 475, [2009] EWHC, 257, Rel. Smith, j. em 19.2.2009. Disponível em: <https://www.casemine.com/judgment/uk/5a8ff76160d03e7f57eabea6>. Acesso em 23.2.2022.

importante exemplo que demonstra áreas de não sobreposição de funções entre a *reasonableness* e a boa-fé objetiva.

3.2. Valorização das circunstâncias negociais na interpretação contratual

Do quanto considerado até este ponto, pelo fato de não ser tratada como cláusula geral, tampouco um princípio multifuncional de direito privado, não soa estranho afirmar que a boa-fé objetiva não possui relevância na temática da interpretação contratual nos países da *common law*. Então, é natural que não tenha se desenvolvido no direito anglo-americano, tal como se desenvolveu no direito continental, a função hermenêutica da boa-fé como cânone interpretativo dos contratos.⁸⁵

Em perspectiva geral, a interpretação é o ato de extrair e compreender o sentido e o significado de qualquer representação. No caso dos contratos, especificamente, o objetivo da interpretação consubstancia-se em revelar a intenção de conteúdo do negócio, ou seja, a qual finalidade e a qual regulamento as partes voluntariamente se submeteram ao se vincularem contratualmente.

Nessa temática da interpretação contratual, a boa-fé objetiva, na sua função principiológica hermenêutica, reconhecida pelo direito brasileiro a partir da evolução e do alastramento da doutrina da boa-fé germânica, por um lado, serve à *interpretação recognitiva*, para auxiliar a revelar a intenção comum dos contratantes no momento genético do contrato,⁸⁶ ou como dito, o consenso sobre essa finalidade e conteúdo do regramento contratual a que quiseram as partes se obrigar em vista da satisfação de seus interesses recíprocos. Nesse espectro, o princípio desponta “para que, na busca da intenção comum, não resulte leituras desleais ou que firam as expectativas legítimas dos

⁸⁵ CRISCUOLI, Giovanni. Buona fede e ragionevolezza, cit., p. 734

⁸⁶ No Direito brasileiro, em que é prevalente a teoria da declaração de vontade, o objeto da interpretação é a intenção comum das partes, que estabelece uma relação necessária entre vontade, que é conteúdo, e declaração, que é continente, de modo que, se uma dada vontade não foi declarada ou não houve consenso representativo sobre ela, não é possível tomá-la em consideração. A interpretação se pauta, então, em dois elementos estruturais do negócio jurídico: um interno, que é a vontade, e outro externo, que é a declaração (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. Contratos. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 446). Não se trata, logo, de uma intenção subjetiva nem absolutamente objetiva, mas intersubjetiva, pois parte da declaração de duas vontades distintas, que são amalgamadas e objetivadas (externalizadas) na declaração negocial como uma apenas (NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *Lacunae contratuais e interpretação: história, conceito e método*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 450). Significa que o objeto da interpretação não é a vontade interna, mas as declarações permutadas e os comportamentos reciprocamente tidos e reciprocamente reconhecíveis (BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tomo II., Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 176), de forma que essa vontade contida no negócio jurídico será interpretada a partir da consideração de todas as circunstâncias relevantes, até mesmo de critérios de interpretação mais objetivos, como é o caso da boa-fé.

contratantes”.⁸⁷ Há, portanto, na primeira parte do artigo 113 do Código Civil de 2002, uma norma voltada a otimizar a reconstrução da declaração negocial em harmonia com a totalidade das circunstâncias que a circundam,⁸⁸ de modo a fazer com que o contrato respeite a justa, leal e legítima expectativa das partes.⁸⁹ Basicamente, busca-se adequar o contrato ao significado objetivo no qual, com base nas circunstâncias, as partes poderiam e deveriam ter depositado uma expectativa razoável.⁹⁰

Por outro lado, atuando em uma perspectiva de *interpretação integrativa*, a boa-fé colabora para definir o conteúdo do contrato ainda que não estejam todas as disposições de conteúdo expressadas pelas partes.⁹¹ Ou seja, o princípio faz somar elementos categoriais naturais derogáveis⁹² para constituir um “conteúdo presumido” de acordo com a finalidade da contratação, como, por exemplo, referentes à cooperação e à proteção necessárias para levar a cabo o fim do contrato.

Nessas suas atribuições a boa-fé não se preocupa em desvelar a vontade interna das partes para fins de apurar se as vontades coincidiram no momento da contratação, nem se volta a turbidas fontes subjetivas do agente, reservadas ao íntimo psicológico de cada indivíduo sem qualquer relação com o fato social de ser objetivamente reconhecível. A boa-fé cumpre uma função de objetivação da interpretação contratual, para compreensão do conteúdo contratual conforme a vontade exteriorizada pelas partes.⁹³ Em ambas as perspectivas, denota-se que a razão hermenêutica da boa-fé vem a complementar outro princípio de interpretação contratual, o da ultraliteralidade, plasmado no art. 112 do Código Civil de 2002, o qual determina ao intérprete ir além da literalidade do documento escrito para fins de interpretar a declaração de vontade.

