

# PRELIMINARES ACERCA DA RELEVÂNCIA JURÍDICO-NEGOCIAL DO SILÊNCIO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002

*Jacqueline Sophie Periotto Guhur Frascati\**

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Para a compreensão do tema proposto: noções de negócio jurídico: 2.1 Situando o leitor: o negócio jurídico e a autonomia privada; 2.2 O que é negócio jurídico?; 2.2.1 Concepções doutrinárias e conceitos; 3 Apontamentos acerca da relevância jurídico-negocial do silêncio sob a ótica do Código Civil de 2002: 3.1 Delimitação do tema; 3.2 A forma dos negócios jurídicos; 3.3 O silêncio pode ser valorado como uma forma de exteriorização da vontade?; 3.4 Em que casos o silêncio consistirá (seja substancialmente ou por equiparação) em uma declaração de vontade? 4 Considerações finais

**Palavras-chave:** Negócio jurídico – Autonomia privada – Declaração de vontade – Silêncio e Código Civil brasileiro de 2002 – Circunstâncias e usos.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo primordial analisar a figura do silêncio, com vistas a compreender a sua relevância jurídico-negocial atual e futura, tendo em conta sua disciplina explícita no Código Civil brasileiro de 2002.

Para tanto, inicia-se com uma breve abordagem do negócio jurídico no que se refere a sua relação com a autonomia privada e quanto a sua definição, à medida que essas noções gerais se mostram úteis para uma profícua percepção do tema principal.

Num segundo momento, passa-se à análise do silêncio, propriamente, levantando-se determinados problemas tidos como relevantes, examinando-os e apresentando algumas soluções extraídas da doutrina observada.

---

\* Mestre em Direito Civil, pela Universidade Estadual de Maringá – Paraná. Doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas, pela Faculdade de Direito de Lisboa, Universidade de Lisboa - Portugal.

Foram consultados autores civilistas brasileiros e, principalmente, autores portugueses, uma vez que o "silêncio" tem sido, por estes, amplamente estudado, especialmente em razão da existência de um artigo específico a regulamentá-lo no ordenamento civil português em vigor, e tendo em vista que, por conta da atualidade do novo Código Civil brasileiro, ainda são incipientes os estudos de autores brasileiros realizados a respeito.

## 2 PARA A COMPREENSÃO DO TEMA PROPOSTO: NOÇÕES DE NEGÓCIO JURÍDICO

### 2.1 Situando o Leitor: o Negócio Jurídico e a Autonomia Privada

Não se pode falar em negócio jurídico sem que se faça alusão, ainda que breve, à autonomia privada. E assim o é por ser justamente no seu âmbito que os indivíduos encontram espaço para atuarem para a satisfação de seus próprios interesses, para a realização de negócios, que, uma vez reconhecidos pelo ordenamento jurídico, recebem a denominação de "negócios jurídicos". Daí, aliás, porque grande parcela da doutrina refere-se ao negócio jurídico como sendo um meio, um instrumento de realização da autonomia privada.<sup>1</sup>

E como conceituar a autonomia privada? Por certo, o seu significado tem sofrido alterações de acordo com as diferentes ideologias e circunstâncias políticas e econômicas vivenciadas no decurso da história, e, ainda, em razão das diversas concepções de negócio jurídico formuladas e adotadas através dos tempos.

Sinteticamente, pode-se afirmar que, de início, a autonomia privada foi compreendida como sendo a expressão de uma liberdade, de uma faculdade individual; já, modernamente, reduzido o papel da vontade individual, a autonomia privada recebeu uma conotação social, passando a ser visualizada como uma manifestação do poder de criar normas, atribuído pelo ordenamento jurídico<sup>2</sup>. Atualmente, a autonomia privada é usualmente conceituada como um auto-regramento, na lição de Pontes de Miranda, ou uma auto-regulamentação dos próprios interesses, como

---

<sup>1</sup> MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Teoria geral do negócio jurídico*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 46; OLIVEIRA, J. M. Leonil Lopes de. *Teoria geral do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. v. 2, p. 352; AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 352.

<sup>2</sup> MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino, op. cit., p. 39-41.

expressou Emilio Betti<sup>3</sup>, à qual o direito vem apenas conferir sua sanção, como esclarece Custódio da Piedade Ubaldino Miranda.<sup>4</sup>

De acordo com esta última perspectiva, o ordenamento jurídico atua posteriormente, reconhecendo as ações humanas voltadas à regulação de seus próprios interesses, conferindo-lhes sua sanção, tornando, por conseqüência, o vínculo estabelecido pelos particulares mais sólido. E assim o faz, justamente, ao disciplinar o negócio (conferindo-lhe juridicidade), responsabilizando as partes que, voluntariamente, o celebraram, e estabelecendo limites à iniciativa das partes, isto é, delimitando o âmbito da autonomia privada.

Veja-se que as restrições jurídicas à liberdade negocial, em especial, no campo do direito das obrigações, encontram-se em crescente processo de ampliação. De fato, se durante o Estado Liberal a autonomia privada atingiu o seu ápice<sup>5</sup>, prevalecendo a idéia de que "todo compromisso assumido livremente era justo"<sup>6</sup>, no Estado Social a mesma já não goza de semelhante autoridade. Com o advento deste novo Estado, a autonomia privada passa a ter seu alcance e conteúdo limitados por restrições fundadas na ordem pública e nos bons costumes, e outras restrições resultantes da intervenção estatal nas relações econômicas, como aquelas previstas no Código de Defesa do Consumidor pátrio.<sup>7</sup>

O Código Civil brasileiro de 2002, atento à ideologia seguida pelo Estado Social, prevê alguns princípios contratuais que limitam a autonomia privada, como o da função social do contrato, o da boa-fé objetiva e o da equivalência material do contrato.<sup>8</sup>

Pergunta-se, entretanto, se com a crise vivenciada, desde a década de oitenta, pelo Estado Social, aguçada pela crise do capital, essa crescente intervenção jurídica na autonomia privada não estaria fadada a, dia menos dia, retroceder.<sup>9</sup>

---

<sup>3</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de; BETTI, Emilio apud MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino., op. cit., p. 40.

<sup>4</sup> MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino, op. cit., p. 42.

<sup>5</sup> O art. 1134 do Código Civil francês veio consagrar como princípio liberal a autonomia privada ao dispor: "as convenções legalmente formadas impõem-se como lei àqueles que a celebraram".

<sup>6</sup> OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de, op. cit., p. 552.

<sup>7</sup> MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino, op. cit., p. 42-45.

<sup>8</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil*. Texto extraído do Jus Navigandi. Capturado na Internet em 25.03.2002. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2796>, p. 2.

<sup>9</sup> A respeito, Paulo Luiz Netto Lôbo, vislumbrando nesta crise a passagem do Estado providência para o Estado regulador da atividade econômica, acredita que o processo de intervenção Estatal, por meio de suas funções (legislativa, administrativa e judicial) sairá fortalecido (LÔBO, Paulo Luiz Netto, op. cit., p. 1).

Quer parecer que a realidade brasileira tem trilhado um caminho a indicar a superação da consciência individual pela coletiva<sup>10</sup>, o que dificultaria, no estágio alcançado, suprimir normas de restrição à autonomia privada, formuladas sob a influência desse sentimento coletivo. Entretanto, uma vez que a realidade empírica pode apresentar diferentes leituras, e tendo em conta que a história, muitas vezes, revela-se ambígua, presume-se que não se possa descartar a hipótese (ainda que remota) da ocorrência de uma inversão na política intervencionista do Estado nas relações econômicas, também no plano jurídico, em contramão as mudanças verificadas no novo Código Civil.

