

O SIGNIFICADO DO SILÊNCIO NAS RELAÇÕES OBRIGACIONAIS

(THE MEANING OF SILENCE IN BINDING OBLIGATIONS)

*Andrea Marighetto*¹

*Demetrius Nichele Macez*²

Resumo: O presente estudo se propõe de analisar os efeitos jurídicos do silêncio nas relações obrigacionais. O silêncio é analisado, antes de tudo, como própria forma de linguagem: é a dialética do discurso – sintetiza Bakhtin – que permite de atribuir ao silêncio um determinado significado semântico linguístico. Da mesma forma, no âmbito das relações jurídicas obrigacionais, o silêncio produz efeitos cujo Ordenamento atribui explícita ou implicitamente determinados efeitos jurídicos. O trabalho, depois de breve *excursus* histórico sobre o significado jurídico do silêncio nas relações obrigacionais, focaliza sobre a casuística prevista pelo Ordenamento Brasileiro em que o silêncio produz determinados efeitos, para terminar com a apresentação de um estudo comparativo da matéria entre diferentes Ordenamentos.

Abstract: The study aims to analyze the consequences of the silence in binding obligations. Silence is analyzed, first of all, as a form of language: it is the dialectic of discourse - summarizes Bakhtin - that allows assigning to silence a particular semantic meaning of language. Likewise, from a legal point of view, the silence produces legal effects when explicitly or implicitly the Legal System attributes certain legal effects. The paper, after a brief historical *excursus* on the legal meaning of silence in binding obligations, focuses on the sample provided by the Brazilian Legal System in that silence produces certain effects, to finish with the presentation of a comparative study of matter between different jurisdictions.

Palavras-chaves: Silêncio; Obrigação; Contrato; Direito Romano; Direito Comparado.

Key words: Silence, Obligation, Contract; Roman Law; Comparative Law.

¹ Doutorando em Direito Comercial Comparado e Uniforme pela Universidade de Roma I La Sapienza e Doutor, *summa cum laude*, em Direito Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor e advogado italiano.

² Doutor, *summa cum laude*, em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor e advogado brasileiro.

Sumário: 1. Dialética, semântica e linguagem do silêncio; 2. Impostação do “questão” sobre o silêncio nas relações jurídicas; 3. No Direito Romano; 4. No Direito Brasileiro; 4.1. No Direito Societário; 4.2. No Direito do Consumidor; 5. Breves aspectos de Direito Comparado; 6. Considerações Finais

1. Dialética, semântica e linguagem do silêncio.

A orientação dialógica é naturalmente um fenômeno próprio a todo discurso. Trata-se da orientação natural de qualquer discurso vivo. Em todos os seus caminhos até o objeto, em todas as direções, o discurso se encontra e não pode deixar de participar, com ele, de uma interação viva e tensa. Apenas o Adão mítico que chegou com a primeira palavra num mundo virgem, ainda não desacreditado, somente este Adão podia realmente evitar por completo esta mutua orientação dialógica do discurso alheio para o objeto. Para o discurso humano, concreto e histórico, isso não é possível: só em certa medida e convencionalmente é que pode dela se afastar.³

A conceituação linguística de BAKHTIN examina a língua, em sua totalidade concreta, viva, em seu uso real, e por isso, por ele, tem a propriedade de ser dialógica. Existe um diálogo interno às palavras, que é sempre “perpassada pela palavra de outro”. Assim como o enunciador, para constituir um discurso, leva em conta o discurso de outrem, que está presente no seu; no contrato, as próprias partes, assim como os terceiros, “perpassando” tipologias de negociação, acordo, texto ou minuta, dialogam mediante formas juridicamente reconhecidas para construir tecidos relacionais sociais e econômicos.

Por BAKHTIN, todos os fenômenos presentes na comunicação real podem ser analisados à luz das relações dialógicas que os constituem. De fato, por BAKHTIN as unidades da língua não são dirigidas a ninguém, ao passo que os enunciados têm um destinatário. [...] As unidades da língua são neutras, enquanto os enunciados carregam emoções, juízos de valor, paixões. [...] As

³ BAKHTIN, Michael. *Questões de literatura e de estética: a teoria do romance*. Trad. FORNONI BERNARDINI, Aurora et alii, São Paulo: Editora da UNESP e HUCITEC, 1998.

unidades de língua, sendo unidades potenciais, têm significação, que é apreendida da relação com outras unidades da mesma língua ou de outros idiomas [...]⁴.

Por GLENN, as modalidades de comunicação humanas podem ser tranquilas ou tempestuosas, implícitas ou explícitas, liberas ou forçadas, depende do que o próprio Autor define como “tradição”. De fato, o número de argumentações gerado pela tradição pode depender do grau de como esta mira a cortar a conduta humana; a quantidade de conversações que produz pode derivar pela sua ambiguidade em delinear os tipos de conduta opcionais; a contestação verbal pode ser valorizada em algumas tradições, e, ao mesmo tempo, não alimentada por outras. A troca de informações entre pessoas é essencial mesmo quando se concretiza em fornecer ordens. Existem formas de comunicação que não incluem o diálogo, assim como podem haver-se formas de comunicação unilateral; por GLENN, portanto, a troca de informações é constantemente presente em todos os tipos de coexistência humana e a racionalidade é sempre presente em cada troca⁵.

Passando à dialética linguística, PERELMAN evidencia como o Juiz desenvolva um papel fundamental para compreender e identificar um preciso comportamento em uma determinada fase histórica: unicamente interpretando os elementos fáticos nos quais se insere o próprio evento, pode-se argumentar e funcionalizar-se o comportamento, no sentido de lhe reconhecer ou atribuir efeitos jurídicos.

Na concepção funcionalística do Direito, o Direito concretiza-se, *em si*, em um meio para alcançar o fim desenhado pelo legislador. Isso de fato exclui a assimilação do sistema de direito a um sistema matemático, sendo que um sistema puramente formal para não ter meios que miram à realização de uma finalidade social, não devem levar em conta as condições de seu funcionamento eficaz na sociedade. Todavia, o Direito e o sistema em que é

⁴ FIORIN, José Luiz. *Introdução ao pensamento de Bakhtin*. São Paulo: Ática, 2008.

⁵ GLENN, Patrick H.. *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*. Forth Edition. Oxford-New York, Oxford University Press, 2010, p. 157.

inserido – independentemente da época ou da razão histórica – pode ser entendido unicamente em relação ao meio social cujo se refere. Quando o meio se modifica, a causa das mudanças das sociedades e os valores que nestas são representados, o Juiz poderá, ou melhor, deverá mediante a argumentação adaptar o texto da lei no sentido dinâmico, partindo do pressuposto que a lei não previu essa situação nova e que, em presença de uma lacuna da lei, o próprio Juiz deverá decidir ou agir “*conforme as regras que estabeleceria se devesse agir como legislador*”⁶.