⁸⁷ SILVA, Luis Renato Ferreira da. A interpretação contratual e sua sistemática no Código Civil de 2002 após o advento da Lei 13.874/2019. In: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da (coord.). *A evolução do Direito Empresarial e Obrigacional: 18 anos do Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, v. 2, p. 405.

⁸⁸ SILVA, Luis Renato Ferreira da. A interpretação contratual e sua sistemática no Código Civil de 2002 após o advento da Lei 13.874/2019, cit., p. 405.

⁸⁹ SILVA, Luis Renato Ferreira da. A interpretação contratual e sua sistemática no Código Civil de 2002 após o advento da Lei 13.874/2019, cit., p. 405 e 406.

⁹⁰ VIGLIONE, Filippo. Good faith and reasonableness in contract interpretation: a comparative perspective. *European Business Law Review*, v. 21, n. 1, p. 835-850, 2009.

⁹¹ MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*, São Paulo: Saraiva, 2011.

⁹² NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *Lacunae contratuais e interpretação: história, conceito e método*, cit., p. 541.

⁹³ Segundo Martins-Costa: “Na busca do significado declarativo (seja expresso na declaração, seja inferido de um comportamento concludente) a atenção do intérprete deverá estar voltada, primeiramente, à intenção *tal qual exteriorizada* (por palavras ou por comportamentos), buscando-se um sentido conotado à manifestação socialmente apreensível. Porém, essa apreensão também é conotada a um determinado contexto. Por isso o art. 113 indica deverem os negócios jurídicos ser interpretados segundo a boa-fé e os usos do lugar da celebração, é dizer: ao menos *prima facie* o sentido deverá corresponder ao que é usual ou corriqueiro no mercado, ou ao específico setor que situa, contextualmente, aquele concreto negócio jurídico interpretado”. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...*, cit., p. 493.

Entretanto, isso não significa dizer que todas essas implicações desaparecem e as legítimas expectativas das partes passam a ficar desassistidas quando a doutrina afirma não haver espaço para a função hermenêutica da boa-fé na interpretação dos contratos nos países de tradição da *common law*.

A diferença fulcral entre os sistemas em matéria de interpretação contratual é que, diferentemente da tradição romano-germânica, no caso dos países da *common law* a busca pela compreensão do conteúdo do contrato volta-se, exclusivamente, à declaração, que se incorpora ao meio social conforme esse lhe reconhece⁹⁴ e, assim, se desprende da vontade dos sujeitos para os fins interpretativos, de modo que se considerará o que foi objetivamente estabelecido, centralizando-se principalmente na interpretação da escrita (*four corner rules*).⁹⁵ Portanto, o escopo da interpretação não é provar a real intenção comum das partes, que se extrai da declaração de vontade. Presume-se que as partes queriam o que está declarado, de acordo com o propósito comercial e o cenário fático em que se encontravam. E nesse contexto o *standard* da *reasonableness* passa a ter uma grande importância, pois será ele utilizado com a finalidade de impor, por pressuposição, uma vontade que não é a das partes, mas a do homem razoável,⁹⁶⁻⁹⁷ criando-se uma intenção presumida a partir do significado que o contrato teria para uma pessoa razoável.⁹⁸

⁹⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4.ed., atual. de acordo com o novo Código Civil. 10. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁹⁵ BURTON, Steven J. *Elements of contract interpretation*. Oxford: University Press, 2009.

⁹⁶ Embora a diferença para o direito brasileiro seja que aqui a interpretação valoriza a vontade externalizada pelas partes, enquanto no direito anglo-americano a vontade dos sujeitos não possui relevância para fins interpretativos, isso não significa que o consenso de vontades seja descartável para os contratos anglo-americanos, tanto que em hipóteses de ausência de consenso o contrato é declarado nulo. Nesse sentido: “A existência do consenso não deixa de ser fundamental para a metodologia anglo-saxônica. É o seu papel fulcral e o receio, inicialmente referido, que determinam a supremacia da vontade formalizada. O texto do contrato deve ser interpretado pelos olhos do homem razoável. A vontade real é ultrapassada pelo conceito de homem razoável no momento em que o contrato é celebrado. A partir de sua conclusão, a intenção pessoal das partes deixa de ter uma importância determinante”. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. A interpretação contratual anglo-saxônica. *O Direito*, Coimbra, v. 141, n. 3, p. 665-678, jun. 2009, p. 670.

⁹⁷ A esse respeito, tanto a CISG, em seu art. 8º, quanto os princípios do UNIDROIT (2016), no artigo 4.1, demarcam a incompatibilidade da intenção comum das partes com o critério da *reasonableness*.