## 2.2 O Que é Negócio Jurídico?

Desde o momento em que se desenvolveu a noção de negócio jurídico como categoria autônoma em relação aos atos jurídicos (*strictu sensu*), pelos pandectistas alemães, várias concepções formaram-se em resultado ao esforço doutrinário direcionado a melhor compreendê-lo e conceituá-lo. Desnecessário afirmar, por consequência, serem múltiplos os conceitos de "negócio jurídico" apresentados pelos autores nacionais e estrangeiros, os quais tendem a inserir-se nas principais concepções formuladas.

Posicionar-se em relação a um dos significados da expressão "negócio jurídico", por sua vez, não implica apenas em realizar uma escolha doutrinária, desprovida de maiores consequências práticas. Na verdade, são o conceito de negócio jurídico e a(s) concepção(ões) que o fundamenta(m), as bases de toda a sua realidade, os fatores guias da atividade de construção de sua disciplina pelos pesquisadores do direito e pelo legislador ordinário.

Daí porque se faz imprescindível proceder à análise, ainda que sucinta, das diferentes concepções do negócio jurídico para que haja uma proveitosa assimilação do tema aqui proposto: o trato do silêncio como forma de consentimento no Código Civil de 2002.

Proclamada, pois, a importância do estudo das diferentes concepções do negócio jurídico, assim como da identificação daquela(s) adotada(s) pelo ordenamento jurídico pátrio vigente, serão examinadas,

---

<sup>10</sup> BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Lo individual y lo colectivo en la realidad brasileña. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 32, n. 128, out./ dez. 1995, p. 221-229. Neste texto, o autor realiza uma comparação entre o Brasil do final do século XIX e do final do século XX, para, com base nas mudanças por ele constatadas (sociais, políticas, econômicas e jurídicas), demonstrar que a sociedade brasileira caminha para a definitiva superação do individualismo que a caracterizou nos primeiros quatro séculos da história do país, em rumo ao coletivo.

inicialmente, as elencadas como principais pela doutrina, agrupadas sob a denominação geral de concepções subjetivistas e objetivistas.

### 2.2.1 Concepções doutrinárias e conceitos

Pretende-se, nem tanto indicar o que seja, em definitivo, "negócio jurídico", mesmo porque definição unânime não há, mas sim trazer a exame parte do conhecimento formado acerca dessa espécie de ato jurídico, até a atualidade, e sugerir, ao final, uma definição que, se não se pode dizer ideal, sobressai por almejar explicitar mais adequadamente a realidade negocial contemporânea.

Observe-se que as definições de negócio jurídico são formuladas de acordo com a maneira com que as concepções existentes articulam o elemento "declaração de vontade" e, num segundo momento, o elemento "regra de conduta".

As concepções subjetivistas definem o negócio jurídico como uma declaração de vontade, fundando-o no "querer", das partes, que sejam produzidos determinados efeitos. A vontade (ou sua declaração) seria, assim, a responsável imediata pela verificação de efeitos jurídicos.<sup>11</sup>

Para a chamada teoria da vontade, difundida por Savigny, o elemento essencial do negócio jurídico é a vontade, sendo a sua declaração apenas um meio para exteriorizá-la. Definindo-o, ele seria uma "declaração de vontade com o fim imediato, visado pelo seu autor, de constituição ou de extinção de uma relação jurídica"<sup>12</sup>. Voluntarista é a grande parte das definições explicitadas pela doutrina brasileira<sup>13</sup>, ainda na atualidade.

Já, na teoria da declaração, formulada por Röver, o que muda em relação a voluntarista é o elemento essencial do negócio jurídico, que passa a ser a declaração de vontade, e não a vontade mesma, interna, do indivíduo<sup>14</sup>. É a declaração, nestes termos, que obriga, vincula as partes, ainda que divergente da vontade real.<sup>15</sup>

Tais teorias não são bem recebidas pela doutrina mais atual. Antônio Junqueira de Azevedo, por exemplo, aduz: (a) poder-se imaginar

---

<sup>11</sup> RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961. p. 28-32.

<sup>12</sup> MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino, op. cit., p. 23.

<sup>13</sup> Idem, ibidem, p. 24; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 6-7.

<sup>14</sup> Como esclarece Antônio Junqueira de Azevedo, a origem dessa teoria encontra-se intimamente relacionada a carência experimentada pelo comércio, que se viu desamparado, em termos de proteção jurídica, pela teoria da vontade. A prevalência da declaração sobre a vontade real veio suprir a necessidade de se conferir maior segurança às relações comerciais (AZEVEDO, Antônio Junqueira de, op. cit., p. 13-14).

<sup>15</sup> MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino, op. cit., p. 25.

certas hipóteses em que o agente pratica um ato, voluntariamente, sem natureza negocial, almejando efeitos coincidentes aos que a lei prevê, caso em que estar-se-ia frente a um ato jurídico *estricto sensu*, e não frente a um negócio jurídico; (b) ser possível pensar em certos casos de negócio jurídico sem que se verifique o elemento vontade, como na conversão substancial, na qual o negócio resultante não é o desejado pelas partes, como nos atos sob hipnose, coação absoluta, erro obstativo e reserva mental; e (c) dever-se atentar para o fato da vontade não ser um elemento necessário à existência do negócio jurídico, mas sim à sua validade e eficácia, pelo que ela não pode ser compreendida como um elemento definidor, caracterizador seu.<sup>16</sup>

Acrescenta Custódio da Piedade Ubaldino Miranda que (d) a adoção pura e simples de qualquer uma das teorias conduziria, fatalmente, a resultados iníquos todas as vezes que um dos particulares agisse com má-fé, posto que ambas teorias preocupam-se, exclusivamente, com os interesses de uma única parte: a da vontade, com o declarante, e a da declaração, com o declaratário.<sup>17</sup>

Modernamente, concepções outras foram concebidas em busca de uma definição de negócio jurídico que prescindisse do elemento vontade, em contraposição à teoria voluntarista, as quais se denominou de objetivistas.

Neste novo âmbito, destacou-se a concepção normativista, principalmente após sua sistematização, realizada por Luigi Ferri, inspirada na teoria construção escalonada do ordenamento jurídico, de Hans Kelsen<sup>18</sup>. Segundo a concepção normativista, o negócio jurídico é fonte de produção de normas jurídicas<sup>19</sup>; ou seja, o ordenamento atua

<sup>16</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de, op. cit., p. 9-12.

<sup>17</sup> MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino, op. cit., p. 24-25.

<sup>18</sup> Segundo a teoria de Kelsen, uma norma pode ser, a um só tempo, criação e aplicação do direito. Para a melhor visualização deste duplo processo, basta observar a estrutura hierárquica do ordenamento jurídico através da figura de uma pirâmide: no vértice estaria a norma fundamental, e, a partir dela, descendo até a base da pirâmide, tem-se uma série de processos de criação de normas. Ao contrário, partindo-se da base, onde se inserem os atos executivos, subindo até o vértice da pirâmide, tem-se uma série de processos de aplicação. (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 260-263) Norberto Bobbio bem explicita esse processo descendente e ascendente de normas, utilizando-se da noção de poder e dever. Nos dizeres do autor, "enquanto a produção jurídica é expressão de um poder (originário ou derivado), a execução revela o cumprimento de um dever". Neste contexto, olhando de cima para baixo da pirâmide (do vértice para base) temos uma série de poderes sucessivos, dentre eles, o poder de negociação. (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 51).