2. Impostação da “questão” sobre o *silêncio* nas relações jurídicas

No Direito Privado, para que sejam produzidos efeitos juridicamente relevantes, a vontade – que quando não formalmente expressa concretiza apenas um movimento da psique, ou seja um fato interno da pessoa, não cognoscível objetivamente – deve ser manifestada externamente⁷. A manifestação da vontade, ou seja, a sua exteriorização pode ocorrer de muitas maneiras, por falar ou escrever, ou por fazer um determinado gesto, como, por exemplo, um aperto de mão ou um aceno de cabeça etc. Independentemente do tipo de manifestação, os sinais utilizados destinam-se a comunicar com o exterior, de modo intencional e dirigido, um significado específico volitivo.

No Direito Público, não só o silêncio como a vontade do particular são, a rigor, irrelevantes para a formação da relação jurídica. Veja-se a relação obrigacional tributária, por exemplo, em que a obrigação é heterônoma, alheia a vontade do particular. A obrigação no direito público decorre diretamente da lei, mediante a aplicação do princípio da *imputação*. Ocorrido o fato previsto

⁶ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 81.

⁷ O sistema chama o “espaço” ao interno do qual as manifestações de vontades se encontram, e dão forma aos contratos como autonomia privada. Por ALPA, Guido. Lineamenti di diritto contrattuale. In: *Diritto Privato Comparato*. Roma Bari: Editori Laterza, 2008, p. 178, a ideia de autonomia é de origem alemã e tem as suas raízes no direito internacional (autonomia das partes) e na construção da categoria do negócio jurídico; diversamente, autonomia da vontade é expressão tipicamente francesa. Muitos foram as tentativas de derivar a do pensamento de Kant, mas em Kant esta expressão possui natureza prevalentemente ética. Ao contrario, o influxo da filosófica de Kant difusa na educação secular na França de final do século foi inspiradora para sobrepor os seus esquemas conceptuais às teses de Kant e, portanto, para se apelar à sua autoridade ao fim de dar um sólido fundamento à teoria da vontade.

na lei dá-se infalivelmente a consequência nela prevista. Diante dessa característica inerente as obrigações tributárias pode-se dizer que o silêncio, ou a vontade de ficar em silêncio, é irrelevante para o surgimento do liame obrigacional entre o Estado e o particular. Daí a célebre afirmação de PONTES DE MIRANDA⁸ de que a vontade para o Direito Público produz o mesmo efeito jurídico que “bater uma porta”, ou seja, efeito nenhum.

O silêncio, entretanto, é um fato equívoco, que não possui *em si* valor de consentimento. O silêncio configura, portanto, a ausência de uma declaração ou um comportamento a partir da qual seja possível pesquisar a intenção negocial da pessoa, sendo que, considerado individualmente, não constitui um ato de vontade. De fato, são as circunstâncias nas quais o silêncio se insere a atribuir ao próprio significado o valor de consentimento ou dissensão. O valor do silêncio é, portanto, uma *quaestio facti* no sentido que são as circunstâncias fáticas a tornar o silêncio significativo.

Mesmo tendo tido em concreto um comportamento silencioso, não é o silêncio *em si* a ser relevante, mas aquelas ações ou aqueles comportamentos cujo silêncio se acompanha como fato acessório. Como no caso, por exemplo, em que uma das partes tinha o ônus ou até o dever de se manifestar e não se manifestou, ou quando a própria lei atribui determinadas consequências já definidas ao comportamento inerte do sujeito.

A teoria do comportamento concludente ou da declaração tácita de vontade contribui a atribuir efeitos determinados a meros atos jurídicos sem sair do âmbito da autonomia privada⁹. Portanto o comportamento concludente

⁸ Mais adiante ao tratar da teoria do ato administrativo, ainda no âmbito do Direito Público porém fora da teoria das obrigações, o autor admite efeitos jurídicos do silêncio ao afirmar que: “O próprio ato administrativo de comando oral, de ordem oral, de mandamento oral, expressão que é mais abrangente, supõe — na mente de quem comanda, ou ordena, de quem manda — a implícita declaração de que tem direito a fazê-lo. A regra é serem escritos os atos jurídicos, mas há os orais, há os até pelo silêncio. E esse elemento declarativo, como o constitutivo e os outros, existe em todos os atos administrativos, se os queremos classificar conforme sua eficácia.” (Tratado das Ações. Tomo I. Ação, classificação e eficácia. São Paulo: Bookseller, 1999.)

⁹ Veja-se Nota 6 *supra*.

ou a declaração tácita entra sempre no *genus* da manifestação da vontade, se diferenciando desta, sendo que, o silêncio *em si* não é ato declarativo de quaisquer vontades, mas fato idôneo a produzir determinadas consequências jurídicas na presença de certos pressupostos.

Estes pressupostos se concretizam em relevantes situações subjetivas e objetivas, que pertencem às preexistentes relações entre as partes, à boa fé, à concretude nas práticas comerciais que, por exemplo, atribui às partes o dever de manifestar a própria vontade, concretizando, em caso de não manifestação, expressão de vontade negocial positiva e substitutiva da manifestação de vontade. O silêncio, assim considerado, pode configurar expressão tácita de vontade segundo o antigo brocardo *qui tacet consentire videtur, si loqui debuisset ac potuisset*.

O silêncio qual comportamento omissivo é, portanto, *em si* inidôneo a aperfeiçoar um acordo, sendo que, por definição, isso pede o encontro das manifestações das vontades das partes. Entende-se, todavia, que um acordo possa-se aperfeiçoar quando a lei atribuía valor de consentimento à inércia do sujeito: ou seja, o silêncio pode ter valor de manifestação tácita de vontade e adquirir eficácia jurídica, quando particulares situações objetivas e/ou subjetivas o rendam significativo (silêncio circunstanciado), qual sinônimo revelador da intenção das partes. Em particular, considerar-se que o silêncio possa ter o significado de declaração quando, instaurada uma relação entre as partes, o usual agir ou a própria boa-fé imponha um ônus ou um dever de falar. Neste caso, o não falar pela parte pode ser entendido como adesão à vontade manifestada pela outra¹⁰.

É a partir da análise do comportamento inteiramente considerado do sujeito que pode se extrair o significado do consenso, sendo possível atribuir relevância significativa ao silêncio quanto exista uma expressa previsão de lei que entenda o silêncio como declaração (*silencio ex lege*), ou seja quando a própria lei estabelece que o contrato possa se constituir também sem o acordo, ou quando o silêncio indica a falta de exercício de um poder de revogação.

¹⁰ BIANCA, Massimo. Il contratto. Em *Diritto Civile*. Milano: Giuffrè 1998, p. 217.

O silêncio *em si* não produz consentimento, exceto quando é configurada a hipótese de violação da obrigação - seja esta resultante de uma obrigação específica ou resulte de prática contratual ou negocial - de se manifestar.