⁹⁸ As modificações introduzidas no Código Civil de 2002 pela Lei 13.874/19 tentaram trazer ao Direito brasileiro metodologia semelhante, não sem a precisa crítica da doutrina: “Para que se possa fazer o contraponto com a regra do inciso V do mesmo dispositivo e que é algo inexistente até então no nosso sistema, o que está posto aqui, determinando que vontade deva corresponder ao que seria a razoável negociação entre as partes, inferida das negociações e da racionalidade econômica das partes é regra dispositiva. Impondo por pressuposição uma vontade que não é a das partes, mas a do homem racional. Um tal dispositivo merece duas críticas do ponto de vista que orienta este trabalho (que tem a pretensão de ser o que sobra entre o bom e o mal da guerra). A primeira reside no fato de que ele vai contra a busca da comum intenção das partes o que as regras anteriores queriam buscar. Afronta, ou pelo menos confronta, o postulado do artigo 112, impondo uma interpretação de uma vontade presumida e inafastável. Não é como no caso dos usos em que as partes poderiam dizer que não estão tratando tal termo como é entendido usualmente ou como estava sendo praticado anteriormente entre elas. Aqui, no inciso V, o afastamento presumiria dizer que as partes não estão sendo razoáveis ou racionais do ponto de vista econômico, o que, certamente, nenhuma parte admitiria. O dispositivo acaba por determinar, agora sim, uma vontade fictícia, não mais a comum intenção das partes, mas a que elas deveriam querer se fossem razoáveis. Impossível deixar de notar a ironia de abandonar a liberdade da vontade comum pela imposição da vontade razoável vinda de uma lei

Não obstante, a função da *reasonableness* em matéria de interpretação, inicialmente, dialoga com a função hermenêutica da boa-fé, porque também serve para ir além da interpretação puramente literal do contrato redigido, na medida em que, não sendo decisivo o sentido literal do texto escrito, como, por exemplo, em casos de ambiguidade, o contrato será interpretado pelos olhos do homem razoável,⁹⁹ podendo ser consideradas, além do que foi reduzido a termo, todas as circunstâncias externas no momento da contratação. Assim, tal como ocorre com a boa-fé, o ponto de partida das reconstruções baseadas na *reasonableness* é a objetividade da análise textual.

A esse respeito, embora a raiz da aplicação moderna da *reasonableness* na interpretação contratual remonte a julgado inglês de 1864, em que estava posta ambiguidade quanto a um elemento essencial do contrato,¹⁰⁰ a sua consolidação em matéria de interpretação dos contratos ocorreu a partir de julgado da década de 1990, quando *Lord Hoffman* cimentou cinco princípios de interpretação em torno da *reasonableness*, sendo o mais significativo deles no sentido de que a “interpretação é a verificação do significado que o documento transmitiria a uma pessoa razoável, possuindo todos os conhecimentos básicos que razoavelmente estariam disponíveis para as partes na situação em que se encontravam no momento do contrato”.¹⁰¹

Depreende-se, portanto, que a referência da interpretação é o homem razoável¹⁰²: o que deveria saber uma pessoa razoável na mesma posição que as partes contratantes, não

que quer o mínimo de interferência.” SILVA, Luis Renato Ferreira da. A interpretação contratual e sua sistemática no Código Civil de 2002 após o advento da Lei 13.874/2019, cit., p. 420.

⁹⁹ Sobre o tema, predomina o entendimento de que apenas por necessidade o uso da razão através do homem razoável permite a flexibilização do significado literal do contrato, desde que compatível com as circunstâncias fáticas em causa. Esta é a posição dominante dos tribunais ingleses, que têm afirmado repetidamente que não extrairiam termos implícitos dos contratos simplesmente porque seria razoável fazê-lo, mas porque seria necessário dar eficácia comercial ao acordo. Sobre o tema, MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes; JOHNSTON, Angus. *The german law of contract: a comparative treatise*. 2nd ed. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2006, p. 141.

¹⁰⁰ Em *Raffles vs. Wichelhaus*, tratava-se da compra e venda de algodão que sairia da Índia para ser entregue na Inglaterra, ajustando as partes que o carregamento seria levado pelo navio chamado *Peerless*. Ocorre que dois eram os navios *Peerless* que faziam o percurso, um que chegaria em outubro e outro em dezembro. Quando o carregamento chegou em dezembro, o comprador se negou a receber, porque assumira que a carga seria entregue em outubro, ao contrário da pressuposição do vendedor. Foi esse contexto que abriu caminho para definir ser necessário tentar encontrar uma interpretação razoável a partir do contexto da contratação. No caso, porém, não foi possível salvar o contrato, porque a interpretação segundo o homem razoável levou à conclusão de que não houve consenso, dado erro mútuo a respeito do navio que faria a entrega, ou seja, a ponderação da Corte sinalizou que uma pessoa razoável não seria capaz de identificar com certeza qual navio fazia parte do acordo. (INGLATERRA. *Court of Exchequer. Raffles v Wichelhaus*, [1864] EWHC Exch J19 (1864) 2 H & C 906, Rel. Pollock, j. em 20.01.1864 Disponível em <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Exch/1864/J19.html>>. Acesso em 22.2.2022.).