<sup>19</sup> Na doutrina brasileira, Miguel Reale classifica o poder negocial, ou da autonomia da vontade, evidenciado por Hans Kelsen, como umas das forças geradoras de normas jurídicas particulares. A ele se refere, portanto, juntamente com o poder legislativo, o

previamente, conferindo aos indivíduos o poder de emitirem regras, a elas acordando submeterem-se, possuindo, tais regras, natureza de normas jurídicas.<sup>20</sup>

Esta concepção, entretanto, tem sido alvo de severas críticas, pela doutrina. Antonio Junqueira de Azevedo faz as seguintes ressalvas: (a) o direito não reconhece a autonomia privada o poder de instituir; na verdade, ela é fonte criadora de relações jurídicas; (b) falta, ao negócio jurídico, o caráter de generalidade das normas, sendo, ademais, equívoca a idéia de que o negócio jurídico seria uma norma concreta, tal como a sentença judicial; e (c) referida concepção não engloba na definição de negócio jurídico o negócio nulo – uma vez reconhecer serem dotadas de validade apenas as normas que obedecem aos requisitos previstos pelo ordenamento jurídico – contrariando o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que o negócio jurídico, mesmo que nulo, não deixa de ser um negócio jurídico.<sup>21</sup>

Discorre, ainda, a respeito, Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, (d) faltar, em alguns negócios jurídicos, a sanção, que é um elemento tido como essencial da norma; e (e) inexistir, no negócio jurídico, uma posição de supremacia de um sujeito em relação ao outro, tal como se verifica na norma jurídica, uma vez que no negócio os particulares encontram-se em uma posição de igualdade.<sup>22</sup>

Outra concepção objetivista é a preceptiva, concebida por Bülow, e desenvolvida sistematicamente por Emilio Betti. Segundo esta, a manifestação de vontade é apenas causa do negócio jurídico, mas não seu conteúdo. O negócio jurídico é definido como um "dever ser", uma regra de conduta à qual as partes convencionam submeter-se, por vontade própria, e a qual o ordenamento jurídico reconhece eficácia vinculante, fazendo as restrições que entende necessárias. Ou seja, o ordenamento atua posteriormente, elevando o negócio entabulado pelos particulares, que é vislumbrado como um fato social (fruto da sociedade), a preceito jurídico, disciplinando-o.<sup>23</sup>

Neste ponto, afigura-se interessante a leitura que Custódio Piedade Ubaldino Miranda faz da definição de negócio jurídico sugerida por Antônio Junqueira de Azevedo<sup>24</sup>, identificando-a, em termos, com a

---

jurisdicional e o social anônimo (que gera o costume), como fonte do direito. (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, p. 179-180).

<sup>20</sup> MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino, op. cit., p. 28-29.

<sup>21</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de, op. cit., p. 16-18.

<sup>22</sup> MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino, op. cit., p. 29-31.

<sup>23</sup> Idem, *ibidem*, p. 31-34.

<sup>24</sup> Sua doutrina singulariza-se, sem dúvida, por demonstrar que a vontade não é imprescindível para a existência do negócio jurídico. A seu ver, a vontade age sobre o

teoria preceptiva. É que esse autor difunde a idéia, aqui simplificada, de que o negócio jurídico é, originariamente, um fato social que o ordenamento jurídico, num segundo momento, vem reconhecer. O diferencial de sua concepção é que o negócio jurídico não é visto como um ato de vontade do agente (como vislumbram os voluntaristas), mas "um ato que *socialmente* é visto como ato de vontade destinado a produzir efeitos jurídicos"<sup>25</sup> (grifo original), sendo a sua juridicidade conferida pelo próprio grupo social. O papel do ordenamento jurídico, neste contexto, resume-se a sancionar o ato negocial.<sup>26</sup>

Importa acentuar que as últimas teorias abordadas - normativistas e perceptivas - diferenciam-se, primordialmente, da voluntarista, uma vez que para elas os efeitos jurídicos do negócio jurídico não decorrem da vontade das partes. Para as concepções normativistas, decorrem da própria regulamentação realizada pelas partes (regras de conduta), a qual possui natureza de norma; ao passo que para as preceptivas, os efeitos jurídicos decorrem do reconhecimento, pelo ordenamento, da regulamentação das partes (regras de conduta).

Frente à análise realizada, pode-se afirmar, com precisão, o que é negócio jurídico? Como já aventado, a doutrina ainda não chegou a um consenso quanto ao significado desta espécie de ato jurídico. Sendo assim, a defesa de qualquer uma das conceituações examinadas e suas conseqüentes variações apresentar-se-ão válidas desde que subsidiadas, evidentemente, por uma argumentação convincente, ainda que não se possa ignorar a preferência atual dos autores pelas concepções objetivistas, principalmente as preceptivas.

Interessa destacar, neste ponto, a idéia formulada por Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, no intuito de melhor definir o negócio jurídico<sup>27</sup>. Segundo esse autor, ainda que as teorias subjetivistas e as objetivistas tenham os seus méritos, são censuráveis por seu unilateralismo. Em síntese, (a) as subjetivistas por não considerarem a regra de conduta em que consiste o conteúdo do negócio jurídico; e (b) as objetivistas por não levarem em conta o elemento vontade, que é supremo no momento de formação do negócio jurídico.

Feitas tais críticas, o autor sugere uma noção distinta de negócio jurídico concebida por meio da conciliação das supra citadas concepções (subjetivistas e objetivistas), julgada imprescindível para a demonstração da verdadeira realidade do negócio jurídico.

---

negócio no plano da validade e da eficácia, evitando a produção de efeitos não queridos pelo agente (AZEVEDO, Antônio Junqueira de, op. cit., p. 26-27).

<sup>25</sup> Idem, *ibidem*, p. 26.

<sup>26</sup> MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino, op. cit., p. 33-34.

<sup>27</sup> MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino, op. cit., p. 34-38; 48-51.

Desenvolvendo sua idéia, ele vislumbra a declaração de vontade, desvinculada de seu sentido tradicional, em uma dualidade de momentos que compõem o negócio jurídico: o de sua criação e o de sua vigência.

Na gênese do negócio, o particular, ao emitir uma declaração de vontade, comunica a sua intenção. Nessa fase, a vontade terá de formar-se e manifestar-se sem vício. No momento da vigência do negócio, uma vez declarada a vontade e sendo ela aceita pelo destinatário, o conteúdo de vontade vincula as partes. A partir daí as partes sujeitam-se ao regulamento ditado pelas mesmas (regra de conduta), a um imperativo juridicamente relevante, assim considerado sempre que reconhecido e sancionado pelo ordenamento.

Concluindo seu pensamento, Custódio da Piedade Ubaldino Miranda define o negócio jurídico como "um ato da autonomia privada, constituído de um comportamento<sup>28</sup> ou de uma ou mais declarações de vontade, que exprimem um imperativo juridicamente relevante"<sup>29</sup>.

Apresentadas as principais concepções e explicitados alguns conceitos formulados pela doutrina mais atualizada, resta, pois, apontar a concepção pela qual o legislador brasileiro tomou partido. Ressalve-se que se essa tarefa era relativamente simples de ser desincumbida frente ao Código Civil de 1916, o mesmo não se pode dizer, de pronto, em relação ao novo Código, de 2002.

De fato, não há dúvida quanto ao caráter voluntarista da definição encontrada no art. 81 do Código Civil brasileiro de 1916<sup>30</sup>. Este, embora faça referência a noção de ato jurídico, refere-se, substancialmente, a de negócio jurídico, nos termos da teoria dualista da doutrina alemã,<sup>31</sup> já generalizada na doutrina brasileira.

Na redação do novo Código Civil<sup>32</sup>, entretanto, vê-se que o legislador suprimiu o teor do referido art. 81, deixando de conceituar o negócio jurídico. Essa opção, que, ao que parece, foi determinada pela

---

<sup>28</sup> A inclusão palavra "comportamento", pelo autor, na definição do negócio jurídico, "destinou-se a obviar àquelas situações da vida social em que os suportes dos respectivos negócios jurídicos não podem qualificar-se como verdadeiras declarações", como, por exemplo, a utilização de uma ficha em uma máquina para obter uma refeição, um refrigerante, etc. (MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino, op. cit., p. 48).

<sup>29</sup> Idem, ibidem, p. 38.

<sup>30</sup> "Art. 81. Todo ato lícito que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico".