3. No Direito Romano

É possível identificar três relevantes correntes de romanistas que tratam sobre a matéria do silêncio nas relações obrigacionais: de um lado, os que entendem que o silêncio produz efeitos jurídicos unicamente nos casos explicitamente enumerados pela lei, sem possibilidade de interpretação analógica; doutro, os que entendem que os casos em que o silêncio produz efeitos jurídicos não são taxativos, sendo que através da interpretação das leis é possível identificar casos não expressamente previstos como geradores de efeitos jurídicos; doutro ainda, os que consideram que o silêncio é simplesmente uma situação fática incapaz de produzir efeitos jurídicos¹¹.

A *opinio iuris* mais tradicional tende a não reconhecer a relevância jurídica do silêncio e, em particular, tende a excluir que possa ser interpretado como manifestação negocial de vontade. Ao contrário, a interpretação moderna é no sentido de, em certas situações, atribuir relevância ao silêncio como forma de manifestação tácita de vontade ou por *facta concludentia* (o silêncio em determinadas situações objetivas e subjetivas, como em um dever de falar, ou na presença de uma declaração de outros, concretiza de fato a obrigação)¹².

Diferentemente do comportamento tácito, o silêncio é omissão de qualquer manifestação de vontade, concretizando um conteúdo *em si* neutro e

¹¹ Confronta-se DE MELLO, Baptista. O silêncio no direito. Em *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*. São Paulo: RT, 2011, Vol. I, p. 1017 e s.

¹² PACCHIONI, Il silenzio nella conclusione dei contratti, em *Rivista di Diritto Commerciale*, Padova, 1906, II, p. 23 e s.

equivoco, por isso isoladamente considerado – prevalece a interpretação tradicional – o silêncio não constitui alguma manifestação de vontade negocial.

Quando o silêncio se apresenta como fato jurídico autônomo, capaz de produzir efeitos jurídicos, precisa identificar um critério para diferenciá-lo do silêncio entendido como mera negatividade ou neutralidade. Rende-se, portanto, necessária a intervenção de um interprete, que reconstrua o significado do silêncio através a interpretação. Trata-se de uma tarefa, certamente, não fácil, sendo que o silêncio consente soluções polivalentes.

O silêncio concretiza, de fato, uma dúplici possibilidade de significado, de um lado, segue o brocardo “*qui tacet videtur consentire*”¹³, doutro o “*qui tacet non utique facetur, sed tamen verum est non negare*”¹⁴. São, portanto, dois os caminhos que o interprete, ou o operador do direito, pode percorrer para esclarecer a situação fática e jurídica do silêncio.

Em particular, sendo o silêncio fonte de efeitos jurídicos, desde que – como visto acima – sejam previstos pela própria lei ou pela presença de circunstâncias preestabelecidas, nós apreço possível catalogar as situações fáticas ou as previsões de lei em que é possível atribuir ao silêncio um determinado significado ou a produção de determinados efeitos jurídicos (uma espécie de “casuística do silêncio”).

O silêncio concretiza assim também uma *quaestio iuris*, e não simplesmente uma *quaestio facti*. O silêncio é uma manifestação de vontade incompleta, ou não plena, considerada geralmente como forma de diferente gradação da manifestação da vontade por parte do contraente. A manifestação de vontade através do silêncio responderia a uma formulação unitária do fenômeno, que evidentemente atribuiria ao silêncio um significado sempre “positivo” segundo o brocardo “*qui tacet videtur consentire*”.

¹³ C. 43 in VI.5.12

¹⁴ Paul. D. 50.17.142

SAVIGNY considerava o silêncio como um fato em si nulo. SCIALOJA, mesmo retomando a concepção de SAVIGNY, considerava duas categorias de atos jurídicos em quais identificarem hipóteses de silêncio: de um lado, a vontade como causa diretamente eficaz; doutro, a responsabilidade como elemento essencial para os efeitos da declaração. Em particular, SAVIGNY destaca que o silêncio, a princípio, não concretiza alguma manifestação de vontade, todavia, dependendo da natureza da relação jurídica em que se qualifica é possível “*propuser um contrato e declarar que tomará o silêncio da outra parte como assentimento, nada obstante, nenhum direito assistir-lhe-á para o fim de compeli-la a uma resposta negativa*”¹⁵.

Em resposta ao ilustre jurista Alemão, SCIALOJA identificava, assim, três hipóteses de silêncio: o silêncio como não fato; o silêncio como manifestação tácita de vontade, o silêncio (*tacere*) como vontade expressa (o que hoje definiremos como “silêncio consentimento”)¹⁶.

Interpretar ou julgar casos de vontade tácita, declaração ou manifestação de vontade é juízo *de fato*, sendo que é necessário verificar caso por caso se existe ou menos aquela lógica e/ou necessária conexão entre fato externo e o *animus* do agente, sendo que o mesmo fato pode ser interpretado, em determinadas circunstâncias, como manifestação tácita, e, em outras, como não manifestação de vontade. Não parece-nos, portanto, possível predeterminar regras específicas e universalmente válidas para interpretar o silêncio de forma unitária.

BONFANTE reconhece a necessidade de uma dupla identificação de interpretação do silêncio: o silêncio equiparado ao não assentir, *non utique fatetur*, se refere às relações jurídicas em que ocorre o *fateri*, e as situações

¹⁵ SCIALOJA, Vittorio. Teoria degli atti e dei negozi giuridici, em *Lezioni anno 1892-93*, V² Restampa, Roma, 1950, p. 49.

¹⁶ SCIALOJA, Vittorio. *Op. Cit.* p. 69.

em que é suficiente não nega-lo, sendo que em relação a estas últimas o ordenamento colega determinadas consequências¹⁷.

A ausência de exteriorização de vontade por meio de palavras ou comportamentos concludentes é objeto de interpretação, além de representar a base da própria questão “moderna” em relação à qual nos casos de discordância entre vontade e manifestação de vontade haja-se a se dar preferência à vontade ou à manifestação da vontade.

Em relação à questão do silêncio no Direito Romano, o ponto do estudo é constituído pela modalidade através a qual o antigo ordenamento entendia o conceito de “manifestação de vontade”: enquanto, na fase mais arcaica, era exigida a vontade manifestada *ore vel re*, ou seja, ciente e racional; em idade imperial, causa a progressiva importância atribuída ao elemento psicológico, era exigida a simples vontade quando socialmente reconhecida¹⁸.

Precisa destacar que na idade arcaica a necessidade de formalidade (forma solene) comportava de fato a exclusão de cada indagação sobre a vontade do autor, comportando a irrelevância da *reservatio mentis*, enquanto tivemos provas da existência do negócio tácito unicamente em idade clássica. De qualquer forma, no Direito Romano falta a formulação de um princípio geral sobre a eficácia jurídica do silêncio. Por isso que, no Direito Romano, ou seja, na conceituação arcaica, era identificável como simples *quaestio facti*¹⁹.

¹⁷ BONFANTE, Pietro. Il silenzio nella conclusione dei contratti. In *Scritti giuridici vari*. Torino, 1921, Vol. III. p. 179 e 199.

¹⁸ BONFANTE, Pietro. Il silenzio nella conclusione dei contratti. Em *Rivista di Diritto Commerciale*, Padova, I, 1907, p 105 e s.