¹⁰¹ Livre tradução do original: “*Interpretation is the ascertainment of the meaning which the document would convey to a reasonable person having all the background knowledge which would reasonably have been available to the parties in the situation in which they were at the time of the contract*”. (INGLATERRA. *House of Lords. Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society*, [1997] UKHL 28; [1998] 1 All ER 98; [1998] 1 WLR 896 (19 June, 1997), Rel. Lord Goff of Chieveley, j. em 19.6.1997. Disponível em <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1997/28.html>>. Acesso em 24.2.2022.).

¹⁰² CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. A interpretação contratual anglo-saxônica, cit., p. 670.

necessariamente o que efetivamente era sabido, vindo assim a ser compreendido aquilo que as partes deveriam querer ao se vincularem em determinadas circunstâncias negociais – o que um homem razoável teria aceitado ou pretendido naquelas circunstâncias.¹⁰³ E esse é um ponto de diferenciação da boa-fé, porque a referência é diversa, na medida em que a boa-fé possui como vetor os próprios sujeitos da relação e a sua intenção comum: será buscado pela boa-fé preservar o sentido que conjuntamente compreenderam “aquelas” partes contratantes em face do contexto comercial que encaravam, de acordo com as regras da lealdade e correção, não o que compreenderia o homem razoável. Além disso, a referência ao homem razoável certamente indica o modo e quanto de esforço deve uma parte assumir para realizar o interesse da contraparte, porém, diferentemente da boa-fé, isso não significa que a *reasonableness* por si só seja suficiente para justificar a ampliação do alcance dos acordos, com a introdução de direitos e obrigações diferentes das existentes, por exemplo, criando deveres de informação. A *reasonableness* efetivamente será uma das pautas de consideração dos chamados *implied terms*, mas não possui uma eficácia jurídica própria.

Não obstante, na ordem prática de interpretação daquilo que razoavelmente pode ser extraído da contratação, o Tribunal deve se colocar na mesma matriz factual em que as partes estavam,¹⁰⁴ e então apurar o que normalmente acontece naquele círculo de atividade e diante das circunstâncias do caso concreto. Ou seja, não se trata de relacionar a *reasonableness* a uma abstração, pois a concretude vem da necessidade de a pessoa razoável em questão ter o mesmo conhecimento ou a mesma habilidade técnica que as partes contratantes.

Um exemplo que bem ilustra a aplicação da *reasonableness* trata-se do caso *BP plc v GE Frankona Reinsurance Ltd.*,¹⁰⁵ no qual estava sendo postulada cobertura de seguro relacionado com construções de plataformas de petróleo em alto mar. A seguradora negara a cobertura sustentando que somente estariam assegurados os projetos cuja fase de construção tivesse tido início dentro do prazo de aceitação da oferta do seguro. No entanto, o Tribunal entendeu que o início da construção não poderia ser considerado marco para eficácia do contrato, e que o seguro se aplicaria *se* ao tempo da declaração do segurado ao menos houvesse um projeto identificável, independente se tivesse ele em fase de engenharia, projeto, fabricação, montagem ou construção. Para tal conclusão,

¹⁰³ CRISCUOLI, Giovanni. Buona fede e ragionevolezza, cit., p. 734.

¹⁰⁴ CHITTY, Joseph; GUEST, Anthony Gordon. *Chitty on Contracts*. Londres: Sweet & Maxwell, 1983, p. 438

¹⁰⁵ INGLATERRA. *High Court of Justice. BP PLC v. G.E. Frankona Reinsurance Ltd.*, [2003] EWHC 344 (Comm), Rel. Cresswell, j. em 27.2.2003. Disponível em <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2003/344.html>>. Acesso em 25.2.2022.

Colman J. referiu que fazia parte do conhecimento de base razoavelmente disponível para as partes que: um projeto *offshore* dessa natureza passa por várias etapas; tratava-se de projetos de construção altamente complexos, sendo impraticável apontar um momento no tempo em que o risco começaria; e que a oferta era extremamente ampla, conferindo flexibilidade considerável, pois as seguradoras estavam preocupadas em atrair esse tipo de negócio.