<sup>31</sup> RÁO, Vicente, op. cit., p. 33. A teoria dualista, ao contrário da unitarista, distingue ato jurídico *strictu sensu* de negócio jurídico, apresentando-o como uma categoria autônoma, dentro daquela mais ampla, dos atos jurídicos em geral.

<sup>32</sup> O legislador do novo Código Civil adotou a bipartição dos atos jurídicos formulada pela doutrina germânica. O novo texto distingue, nessa perspectiva, os atos jurídicos em sentido estrito dos negócios jurídicos, os quais coexistem na categoria denominada de atos jurídicos em sentido amplo.

inexistência de um conceito de negócio jurídico único, na doutrina, é valorada positivamente por J. M. Leoni Lopes de Oliveira<sup>33</sup>, pelo fato, mesmo, da existência de divergência doutrinária. Não se pode olvidar, entretanto, que a medida adotada pelo legislador possui um lado negativo: é que a não incorporação de uma das concepções de negócio jurídico deixa o intérprete (os operadores do direito) sem um ponto de partida para o exame e compreensão de toda a sua disciplina, que, ao menos teoricamente, deve estar harmonizada com o que se entende por "negócio jurídico".

Em todo caso, percebe-se que, se, por um lado, as teorias mais atualizadas e divulgadas pela doutrina são as objetivistas, de outro, o legislador não deixou para trás as teorias subjetivistas ao regulamentar, por exemplo, a interpretação dos negócios jurídicos, o erro obstativo, a simulação e a reserva mental, no que diz respeito, principalmente, aos conflitos existentes entre a vontade real e declarada, e, ainda, o silêncio como forma de consentimento.

### **3 APONTAMENTOS ACERCA DA RELEVÂNCIA JURÍDICO-NEGOCIAL DO SILÊNCIO SOB A ÓTICA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

São muitos e variados os temas abrangidos pelo negócio jurídico a aguçar a curiosidade do pesquisador do direito. A escolha do presente, em especial, justifica-se pela sua inequívoca importância prática para o comércio jurídico, em geral, a despertar o interesse para a sua compreensão e para a reflexão das mudanças anunciadas/ocorridas, a respeito, no Código Civil brasileiro de 2002.

#### **3.1 Delimitação do Tema**

Valendo-se do conceito de negócio jurídico formulado por Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, pode-se afirmar que a vontade tem um papel importante na sua formação. Ainda que essa não possa ser considerada um elemento caracterizador ou definidor do negócio jurídico – uma vez ser perfeitamente possível imaginarem-se alguns casos de negócio sem que se verifique o elemento vontade – certo é que a vontade (interna ou exteriorizada) atua nos planos da validade e eficácia dos

---

<sup>33</sup> OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de, op. cit., p. 563.

negócios, fazendo-se, pois, relevante para obstar os efeitos não queridos pelo agente, como bem assinala Antônio Junqueira de Azevedo<sup>34</sup>.

Ressalvada sua importância, aqui interessa investigar a vontade sob o ângulo do plano da validade, em especial, quanto aos modos<sup>35</sup> pelos quais esta se exterioriza, com vistas a compreender o conteúdo e alcance do artigo 111 do novo Código Civil de 2002, que prevê o silêncio como forma de consentimento.

Para tanto, é preciso lembrar que a vontade comporta dois momentos, como assinala San Tiago Dantas: "o momento da vontade propriamente dita, i. é., da vontade tal qual ela se apresenta na consciência do agente, e o momento de declaração da vontade, i. é., a expressão que o agente dá ao seu modo de sentir"<sup>36</sup>.

Para o estudo proposto, deve-se considerar exclusivamente a vontade exteriorizada<sup>37</sup> (em especial, o momento de sua exteriorização), posto que é a partir dela que se faz possível descobrir os diferentes modos pelos quais a vontade se expressa. Ou seja, o objeto de estudo não é a vontade, em si, mas as suas formas de manifestação, no que interessa para a compreensão da relevância jurídico-negocial do silêncio.

Sabe-se que a vontade, enquanto pensada, não assume forma alguma; mas uma vez exteriorizada, essa ação (comissiva ou omissiva) reveste-se sempre de uma forma, um corpo, um invólucro pelo qual pode ser identificada. "A forma, doutrina Betti, não é senão a possibilidade objetiva de reconhecimento da atitude, dentro do ambiente social em que foi produzida"<sup>38</sup>. Como assevera Antônio Menezes Cordeiro, a forma é a própria exteriorização da vontade.<sup>39</sup>

E aqui poderia ser perguntado: quais são os problemas que esse antigo tema ainda pode suscitar, na atualidade? Responde-se: esse assunto que, na doutrina brasileira, já não instigava discussões mais detalhadas, volta, sem dúvida, a ser objeto de exame mais aprofundado com a inovação trazida pelo Código Civil de 2002, artigo 111: "o silêncio

---

<sup>34</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de, op. cit., p. 26-27.

<sup>35</sup> Não há que se confundir os modos ou formas pelas quais a vontade se exterioriza com as formalidades por vezes exigidas pela lei para validar o negócio jurídico, mas que não revelam qualquer vontade negocial. (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de Direito Civil português. Parte geral*, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002. t. 1, p. 375).

<sup>36</sup> DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Parte geral. 2. tir. Editora Rio, p. 258.

<sup>37</sup> Por certo, ainda que se costume apontar que a vontade somente tem relevância para o direito quando exteriorizada, ou seja, quando desprendida daquele que a concebeu e, principalmente, quando recepcionada por terceiros – uma vez que é a partir desse momento que ela cria uma expectativa e gera confiança nas pessoas –, não se pode desprezar que a vontade interna seja significativa quando verificado um conflito entre ela e aquela declarada.

<sup>38</sup> BESSONI, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

<sup>39</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes, op. cit., p. 375.

importa anuência, quando as circunstâncias e os usos autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa".

Esse novel artigo veio volver<sup>40</sup>, ao menos, os seguintes questionamentos, a serem aqui analisados: o silêncio pode ser valorado como uma forma de exteriorização da vontade? Em que casos o silêncio consistirá (seja substancialmente ou por equiparação) em uma declaração de vontade? Em que consistem "as circunstâncias e os usos", aos quais se refere o legislador?

### 3.2 A Forma dos Negócios Jurídicos

O exame dessas questões pressupõe uma compreensão mínima daquilo que se entende como "forma" nos negócios jurídicos.

Como asseverado, toda exteriorização de vontade identifica-se sempre por uma forma. Segundo a doutrina, as múltiplas formas de exteriorização de vontade podem ostentar a qualidade geral de declarações ou a de comportamentos concludentes (ou, segundo alguns, a de manifestações<sup>41</sup>), qualificando-se, no primeiro caso, em declaração expressa e, no segundo, em declaração tácita.

Embora essas declarações guardem diferenças entre si, possuem em comum o fato de se exteriorizarem por intermédio de ações: (a) as declarações expressas produzem-se por meio de manifestações diretas, como a escrita e a fala, e outras formas criadas pelo costume, como a mímica, o aperto de mão, etc.; veja-se que as declarações expressas apresentam, da vontade, "uma imagem exterior imediata"<sup>42</sup>; e as (b) declarações tácitas revelam-se por intermédio de manifestações indiretas, isto é, comportamentos, fatos positivos ou negativos dos quais é possível concluir um conteúdo de vontade: "[...] aquêle que o pratica, ou mantém [o comportamento], assim manifesta ou declara uma vontade inconciliável, por força do princípio de contradição, com uma vontade oposta"<sup>43</sup>.

As declarações tácitas, por não envolverem um "dizer", são as que mais se aproximam da figura do silêncio. Aliás, segundo Paulo

---

<sup>40</sup> Os questionamentos são repisados, eis que o problema da relevância jurídico-negocial do silêncio tem sido estudado na doutrina nacional e alienígena há tempos, acerca dele havendo referência já no direito romano. Não se pode, contudo, apontar respostas pacíficas a respeito na doutrina brasileira, e tampouco na portuguesa, aqui examinada com maior atenção.