¹⁹ È, todavia, interessante destacar como a doutrina moderna baseia-se na fundamentação da recondução dos efeitos jurídicos do silêncio partindo do texto de *Paulo D. 50.17.142* segundo o qual *qui tacet, non utique fatetur: sed tamen verum este uem non negare*, ou seja da uma previsão totalmente fática e não jurídica.

4. No Direito Brasileiro

PONTES DE MIRANDA²⁰, em seu Tratado de Direito Privado, ensina que o silêncio pode concretizar manifestação de vontade em relação a aqueles negócios jurídicos bilaterais que não haja necessidade de aceitação expressa, ou de qualquer fato positivo que se haja de interpretar como manifestação de vontade. Quando, por exemplo, o oferente, na oferta ou em declarações sobre a sua oferta de que tenha de ter conhecimento o destinatário, haja dispensado a resposta por ato positivo do destinatário. Ai, responde-se com o silêncio.

Por PONTES DE MIRANDA, a princípio, não existe um dever de responder às ofertas, por isso, a princípio, não há como considerar que o silêncio haja-se a ser considerado como manifestação de vontade, e, no específico, aceitação da oferta. Diferentemente, se a lei apontou um determinado significado ao silêncio, o silêncio produzirá única e limitadamente aqueles efeitos jurídicos que a lei lhe atribuiu.

A interpretação dos negócios jurídicos opera-se como a propósito das manifestações de vontade expressa. Se a lei apontou ao silêncio um determinado significado, o silêncio operará como manifestação de vontade expressa a todos os efeitos. Não se trata apenas de tipos ou espécies de manifestação de vontade, mas de simples manifestação de vontade, tal como foi previsto pela lei.

Por PONTES DE MIRANDA, não há a que falar-se de função que lhe confere o costume, ou resultou da cláusula da oferta, mas da lei que criou um significado típico, ou legal. Como no caso do art. 1.084 do Código Civil de 1916, o qual dispõe *“se o negócio for daqueles, em que se não costuma a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensar, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa”*²¹.

²⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, Vol. XXXVIII, Atualizado, São Paulo: RT, 2012, p. 88 e s..

²¹ O art. 1.084 do Código Civil de 1916 foi reproduzido quase sem modificações pelo art. 432 do Código Civil de 2002: *“Se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação*

SERPA LOPES entende que o silêncio produz efeitos jurídicos quando isso é o fruto de uma manifestação da vontade mediante um comportamento negativo; que as circunstâncias sejam concludentes; que a parte tenha o dever ou a obrigação, bem como a possibilidade de falar; a convicção da outra parte de haver no comportamento negativo uma direção inequívoca e incompatível com a expressão de vontade oposta²².

Por MONTEIRO²³ o silêncio pode traduzir um querer, pode ser erigido em uma manifestação de vontade. No ponto de vista jurídico o silêncio vale por anuência sempre que uma pessoa, interpelada, possa ou deva responder-lhe, quando a pessoa interpelada não se manifeste em tal específica situação, o silêncio pode ser interpretado como forma de anuência.

Assim, o art. 1.066 do Código Civil de 1916 segundo o qual *“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 nele a declaração, entender-se-á que aceitou, se a doação não for sujeita a encargo”*. Ou, ainda, o art. 539, seu correspondente, no Código Civil de 2002. O artigo abre uma exceção à regra segundo a qual a aceitação da doação é essencial para a existência da própria doação, ou seja, quando o doador fixa prazo para o donatário declarar que aceita, ou não, a liberalidade, e este, ciente do prazo, não faz a declaração dentro dele.

Da mesma forma, o art. 1.805 do Código Civil de 2002 (arts. 1581 e 1582 do Código Civil de 1916), em matéria de sucessões, prevê que *“a aceitação da herança, quando expressa, faz-se por declaração escrita; quando tácita, há de resultar tão somente de atos próprios da qualidade de herdeiro”*; em matéria de posse, o art. 1224 do Código Civil de 2002 (art. 522 do Código Civil de 1916), dispõe que *“só se considera perdida a posse para quem não*

expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa”.

²² LOPES, Serpa. *O silêncio como manifestação da vontade nas obrigações*, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Livraria Suíça, Walter Rolter Editora, 1961.

²³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 5º Volume. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 14.

presenciou o esbulho, quando, tendo notícia dele se abstém de retornar a coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repellido”; em matéria de prescrição, o art. 191 do Código Civil de 2002 (art. 161 do Código Civil de 1916) estabelece que *“a renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumir; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis coma prescrição*”; em matéria de mandato, os artigos 656 e 659 (arts. 1260, Caput, e 1292 do Código Civil de 1916) estabelecem, respectivamente, *“o mandato pode ser expresso ou tácito, verbal ou escrito”* e *“a aceitação do mandato pode ser tácita, e resulta do começo de execução*”; em matéria de silêncio intencional, o art. 147 do Código Civil de 2002 (art. 94 do Código Civil de 1916), *“nós negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito e fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se seria celebrado*”; em matéria de objeto do pagamento e sua prova o art. 326 do Código Civil de 2002 (art. 949 do Código Civil de 1916) *“se o pagamento se houver de fazer por medida, ou peso, entender-se-á, no silêncio das partes, que aceitaram os do lugar da execução*”, etc..

O silêncio é também disciplinado expressamente e, de forma geral em matéria de contratos, no art. 111 do Código Civil de 2002, o qual dispõe que *“O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa*”. A disposição, a nosso ver, há a ser lida de acordo com quanto estabelecido pelo sucessivo art. 112, que explica como *“nas declarações de vontade se atenderá mais a intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem*”.

O silêncio pode, portanto, ser considerado como fato gerador do negócio jurídico, sendo que em presença de determinadas circunstâncias, é hábil a produzir efeitos jurídicos, não sendo necessária a manifestação

expressa da vontade. O órgão judicante deverá, portanto, averiguar se o silêncio traduz ou não, vontade de negociar²⁴.

A interpretação do ato negocial há como objeto o conteúdo da própria declaração volitiva. A atividade interpretativa deve indagar intenção real dos contraentes, pois a sua declaração ou não declaração apenas possuirá significado quando traduzirá uma vontade realmente existente de produzir determinados efeitos jurídicos. Ainda mais, o art. 113 do Código Civil de 2002 sobre a interpretação de boa-fé dos negócios jurídicos destaca que o sentido literal da linguagem não poderá prevalecer sobre a intenção inferida da vontade das partes, mas deverá considerar o interesse social de segurança das relações jurídicas, sendo que as partes devem agir com lealdade e também de conformidade com os usos do local no qual o ato negocial foi concluído.

4.1 No Direito Societário

A possibilidade da cessão do exercício do voto a instituições financeiras e a administradores demonstra a concepção *contratualista* desse direito, que permite ao acionista cedê-lo, sem se desfazer da titularidade da ação²⁵. Também no sistema de *common law*²⁶ o direito de voto tem origem contratual, que se traduz na faculdade de sua cessão também a terceiros não acionistas.