A *reasonableness*, então, é contextual: o que é razoável esperar do parceiro contratante depende das qualificações da contraparte, por exemplo, se é um fabricante de bens produzidos em massa; se as partes se envolvem em um acordo único ou em uma série de transações ou em uma relação de longo prazo, e assim por diante.¹⁰⁶ Por isso também se diz que a *reasonableness* é definida como um padrão pragmático e neutro,¹⁰⁷ sem qualquer carga moral, havendo aí nova aproximação com a boa-fé objetiva, que igualmente se trata de critério técnico e pragmático na busca da solução do significado contratual,¹⁰⁸ estando ambos os *standards* voltados à valorização das circunstâncias negociais para tutelar a confiança das partes no tráfego negocial.¹⁰⁹

Esse é o aspecto central da comparação entre os institutos: ambos permitem ao intérprete ir além da interpretação literal para retornar a um marco de proteção das expectativas geradas pela declaração contratual, reduzindo a imprevisibilidade quanto ao regramento do negócio. É dizer que a confiança é entendida como a aspiração final da análise, interpretando-se pela boa-fé ou pela *reasonableness*. Diante de acordos

¹⁰⁶ FEINMAN, Jay M. Good faith and reasonable expectations. *Arkansas Law Review*, v. 67, n. 3, p. 525-570, 2014, p. 535.

¹⁰⁷ TROIANO, Stefano. To what extent can the notion of ‘reasonableness’ help to harmonize European Contract Law?..., cit., p. 774

¹⁰⁸ Sobre o tema, refere Martins-Costa: “Isso porque, ao invocar a boa-fé, o intérprete não tem em vista uma abstração, a ser resolvida num plano ideal («como seria uma interpretação segundo a boa-fé?»), mas a necessidade de dar resposta adequada a problemas inseridos em um contexto concreto e sempre singular («o que seria, consideradas todas as circunstâncias fáticas e normativas do caso concreto, a interpretação segundo a boa-fé?»). O contrato e as suas circunstâncias são, pois, os pontos de partida e o de chegada da interpretação segundo a boa-fé. As circunstâncias do caso – os fatos, as condutas, as finalidades, os usos – são o seu envoltório, a moldura que traça os limites e a perspectiva da interpretação”. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...*, cit., p. 489 e 490.

¹⁰⁹ Assim sobre a *reasonableness* em *Chesapeake Energy Corp. v. Bank of New York Mellon Trust Co.*: “A court should not interpret a contract in a way that would be ‘commercially unreasonable, or contrary to the reasonable expectations of the parties’” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *United States Court of Appeals for the Second Circuit. Chesapeake Energy Corp. v. Bank of New York Mellon Trust Co.*, 957 F.Supp.2d 316 S.D.N.Y., Rel. Engelmayer, j. em 8.5.2013. Disponível em: <https://casetext.com/case/chesapeake-energy-corp-v-bank-of-ny-mellon-trust-co-3>. Acesso em 22.2.2022). E em *Oppenheimer & Co. v. Trans Energy, Inc.*: “Further, a court must avoid any interpretation that would be “absurd, commercially unreasonable, or contrary to the reasonable expectations of the parties.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *United States District Court for the Southern District of New York. Oppenheimer & Co. v. Trans Energy, Inc.*, 946 F. Supp. 2d 343 (S.D.N.Y 1999), S.D.N.Y. Rel. Furman, j. em 23.5.2013. Disponível em: https://casetext.com/case/oppenheimer-co-v-trans-energy-inc?__cf_chl_tk=VJ5UXgUxR9_d89VyWVG2oXJxrWbr.sA6zSbCnkeVEkc-1668890597-0-gaNycGzNCTo. Acesso em 22.2.2022).

formados por mais de uma vontade, não se pode confiar na intenção subjetiva de um ou de outro agente, demandando-se ao intérprete buscar um padrão objetivo de observação, que é então identificado concretamente com o princípio da boa-fé, no direito continental, ou da *reasonableness*, no direito anglo-americano.

Particularmente, a boa-fé auxiliará a compreender a intenção comum que corresponde ao conteúdo com que as partes comumente acordaram e confiaram; e a *reasonableness* estabelecerá a confiança identificando o conteúdo inteligível pelo homem razoável diante das mesmas circunstâncias negociais.¹¹⁰ Nesse cenário, em que pese resguardem marcadas diferenças, ambos os *standards* podem ser reconciliados a esse escopo de proteção da confiança, e muitas vezes serão capazes de oferecer resultados semelhantes em termos de interpretação do significado e alcance do contrato.

4. Conclusão

A pesquisa revela que embora seja factível fazer-se uma aproximação conceitual entre a boa-fé subjetiva do direito romano-germânico e a *good faith* dos países anglo-americanos, na medida em que ambos os conceitos revolvem uma ideia de honestidade (*honesty*) nas relações contratuais (i.e., de ausência de má-fé), por outro lado, a boa-fé objetiva, tal como concebida no direito continental, desenvolvida sumamente a partir da evolução do instituto no direito alemão, desde a vigência do BGB no início do século passado, e tida hoje como uma cláusula geral e princípio multifuncional de direito, é um conceito que não possui uma tradução pariforme nos países da *common law*.

Naquela tradição, outros são os recursos utilizados pelos doutrinadores e pelos aplicadores do direito, que não são propriamente concebidos como cláusulas gerais de abertura sistêmica, porém, possibilitam o desempenho de certas funções análogas, muitas das quais se aproximam das funções (jurígena, hermenêutica e corretiva) exercidas pela boa-fé objetiva.