<sup>41</sup> Nesse sentido é a doutrina MELLO, Marcos Bernardes de, op. cit., p. 114.

<sup>42</sup> CORDEIRO, António Menezes, op. cit., p. 340.

<sup>43</sup> RÁO, Vicente, op. cit., p. 138.

Cardoso Correia da Mota Pinto, etimologicamente, declaração tácita significa "declaração silenciosa"<sup>44</sup>.

Inobstante isso, observe-se que essas expressões não são empregadas como sinônimas no âmbito dos negócios jurídicos. A generalidade dos autores explica que o sentido de declaração tácita utilizado envolve a prática de comportamentos, de ações (comissivas ou omissivas), enquanto o sentido de declaração silenciosa (ou simplesmente "silêncio") implica numa total abstenção, omissão, de modo a abranger tanto um nada dizer, quanto um nada fazer.<sup>45</sup>

Tal não impede, de qualquer sorte, que o silêncio seja qualificado, por uma parcela da doutrina, como uma espécie, ou subespécie, de declaração tácita, quando vislumbrado como "concludente", como será mais bem explicitado no tópico seguinte.

### 3.3 O Silêncio Pode Ser Valorado Como Uma Forma de Exteriorização da Vontade?

Considerando as diferentes formas que pode assumir uma declaração de vontade, e a qualificação que se inserem, seria correto apontar o silêncio como uma delas? Ou seja, a inação, a atitude totalmente omissiva, pode ser considerada uma verdadeira declaração de vontade?

A esse respeito, duas diferentes opiniões (mas por vezes adotadas conjuntamente, posto que não excludentes), presentes tanto na doutrina brasileira<sup>46</sup>, como na portuguesa<sup>47</sup>, podem ser destacadas:

(1) para uma parcela significativa de autores, o silêncio não consiste numa declaração. Explica-se: "se houve silêncio, não houve nenhuma exteriorização, não houve ação. Não houve, nomeadamente, conduta omissiva, porque a omissão é ainda uma projeção de fins, e o silêncio é juridicamente um nada"<sup>48</sup>. Assim, é a lei que o equipara, em determinadas hipóteses, a uma declaração negocial, a fim de que os efeitos dessa sejam a ele estendidos.

---

<sup>44</sup> "Silêncio' [...] vem de '*silentio*' e este de '*sileo*', que significa calar". Tácito, por sua vez, vem de " '*taceo*', que também significa calar" (PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995. p. 631).

<sup>45</sup> Idem, ibidem, p. 631; PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 426; ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica: facto jurídico, em especial negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1998. v. II, p. 134.

<sup>46</sup> RÁO, Vicente, op. cit., p. 141-143.

<sup>47</sup> PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota, op. cit., p. 691; 693-704.

<sup>48</sup> ASCENSÃO, J. Oliveira apud PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota, op. cit., p. 694.

Tal conclusão amarra-se no próprio teor do artigo 218 do Código Civil português, o qual prevê que "o silêncio vale como declaração negocial", uma vez preenchidos certos elementos, podendo ser perfeitamente transportada para o direito brasileiro, ante o texto do art. 111 do novo Código Civil brasileiro que preceitua que "o silêncio importa em anuência". A ilação que se faz é que o legislador quis aproximar figuras que, em estado originário, não podem ser compreendidas identicamente (o silêncio e a declaração), no intuito de equiparar-lhes os efeitos. Parece, aliás, que se a intenção do legislador não fosse a de estender o regime previsto para a declaração ao silêncio, em determinados casos, as normas do art. 218 e a do art. 111 seriam de todo supérfluas, porque nada acrescentariam à disciplina dos negócios jurídicos.

(2) para a doutrina considerada majoritária no direito português, o silêncio poderá ser uma verdadeira declaração negocial, desde que verificadas certas condições<sup>49</sup>, apenas divergindo os autores se essa assumirá tanto a forma expressa (quando o silêncio for equiparado, em acordo, pelas partes, a um elemento de uma linguagem), quanto a forma tácita (quando verificado um silêncio "concludente"). No Brasil, alguns autores qualificam o silêncio ora como uma subespécie da declaração expressa, ora da declaração tácita.

O silêncio, quando considerado como uma verdadeira declaração, passa a ser denominado pela doutrina de "silêncio significante" ou "silêncio eloqüente".

Veja-se que os autores, ao englobarem o silêncio dentre as múltiplas formas que pode assumir a declaração de vontade, não inovam em matéria de qualificações, mas apenas o enquadra em uma das já existentes. Daí inferir-se que uma vez aceita a "declaração silenciosa", ela será uma declaração expressa ou tácita (ou subespécies dessas).

---

<sup>49</sup> Paulo Cardoso Correia da Mota Pinto, em detida análise do tema, propõe um enquadramento diferenciado do silêncio, englobando os dois entendimentos; ou seja, para ele, existiriam casos em que o silêncio constitui uma verdadeira declaração negocial, e outros em que a lei apenas o valoraria como declaração negocial, por considerá-lo relevante. Assim opina: "Não nos pareceram existir razões para excluir totalmente e *in limine* a possibilidade de 'declarações silentes', pelo que distinguimos entre, por um lado, os casos em que o silêncio constitui um mero meio declarativo, e a convenção, ou, mais raramente a lei e o uso, têm o papel de regras de interpretação da conduta omissiva - casos nos quais existe uma declaração negocial -, e, por outro, aqueles em que o silêncio constitui objecto de uma previsão, de um "suposto-de-facto". Nestas últimas hipóteses, a inação é apenas um 'comportamento juridicamente relevante' [...]". O autor salienta que a regra do artigo 218 do Código Civil Português não impede o reconhecimento do silêncio como meio declarativo; entretanto, os critérios previstos em tais regras - a convenção e os usos - deverão funcionar como regras interpretativas. (PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota, op. cit., p. 730; 698).

Mas independentemente do posicionamento adotado – se o silêncio é, ou não, uma declaração negocial (expressa ou tácita), um meio declarativo –, há que se investigar quando (em que casos) o silêncio poderá ser (seja substancialmente ou por equiparação), efetivamente, uma declaração de vontade.

### **3.4 Em Que Casos o Silêncio Consistirá (Seja Substancialmente ou Por Equiparação) em Uma Declaração de Vontade?**

O questionamento que ora se faz é de todo pertinente uma vez que o silêncio, por si só, nada significa ou traduz; ou seja, é um "facto incolor, equívoco"<sup>50</sup>, incapaz de originar efeitos negociais. Mesmo, portanto, que se vislumbre o silêncio como sendo um verdadeiro meio declarativo, há que se considerar que nem todo "calar" será, efetivamente, na relação concreta, uma declaração, assim como nem toda escrita ou fala, por exemplo, consiste numa declaração expressa.

E como avaliar o valor declarativo do silêncio? Em outras palavras, quando é que se pode afirmar a existência de uma "declaração silenciosa"?

(1) Claro está que não se pode, para tanto, valer-se do mesmo critério empregado para valorar quais os comportamentos ativos que constituirão declarações expressas e tácitas. A existência dessas declarações é aferida por meio de regras de interpretação, as quais conduzirão o intérprete a descoberta do significado da linguagem e da conduta concludente, respectivamente.<sup>51</sup>

Ora, se o silêncio, por si só, nada significa, nada há para ser interpretado, pelo que o caminho das regras de interpretação não se mostra adequado.<sup>52</sup> Como, então, qualificar, valorar o silêncio como declaração de vontade? Algumas soluções seriam:

(2) A previsão de uma regra geral de atribuição de valor declarativo ao silêncio. A fórmula geral do silêncio como "forma de consentimento" - concebida pelo direito canônico e pelas classes mercantis, a partir da compreensão do direito romano do silêncio como "não negação" – que restou imortalizada no provérbio "quem cala

---

<sup>50</sup> ANDRADE, Manual A. Domingues de, op. cit., p. 138.