O voto é irrenunciável por parte do acionista cujas ações possuam legal ou estatutariamente tal prerrogativa. Além disso, é inderrogável o direito de voto por parte da maioria, bem como pelo estatuto, que não pode suprimir ou restringir o direito de voto anteriormente assegurado. O direito de voto, embora

²⁴ É possível destacar um exemplo típico de silêncio produtivo de efeitos nos casos de contratos renovados ou prorrogados: na locação, é comum que o próprio prazo do contrato se entenda prorrogado caso não haja manifestação em sentido contrário de uma das partes.

²⁵ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedade Anônimas*. II. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 327 e s.

²⁶ Veja-se CORAPI, Diego. *Le Società per azioni*. Em (a Cura di) *Diritto Privato Comparato*. Bari-Roma: Laterza, 2011.

tenha caráter pessoal, origina-se da parcela patrimonial - a ação - que concretiza o capital da própria sociedade.

O voto concretiza um direito e não uma obrigação. Trata-se de um direito com forte conotação social, sendo que o seu exercício é destinado a manifestar a própria expressão de vontade da sociedade. O voto concretiza também um dever de abstenção, quando ocorrer conflito formal entre o interesse patrimonial do acionista e o da companhia.

O direito de voto, enquanto expressão de vontade, para que seja juridicamente reconhecido, deve ser exercido dentro dos limites aos quais estão subordinados os atos de autonomia privada.

Em caso de silêncio a causa de ausência, assim como de abstenção e dissensão, a legislação italiana, por exemplo, prevê a legitimidade de impugnação da deliberação da assembleia, a condição que, também em conjuntos, tenham tantas ações com direito de voto em relação à delibera objeto da impugnação, que representam o um por mil do capital social nas sociedades abertas ou o cinco por cento nas sociedade fechadas. O estatuto pode reduzir ou até excluir este requisito²⁷.

Uma consolidada orientação da jurisprudência italiana, ainda, sustenta que o objeto da deliberação deva coincidir com o conteúdo concreto da manifestação da vontade adotada pela assembleia e que tenham um objeto ilícito ou impossível todas as deliberações cujo conteúdo resulte contrário a normas de lei que tenham a finalidade de tutelar interesses transcendentos os de cada sócio, ou não respeite o conteúdo do escopo econômico prático do contrato social da sociedade (Cass. 03/928). Também a doutrina é concorde em considerar que o objeto coincide com o seu conteúdo.

²⁷ ALBERTI MAFFEI, Alberti. *Commentario breve al diritto delle società*. Padova: Cedam, 2007, voce art. 2377, p. 450.

4.1 No Direito do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor (“CDC”), no seu artigo 4º, estabelece o princípio da vulnerabilidade do consumidor e a necessidade da presença do Estado no mercado para protegê-lo. Isso determinou um maior papel da lei sobre a vontade das partes que, inevitavelmente, atribuiu uma maior importância à boa fé nas relações no mercado, controlando de forma mais abrangente o equilíbrio da relação de consumo. Em particular, o CDC, inciso III, assegura o direito básico à informação, que deve ser clara e adequada, e que acompanha cada fase da vida do contrato. Desta forma, qualquer cláusula ou prática que considere o silêncio do consumidor como aceitação, mesmo com falha da informação não pode prevalecer, acarretando a nulidade da própria cláusula, conforme art. 51 CDC²⁸.

A própria ementa do STJ, Rel. Min. Antonio Herman Benjamin, REsp 586316/MG RECURSO ESPECIAL 2003/0161208-5, DJe 19/03/2009 destaca como: [...] *as normas de proteção e defesa do consumidor têm índole de “ordem pública e interesse social”. São, portanto, indisponíveis e inafastáveis, pois resguardam valores básicos e fundamentais da ordem jurídica do Estado Social, daí a impossibilidade de o consumidor delas abrir mão ex ante e no atacado. O ponto de partida do CDC é a afirmação do Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo, o que não quer dizer compactuar com exageros que, sem utilidade real, obstem o progresso tecnológico, a circulação dos bens de consumo e a própria lucratividade dos negócios. [...] A obrigação de informação exige comportamento positivo, pois o CDC rejeita tanto a regra do caveat emptor como a subinformação, o que transmuda o silêncio total ou parcial do fornecedor em patologia repreensível, relevante apenas em desfavor do profissional, inclusive como oferta e publicidade enganosa por omissão.*

²⁸ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2009, p. 58 e 59.

Ainda, outra importante previsão sobre a regulamentação do silêncio nas relações de consumo é explicitada pelo CDC, através do seu art. 6º, que destaca o interesse do próprio fornecedor em dar a oportunidade ao consumidor para que tome conhecimento prévio e efetivo do conteúdo do contrato, sendo que é muito comum o consumidor tomar conhecimento de uma cláusula contratual que atua em seu desfavor apenas quando ocorre o fato que enseja a aplicação desta própria cláusula²⁹.

Neste sentido, é possível identificar um paralelismo com o Código Civil italiano, art. 1341³⁰, que prevê a ineficácia da cláusula se não for dado conhecimento efetivo da mesma ao consumidor. É, portanto, interessante destacar como no caso das relações de consumo não só o silêncio não produz efeitos jurídicos (fica a dúvida se também quando a favor do consumidor), mas também o próprio CDC impõe ao fornecedor a obrigação de informar o consumidor sobre o contrato e qualquer das cláusulas contidas nisso.

5. Breves aspectos de Direito Comparado

Em geral a doutrina tende considerar o silêncio segundo três principais concepções ou três diferentes graus de efeitos: de um lado é equiparado à expressão tácita de vontade quando as circunstâncias que o acompanham significam manifestação de vontade; doutro individualizam o silêncio já acompanhado por circunstâncias e significados tais de revelar manifestação das partes em determinado sentido; doutro ainda, o silêncio nunca é considerado como revelador de manifestação de vontade.

Em relação à primeira concepção, a experiência doutrinária italiana, por exemplo, tende a justificar esta concepção partindo da própria interpretação literal do art. 1327 do Código Civil, o qual estabelece que, durante a atuação

²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman V.; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; JÚNIOR, Nelson Nery; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. São Paulo: Forense Universitária, 2004, p. 542 e 543.

³⁰ Literalmente o art. 1341 *caput*: “Le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell’altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l’ordinaria diligenza (...)”.

ou execução do contrato, quando o comportamento é externado e não apresenta um significado claro e explícito é considerado como manifestação tácita de vontade. Ou seja, se teve um comportamento silencioso, o silêncio *em si* não é relevante, diversamente o que assume e produz significado são aqueles comportamentos cujo silêncio se acompanha como “acessório”. De fato, o art. 1327 do Código Civil literalmente dispõe que “*quando, a pedido do proponente ou pela natureza do negócio ou dependendo dos usos, a prestação deve ser executada sem uma preventiva resposta, o contrato é concluído no tempo e no lugar em que teve início a execução. O aceitante deve dar prontamente aviso à outra parte acerca o início da execução e, na falta, é obrigado a ressarcir o dano*”³¹.