É oportuno, para tanto, o exemplo da *reasonableness*, articulada a partir da ideia da *reasonable person*: um ser amoral e imparcial, capaz de avaliar, de modo neutro e pragmático, os interesses e compromissos das partes envolvidas em um litígio, e assim

¹¹⁰ Exemplo desse retrato pode ser encontrado nos Princípios da UNIDROIT (art. 4.8) e na CISG (art. 7), que na finalidade de resguardar o comércio internacional através da interpretação contratual tanto se referem à boa-fé quanto a *reasonableness*.

reconciliar valores de liberdade e proteção a partir de standards de comportamento, como, por exemplo, de diligência, de equilíbrio e de comportamento cooperativo.

Especificamente, no estudo da *reasonableness* com o viés comparatista a que se propôs, pôde-se verificar, a partir da análise das funções desenvolvidas pela *reasonable person* nas decisões dos Tribunais dos países anglo-americanos, que é possível constatá-la como (i) standard de imputação de responsabilidade, aproximando-se à ideia de culpa; (ii) standard de equilíbrio contratual, aproximando-se à ideia de equidade; e (iii) standard de comportamento, especialmente no cumprimento das obrigações, aproximando-se à ideia de boa-fé objetiva.

Por conseguinte, apesar de ser inegável a rejeição de conferir à boa-fé um caráter de cláusula geral ou mesmo de princípio norteador das relações privadas – e de direito contratual, que é o mote da presente pesquisa –, na *common law* também existe um conceito amplo o suficiente, e indeterminado, capaz de abarcar não somente algumas das funções que a boa-fé assume na tradição romano-germânica – como no caso da função hermenêutica em matéria de interpretação contratual –, mas que também permite ir além de suas tradicionais funções, fazendo-se presente, por exemplo, em hipóteses de formação dos contratos, mais especificamente, na análise da seriedade das propostas e da intenção de criação de relações jurídicas, em que a atuação do *standard* da *reasonable person* busca garantir uma maior objetividade de análise, bem como proteger a confiança existente entre as partes, muito a exemplo do que, no sistema da *civil law*, verifica-se nas regras relativas à reserva mental, ao valor do silêncio e à intenção comum das partes.

Nesta linha, importante função desempenhada pela *reasonableness* nos sistemas da *common law* e que, certamente, materializa a maior área de intersecção deste conceito com a boa-fé objetiva, aflora na temática da interpretação contratual. Neste particular, a boa-fé objetiva e a *reasonableness*, cada uma a sua maneira, caracterizam-se como critérios objetivos de interpretação que servem para afastar a interpretação contratual da ideia de compreensão da vontade psicológica de cada uma das partes, estando voltadas a objetivar a interpretação em face das circunstâncias fáticas externas em que houve a declaração negocial, com o fim comum de proteger as legítimas expectativas das partes, e assim conferir segurança ao tráfego negocial.

Referências bibliográficas

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 20. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4.ed., atualizada de acordo com o novo Código Civil. 10. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014.

BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, t. II.

BLACK'S LAW DICTIONARY. 2^a ed., St. Paul: West, 2001.

BROWNSWORD, Roger. *Contract law: themes for the twenty-first century*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

BURNHAM, William. *Introduction to the Law and the Legal System of the United States*. 6^a ed. St. Paul: West Academic Publishing, 2016.

BURTON, Steven J. *Elements of contract interpretation*. Oxford: University Press, 2009.

BYRD, B. Sharon. On getting the reasonable person out of the courtroom. *Ohio State Journal of Criminal Law*, v. 2., n. 2, p. 571-578, 2005.

CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh. *Discovering the implicit dimensions of contracts*. In: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John (ed.). *Implicit dimensions of contract: discrete, relational and network contracts*. Oxford: Hart Publishing, 2003.

CHITTY, Joseph; GUEST, Anthony Gordon. *Chitty on Contracts*. Londres: Sweet & Maxwell, 1983.

COLLINS, Hugh. *The law of contract*. 4th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

CORDEIRO, Antonio Barreto Menezes. Princípio da boa-fé na execução dos contratos no direito inglês. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 14, p. 369-382, jan.-mar./2018.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. A interpretação contratual anglo-saxônica. *O Direito*, Coimbra, v. 141, n. 3, p. 665-678, jun. 2009.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. Para uma história dos conceitos no Direito Civil e no Direito Processual Civil (a atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Bülow). *Revista de processo*, v. 37, p. 238-270, jan./mar. 1985.

CRISCUOLI, Giovanni. Buona fede e ragionevolezza. *Rivista di Diritto Civile*, I, p. 709-754, Milano: Società Editrice Libreria, 1984.