<sup>51</sup> PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota, op. cit., p. 642; 747-748.

<sup>52</sup> Para Paulo Cardoso Correia da Mota Pinto, quando a conduta omissiva é significativa – um meio declarativo –, ela pode ser objeto de interpretação, posto que, aí, o que será interpretado é o comportamento global do silenciante, o contexto. (Idem, ibidem, p. 694)

consente" (*qui tacet consentire videtur*), não tem mais lugar no direito atual.<sup>53</sup>

É a realidade que evidencia que aquele que cala pode estar a fazê-lo por diferentes razões: por desatenção, por falta de tempo, por desconhecimento, por não compreensão, etc. Não parece, assim, razoável exigir da coletividade uma atenção permanente as inúmeras e corriqueiras propostas negociais vivenciadas, e tampouco uma resposta negativa sempre a ponta da língua, acaso o negócio não seja pertinente, ou sua complexidade não possibilite, de pronto, uma resposta positiva.

Nas palavras de Paulo Cardoso Correia da Mota Pinto, "a falta de reacção, o estado de inércia, tornar-se-iam uma fonte de vinculações não queridas e que, muitas vezes, não se teria sequer possibilidade de rejeitar, limitando também em excesso a auto-determinação e atentado contra o princípio da autonomia privada."<sup>54</sup>

Vê-se, portanto, que toda e qualquer tentativa de construção de um princípio geral para justificar o silêncio como forma de consentimento não tem espaço na disciplina dos negócios jurídicos, uma vez que possibilitaria a formação de negócios não queridos pelo silenciante.

**(3) A aceitação de hipóteses restritas de valor declarativo do silêncio, resultantes diretamente da lei.** Posição extremada a da regra geral aduzida é a daqueles que condicionam a aceitação de casos de valor declarativo do silêncio a existência de normas específicas.<sup>55</sup> Neste contexto, apenas atribuindo a lei um significado para um determinado comportamento totalmente omissivo (silêncio) é que, incidindo a conduta de uma das partes nesse "comportamento tipificado", estar-se-á diante de uma declaração ficta (se irrefutável/absoluta) ou presumida (se relativa) de vontade.<sup>56</sup> Haveria, assim, uma específica valoração, por parte da lei, de um comportamento omissivo, no sentido de qualificá-lo como uma

---

<sup>53</sup> ANDRADE, Manuel A. Domingues de, op. cit., p. 135; PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota, op. cit., p. 633-637.

<sup>54</sup> PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota, op. cit., p. 639.

<sup>55</sup> Paulo Cardoso Correia da Mota Pinto cita Savigny como adepto de uma teoria negativista do valor do silêncio, para quem os casos de declaração pelo silêncio seriam apenas aqueles excepcionalmente previstos na lei. Esse autor, aliás, admitia unicamente as declarações fictas. (PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota, op. cit, p. 633 e 718).

<sup>56</sup> Para o autor português Paulo Cardoso Correia da Mota Pinto, o silêncio não adquire valor de declaração negocial quando constitui objeto de uma previsão legal, devendo ser apenas considerado como um comportamento juridicamente relevante. (Idem, ibidem, p. 730).

declaração.<sup>57</sup> É, aliás, comum a utilização desse critério na grande parte das legislações, as quais prevêm algumas normas específicas valorando a inação do declaratório como um consentimento.<sup>58</sup>

Em todo caso, quer parecer que o entendimento mais razoável seja aquele de que não se exige que a atribuição de valor declarativo ao silêncio seja feita sempre por meio de normas específicas, direcionadas a regulamentar caso a caso<sup>59</sup> (o que não se confunde com uma previsão normativa genérica do silêncio como declaração). Ou seja, afigura-se perfeitamente possível o reconhecimento de valor declarativo ao silêncio em determinadas situações sem que se faça necessária uma norma que o faça sempre diretamente; basta, para tanto, que uma única norma preveja alguns critérios/pressupostos capazes de revelar certas situações que, na percepção do legislador, tenham um valor positivo de declaração negocial.

(4) **A adoção de critérios.** Daí porque procurar definir critérios que concedam ao silêncio aquele valor diferenciador apresenta-se uma alternativa razoável, tanto que há muito vem sendo explanada e desenvolvida pela doutrina brasileira e portuguesa<sup>60</sup>. Pretende-se eleger certos critérios que sejam aptos a qualificar simples atos de silêncio em atos de silêncio negocialmente relevantes; ou seja, a conferir significado jurídico ao silêncio, dando-lhe um alcance nele não encontrado, por si só.

---

<sup>57</sup> Da mesma forma, entende-se que uma regra estabelecida em um acordo entre as partes poderia valorar uma atitude omissiva como uma declaração. Essa é, aliás, a opinião de Paulo Cardoso Correia da Mota Pinto. (Idem, *ibidem*, p. 647)

<sup>58</sup> No direito brasileiro, pode-se citar como exemplo de declaração ficta, o art. 1166 do CC/1916, e seu correspondente no CC/2002 (art. 539), este último dispondo "o doador pode fixar prazo ao donatário, para declarar se aceita ou não a liberalidade. Desde que o donatário, ciente do prazo, não faça, dentro dele, a declaração, entender-se-á que aceitou, se a doação não for sujeita a encargo" (grifo nosso); e o art. 1146 do CC/1916, referente a venda a contento, sem equivalente, contudo, no CC/2002: "se o comprador não fizer declaração alguma dentro no prazo, reputar-se-á perfeita a venda, quer seja suspensiva a condição, quer resolutiva; havendo-se, no primeiro caso, o pagamento do preço como expressão de que aceita a coisa vendida" (grifo nosso).

Entretanto, discorre António Menezes de Cordeiro que a tendência atual, ao menos no direito português, é pelo abandono dessas técnicas (de declaração ficta e presumida), tendo em vista as distorções lingüísticas usualmente ocorrentes quando aplicadas. (CORDEIRO, António Menezes de, *op. cit.*, p. 344).

<sup>59</sup> Nesse sentido, manifesta-se Paulo Cardoso Correia da Mota Pinto (Idem, *ibidem*, p. 639). António Menezes Cordeiro parece acenar nesse sentido ao pugnar, para que haja uma eficácia induzida pelo silêncio, pela existência de "uma norma com particular força que, a cada situação de silêncio relevante, confira um alcance que, por si, ele não teria". (Idem, *ibidem*, p. 341).

<sup>60</sup> Na doutrina brasileira, Miguel Maria de Serpa Lopes (Apud RÁO, Vicente, *op. cit.*, p. 142) e Vicente Ráo (RÁO, Vicente, *op. cit.*, p. 142-3). Na doutrina portuguesa, discutem critérios para o valor declarativo do silêncio: Paulo Cardoso Correia da Mota Pinto (PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota, *op. cit.*, p. 648-55); e António Menezes Cordeiro. (CORDEIRO, António Menezes, *op. cit.*, p. 341-44).

Saliente-se que não se exige que esses critérios estejam previstos, invariavelmente, em normas jurídicas para que se revelem capazes de reconhecer valor de declaração de determinadas atitudes omissivas.<sup>61</sup> Ao contrário, mostra-se suficiente a sua existência no meio jurídico, que deverá ser dotada, por certo, de um significado claro e preciso, e fundamentada por raciocínios coerentes, realizados, principalmente, a partir da realidade, dos casos práticos; afasta-se, com isso, o mero arbítrio, a aleatoriedade.