Ainda, sempre utilizando a doutrina italiana, para justificar a produção de efeitos *ex jure* do silêncio *em si*, outra doutrina parte da interpretação do art. 1333 do Código Civil que dispõe como “*a proposta direta a concluir um contrato que produz obrigações unicamente para o proponente é irrevocável quando é conhecida pela parte a qual é destinada. O destinatário pode recusar a proposta no prazo fixado pela natureza do negócio ou pelas práticas. Na falta de quaisquer rejeição o contrato é concluído*”³².

Quanto à concepção do silêncio no seu significado mais neutro, ou seja, de não produtivo de efeitos, utiliza-se a interpretação literal do texto do próprio Código que *em si* não atribui significado algum ao silêncio, exceto quando outras circunstâncias externas ou preordenadas por lei atribuam ao silêncio um específico significado e determinados efeitos jurídicos.

³¹ Tradução livre. Literalmente o art. 1327 do Código Civil Italiano assim dispõe: “*Qualora, su richiesta del proponente o per la natura dell'affare o secondo gli usi, la prestazione debba eseguirsi senza una preventiva risposta, il contratto è concluso nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione. L'accettante deve dare prontamente avviso all'altra parte dell'iniziata esecuzione e, in mancanza, è tenuto al risarcimento del danno*”.

³² Tradução livre. Literalmente o art. 1333 do Código Civil Italiano assim dispõe: “*La proposta diretta a concludere un contratto da cui derivino obbligazioni solo per il proponente è irrevocabile appena giunge a conoscenza della parte alla quale è destinata. Il destinatario può rifiutare la proposta nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi. In mancanza di tale rifiuto il contratto è concluso*”.

É interessante observar como exista uma diferenciação não unicamente sistemática entre concepção de silêncio produtivo de efeitos jurídicos enquanto manifestação tácita de vontade, e silêncio produtivo de efeitos jurídicos *ex lege*. De fato, no primeiro caso, os efeitos da declaração de vontade permanecem inteiramente na esfera da autonomia privada das partes; diversamente no caso do art. 1333 do Código Civil a fonte dos efeitos jurídicos è lei não derogável pelas partes.

O silêncio, entendido como ausência de declaração e de qualquer comportamento a partir do qual seja possível destacar a intenção negocial do sujeito, não è, portanto, *em si* uma manifestação de vontade: a ausência de uma manifestação de vontade concretiza a não manifestação de vontade. Todavia, para questões que poderemos definir “operacionais” o silêncio pode ser acompanhado de circunstâncias em qual o silêncio assume o significado convencional ou de direito. Assim, as diferentes experiências jurisprudenciais permitem considerar o silêncio qual consentimento quando derivante por lei, pratica, contrato, regra de boa-fé, ou quando há dever de se manifestar e não se manifesta³³.

É interessante observar como lei, autonomia privada e costumes não atribuem ao silêncio um significado que não possui em si, mas que pode ter unicamente em função de um determinado objetivo ou para resolver uma determinada situação.

O silêncio há, portanto, valor de acordo, unicamente em casos particulares. Na realidade, podemos considerar que o silêncio concretiza um acordo quando é circunstanciado, ou seja, quando é qualificado por circunstâncias particulares, que tenham ou a característica de manifestar a vontade de um acordo, ou a característica de haver um dever ou ônus legal de “falar”, caso se quer manter o acordo.

Verifica-se, portanto, que o silêncio só alcança efeitos jurídicos quando a lei o determina ou a vontade das partes o aceita. O Ordenamento Jurídico

³³ BIANCA, Cesare Massimo. Il Contratto, In *Diritto Civile* III. Milano: Giuffré 2010.

não considera o silêncio como manifestação de vontade no sentido geral. O silêncio como manifestação de vontade é, evidentemente, exceção.

Entendemos, portanto, que seja possível estabelecer uma regra general que possa valer pela maior parte dos Ordenamentos Jurídicos, segundo a qual o silêncio não significa aceitação de alguma proposta contratual. Esta regra conhece várias exceções: entre as demais, no âmbito dos sistemas de *Civil Law*, os contratos com obrigações unicamente para o só proponente representam esta exceção. Diferente é nos sistemas de *Common Law*. De fato, o elemento da *consideration* acaba de render quase impossível configurar um *contract for sole benefit of the offeree*, no qual âmbito o silêncio possa concretizar aceitação. Outra exceção é representada pela *duty to speak arising from law or usage* sendo que, em determinados casos previstos em lei, a falta de resposta à proposta até um determinado prazo concretiza aceitação.

Parece-nos interessante o caso do ordenamento suíço que concretiza a expressão do princípio canônico *qui tacet consentire videtur*³⁴. De fato, o art. 6 do Código das Obrigações dispõe: “quando a particular natureza do negócio ou as circunstâncias comportam a aceitação expressa, o contrato se considera concluído se até um determinado termo a proposta não seja recusada”, da mesma forma o art. 234 do Código Civil Português³⁵, prevê que “quando a proposta, a própria natureza ou circunstâncias do negócio, ou os usos tornem

³⁴ FERRARI, Franco. La formazione del contratto. Em GALGANO, Francesco (A cura di). *Atlante di Diritto Privato Comparato*. Bologna, Zanichelli, 2011, p. 74-75.

³⁵ Trata-se de uma aplicação específica do disposto na 2ª parte do n.º 1 do artigo 217º do Código Civil Português: logo que haja um comportamento significativo assumido pelo destinatário da proposta que indicie a intenção de a aceitar, o contrato fica tacitamente concluído. Veja-se n.º 1 do artigo 217º: “A declaração negocial pode ser expressa ou tacita: é expressa, quando feita por palavras, escrito ou qualquer outro meio direto de manifestação da vontade, é tacita, quando se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam”. GONZÁLEZ, José Alberto. *Código Civil Anotado*. Vol. I, Parte Geral. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2011, p. 262, que destaca: “A declaração é tacita quando, consubstanciada embora num comportamento activo, se veicule através de signos munidos de sentido objetivamente ambíguo. Necessário é que, no contexto da sua utilização, tais signos revelem uma certa vontade de maneira razoavelmente inequívoca. Poder-se-á dizer assim, pela negativa, que a declaração é tacita quando se produza através de um ‘meio indirecto’ de revelação da vontade. Daí transcorre um corolário que, por outra via, permite separar o silêncio da manifestação tacita da vontade: embora plurisignificativa, nesta consegue habitualmente individualizar-se, de entre uma série de sentidos declarativos possíveis, alguns mais plausíveis do que qualquer outro; naquele, havendo também plurisignificação, os sentidos identificáveis são todos dotados do mesmo grau de verosimilhança”.

dispensável a declaração de aceitação, tem-se o contrato por concluído logo que a conduta da outra parte mostre a intenção de aceitar a proposta”.