CURRAN GROSSWALD, Vivian. Comparative Law and Language. REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

DAWSON, John. The General Clauses, viewed from the Distance. *Rebels Zeitschrift für ausländisches un internationales Privatrech.* 41. Jahrg., H. 3, p. 441-456, 1977.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Contratos. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2017.

FARNSWORTH, E. Allan. *Contracts*. 3rd ed. New York: Aspen Law & Business, 1999.

FARNSWORTH, E. Allan. Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions, and National Laws. *Tulane Journal of International and Comparative Law*, v. 3, p. 47-64, 1995.

FEINMAN, Jay M. Good faith and reasonable expectations. *Arkansas Law Review*, v. 67, n. 3, p. 525-570, 2014.

FURMSTON, Michael. *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract*. 16th ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, e-book.

FURMSTON, Michael; TOLHURST, G. J. *Contract formation: Law and Practice*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2016.

GARDNER, John. The many faces of the reasonable person. *Law Quarterly Review*, v. 131, p. 563-584, 2015.

GORDLEY, James. *The philosophical origins of modern contract doctrine*. Oxford: Oxford University Press, 1991.

- HEVIA, Martín. *Reasonableness and responsibility: a theory of Contract Law*. London: Springer, 2013.
- HOFFMANN, Leonard Hubert. Anthropomorphic justice: the reasonable man and his friends. *Law Teacher*, v. 29, n. 2, p. 127-141, 1995.
- MACCORMICK, Neil. Reasonableness and objectivity. *Notre Dame Law Review*, v. 74, n. 5, p. 1575-1604, 1999.
- MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes; JOHNSTON, Angus. *The German Law of Contract: a comparative treatise*. 2nd ed. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2006.
- MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*, São Paulo: Saraiva, 2011.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. V, t. II.
- MARTINS-COSTA; Judith. Contratos. Conceito e evolução. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni (coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MCKENDRICK, Ewan. *Contract Law*. 10^aed. Hampshire: Palgrave MacMillan, 2013.
- NANNI, Giovanni Ettore. Comentário ao art. 317. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Comentários ao Código Civil: Direito Privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2020.
- NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *Lacunae contratuais e interpretação: história, conceito e método*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.
- PARKER, Wendy. The reasonable person: a gendered concept. *Victoria University of Wellington Law Review*, v. 23, n. 2, p. 105-112, 1993.
- PERILLO, Joseph. The origins of the objective theory of contract formation and interpretation. *Fordham Law Review*, v. 69, n. 2, p. 427-477, 2000.
- PERILLO, Joseph M. *Contracts*. 7th ed. St. Paul: West Publishing Co., 2014.
- REALE, Miguel. Visão Geral do Projeto de Código Civil. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, v. 13, n. 13/14, p. 139-150, jan./dez., 1998.
- RIPSTEN, Arthur. Reasonable persons in Private Law. In: BONGIOVANNI, Giorgio;
- SARTOR, Giovanna; VALENTINI, Chiara (eds.). *Reasonableness and Law*. London: Springer, 2009.
- ROHWER, Claude D; SKROCKI, Anthony M. *Contracts in a Nutshell*. 7^a ed. St. Paul: West, 2010.
- SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. Tradução de Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- SCHMIDT, Jan Peter. A recepção do pensamento jurídico alemão no Brasil pela doutrina da boa-fé. Tradução de Bárbara Nery Tavares da Cunha Mello, Micael Leão Michaelsen e Roxanne Albanus. In: WINGERT-ODY, Lisiane Feiten (org.). *Direito Comparado Alemanha-Brasil: temas de direito privado em estudos originais e traduzidos*. Porto Alegre: Faculdade de Direito da UFRGS, 2021, v. II.
- SILVA, Luis Renato Ferreira da. A interpretação contratual e sua sistemática no Código Civil de 2002 após o advento da Lei 13.874/2019. In: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da (coord.). *A evolução do Direito Empresarial e Obrigacional: 18 anos do Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, v. 2.
- SUMMERS, Robert. "Good Faith" in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code. *Virginia Law Review*, v. 54, n. 2, p. 195-267, 1968.
- SUMMERS, Robert. The general duty of good faith - its recognition and conceptualization. *Cornell Law Review*, v. 67, n. 4, p. 810-840, 1982.
- TOBIA, Kevin P. How people judge what is reasonable. *Alabama Law Review*, v. 70, n. 2, p. 293-360, 2018.

TREITEL, G. H. *The law of contract*. 14th ed., atualizada por Edwin Peel. London: Sweet & Maxwell, 2015, *e-book*.

TROIANO, Stefano. To what extent can the notion of ‘reasonableness’ help to harmonize European Contract Law? Problems and prospects from a Civil Law perspective. *European Review of Private Law*, v. 17, n. 5, p. 749-787, 2009.