A doutrina nacional, em estudo ao tema, costuma elencar diferentes fatores que entende imprescindíveis para que se reconheça valor declarativo ao silêncio<sup>62</sup>. Os mais comuns, presentes também na doutrina portuguesa<sup>63</sup>, seriam (a) o fato do silenciante poder e dever falar, e (b) a necessidade de ocorrerem, concomitantemente a conduta omissiva, circunstâncias particulares ("silêncio circunstanciado").

Em comentário ao critério do "fato do silenciante poder e dever falar", Paulo Cardoso Correia da Mota Pinto aponta algumas dificuldades para sua utilização, dentre as quais: não se precisa a extensão dos termos "poder" e "dever", pelo que não se sabe se jurídicos ou não; e não se sabe que espécie de dever seria: um dever geral de "falar", oponível a todos? (se assim pensado, do outro lado deveria haver um direito absoluto). Acrescente-se, ainda, que apenas uma norma legal (e não moral, ética ou convencionalizada pelas partes) poderia impor, efetivamente, um dever de falar, visto que de acordo com o texto constitucional brasileiro, "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (inciso II, art. 5º).

---

<sup>61</sup> Em sentido semelhante manifesta-se Paulo Cardoso Correia da Mota Pinto (PINTO, Paulo Cardoso Correia da, op. cit., p. 651). Se assim não fosse, nos países em que a ordem jurídica não contém um dispositivo sobre o valor declarativo do silêncio – como a França, a Itália, a Alemanha, a Áustria, e a Espanha (PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota, op. cit., p. 651) – não haveria como solucionar (ou buscar soluções) para o problema da relevância do silêncio.

<sup>62</sup> Miguel Maria de Serpa Lopes, em um estudo realizado sobre o tema, aponta os seguintes elementos/requisitos: "a) - manifestação da vontade por meio de um comportamento negativo; b) - deduzida de circunstâncias concludentes; c) - caracterizada pelo dever e possibilidade de falar por parte do silente; e d) - e pela convicção da outra parte de haver, nesse comportamento negativo e nessas circunstâncias, uma direção de vontade inequívoca e incompatível com a expressão de uma vontade oposta. (grifo original) (apud RÁO, Vicente, op. cit., p. 142). A respeito desse último item, acrescenta Vicente Ráo: "o comportamento negativo do silente e respectivas circunstâncias devem induzir a outra parte à acenada convicção, como induziriam, de modo normal, qualquer outra pessoa igualmente prudente e de boa-fé". (RÁO, Vicente, op. cit., p. 142-143).

<sup>63</sup> PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota, op. cit., p. 643-645; PINTO, Carlos Alberto da Mota, op. cit., p. 427-428; ANDRADE, Manuel A. Domingues, op. cit., p. 136.

Ademais, não se concebe que as conseqüências do descumprimento desse suposto dever de falar, pelo silenciante, sejam a conclusão do negócio, a sua revelia, e a sua responsabilização por eventual inadimplemento da obrigação. Como leciona Manuel A. Domingues de Andrade, "do silêncio em que se manteve a pessoa que podia e devia falar só pode concluir-se que ela faltou a esse dever, não que quis anuir à proposta. Portanto, só se pode dizer que ela deve responder pelas perdas e danos consequentes à infracção de tal dever, ou seja, pelas perdas e danos resultantes de não ter chegado a formar-se o contrato"<sup>64</sup>.

Quanto ao critério das circunstâncias particulares, que, uma vez presentes, seriam idôneas a conferir relevância ao silêncio, duas considerações devem ser realizadas: (a) a simples eleição de determinadas circunstâncias pela doutrina não se presta a impor um dever de falar<sup>65</sup>, ainda que realizada por meio de sentença judicial, uma vez que a figura do "dever de falar", como se viu, não se sustenta, a menos que o dever seja estipulado por lei; (b) por outro lado, pensar nessas circunstâncias como elementos qualificadores do comportamento omissivo se faz possível e, como ressalva Paulo Cardoso Correia da Mota Pinto, apresenta-se, mesmo, como uma solução óbvia.<sup>66</sup>

Em vista dos problemas enfrentados, deduz-se, como ilação mais razoável, que a imposição de um dever de falar, não serve como critério. Compreende-se, em todo caso, que essa idéia, dentre outras, tenha sido desenvolvida e sustentada por muitos autores que, principalmente, buscavam uma solução para a não regulamentação específica do silêncio, pelo Código Civil brasileiro de 1916<sup>67</sup>. Já a idéia de que certas circunstâncias devam estar presentes para que o silêncio se faça relevante

---

<sup>64</sup> ANDRADE, Manuel A. Domingues de, op. cit., p. 136. No mesmo sentido lecionam Carlos Alberto da Mota Pinto (PINTO, Carlos Alberto da, op. cit., 428) e Paulo Cardoso Correia da Mota Pinto (PINTO, Paulo Cardoso Correia da, op. cit., p. 646-647), acrescentando esse último autor que tampouco transpondo a questão para o campo do ónus jurídico ela poderia ser resolvida; "se, como salienta Canaris, o ónus (ou a *Obligeneheit*), pelo menos sob o ponto de vista valorativo, não representa uma imposição maior do que um dever, antes constitui um *minus* em relação a este, não se compreenderia que, sem contradição valorativa, a sua violação (de uma imposição menos intensa) desse lugar a uma sanção *mais gravosa*" (grifo original).

<sup>65</sup> PINTO, Paulo Cardoso Correia da, op. cit., p. 648-649.

<sup>66</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 649.

<sup>67</sup> Da mesma forma, não há norma específica sobre o silêncio nas legislações francesa, italiana, alemã, austríaca, espanhola e no antigo Código Civil Português de Seabra (PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. Op. cit., p. 651). Em especial, na legislação francesa, para além das hipóteses em que a lei expressamente equipara o silêncio a uma anuência, foram construídos, pela jurisprudência, ao menos três grupos de casos de relevância do silêncio. (COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cours élémentaire de droit civil français*. 10 ed. Paris: Librairie Dalloz, 1953. t. XII, p. 31-33).

cinge-se na questão de estabelecerem-se no que consistiriam, e quais seriam essas circunstâncias. Esse aspecto, entretanto, não é satisfatoriamente esclarecido pela doutrina.

(c) O advento do novo Código Civil brasileiro trouxe, em seu texto, a possibilidade desses critérios serem analisados sob diferente perspectiva: a legal. É que o legislador pátrio, seguindo o do Código Civil português<sup>68</sup>, inseriu no Código Civil brasileiro de 2002 uma norma voltada a regular especificamente o silêncio (art. 111).

Ora, a partir dessa inovação, faz-se possível identificar, com maior segurança e clareza, quais os critérios gerais eleitos pelo legislador como capazes de revelar certas situações que, na sua percepção, tenham um valor positivo de declaração negocial.

De fato, diz o artigo 111 do novo Código Civil: "o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias e os usos autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa". Em outras palavras, pode-se aduzir que o silêncio valerá como aceitação quando as circunstâncias e os usos lhe atribuírem esse valor declarativo, e desde que a lei não exija que a vontade seja declarada expressamente.

Antes de adentrar a questão dos critérios legais, importa ressaltar que o legislador brasileiro houve por bem apontar dois elementos a serem previamente observados, quando em análise a atitude omissiva. Tem-se, assim, que a possibilidade do silêncio valer como declaração negocial no direito brasileiro (1) restringe-se à situação de aceitação de uma proposta, e (2) condiciona-se a dispensa, pela lei, de forma que ostente a qualidade de declaração expressa, de conformidade com a leitura que se faz do texto legal: "*o silêncio importa em anuência, quando as circunstâncias ou os usos autorizarem e não for necessária a declaração de vontade expressa*" (grifo nosso).