O princípio exceção “silêncio concretiza aceitação” vale unicamente se subsistem umas condições, ou seja, quando a aceitação expressa não seja prevista (em particular, os negócios que favorecem uma única parte) e o silêncio perdure por um determinado período. Outra importante exceção representada pelo Código Suíço é a do *bestehende Geschäftsverbindungen*, ou seja, em relação a aqueles casos nos quais os contraentes repetem o mesmo negócio.

Da mesma forma, o tradicionalíssimo Código Civil Alemão (BGB), ao artigo 151, prevê que: *“O contrato se forma pela aceitação da proposta, sem que se requiera seja a aceitação declarada ao proponente, se, de acordo com os usos de tráfego, tal declaração não deva ser esperada, ou o proponente tivesse a ela renunciado”*³⁶.

Em relação ao direito argentino, STIGLITZ³⁷ afirma que o silêncio bem como o comportamento omissivo, em linha geral, indica ausência de qualquer manifestação de vontade: ou seja, em nenhum caso o silêncio *em si* comporta declaração vinculante. Todavia, é possível que as partes atribuam ao silêncio valor de declaração expressa, bem como que o próprio legislador impute ao silêncio caractere de manifestação de vontade, nas hipóteses em que é prevista a obrigação de se explicar por lei, ou a causa da relação entre o silêncio e as declarações precedentes³⁸.

³⁶ Literalmente o art. 151 BGB dispõe: *“Der Vertrag kommt durch die Annahme des Antrags zustande, ohne dass die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat. Der Zeitpunkt, in welchem der Antrag erlischt, bestimmt sich nach dem aus dem Antrag oder den Umständen zu entnehmenden Willen des Antragenden”.*

³⁷ STIGLITZ, Ruben S. *Contratos Civiles y Comerciales*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2010, p. 153 *et seq.*

³⁸ Veja-se o texto do art. 919 do Código Civil Argentino que dispõe: *“El silencio opuesto a actos, o una interrogación, no es considerado como una manifestación de voluntad, conforme al acto o a la interrogación, sino em los casos em que haya una obligación de explicarse por la ley o por las relaciones de familia, o a causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes”.*

O ato jurídico, por definição, é um ato voluntário, sendo que, aos fins práticos, o que releva para a produção de efeitos jurídicos.

Também no direito inglês a aceitação pode ser expressa ou tácita. Todavia o silêncio produz efeitos exclusivamente em casos excepcionais. O caso *Felthouse vs Bindley* de 1862 é o mais emblemático e antigo sobre o tema: *um tio escreveu ao próprio neto oferecendo-se para comprar um brinquedo, na espécie um cavalinho, pelo preço de 30 esterlinas, especificando que se não tivesse tido algumas outras notícias do neto teria considerado o cavalo comprado por aquele preço. O neto não respondeu à carta do tio, mas pediu ao vendedor da loja de deixar separado o brinquedo. O vendedor não deixou separado o brinquedo e, ao contrário, o vendeu, por isso foi citado em juízo pelo tio. A Corte decidiu a favor do vendedor da loja alegando como motivação que o tio não tinha direito de impor ao vendedor da loja de vender ao próprio neto o brinquedo sem a sua expressa aceitação*³⁹.

Além da aceitação expressa, o direito inglês aceita casos em que o comportamento possa ser considerado concludente ao fim da conclusão do contrato, mesmo se a aceitação não seja expressa em forma específica. Nestes casos, é necessário que a parte não esteja em silêncio, mas que ponha em serem comportamentos ou atividades que sejam inequívocos ao fim da conclusão do contrato, ou seja, quando, por exemplo, deixar inalterada a proposta independentemente da situação de silêncio. In síntese, é o próprio oferente que cria o poder ou as condições comportamentais de aceitar a proposta.

Os contratos unilaterais representam outra exceção à regra segundo a qual a aceitação deve ser comunicada a quem efetuou a proposta. Neste caso, não é necessária a comunicação pelo aceitante, sendo suficiente a realização do ato que é previsto qual objeto do contrato unilateral. De fato, no caso dos contratos bilaterais, ou sinalagmáticos, a aceitação da oferta normalmente

39 Veja-se o caso *Felthouse vs Bindley* (1862), II C.B.N.S 869 in ATIYAH, P.S.. *Introduction to the law of contract*. Oxford: Clarendon Press, 1961, p. 37. Atiyah destaca que “[...] an offer may require the acceptance to be made in a certain form, or dispatched by a certain method, and in this event the acceptance should normally comply with the prescribed requirements”.

assume a forma de contraproposta, e o momento da aceitação se concretiza no momento da comunicação da contraproposta ou declaração de aceitação da proposta.

No contrato unilateral não tem nem contraproposta nem declaração de aceitação da proposta. Clássico é caso – conforme reproduzido por TREITEL – de prometer um valor se outro fizer algo (por exemplo, A se compromete a pagar 100 reais se B ir a pé até Brasília). Evidentemente, não tem obrigação – salvo tenha sido fechado um contrato bilateral – de B ir até Brasília, podendo B parar em qualquer lugar, sem que isso concretize, de qualquer forma, um inadimplemento. Diversamente, caso o contrato pressuponha simplesmente de o ofertante pagar um valor para a execução de um comportamento, a oferta objeto do contrato unilateral não poderá ser revogada após de ter concluído o comportamento prometido⁴⁰.

TREITEL destaca que pode ser estabelecido pelas partes que a oferta pode ser aceita através do simples silêncio, sendo que, geralmente, o destinatário da proposta não responde a tal oferta, a regra é que a mesma não é vinculante. Ainda, a regra segundo a qual não se há aceitação em caso de silêncio doutra parte, não significa que seja sempre necessária a comunicação formal da aceitação ao oferente. A aceitação pode concretizar-se em comportamentos do aceitante, e conseqüentemente, a comunicação de aceitação pode ser dispensada, ou é o próprio silêncio que pode concretizar a própria declaração de aceitação. Todavia, não pode se considerar regra geral que o silêncio, *em si*, concretize sempre aceitação da oferta/proposta, sendo que o silêncio pode também representar o simples desinteresse em relação àquela determinada oferta/proposta⁴¹.

A intenção de criar vínculos jurídicos constitui requisito essencial do contrato e se avalia considerando a vontade das partes de admitir ou excluir a obrigatoriedade das suas propostas, assim como a certeza e a suficiência do

40 TREITEL, Guenter Heinz. *An outline of the Law of Contract*. London: Butterworths, 1979, p. 19.

41 TREITEL, Guenter Heinz. *Op. cit.*, p. 17.

acordo finalizado a produzir efeitos jurídicos. Típicos são os casos dos assim chamados *gentlemen's agreements*⁴², concretizados hoje na carta de intenções e carta de *patronage*. No ponto, significativo é o caso *Rose and Franck v. Crompton Bros* de 1925 a partir do qual é possível destacar que nas relações comerciais opera uma presunção do elemento da *intention to create legal relations*. Ou seja, quando duas empresas concluem um acordo comercial se deveria presumir que tal acordo seja juridicamente vinculante, mas, se em presença de motivos implícitos ao acordo ou por determinação expressa e explícita das partes, o acordo não é vinculante, a presunção cai.