VIGLIONE, Filippo. Good faith and reasonableness in contract interpretation: a comparative perspective. *European Business Law Review*, v. 21, n. 1, p. 835-850, 2009.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*. 4.ed. Tradução de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

WINGERT-ODY, Lisiane Feiten. Direito e Linguagem: direito comparado e línguas estrangeiras – o problema da tradução. In: WINGERT-ODY, Lisiane Feiten (org.). *Direito Comparado Alemanha-Brasil: temas de direito privado em estudos originais e traduzidos*. Porto Alegre: Faculdade de Direito da UFRGS, 2021, v. II.

ZIMMERMANN, Reinhard. *Roman Law, Contemporary Law, European Law: the civilian tradition today*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

Jurisprudência consultada

CANADÁ. *Supreme Court of Canada*. Bhasin v. Hrynew, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494, Rel. Cromwell J., j. em 13.11.2014. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/14438/index.do>. Acesso em 9.3.2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*. Tymshare, Inc. v. Covell, 727 F.2d 1145, Rel. Scalia, j. em 7.2.1984. Disponível em: <https://casetext.com/case/tymshare-inc-v-covell>. Acesso em 22.2.2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *United States Court of Appeals for the Second Circuit*. Chesapeake Energy Corp. v. Bank of New York Mellon Trust Co., 957 F.Supp.2d 316 S.D.N.Y., Rel. Engelmayer, j. em 8.5.2013. Disponível em: <https://casetext.com/case/chesapeake-energy-corp-v-bank-of-ny-mellon-trust-co-3>. Acesso em 22.2.2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Court of Appeals for the Second Circuit*. Ricketts v. Pennsylvania R. Co, 153 F.2d 757, Rel. Learned Hand, j. em 10.1.1946. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/153/757/1478802/>. Acesso em 23.2.2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States District Court for the Southern District of New York*. Leonard v. Pepsico, 88 F. Supp. 2d 116 (S.D.N.Y. 1999), Rel. Wood, j. em 5.8.1999. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/88/116/2579076/>. Acesso em 22.2.2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *United States District Court for the Southern District of New York*. Oppenheimer & Co. v. Trans Energy, Inc., 946 F. Supp. 2d 343 (S.D.N.Y 1999), S.D.N.Y. Rel. Furman, j. em 23.5.2013. Disponível em: https://casetext.com/case/oppenheimer-co-v-trans-energy-inc?__cf_chl_tk=VJ5UXgUxR9_d89VywMG2oXJxrWbr.sA6zSbCnkeVEkc-1668890597-0-gaNycGzNCTo. Acesso em 22.2.2022.

INGLATERRA. *Court of Exchequer*. Raffles v Wichelhaus, [1864] EWHC Exch J19 (1864) 2 H & C 906, Rel. Pollock, j. em 20.01.1864. Disponível em <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Exch/1864/J19.html>>. Acesso em 22.2.2022.

INGLATERRA. *Court of the Queen’s Bench*. Smith v. Hughes, [LR] 6 QB 597, Rel. Cockburn, j. em 6.6.1871.

INGLATERRA. *High Court of Justice*. BP PLC v. G.E. Frankona Reinsurance Ltd., [2003] EWHC 344 (Comm), Rel. Cresswell, j. em 27.2.2003. Disponível em <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2003/344.html>>. Acesso em 25.2.2022.

INGLATERRA. *High Court of Justice*. Maple Leaf Macro Volatility Master Fund and Another v. Rowroy and Another, [2009] 1 Lloyd’s Rep. 475, [2009] EWHC, 257, Rel. Smith, j. em 19.2.2009.

Disponível em: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff76160d03e7f57eabea6>. Acesso em 23.2.2022.

INGLATERRA. *High Court of Justice. Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corp Ltd.*, [2013] EWHC 111 (QB), Rel. Leggatt, j. em 1.2.2013. Disponível em <<https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2013/111.html>>. Acesso em 10.3.2022.

INGLATERRA. *House of Lords. Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society*, [1997] UKHL 28; [1998] 1 All ER 98; [1998] 1 WLR 896 (19 June, 1997), Rel. Lord Goff of Chieveley, j. em 19.6.1997. Disponível em <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1997/28.html>>. Acesso em 24.2.2022.

INGLATERRA. *House of Lords. Walford v. Miles*, [1992] 2 A.C. 128, Rel. Lord Keith of Kinkel, j. em 23.1.1992. Disponível em [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Document/IEF4FA550E42811DA8FC2A0F0355337E9/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&comp=pluk&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Document/IEF4FA550E42811DA8FC2A0F0355337E9/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&comp=pluk&firstPage=true). Acesso em 10.3.2022.

Como citar:

ROSTRO, Bruno Montanari; AZEM, Henrique Beux Nassif; CANTALI, Rodrigo Ustároz. *Standards no direito contratual: intersecções da reasonableness e da boa-fé. Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 12, n. 1, 2023. Disponível em: <<http://civilistica.com/standards-no-direito-contratual/>>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:

28.11.2022

Aprovado em:

30.4.2023