Explica-se. Em relação à aceitação, pode-se dizer que, por definição, quem anui, consente, está de acordo com algo já exteriorizado. Assim, no Brasil, a *contrario sensu* do disposto na norma legal, tem-se que a regra geral é de que o silêncio não vale como proposta negocial, mas apenas como aceitação, adesão a uma dada proposta formulada.<sup>69</sup>

Quanto à forma, tem-se que quando a lei exigir que esta seja expressa, fica obstado o reconhecimento do valor declarativo do silêncio.

---

<sup>68</sup> O Código Civil português, em seu artigo 218, dispõe: "o silêncio vale como declaração negocial, quando esse valor lhe seja atribuído por lei, uso ou convenção".

<sup>69</sup> No direito português, o texto legal engloba as duas variantes: o silêncio como aceitação e o silêncio como proposta. Exemplificado a possibilidade de o silêncio valer como proposta, o autor Manuel A. Domingues de Andrade cita o caso "dum pai que esta presente no acto em que seu filho menor faz uma compra - porventura tendo entrado com ele no respectivo local". (ANDRADE, Manuel A. Domingues de, op. cit., p. 138).

Ademais, quer parecer que com tal disposição, o legislador eliminou a possibilidade da "declaração silenciosa" ser compreendida como uma espécie de declaração expressa, hipótese teoricamente possível de apresentar-se, segundo parcela da doutrina, quando o silêncio fosse equiparado, por acordo as partes, a um elemento de uma linguagem.<sup>70</sup> O reforço a essa conclusão, aliás, traduz-se pela exclusão da "convenção" ou "acordo" dentre os critérios enumerados pelo legislador, aptos a indicar situações omissivas que ostentem um valor de declaração negocial.

Dito isso, resta averiguar quais os critérios aptos a atribuírem valor declarativo ao silêncio, enumerados pelo legislador.

Pois bem, da leitura do texto legal é possível extrair-se dois critérios gerais: (1) as circunstâncias e (2) os usos. É por meio de um desses elementos, portanto, que a atitude de "calar" terá um significado negocial, será valorada como uma declaração.

Veja-se que o legislador fez positivar um dos critérios usualmente defendidos pela doutrina, qual seja, as "circunstâncias".

E em que consistem "as circunstâncias e os usos", a que se refere o legislador?

A expressão "circunstâncias", como já mencionado, traz, em si, o problema de sua definição e extensão. Entende-se por circunstâncias as particularidades, especificidades, condições que acompanham determinado negócio. Mas quais seriam as circunstâncias idôneas a reconhecer o valor declarativo de uma determinada conduta omissiva? Por certo, não existe um grupo de circunstâncias previamente determinado, a que o operador do direito possa recorrer. Por isso, há que se considerar cada caso individualmente, visualiza-lo no seu conjunto, observar toda a ambiência em que surgiu o aventado "negócio", para dela extrair as particularidades que o compõem. Feito isso, quer parecer que o que o texto legal exige é que todo esse contexto de circunstâncias em que se insere a conduta omissiva seja capaz de revelá-la como significativa, como um consentimento. É, portanto, analisando todo o contexto em que se insere o silêncio é que se poderá aferir se este possui, ou não, naquelas determinadas circunstâncias, um valor declarativo.

Por sua vez, os usos consistem em práticas habituais, aceitas e observadas pela sociedade. Distinguem-se, aliás, do costume, uma vez que este, nada obstante também refletir uma prática constante, é percebido pela coletividade conforme ao direito, sendo por ela adotado, portanto, com a convicção de sua obrigatoriedade.<sup>71</sup> Sem maiores

---

<sup>70</sup> PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota, op. cit., p. 693-694.

<sup>71</sup> PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota, op. cit., p. 660.

dificuldades, pode-se afirmar que os usos a que se referiu o legislador são aquelas práticas formadas justamente no sentido de conceder uma relevância a uma conduta omissiva, seja no âmbito do comércio, em determinadas atividades ou profissões, em certas localidades ou, ainda, apenas entre partes, como leciona Paulo Cardoso Correia da Mota Pinto.<sup>72</sup>

A formação do uso implica, portanto, em reconhecer, em uma determinada atitude omissiva, um significado comum, usual, de aceitação, de consentimento, dentro de determinado meio (social, comercial, local, etc.), o qual deverá estar conforme, evidentemente, com o direito.

Tem-se, assim, que, observados, no caso concreto, um desses elementos qualificadores do silêncio – as circunstâncias ou os usos –, a atitude totalmente omissiva terá valor de uma declaração negocial no direito brasileiro, de acordo com o novo Código Civil.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do estudo realizado, extraem-se as seguintes conclusões gerais:

(1) Na doutrina brasileira e alienígena o negócio jurídico apresenta múltiplas definições. Mais do que pretender apontar aquela que se afigura mais correta (mesmo porque, sendo o Direito uma ciência compreensiva, não existem idéias corretas/ incorretas), importa conhecê-las e as diferentes concepções que as fundamentam e, no trato da disciplina do negócio jurídico, manter-se fiel ao conceito/concepção adotado, a fim de que todo o estudo desenvolva-se com coerência e clareza.

(2) Há muito se tem questionado a relevância jurídico-negocial do silêncio. Nos estudos realizados, diferentes conclusões podem ser observadas a respeito, oscilando a doutrina entre considerá-lo como verdadeiro meio declarativo, ou apenas como uma figura equiparada, pela lei, a uma declaração negocial, para fins de extensão de efeitos.

Quer parecer que o artigo referente ao silêncio, trazido pelo novo Código Civil brasileiro (art. 111) não pacifica essa questão, mesmo porque a idéia de que se faz possível a existência conjunta de casos de silêncio que constituam verdadeiras declarações negociais e outros que apenas ostentam tal qualidade em razão de uma valoração, nesse sentido, já é defendida na doutrina portuguesa.

Mas independentemente do posicionamento adotado, entende-se ser de maior utilidade prática saber avaliar o valor declarativo de uma

---

<sup>72</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 660.

atitude totalmente omissiva, ou seja, poder-se identificar uma declaração silenciosa (seja por substância ou equiparação).

Dentre as alternativas apontadas, sobressaem aquelas que buscam solucionar o problema por meio de critérios que se mostrem aptos a qualificar simples atos de silêncio em atos de silêncio negocialmente relevantes. Um dos critérios mais indicados pela doutrina, o do "fato do silenciante poder e dever falar", não se mostra satisfatório, uma vez que apresenta inúmeras dificuldades, insuperáveis, pelo que restou constatado, para sua utilização. Já o critério da "necessidade de ocorrerem, concomitantemente a conduta omissiva, circunstâncias particulares" apresenta-se plausível, inobstante a doutrina não se detenha a esclarecer que circunstâncias seriam essas.

Com o advento do novo Código Civil brasileiro, a inserção de um artigo a regular o silêncio (art. 111) traz, em si, critérios percebidos como idôneos, pelo legislador, a revelar determinadas situações que ostentem um valor positivo de declaração negocial. Além dos critérios, referido artigo estipula dois elementos a serem previamente observados: a declaração negocial no direito brasileiro (a) restringe-se à situação de aceitação de uma proposta e (b) está condicionada à dispensa legal de forma que apresente a qualidade de declaração expressa.

Quanto aos critérios previstos pelo legislador, são eles as circunstâncias e os usos. O critério das circunstâncias, como mencionado, já era previsto pela doutrina antes de sua positivação; exige-se que o contexto de circunstâncias em que se insere o silêncio seja apto a revelá-lo como um consentimento. O critério dos usos, também utilizado pela legislação portuguesa, requerer a comprovação de práticas habituais formadas no sentido de conceder uma relevância a uma conduta omissiva.

Do estudo, infere-se que a inovação trazida pelo novo Código Civil brasileiro em matéria de "silêncio" apresenta-se significativa à medida que, ao indicar um rumo, uma direção, a ser seguida pelo operador do direito quando no exame de um caso concreto, auxiliando-o na análise do valor de declaração de uma inação, confere maior segurança às relações jurídicas negociais.