Diversamente, a questão aparece ser mais clara nos *business agreements* onde se confirma a presunção de vínculo atribuindo o ônus da prova a quem quer demonstrar o não vínculo quase que impossível⁴³.

6. Considerações finais

É possível afirmar que o Código de 2002 atribui relevância jurídica ao silêncio, não unicamente em casos característicos, mas também constituindo presunções legais ou representações funcionais supletivas. Desde que a lei prevê explicitamente, a vontade pode ser declarada através da forma que o declarante quiser, incluindo o silêncio. SERPA LOPEZ define o silêncio como “*uma manifestação de vontade, por meio de um compromisso negativo, deduzida da circunstâncias concludentes, caracterizadas pelo dever e possibilidade de falar, quanto ao silente e pela convicção da outra parte, indicando uma inequívoca direção da vontade incompatível com a expressão de uma vontade oposta*”.

O silêncio parece concretizar uma ficção⁴⁴ nos casos em que atua “como se” fosse manifestação da vontade, quando previsto por lei e salvo

42 Veja-se MCKENDRICK, Ewan. *Contract Law*. London 1994.

43 Veja-se o caso *Esso Petroleum Co. Ltd v. Commissioners of Customs and Excise* (1976) 1 W.L.R.1.

44 MARIGHETTO, Andrea. *Perfis históricos e metodológicos da técnica das ficções jurídicas*. Revista Forense (Impresso), v. 414, p. 447 - 457, 2011.

disposições legais contrárias⁴⁵. A disciplina e os efeitos disso derivantes se destacam principalmente nas obrigações e nos contratos onde a vontade e a sua manifestação deve ressaltar inequivocamente, e o silêncio, sempre que não exista uma obrigação de se manifestar, pode suprimir ou integrar a explícita manifestação de vontade comumente considerada⁴⁶.

A vontade, por si, não produz efeitos jurídicos, precisa seja manifestada através de uma declaração que pode ser expressa ou tácita, direta ou indireta. Unicamente em casos excepcionais o silêncio pode concretizar uma declaração de vontade. Portanto, a questão nós aparece ser a de individualizar quais são os casos excepcionais em que o silêncio pode ser considerado produtivo de efeitos jurídicos. O silêncio nas relações obrigacionais desenvolve, portanto, uma função supletiva ou integrativa, quando interpretado como forma de exteriorização da vontade, mesmo se precisa ser identificado como tal pela lei ou pelas circunstâncias que o cercam.

⁴⁵ Em sentido contrário SILVA, Francisco de Assis E. *Ficções Jurídicas em Hans Vaihinger*. São Paulo: Livraria Kora, 2012, p. 31, no ponto específico parágrafo 3.10. O Autor destaca que a ausência de manifestação de vontade no tempo não é ficção sendo que o fato foi um fato (do silêncio) real e, portanto, ocorreu; assim, da mesma forma, se ocorreu, a realidade da manifestação da vontade não se presume nem se importa, porque é hipótese e não ficção. Veja-se também, no ponto, VAHINGER, Hans. *A filosofia do como se*. Tradução e apresentação de Johannes Kretschmer. Chapecó/SC: Argos, 2011, p. 495: “*Enquanto toda hipótese pretende ser a expressão adequada da realidade ainda não conhecida, a cópia apropriada dessa realidade objetiva, a ficção se instala com a consciência de ser um modo inadequado, subjetivo e imagístico de representação, cuja coincidência com o real se exclui desde o princípio (...)*”.

⁴⁶ Veja-se também MELLO DE, Baptista. *Op. Cit., Supra*.

Bibliografia

- ALBERTI MAFFEI, Alberti. *Commentario breve al diritto delle società*. Padova: Cedam, 2007, voce art. 2377.
- ALPA, Guido. Lineamenti di diritto contrattuale. In: *Diritto Privato Comparato*. Roma Bari: Editori Laterza, 2008.
- ATYIAH, P.S.. *Introduction to the law of contract*. Oxford: Clarendon Press, 1961.
- BAKHTIN, Michael. *Questões de literatura e de estética: a teoria do romance*. Trad. FORNONI BERNARDINI, Aurora et alii, São Paulo: Editora da UNESP e HUCITEC, 1998.
- BIANCA, Cesare Massimo. Il Contratto, In *Diritto Civile III*. Milano: Giuffré 2010.
- BONFANTE, Pietro. Il silenzio nella conclusione dei contratti. Em *Rivista di Diritto Commerciale*, Padova, I, 1907.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedade Anônimas*. II, São Paulo: Saraiva, 1999.
- CORAPI, Diego. Le Società per azioni. Em (a Cura di) *Diritto Privato Comparato*. Bari-Roma: Laterza, 2011.
- DE MELLO, Baptista. O silêncio no direito. Em *Doutrinas Essencias Obrigações e Contratos*. São Paulo: RT, 2011.
- FERRARI, Franco. La formazione del contratto. Em GALGANO, Francesco (A cura di). *Atlante di Diritto Privato Comparato*. Bologna, Zanichelli, 2011.
- FIORIN, José Luiz. *Introdução ao pensamento de Bakhtin*. São Paulo: Ática, 2008.
- GLENN, Patrick H.. *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*. Forth Edition. Oxford-New York, Oxford University Press, 2010.
- GONZÁLEZ, José Alberto. *Código Civil Anotado*. Vol. I, Parte Geral. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2011.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman V.; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; JÚNIOR, Nelson Nery; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. São Paulo: Forense Universitária, 2004.
- LOPES, Serpa. *O silêncio como manifestação da vontade nas obrigações*, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Livraria Suíça, Walter Rolter Editora, 1961.
- MARIGHETTO, Andrea. *Perfis históricos e metodológicos da técnica das ficções jurídicas*. Revista Forense (Impresso), v. 414, p. 447 - 457, 2011.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2009.

MCKENDRICK, Ewan. *Contract Law*. London 1994.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, Vol. XXXVIII, Atualizado, São Paulo: RT, 2012.

_____, *Tratado das Ações*. Tomo I. São Paulo: Bookseller, 1999.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 5º Volume. São Paulo: Saraiva, 1993.

PACCHIONI, Il silenzio nella conclusione dei contratti, em *Rivista di Diritto Commerciale*, Padova, 1906.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SCIALOJA, Vittorio. Teoria degli atti e dei negozi giuridici, em *Lezioni anno 1892-93*, V Restampa, Roma, 1950.

SILVA, Francisco de Assis e. *O conceito de Ficção Jurídica na Teoria do "Como Se" de Hans Vaihinger*. São Paulo, Faculdade São Bento. 2011.

STIGLITZ, Ruben S. *Contratos Civiles y Comerciales*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2010.

TREITEL, Guenter Heinz. *An outline of the Law of Contract*. London: Butterworths, 1979.

VAIHINGER, Hans. *A filosofia do como se*. Tradução e apresentação de Johannes Kretschmer. Chapecó/SC: Argos, 2011.